

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO I – NÚMERO I

DIREITO E JUSTIÇA
Aspectos Atuais e Problemáticos

Lisboa
Editorial Juruá
2015

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO I, Nº I, 2º SEM. 2015



Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal
Home page: www.editorialjurua.com — e-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396

Depósito Legal: 398849/15

Editor:

Luiz Augusto de Oliveira Junior

Diretores da Revista:

David Vallespín Pérez
Germán Barreiro González
Gonçalo S. de Melo Bandeira
María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

COLABORADORES:

Adel El Tasse
Adriano Fábio Cordeiro da Silva
Alcides Goelzer de Araújo Vargas e Pinto
Aloísio Krohing
Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral
Angela Cassia Costaldello
Angelina Isabel Valenzuela Rendón
Antonio Pele
Camila Clarisse Romero Gomes
Carlos Trujillo Hernandez
Celso Antonio Pacheco Fiorillo
Cinthia Obladen de Almendra Freitas
Danielle Portugal de Biazi
David Vallespín Pérez
Dirce Nazaré de Andrade Ferreira
Fabiane Grandó
Fabiano Dolenc Del Masso
Fernando Gustavo Knoerr
Fernando Rister de Sousa Lima
Francisco Carlos Duarte
Gonçalo S. de Melo Bandeira
Gregorio Saravia
Greice Patrícia Fuller
Guilherme Augusto Souza Godoy
Idir Canzi
Iraci de Andrade
Irene Portela
Isa Filipa António
J. Eduardo López Ahumada
Jardel de Freitas Soares
Jessica Ramos da Silva
Jordi Garcia Viña
Jorge de Oliveira Vargas
José Adércio Leite Sampaio
Karin Kässmayer
Linara Oeiras Assunção
M^a Ángeles Pérez Marín
Maraluce Maria Custódio
Marcel Magalhães e Guerra
Marco Antonio Lima
Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini
Nancy Carina Vernengo Pellejero
Nuria Belloso Martín
Paulo J. B. Faiad
Paulo Junior Trindade dos Santos
Paulo Ricardo Opuszka
Priscila Luciene Santos de Lima
Rafael Lima Torres
Rita Daniela Leite da Silva
Robert Carlon de Carvalho
Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño
Rubén Miranda Gonçalves
Rui Miguel Zeferino Ferreira
Saulo Tarso Rodrigues
Sônia M. P. Wiedmann
Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça
Valesca Raizer Borges Moschen
Vinícius Almada Mozetic
Vitor de Medeiros Marçal
Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr
Zulmar Fachin

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Bruno Sena Martins

Doutor em Grupo de Estudos Anglo-Americanos pela Universidade de Coimbra; Professor da Universidade de Coimbra.

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Nuno Manoel Pinto de Oliveira

Doutor em Direito; Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho.

Nuria Belloso Martín

Doutora em Direito; Professora Catedrática de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Burgos.

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objectivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos seleccionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de selecção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

HERMENÊUTICA JURÍDICA: BASES E FUNDAMENTOS NA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA¹

Paulo Junior Trindade dos Santos²

Vinicius Almada Mozetic³

Todas las abstracciones de la dogmática jurídica, todas las sutilezas de la hermenéutica, todas las arquitecturas de la sistemática se justifican y adquieren un sentido cuando se las considera no como fin en sí mismas, sino como medios dirigidos a hacer descender las leyes de su empíreo y hacerlas estar presentes y prácticamente operantes entre los hombres⁴.

Resumo: Neste tópico, buscar-se-á delimitar o tema no que cinge à hermenêutica jurídica que *vive oggi un momento di trasformazione*⁵. A hermenêutica jurídica foi cunhada modernamente na hermenêutica filosófica, a qual dimensiona a interpretação como *compreensão, aplicação e pré-compreensão*,

¹ “Il percorso dell’ermeneutica filosofica è quello che prende le mosse dai discorsi giuridici, in cui si parla della “cosa-diritto”, per risalire ai fini che li giustificano. È un percorso induttivo e non già deduttivo, come conviene alla ragion pratica. Il discorso è quella situazione di linguaggio in cui si attua il comprendere e l’intendersi. All’interno di questa ‘situazione discorsiva’, che è prima di tutto un evento, dovrà poi operarsi il controllo razionale o analitico, ma non è questo che potrà qualificare come “giuridico” l’evento stesso. Al contrario è dal carattere specifico della situazione discorsiva che dipende il modo in cui si possono saggiare le sue pretese di validità”. (VIOLA, Francesco. *Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto. In: Etica & Politica / Ethics & Politics*, 2006,1. p. 14)

² Doutorando (2014-01 em andamento) com Bolsa pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES); e Mestre (2011-2013) com Bolsa pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), ambos em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Compõe o Grupo de Estudos “O processo civil contemporâneo: do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito”.

³ Doutorando (2014-01 em andamento) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS; Mestre (2009-2011) pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC– Direitos Sociais e Políticas Públicas; Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC; Coordenador do curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. Advogado.

⁴ CALAMANDREI, Piero. *Los Estudios de Derecho Procesal en Italia*. Buenos Aires: Jurídicas Europa-America, 1956. p. 105.

⁵ CANALE, Damiano. La precomprensione dell’interprete è arbitraria?. *In: Etica & Politica / Ethics & Politics*. Università degli Studi di Trieste. Edizioni Università di Trieste, 2006, 1. p. 1-2.

e tem como missão dar um caminho efetivamente claro, seguro e possível de compatibilizar-se com as necessidades sociais de realização do Direito.

Palavras-chave: Hermenêutica Jurisdição. Hermenêutica Filosófica. Direito.

Abstract: This topic will seek to delimit the subject-in girds the legal hermeneutics living now a moment of transformation. The legal interpretation was coined in modern philosophical hermeneutics which scales the interpretation as comprehension, application and pre-understanding, and its mission is to effectively clear a path, safe, and possible to reconcile with the social needs of implementation of the law.

Keywords: Hermeneutics Jurisdiction. Philosophical hermeneutics. Law.

INTRODUÇÃO

É correto afirmar que a hermenêutica filosófica apresenta alguns problemas⁶, mas diante de sua sofisticação que lhe é atribuída pela nova consciência filosófica, defende-se no ora trabalho a *hermenêutica cunhada pelo giro ontológico-linguístico*, (por óbvio que toma esse norte, pois seguimos os pretextos doutrinários da hermenêutica filosófica), ela que se apresenta como a melhor “via” para a interpretação, que deixa de ser mero *ars interpretativo*⁷ e ainda alguns a veem como *método interpretativo*⁸.

⁶ “L’attenzione dell’ermeneutica filosofica si rivolge a quelle forme di vita comune che il discorso stesso costruisce e istanzia. Il suo problema centrale non è quello della determinazione dei significati all’interno di un senso già costituito, come potrebbe essere quello di una cultura o di un linguaggio già esistenti e praticati.

Questa è una questione d’interpretazione, che presuppone già costituito il linguaggio dell’interazione e si muove dentro un mondo già segnato dalla reciprocità, dalla cooperazione e da un senso intersoggettivo contestuale, che in qualche modo guida l’interprete e costituisce un vincolo nei confronti dell’opera di ascrizione dei significati”. (SCARPELLI, U. L’interpretazione. Premesse alla teoria dell’interpretazione giuridica. In: SCARPELLI, U.; TOMEIO, V. (a cura di), **Società, norme e valori**. Milano: Giuffrè, 1984. p. 164; aponta neste sentido, VIOLA, Francesco. Hermeneutica filosofica, pluralismo e diritto. In: **Ética & Política / Ethics & Politics**, 2006,1. p. 15)

⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 209.

⁸ “En cuanto a la afirmación de que la filosofía hermenéutica no aporta las soluciones que el jurista busca, se quiere decir que la hermenéutica gadameriana se detiene precisamente allí donde más interesa en derecho la teoría de la interpretación: a la hora de proporcionar pautas del correcto interpretar, criterios de racionalidad u objetividad interpretativa. No olvidemos que en la praxis de aplicación del derecho se pide a los jueces que obren con imparcialidad y objetividad, evitando en lo posible que su decisión esté condicionada por puros datos subjetivos, prejuicios, simpatías, etc. Y puesto que hay plena conciencia de que esa praxis de aplicación de las normas jurídicas es, en una parte importantísima, práctica interpretativa de textos legales (y de hechos), lo que se busca es una metodología jurídica normativa que marque los criterios de la correcta –en el sentido de racional, objetiva, intersubjetivamente aceptable, respetuosa con la separación de poderes y el valor de las respectivas voluntades en el entramado del Estado de

Lembre-se que, no ambiente jurídico, a *hermenêutica técnica*, ou melhor, clássica tem servido de abrigo metodológico para os que creem (ou para os que preferem fazer crer) ser a interpretação uma atividade neutra e científica, na qual outros universos de sentido, como o dos valores, dos interesses e da subjetividade, não enxergam ingerência alguma⁹, veja, ainda que por meio de um rigor e objetividade-neutralidade científica de um labor interpretativo, movimento este que encontrou adeptos no âmbito das ciências do espírito, sobre o qual aquela preocupação se mostrou ainda mais premente porque, afora os que defendiam a liberdade de interpretação, logo surgiram, também, os pregadores da livre criação do direito, um projeto revolucionário que os seus arquitetos imaginavam executar sobre ruínas da dogmática jurídica^{10/11}.

*Per un verso si tratta di un **ampliamento di orizzonti** che rispecchia uno dei tratti salienti dell'ermeneutica filosofica novecentesca, la quale si riconosce non come un metodo per interpretare un testo o, più in generale, come un insieme di dottrine, quanto piuttosto come uno stile di interrogazione*

Derecho- asignación de significado a los enunciados legales. Tal cosa, es bien sabido, ni la da ni intenta darla la hermenéutica existencial al estilo de Gadamer". (AMADO, Juan Antonio García. *Filosofía Hermenéutica y Derecho*. In: **Azafa. Revista de Filosofía**, 5, 2003. p. 2)

⁹ ARRUDA JR., Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação Ética e Hermenêutica**: alternativa para o Direito. Florianópolis: CESUSC, 2002. p. 233-234.

¹⁰ *“La posizione ermeneutica non solo rifiuta la considerazione dell’interpretazione della scienza giuridica come un meta-discorso rispetto a quello del legislatore, ma anche non accetta la distinzione tra l’interpretazione dei contenuti giuridici (la vecchia dogmatica) e lo studio della struttura formale dell’ordinamento giuridico (la teoria formale del diritto). E sempre attraverso la prassi interpretativa e al suo interno che si possono individuare i criteri di validità e d’identità dell’ordinamento giuridico. L’interpretazione non è “giuridica” perché si dirige verso certi oggetti, ma al contrario questi oggetti sono “giuridici” perché appartengono ad una prassi interpretativa che chiamiamo “diritto”. La rinuncia alla referenzialità epistemologica, cioè alla referenza del linguaggio al mondo esterno, non significa affatto rifiuto di ogni referenza del linguaggio giuridico. Sulia base di una concezione analogica della referenzialità dobbiamo chiederci a cosa (e come) il linguaggio giuridico effettivamente si riferisce. Il linguaggio giuridico si riferisce – come il discorso parlato – al mondo comune dei suoi fruitori e – come il discorso scritto – si rivolge ad un destinatario tendenzialmente universale. Il linguaggio giuridico si colloca tra due azioni, quella da cui origina e quella che regola. Esso opera una connessione di azioni e così rende possibile la vita sociale e la comunicazione intersoggettiva. Da una parte al polo opposto del riferimento, cioè alle spalle del linguaggio, c’è un potere d’iniziativa, un cominciare che mette in moto un processo d’azione, un’iniziativa efficace che genera senso. Dall’altra, come esito della situazione discorsiva, c’è l’azione che deve essere compiuta in modo che il senso sia salvato e con esso la comunicazione e la cooperazione. L’azione cooperativa stessa e, dunque, il referente del discorso giuridico. Tuttavia essa non è qualcosa di esterno al discorso giuridico stesso. Il linguaggio giuridico, mentre si riferisce al diritto, e esso stesso diritto e appartiene alla sua pratica. Ma ovviamente l’esplicazione di ciò richiede un passo avanti ulteriore verso un più profondo livello di analisi del diritto”.* (VIOLA, Francesco. *Ermeneutica e Diritto*. In: **Ars interpretandi. Annuario di Ermeneutica Giuridica**. Disponível em: <http://www.arsinterpretandi.it/upload/95/att_viola.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2012. p. 185)

¹¹ KANTOROWICZ, Hermann. A Luta pela Ciência do Direito. In: **La Ciencia del Derecho**. Buenos Aires: Losada, 1949. p. 323-371.

filosofica, come un “modo per accostarsi ad un problema”. Per altro verso, tuttavia, questo allargamento tematico ha reso più vaghi i caratteri distintivi del lavoro ermeneutico in campo giuridico. Se a partire dagli anni Sessanta del Novecento lo stimolo esercitato dall’opera di Hans-Georg Gadamer, e il nuovo statuto da questa riconosciuto al problema dell’interpretazione, aveva fatto da collante per filosofi del diritto di estrazione assai diversa, l’attenzione oggi riservata ad ambiti tematici in gran parte nuovi ha favorito un crescente disinteresse per i fondamenti dello stile ermeneutico, a vantaggio di forme di ibridazione con apparati concettuali ripresi dal neo-giusnaturalismo, dalla teoria del discorso, dal post-strutturalismo, dal neocostituzionalismo, dalle dottrine della democrazia deliberativa e così via. Un’ibridazione che testimonia certo la ricerca di un dialogo con altre tradizioni filosofiche, da sempre tratto distintivo dello stile ermeneutico, ma che rischia, per converso, di generare in quest’ultimo una progressiva perdita di identità. Credo tuttavia che proprio le nuove sfide cui è posta dinanzi la filosofia del diritto contemporanea consiglino di tornare a riflettere criticamente su alcuni snodi chiave della tradizione ermeneutica. Ciò non certo per preservare il suo codice genetico da mutazioni indesiderate, ma perché tali snodi conservano un carattere problematico che si presta a percorsi di ricerca ancora degni di attenzione¹².

Porém, essa hermenêutica obsoleta tentava a todo custo fazer desaparecer o intérprete no anonimato dos métodos e na indiferença aos resultados das decisões¹³, causando por óbvio uma atividade mecânica-matemática na simples interrogação da norma à luz do fato e o fato à luz da norma. Deste modo individualiza a correlação semântica a questão de fato e questão de direito, e o intérprete passa a ser guiado pelo critério da coerência¹⁴.

Já a hermenêutica jurídica de cunho filosófico *supera* o mecanicismo da interpretação e do intérprete, que passa a realizar o **acoplamento-ajustamento ideal entre normas e fatos**, que se fundem a **compreensão – pré-compreensão a interpretação-aplicação** dos modelos jurídicos, momento este que o intérprete desempenha o papel de agente redutor da inevitável distância entre a generalidade dos preceitos jurídicos e a singularidade dos casos a prolatar uma decisão. Mesmo com a visível evolução introduzida pela hermenêutica filosófica na jurídica, alguns teóricos do direito põem em dúvida¹⁵ a viabilidade e operabilidade desta.

¹² CANALE, Damiano. La precomprensione dell’interprete è arbitraria?. In: **Etica & Politica/ Ethics & Politics**. Università degli Studi di Trieste. Università di Trieste, 2006, 1. p. 1-2.

¹³ ARRUDA JR, Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação Ética e Hermenêutica: alternativa para o Direito**. Florianópolis: CESUSC, 2002. p. 237.

¹⁴ CANALE, Damiano. La precomprensione dell’interprete è arbitraria?. In: **Etica & Politica/ Ethics & Politics**. Università degli Studi di Trieste. Università di Trieste, 2006, 1. p. 4.

¹⁵ “*Resulta curioso y significativo constatar cómo bastantes de los teóricos del derecho que han usado, mejor o peor, de los esquemas de la hermenéutica gadameriana para explicar el modo en que puede acontecer y acontece la interpretación de las normas jurídicas no se han detenido ahí y han echado mano de instrumentos distintos para responder a la pregunta central de la*

Volta-se neste exato momento, pois lhe é natural dentro da nova hermenêutica jurídica fundada na hermenêutica filosófica, adequar os elementos que fazem parte do *circulo hermenêutico*, atendo-se à *compreensão*¹⁶ e à *pré-compreensão voltadas ao Direito*^{17/18} ou mais especificamente aprofundadas à Filosofia do Direito¹⁹.

*metodología normativa de la interpretación jurídica, la de cómo debe proceder el intérprete para que los frutos de su interpretación sean objetivamente correctos o, al menos, para que no puedan reputarse de perfectamente subjetivos y caprichosos, lo cual, en derecho, no lo olvidemos, suena a peligrosísima arbitrariedad que pone en cuestión nuestra seguridad en tanto que ciudadanos bajo el imperio de la ley". (AMADO, Juan Antonio García. **Filosofía Hermenéutica y Derecho**. In: **Azafea. Revista de Filosofía**, 5, 2003. p. 21.)*

¹⁶ *"Occorre dunque concentrare l'attenzione sul punto d'accesso all'interpretazione di un testo giuridico, alla ricerca di un criterio che consenta di vagliarne la correttezza. Un criterio certo interno al comprendere giuridico, ma non di meno suscettibile di una trattazione metodologica – per quanto sui generis – e dunque funzionale alle esigenze di certezza del diritto e di legittimazione democratica che caratterizzano gli ordinamenti occidentali contemporanei". (CANALE, Damiano. La precomprensione dell'interprete è arbitraria?. In: **Etica & Politica/Ethics & Politics**. Università degli Studi di Trieste. Edizioni Università di Trieste, 2006, 1. p. 3)*

¹⁷ Em termos hermenêuticos, a pré-compreensão é aquele lugar inicial de onde se arranca uma interpretação, um ponto de origem. Apreciar a pré-compreensão na atividade do hermeneuta relacionada a textos jurídicos é algo complexo, pois parece aí existir ao menos dois níveis distintos, embora altamente implicados: chamaremos esses níveis de pré-compreensão jurídica e de pré-compreensão da subjetividade do interprete. Também integra essa pré-compreensão jurídica o capital formado pelo recolhimento dos vestígios interpretativos e aplicativos deixados por questões idênticas ou semelhantes analisadas, porque outrora também fez parte desse sistema jurídico. Referimos inclusive constar a jurisprudência no âmbito dessa pré-compreensão jurídica. Qualquer sistema jurídico é assim ele mesmo e também a história de suas pré-compreensões, que a todo momento definem, de fora, o espectro da discricionariedade no interior da qual pode operar a criatividade. Esse aspecto de discricionariedade é composto pelo espaço deixado àquilo que não foi completamente definido, de modo taxativo ou vinculante, pela pré-compreensão jurídica. Dessa maneira, a variação da discricionariedade do interprete, conforme suas pré-compreensões subjetivas, em grande parte é delimitada, desde o exterior, pela pré-compreensão jurídica, cuja oclusão opera de fora para dentro (ARRUDA JR, Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação Ética e Hermenêutica**: alternativa para o Direito. Florianópolis: CESUSC, 2002. p. 247 e 261.)

¹⁸ *"Precomprendere in senso stretto un enunciato normativo significa formulare un progetto di soluzione del caso, in virtù del quale viene ipotizzato sia quanto l'enunciato da interpretare prescrive, sia la situazione di fatto che esso regola. Si tratta tuttavia di un'ipotesi provvisoria, che attende di essere confermata o confutata durante il percorso interpretativo. Dal punto di vista ermeneutico quest'ultimo si sostanzia infatti nell'interrogare le disposizioni alla luce dei fatti e i fatti alla luce delle disposizioni, secondo un procedimento di domanda e risposta (circolo ermeneutico) che consente di determinare, in modo correlato, tanto il significato quanto il riferimento di un enunciato normativo. Detto più precisamente, la ricostruzione giudiziale dei fatti conduce l'interprete, alla luce della sua competenza pratica nell'uso del linguaggio giuridico, ad individuare l'enunciato normativo che potrebbe disciplinare il caso, prefigurando il riferimento dell'enunciato stesso; il contenuto direttivo (significato) di quest'ultimo consente a sua volta di perfezionare l'individuazione degli elementi di fatto giuridicamente rilevanti, innescando un percorso circolare che si conclude con la decisione giudiziale. Tale processo di mutua determinazione semantica non necessariamente avrà successo. L'interpretazione giudiziale (interpretazione-processo) viene infatti descritta dall'ermeneutica giuridica come un procedimento di "prova ed errore", mediante il quale vengono espunte dal giudizio le correlazioni tra norma (disposizione giuridica interpretata) e caso (ricostruzione giudiziale dei*

Alguns autores apontam que além da polissemia das palavras e busca inadequada dos significados e significações, refletem na semântica por meio desta interpretação que se opera na hermenêutica jurídica calcada na filosofia, e ainda ela pode ser considerada como uma interpretação antiformal assim podendo a mesma gerar interpretações-criações do direito²⁰.

A hermenêutica filosófica vem a corrigir e dar uma nova consciência à interpretação das normas de direito positivo; essa nova consciência implica, por conseguinte, em duas convicções: **a primeira** se refere que seja possível formular interpretações verdadeiras, ou, para ser mais precisos, exatas (*richtig*); **a segunda**, que seja possível formular interpretações passivas, e que não entre em jogo a personalidade do intérprete²¹.

Pode-se entender que a *filosofia hermenêutica* aporta uma mais profunda consciência das determinações operantes sobre qualquer interpretação, e

fatti) inadeguate, garantendo così l'individuazione del risultato interpretativo corretto". (CANALE, Damiano. La precomprensione dell'interprete è arbitraria?. In: **Etica & Politica / Ethics & Politics**. Università degli Studi di Trieste. Edizioni Università di Trieste. 2006, 1. p. 4)

¹⁹ Se a verdade objetiva tinha um sentido ontológico (clássico), a verdade hermenêutica terá um sentido ontológico, resultante da diferença ontológica, em que ser e ente não estão cindidos (subjetivismo) nem colados (objetivismo). Portanto, o “conceito” de verdade esta ligado a possibilidade de elaborar juízos autênticos (legítimos), que dependerão de nossa pré-compreensão. Se nos movemos no mundo a partir de nossa inserção em determinado paradigma, a compreensão (interpretação) que fazemos sobre o direito (para ficar na especificidade) dependera dessa questão metodológica (STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 351).

²⁰ “*Da questo punto di vista, mi sforzerò, in primo luogo, di esaminare criticamente alcuni presupposti semantici che sono comunemente condivisi – anche se soltanto implicitamente – dalle due concezioni tradizionali (ma ancora oggi particolarmente influenti) dell’interpretazione giuridica, concezioni che si sono storicamente contrapposte più volte – sia pure in versioni differenti – nella cultura giuridica degli ultimi due secoli, ma che, a ben guardare, sono molto più strettamente imparentate fra di loro di quanto non sembri a prima vista: mi riferisco ai due grandi filoni del formalismo interpretativo e dell’antiformalismo interpretativo. In secondo luogo, proverò a criticare questi presupposti, cercando anche di fornire alcuni lineamenti per una teoria dinamica del significato che sia ingrado di fornire le basi semantiche per una concezione dell’interpretazione che si proponga – quantomeno come indicazione per una ricerca futur – come de indicazione per una ricerca futura – come decisamente alternativa alle due concezioni sopra menzionate. Per l’appunto, come una comue concezione assolutamente inadeguata, del significato (una concezione statica) stia alla base – anche se in modo totalmente implicito – dei due tradizionali approcci all’interpretazione, il formalismo e l’antiformalismo, nelle loro differenti versioni. Questa concezione produce, tra le altre conseguenze, indesiderabili, anche quella egata ad una configurazione dell’attività interpretativa sulla base della quale viene posta una sorta di alternativa dicotomica fra scoprire significati, e crearne di nuovi. L’interpretazione, insomma, viene ricondotta, di volta, ad una delle due qualificazioni dicotomiche: o a quella dela interpretazione-scoperta, o a quella della interpretazione-creazione”.* (VILLA, Vittorio. Interpretazione Giuridica e Significato: una Relazione Dinamica. In: **Ars interpretandi. Annuario di Ermeneutica Giuridica**, 1998. Disponível em: <http://www.arsinterpretandi.it/upload/95/att_cappellini.pdf>. Acesso em 20 dez. 2012, p. 129-136).

²¹ D’AGOSTINO, Francesco. **Interpretación y Hermenéutica**. Depósito Académico Digital Universidad de Navarra. Disponível em: <http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12899/1/PD_35_02.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2012, p. 45-46.

dos limites resultantes de qualquer pretensão de objetividade neste ponto²², nasce assim **como um novo paradigma cognitivo** para o saber e a prática jurídicos que envolvem a reformulação preliminar daquele território metodológico, no qual são radialmente delimitadas as possibilidades de percepção e funcionamento do direito. Note-se que *ela* sugere formas alternativas, menos cientificistas e mais *historizadas*, que apreendem o direito como um entre diversos outros componentes do fenômeno normativo comportamental, essencialmente mais geral²³.

Constrói-se assim esse **novo paradigma cognitivo** proporcionado pela hermenêutica filosófica, exatamente pela circunstância de que a hermenêutica jurídica deixa de ser uma questão de método e passa a ser filosofia²⁴, que se volta intrínseca e extrinsecamente ao estudo das condições gerais do compreender e de interpretar como um passo prévio e condicionante de todo outro desenho metódico da ciência, voltando-se a uma metaciência e metajurídica fazem ambas forçar e *sobrepassar* os métodos particulares e a construir um discurso de condição filosófica, e por óbvio esta deve ser vista como uma metateoria, que será responsável pela refundação da ciência jurídica²⁵. Desde já, verifica-se que hermenêutica *não foi apenas relevante para o direito*, mas para a totalidade da estrutura do pensamento da humanidade²⁶.

Antes de evoluir, deve-se destacar que uma metaciência e metajurídica destacadas pela nova hermenêutica jurídica de cunho filosófico acabam por revelar o antiformalismo aos pressupostos da estrita legalidade, justo pelo componente *contra legem*²⁷.

²² Juan Amado vê a importância salutar que detém a hermenêutica filosófica, mas este complementa ainda que para evitar a arbitrariedade desta interpretação a teoria da argumentação lhes complementaria para a realização de uma atividade completa: “... *ao tempo de que as teorias da argumentação se ocupam das pautas melhores para eliminar dentro do possível a arbitrariedade do raciocínio judicial, sempre, claro é, assumindo que este se desenvolve dentro de um irrefutável horizonte, que é um horizonte, também hermenêutico*”. (AMADO, Juan Antonio García. *Filosofía Hermenéutica y Derecho*. In: **Azafea. Revista de Filosofía**, 5, 2003. p. 13)

²³ ARRUDA JR, Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação Ética e Hermenêutica**: alternativa para o Direito. Florianópolis: CESUSC, 2002. p. 233-234.

²⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 285.

²⁵ FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **La Hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad D.I., 1992. p. 38.

²⁶ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 68.

²⁷ “*Questioni sia teoriche che metagiuridiche si pongono con riguardo alla fondamentale distinzione tra obiezione secundum legem ed obiezione contra legem. Un primo problema è quello della riconducibilità delle due specie al medesimo genus ‘obiezione di coscienza’. Proprio il rifiuto di una tale assimilazione, ad esempio, sembra essere alla base dell’uso lessicale secondo il quale, per designare l’obiezione secundum legem, si parla di ‘opzione (o ragione) di coscienza’, riservando la locuzione ‘obiezione’ al caso dell’obiezione contra legem. Si pensi anche agli autori che contrappongono un’obiezione di coscienza solo ‘in senso storico o logico’ (quella secundum legem) all’obiezione di coscienza tout court. E’ appena il caso di aggiungere come talvolta questi usi lessicali sottintendano una svalutazione dell’obiezione*”

riconosciuta, contrapponendovi il carattere 'eroico' dell'obiezione *contra legem*. Problemi ulteriori vanno segnalati anche riguardo a singoli termini presenti nelle locuzioni in esame. In particolare, le difficoltà sono relative a 'secundum' e, rispettivamente, 'contra' e al termine 'lex'. (...) La distinzione tra obiezione 'secundum legem' ed obiezione 'contra legem' risulta problematica almeno sotto due profili: uno di ordine logico, relativo alla (apparente) impossibilità logica della distinzione, ed uno di ordine teorico, relativo alla incertezza della distinzione. Il problema logico è legato alla circostanza che molti costituzionalisti delineano un diritto costituzionale all'obiezione, quasi prospettando una rilevanza giuridica dell'obiezione in sé, indipendentemente da una puntuale interpositio legislatoris¹⁵. In tale prospettiva è evidente la difficoltà di concepire delle obiezioni 'contra legem'. In proposito è appena il caso di accennare al problema classico, trattato generalmente con riguardo alla resistenza in senso lato, del paradosso di quelle costruzioni che tendono a configurare la disobbedienza come un 'diritto'. In questa sede non è consentito entrare nel merito delle questioni giusfilosofiche che la configurazione di tale peculiare diritto suscita, soprattutto in un'ottica coerentemente positivista. Sul mero piano lessicale, proprio della presente indagine, una via d'uscita è stata peraltro proposta: mantenere anche in questo caso la locuzione 'obiezione *contra legem*', ma precisando ulteriormente che l'obiezione risulta 'secundum ius'. I problemi teorici suscitati dalla distinzione tra obiezione 'secundum legem' ed obiezione 'contra legem' sono invece legati alla incertezza della distinzione. L'incertezza è connessa alla stessa definizione di 'diritto', e deriva dalla influenza esercitata sulla dogmatica dalle teorie antipositivistiche (o anche solo antinormativistiche), che porta a delegare l'individuazione delle ipotesi di obiezione riconosciuta a fonti diverse dalla legge, quali, in particolare, la giurisprudenza (non solo costituzionale). Così, ad esempio, si afferma che 'la previsione di principi intesi a disciplinare le obiezioni di coscienza è stata affidata agli organi giudiziari, ai giudici di ogni livello', cioè a 'quello che è stato definito il diritto vivente'. Tale incertezza, peraltro, si pone anche rispetto alla questione (preliminare) della configurabilità stessa di un'obiezione qualsivoglia, *contra* o *secundum legem*, come esemplificato dalla vicenda relativa alla obiezione fiscale, diffusa in Italia alla metà degli anni Ottanta, nel contesto del movimento pacifista. Al riguardo si sono formati due contrapposti indirizzi giudiziari e dottrinali: taluni affermano che si sia in presenza di una forma di obiezione riconosciuta, mentre per altri si tratta di una condotta obiettante giuridicamente sanzionata. Secondo la prima opinione 'il legislatore nell'assoggettare il mancato versamento diretto dell'imposta da parte del contribuente soltanto all'onere degli interessi e della soprattassa, ha rimesso alla facoltà del contribuente di scegliere tra il pagamento immediato e il pagamento differito mediante cartella esattoriale' 21. Secondo l'opposto indirizzo, invece, 'trattasi di vera e propria sanzione di un illecito amministrativo e non già di una controprestazione ad un preteso diritto di rinvio riconosciuto dallo Stato'. Questa seconda fonte di incertezza appare quindi essere di natura lessicale, legata alla definizione di concetti propri della teoria del diritto, quali 'obbligo', 'sanzione', 'illecito'. (...) Un'altra fonte di indeterminazione relativa alla distinzione tra 'obiezione *contra legem*' e 'obiezione *secundum legem*' è costituita dall'impiego del termine 'lex', per indicare l'oggetto dell'obiezione. A semplice titolo d'esempio si potrebbero considerare le seguenti questioni. E' inclusa la cosiddetta *lex privata* (§ 3.1.1.)? E' inclusa la cosiddetta *lex imperfecta* (§ 3.1.2.)? E' inclusa la cosiddetta *lex prohibitiva* (§ 3.1.3.)? Anche in questo caso, come nel caso degli ultimi problemi evidenziati nel paragrafo precedente, l'indeterminazione può essere circoscritta solo analizzando il lessico della teoria del diritto". (DANESI, Giorgio. L'obiezione di coscienza: spunti per un'analisi giuridica e metagiuridica. In: **Analisi e Diritto 1998 Ricerche di Giurisprudenza Analitica a Cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini**. Torino: G. Giappichelli, 1998. p. 81-83)

É salutar apontar que este acontecer interpretativo não venha a significar que pelo *giro linguístico-ontológico* estimule subjetivismos e/ou axiologismos, alçando o interprete a senhor do texto, ou que, a partir de uma operação ontológica, seja “possível” captar a essência dos textos jurídicos, como se estes contivessem conceitos em si mesmos. Há – e deve haver – limites no processo interpretativo. O processo hermenêutico não autoriza interpretações com cargas *arbitrárias* ou segundo a vontade e o conhecimento do intérprete²⁸, veja que esta interpretação é elevada à categoria cognitiva do direito²⁹.

A (nova ou renovada) hermenêutica jurídica teve como imperativo a *ars interpretativa*, que se calcava na simples relação sujeito-objeto reprodutiva (*Auslegung*), o qual interpreta-se para compreender, pois métodos ou técnicas de interpretação e-ou de desenvolvimento em partes ou fases tendem a objetificar o Direito, impedindo o questionar originário da pergunta pelo sentido do Direito em nossa sociedade. Logo, a atual hermenêutica jurídica passa a se apropriar da hermenêutica filosófica, esta centrada no *circulo hermenêutico* produtivo (*Sinngebung*), o qual se compreende para interpretar, tem como ideia-chave no seu interior do qual o intérprete fala e diz o ser já exige uma compreensão anterior (antecipação de sentido, porque o sentido é antecipado sempre por um sentido que é trazido pelo *Dasein*, que é pré-ontológico)³⁰.

Quanto ao aspecto hermenêutico produtivo³¹, este é a base para a atividade criadora da função judicial, assim adequando-se perfeitamente tal atividade à interpretação criadora-constitutiva do Direito.

²⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 277-278 e 467.

²⁹ FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **La Hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad D.I., 1992. p. 86.

³⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 208-209 e 294-295.

³¹ “*Latissimo sensu, l’interprétation concerne également les faits de la cause, matière constitutive de la seconde prémisses du syllogisme et élément essentiel à la réalisation judiciaire du droit. Mise en évidence par des études critiques relatives au processus de qualification juridique du monde réel et au droit de la preuve, la dimension herméneutique de l’établissement des données factuelles au fondement du jugement n’est plus à démontrer. L’existence d’une interprétation constructive des faits judiciairement pertinents, ‘soeur Cendrillon de l’Exégèse’, ne va pas pour autant de soi dans les représentations doctrinales tant elle menace la distinction traditionnelle du droit et du fait. Elle s’impose néanmoins sous le coup de récentes avancées théoriques en matière d’herméneutique juridique. Lieu de rencontre privilégié entre savoir juridique et savoir philosophique, ce terrain de recherche est depuis quelques années le lieu d’une importante production éditoriale, nationale et internationale. Dépasant la traditionnelle exposition dogmatique des directives d’interprétation guidant le travail des juristes, la science du droit prend conscience d’elle même comme ‘science du texte’. Pour mieux décrire les modalités logiques et idéologiques de la découverte du sens en droit, notamment par le juge judiciaire, la théorie juridique troque le ‘fantasme du sens littéral’ contre l’idée d’une signification toujours à construire. Prenant un tour plus ou moins radical, les thèses en présence convergent vers l’idée que l’interprétation judiciaire manifeste une latitude dans l’application de la règle de droit qui ne*”

Assim é possível afirmar que com a nova teoria hermenêutica faz de-
rivar algo mais que um novo método do conhecimento, é uma teoria de todo o
conhecimento jurídico e é a base para uma nova concepção da ciência jurídica,
que aqui supera o positivismo enquanto saber dogmático acerca de um texto
normativo e isso se efetua pela inserção histórica e circunstanciada do sujeito
responsável por compreender na tradição normativa³².

A hermenêutica que aqui se tentou construir pretende aprimorar e
corrigir o modelo da moldura de Kelsen a partir da nova consciência filosófica
dada pela ontologia-linguística, corrigindo-se rumo à sedimentação de uma
interpretação. Havemos assim de inscrever a moldura das normas do círculo
hermenêutico³³.

*Não se podem cunhar antonomásias para com a hermenêutica que se
apregoa a nova consciência filosófica. E do espírito essencial da própria her-
menêutica filosófica por ter caráter universal não asilar que lhes cunhem adições
o seu termo hermenêutica, pois não existem modos diferentes de interpretar,
assim segue exemplos, hermenêutica constitucional (sendo esta a antonomásia
mais usual de todas³⁴) ou hermenêutica a ser feita em países com múltiplas vi-
sões de mundo disputando espaço³⁵.*

A hermenêutica filosófica projeta-se idealmente para com a herme-
nêutica jurídica, pois as exigências da contemporaneidade são ressemantizadas e
passam por releituras, frente ao conjunto de necessidades e exigências que procu-
ram respostas: o Direito, a Sociedade e o Homem, assim renovando e impondo
soluções para com a reorganização do mundo-do-ser.

*peut (cependant) oblitérer totalement le rôle contraignant des règles, du but et des enjeux qui
régissent cette activité'. L'accent ainsi placé sur le processus interprétatif n'est pas sans con-
séquence sur le rôle dévolu à l'argumentation dans les représentations de la fonction de juger".*
(COLSON, Renaud. **La Fonction de Juger**. Étude historique et positive. Presses Paris: Univer-
sitaires de la Faculté de droit de Clermont, 2006. v. 29, version 1, p. 228-230)

³² FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **La Hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gada-
mer**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad D.I., 1992. p. 86 e 106.

³³ ARRUDA JR, Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação Ética e
Hermenêutica**: alternativa para o Direito. Florianópolis: CESUSC, 2002. p. 246.

³⁴ Um dos problemas fulcrais está na própria convicção de que haveria uma “hermenêutica” própria
e específica para o direito constitucional, o que por si só já é uma confissão de que hermenêutica
não é uma “questão filosófica”, mas, sim, *epistemológica*. Fosse possível a existência de uma
“hermenêutica específica” para tratar do direito constitucional, teríamos que admitir as diversas
“hermenêuticas regionais” (hermenêutica do direito penal, civil etc.). De igual maneira, teríamos
que admitir que interpretar o direito é uma mera técnica e não um modo de compreender (modo-
de-ser). Nesse universo, sempre há o risco das mixagens teóricas, uma vez que, ao mesmo
tempo em que se avance no sentido de afirmar que a interpretação *não mais* é um ato praticado
“sem qualquer subjetividade”, admita-se que a interpretação tenha a presença de “grande mar-
gem de vontade” do intérprete (STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha
consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 54).

³⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.
ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 487.

1 A NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO ENTRE HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO³⁶: NO CENÁRIO DA ESPIRAL CONSTRUTIVA

Convieni empezar con la interpretación de las fuentes materiales por la sencilla razón de que en ella se acepta sin discusión lo que en el ámbito de las fuentes formales es objeto de controversia. En toda interpretación el principio supremo consiste en la lealtad del intérprete con los protagonistas (interesados y poderosos). El arte de la interpretación científica se llama hermenéutica³⁷.

Vai-se além dos tópicos anteriores, quer um referenda a *Filosofia do Direito e a Hermenêutica Filosófica: (Nova) Hermenêutica Jurídica* e o outro a *Hermenêutica Jurídica: bases e fundamentos na Hermenêutica Filosófica*, pois aqui busca-se diferenciar a *Hermenêutica da Interpretação*³⁸, pois em seguida

³⁶ A ação ou atividade de interpretar é interpretação, conceito que não se confunde com o de Hermenêutica, o qual, por sua vez, é traçado como o complexo estrutural e operacional voltado à produção do sentido. Mas do sentido adequado. Não de um sentido qualquer, porém daquele que, de permeio à essencial inesgotabilidade, revista-se de melhores condições de atender aos fins maiores da interpretação, que não podem fugir à função social desta. Tampouco à sua destinação de conduto para a justiça, dentro de um dinamismo de sentido apto a não engessar a vocação que o espírito tem para progredir. Estabilizando sem imobilizar, e deixando que a riqueza de sentido flua sem que isso importe que fique vagando à solta, destituída de quaisquer compromissos com os destinos convivências do ser humano, no caso em que viria muito mais em proveito do tumulto do que da liberdade, laboraria muito mais em benefício da insegurança do que do ideal de justiça, o qual encontra seu modelo exatamente na amoldabilidade que se possa conseguir frente a cada situação real de conflito concreto. A Hermenêutica ocupa-se, por conseguinte, da busca, quase sempre filosófica, dos regramentos capazes de tornar a interpretação cada vez mais útil aos fins a que se dedica. Quanto mais se exige da interpretação, mais aumenta a responsabilidade hermenêutica, de sorte, se a interpretação for mais integral, mais total terá que ser a Hermenêutica (FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 242-243).

³⁷ GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción al Derecho** (Estructura del Mundo Jurídico). Madrid: Aguilar. p. 214.

³⁸ *“Vediamo ora quale paradigma della scienza giuridica può trarsi dal pensiero ermeneutico. In realtà -come ha mostrato Gadamer- la stessa ermeneutica filosofica ha tratto ispirazione dalla tradizione della scienza giuridica, che ha da sempre usato procedimenti di tipo ermeneutico. Tuttavia questi restavano confinati nell’arte dell’interpretazione, cioè nell’ambito di una “tecnica”, senza assurgere ad una teoria della giurisprudenza. Ancora oggi l’ermeneutica giuridica così com’è praticata dai giuristi difficilmente si eleva al di sopra dell’uso metodico dei canoni ermeneutici. Gli sviluppi attuali della filosofia ermeneutica permettono, però, di fare un passo innanzi verso una teoria ermeneutica della scienza giuridica. Secondo la filosofia ermeneutica, invece, la giustificazione dell’interpretazione riposa sul carattere pratico dell’esperienza giuridica, cioè dall’esigenza di trovare il senso delle azioni sociali. Ciò significa che le radici dell’interpretazione si debbono ritrovare nella comprensione. Il centro filosofico dell’ermeneutica non si trova nell’interpretare ma nel comprendere. L’interpretazione come attività acquista un senso proprio perché avviene all’interno di una preliminare comprensione, che è il vero e proprio luogo del ‘senso’. Ogni attività ha un significato solo all’interno di una totalità di senso. Di conseguenza la comprensione precede e condiziona l’interpretazione che a sua volta la sviluppa, la corregge e la libera dai fraintendimenti. Questa considerazione si appoggia su osservazioni elementari. Se non anticipiamo il senso del nostro discorso, non riusciamo neanche a costruirlo. Anche nella ricerca scientifica, perché il dato sia enucleato,*

tratar-se-á da *Interpretação Jurídica do Direito*, o ora tópico é singelo, mas sim serve de acoplamento ao trabalho.

Em suma, refere-se à *hermenêutica jurídica* como fornece os meios adequados à boa realização que se concretiza através da interpretação, a qual também não se exaure em si mesma, pois ganha razão de ser quando encontra espaço para efetiva aplicação das normas jurídicas em situações concretas das relações intersubjetivas, tendo-se em conta a dimensão prática do direito³⁹.

Explicita-se ainda que o “saber hermenêutico” é, portanto um saber complexo, podendo ele seguir um método (racional-logicista) ou amétodica, que neste ultimo caso se usa da inesgotável nova-ou-renovada consciência da filosofia de cunho hermenêutico filosófico, pois em ambos os casos a hermenêutica ocupa-se da estrutura e da operacionalidade da interpretação, com o objeto de outorgar estabilidade à última, em benefício dos efeitos sociais do sentido, em termos de aplicação à convivência⁴⁰.

Deste modo, devem-se cingir os conceitos: hermenêutica e interpretação, alcinhando-lhes a nova consciência filosófica que lhe é adotada pela hermenêutica filosófica. A hermenêutica passa a ser produtiva (*Sinngebung*) dentro de uma circularidade (circularidade hermenêutica), implicando na transição da filosofia hermenêutica para se realizar com a hermenêutica filosófica, deste modo a interpretação como seu *modus operandi* se dá em algo que deve ser elevado a brocardo jurídico: interpretar é compreender⁴¹.

É de afirmar que existe uma diferença *funcional* entre a interpretação e a hermenêutica jurídica, mas deve-se salientar que ambas inter-relacionam-se e uma depende da outra para que possam ser *praticadas*, pois a interpretação é momento de contato direto do intérprete com a norma jurídica, aplicando assim técnicas específicas, para a busca do seu real conteúdo compreensivo; já a her-

*occorre prima anticiparne il senso e poi verificarlo con il controllo sperimentale. Ma per la filosofia ermeneutica tutto ciò assume una rilevanza ben più profonda in quanto il comprendere è inteso come un modo d'essere, il modo proprio d'essere dell'uomo. Non soltanto il discorso e la scrittura, ma tutte le creazioni umane sono compenetrare di un senso, che è compito dell'ermeneutica estrarre'. Il senso di una pratica sociale interpretativa è la finalità generale dell'impresa di cui si tratta. Esso precede e illumina le azioni che sono poste al suo interno. Queste azioni possono essere corrette o non corrette (convenienti o sconvenienti, giuste o ingiuste, buone o cattive) in relazione a ciò a cui mirano, cioè propriamente possono essere sensate o insensate. Da questo punto di vista il senso di una pratica sociale è un compito a cui s'è chiamati, un'impresa che s'intraprende, un obiettivo generale che si persegue. Ciò significa che il senso che sta alla base della comprensione ermeneutica ha un carattere pratico e che una filosofia ermeneutica del diritto non potrà che essere una filosofia pratica". (VIOLA, Francesco. **Epistemologia ed ermeneutica della scienza giuridica**. Disponível em: <http://www.ciafic.edu.ar/documentos/Viola_1999.htm>. Acesso em: 02 mar. 2013. p. 8)*

³⁹ GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 29.

⁴⁰ FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 97-98.

⁴¹ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 70 e segs.

menêutica jurídica é a ciência formada pelo conjunto sistêmico de técnicas, métodos e “a-métodos” interpretativos. Pois a hermenêutica jurídica, pela qual se defende, tem cunho na nova consciência filosófica, assim esta não se apresenta com métodos (visto anteriormente a questão do método e afins), ela visa à compreensão por meio do *círculo hermenêutico* (Interpretar é compreender).

O orientar transcendental que tem o círculo hermenêutico se vê dotado pelo *plus* da nova consciência filosófica, forma-se a hermenêutica filosófica que *visa salvar* da alienação em que se acha, enquanto algo que apresentava tessitura rígida, escrita que se distanciam do presente vivo e atuante do diálogo, da dialética revivescente, portanto, para sair deste fosso, usa-se da interpretação como elixir de ressurreição, que é uma afirmação, ato de encontrar a própria identidade do objeto da interpretação que do compreender surge. De tudo isso, reside à responsabilidade da Hermenêutica, a qual experimenta o dilema de ter que orientar os efeitos da interpretação^{42/43}.

A hermenêutica que aqui se defende notadamente e a filosófica que se acopla e contemporiza a hermenêutica jurídica, encontra esta guarida a Constituição que é uma coisa (ente) disponível, ela faz parte do modo da existencial, para que o intérprete possa operar sobre ela como produto de um processo compreensivo, de uma *applicatio*. Esse compreender é um existencial, categoria pela qual o homem se constitui. E ainda a pré-compreensão acerca do que significa a Constituição torna-se condição de possibilidade para a configuração do lugar da

⁴² ***A responsabilidade hermenêutica faz com que se respeite:*** de um lado a dignidade do intérprete, como ser pensante, e doutro a dos indivíduos aos quais serão aplicados os frutos de sua interpretação, como titulares de um patrimônio de liberdade, que se estende desde as liberdades político-jurídicas, no caso da interpretação de normas, até a liberdade perante o belo, na hipótese de interpretação de obras de arte. Isto para dar só dois exemplos (FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 144 e 178).

⁴³ “Potremo dire infatti, per cercare di offrire un’efficace sintesi dei problemi che il pensiero ermeneutico ha attualmente di fronte, che Arte e limiti dell’interpretazione in un certo senso costituiscono le colonne d’Ercole, il punto di riferimento e di distinzione del sempre più ampio dibattito contemporaneo sull’ermeneutica. Da una parte – ed è questo un profilo che riveste un rilievo centrale per il diritto – si può considerare alla luce della lunga tradizione ermeneutica occidentale, l’interpretazione, la procedura interpretativa come arte. Secondo la felice ambiguità dell’Etica Nicomachea, la *techne* è ad un tempo arte e tecnica, avendo per fine di cercare co l’abilità e la teoria come possa prodursi qualcuno delle cose che possono sia esserci. Proprio in quanto assume come suo fine la perfetta realizzazione tecnica della cosa da fare, l’arte comporta la conoscenza dei procedimenti necessari appunto per produrre tale cosa determinata, dunque essa gioca un ruolo importante nei contesti pratici. Nel caso del diritto – basti pensare al momento applicativo – possiamo dire che esso è quest’arte, anche se in quest’arte non si risolve totalmente, contenendo una tensione insopprimibile, anche se mai del tutto concretizzabile, verso una realizzazione piena e completa della giustizia. Un’arte, quella dell’interpretazione che, essendo costitutivamente chiamata a connettere razionalità tecnica e razionalità pratica, universalità delle norme e particolarità dei casi individuali, è, in quanto tale, costretta ad una serie di mediazioni, che necessariamente implicano un ampio spazio di creatività e di discrezione, un impegno valutativo e determinativo nei rapporti sociali e istituzionali: il processo ermeneutico è sforzo inesausto, aperto, nel momento dell’applicazione concreta, ad infiniti arricchimenti. (ZACCARIA, Giuseppe. *Arte e Limiti dell’interpretazione. Dal Diritto all’Ermeneutica, dell’Hermeneutica al Diritto*”. In: **Tavola Rotonda Padova**, 17 ottobre 1995. p. 155-156)

cooriginariedade, *o qual habita a estrutura prévia do compreender a partir da virtuosidade do círculo hermenêutico*⁴⁴.

*O saber hermenêutico é, portanto, um saber complexo. Ocupa-se da estrutura e da operacionalidade da interpretação, com o objeto de outorgar estabilidade à última, em benefício dos efeitos sociais do sentido, em termos de aplicação à convivência. Como não poderia deixar de ser, seus fundamentos são filosóficos, mas, enquanto ramo do conhecimento, é saber dotado de cientificidade, adquirida pela circunstância de ser um conhecimento unificado, nos parâmetros da doutrina spenceriana. Não foge por outro lado, a uma configuração normativa, na medida em que intenta obter frutos-de-utilização em prol da melhoria da sociedade dos homens, nas suas diversas dimensões: sociais propriamente ditas, políticas, econômicas, morais, jurídicas estéticas, etc. numas áreas, sua atuação tem mais espaço e maior eficácia. É o caso, para exemplificar, das áreas jurídica e política, onde é mais adequado falar-se em direcionamento do sentido, do que no tocante, ainda para exemplificar à área estética. De qualquer forma, a verdade filosófica de que o sentido é inesgotável se constitui no fundamento da Hermenêutica, uma vez que, se ele fosse uno e fixo, não haveria motivo algum para preocupar-se, num conjunto imenso de opções, a melhor alternativa, ou as melhores alternativas, para a convivência, eis que sequer conjunto de opções existiria. A inesgotabilidade de sentido é, por conseguinte, a base filosófica em que se assenta a Hermenêutica. Hermenêutica é, assim, guia de escolha do bom sentido. Essa escolha do bom sentido torna-se imperiosa no que tange à Hermenêutica Jurídica, uma vez que a opção pelo sentido pode, em muitos casos implicar a opção pela justiça, indispensável à convivência e à afirmação da grandeza do ser humano, bem como à própria justificação do Direito*⁴⁵.

Em resumo: o Direito (em que cada texto jurídico deve estar conformado a um outro que lhe é superior) faz parte do modo-de-ser-no-mundo que serve para os demais textos jurídicos como um ter-prévio, um ver-prévio e um pré-conceito.

Por fim, o intérprete deve vislumbrar que as possibilidades semânticas do texto devem cruzar-se com todos os elementos das circunstâncias fáticas do caso, assim compatibilizando-se por uma interpretação, que sempre terá de ser constitucional (portanto, correta) e outra, inconstitucional (portanto, incorreta)⁴⁶.

⁴⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 350-351.

⁴⁵ Por último, desponta, no conceito reproduzido, a questão da eficácia do Direito, capaz de excluir, em sua aplicação, qualquer impedimento que se lhe anote. Ressurge a indagação: como saber o intérprete ou o aplicador do Direito qual o impedimento, se for o caso, a afastar, não dispondo ele de nada mais do que a multiplicidade de sentidos para funcionar a título de balizamento de sua opção. Somente regras (digamos assim) da hermenêutica serão hábeis a conferir condições de seletividade entre os sentidos possíveis, do que surgirá algum rumo para o intérprete poder optar (FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 97-98 e 100).

⁴⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 134 e 347-348.

Desse modo, (também) a Constituição não é um elemento objetivo, separado do intérprete, fora da circularidade hermenêutica; dela é impossível “deduzir” “outro” elemento “objetivado”. Por isso, é possível dizer que a noção de Constituição é um paradoxo, ao fundar sem ser “fundamento *inconcussum*” (porque não é uma categoria ou uma hipótese a partir da qual se possa fazer “deduções”) e, ao mesmo tempo, embora sendo o ponto de partida (e de chegada) do ordenamento, frustra essa pretensão de ser esse ponto, já que esse “começo” sempre se renova na forma de antecipação de sentido e na circularidade hermenêutica⁴⁷.

Pelo exposto, a hermenêutica jurídica a que aqui se reivindica: “*la inesgotabilidad del sentido que se ofrece en la interpretación. Y un sentido inagotable es un sentido que, lejos de no tener valor, tiene un valor inagotable*”⁴⁸.

*In questo senso l' ermeneutica si presenta come un modo particolare d'intendere e di praticare le procedure interpretative. Tra i suoi caratteri distintivi ricordiamo qui, ad esempio, il richiamo alia totalità degli orizzonti interpretativi o il rifiuto di considerare la proposizione normativa come l'unità-base del testo*⁴⁹.

Desta forma, recupera-se o sentido possível de um determinado texto e não a reconstrução do texto advindo de um significante primordial fundante. Faz-se assim uma reconstrução de coisas que nos eram postas como dogmas jurídicos de extremo aprisionamento do Direito⁵⁰.

2 A INTERPRETAÇÃO CRIADORA/CONSTRUTIVA DE DIREITO

Interpretar es interpretar, que deriva de interpres, vale decir mediador, corredor, intermediario. El intérprete es un intermediario entre el texto y la

⁴⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 281-282.

⁴⁸ “*La hermenêutica por un lado se empeña en afirmar el carácter múltiple, personal, antidogmático, imposible de objetivar de la interpretación, pero por el otro lado reduce toda tentación relativista y nihilista. Si todas las interpretaciones tienen el mismo valor, ninguna interpretación tiene propiamente ningún sentido: y esto es justamente opuesto a lo que la hermenêutica postula: la inesgotabilidad del sentido que se ofrece en la interpretación. Y un sentido inagotable es un sentido que, lejos de no tener valor, tiene un valor inagotable*”. (D’AGOSTINO, Francesco. **Interpretación y Hermenêutica**. Depósito Académico Digital Universidad de Navarra. Disponível em: <http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12899/1/PD_35_02.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2012. p. 13)

⁴⁹ VIOLA, Francesco. *Ermeneutica e Diritto. In: Ars interpretandi. Annuario di Ermeneutica Giuridica*. Disponível em: <http://www.arsinterpretandi.it/upload/95/att_viola.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2012, p. 181-182)

⁵⁰ Assim, por exemplo, não há um dispositivo constitucional que seja, em si e por si mesmo, de eficácia contida, de eficácia limitada ou de eficácia plena. A eficácia do texto do dispositivo advirá de um trabalho de adjudicação de sentido, que será feito pelo hermeneuta-intérprete (STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 200).

*realidad; y la interpretación es extraer el sentido, desentrañar el contenido, que el texto tiene con relación a la realidad*⁵¹.

Antes de se adentrar ao assunto em específico, cabe interrogar-se: *¿Quien decide sobre la interpretación de un texto? Aquel que es competente para decidir el derecho en el caso de especie que le es sometido, y este será el juez de primera instancia y, en caso de necesidad, el juez de apelación de casación*⁵², *y hoy en día muchísimo casos se remiten los Tribunales Constitucionales.*

Isso vem a dar luz ao caminho a se trilhar, para que melhor defenda-se o Ativismo Judicial Substancialista, avaliando-se pela perspectiva de uma construção no que se refere à Filosofia do Direito, que calca-se em uma interpretação de cunho hermenêutico jurídico, na qual a hermenêutica é vista como um *locus* que privilegia a criação do direito, superando as visões e construções teóricas que defendem ser a interpretação do direito de livre manifestação do juiz ou de uma interpretação que venha a ser autêntica. Defende-se a interpretação criativa-constitutiva do Direito⁵³, pois a mesma resulta em efeitos práticos.

A *Interpretação Criadora-Constitutiva do Direito* interpõe-se na fusão de dois horizontes, entre a Hermenêutica Jurídica e Criação do Direito pela via Judicial⁵⁴, e se dá na seguinte premissa: se interpretar é compreender⁵⁵, e o com-

⁵¹ COUTUE, Eduardo. **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón. 1963. t. III, p. 15.

⁵² PERELMANN, Ch. **La Interpretación Jurídica**. Trad. De H. Petzold-Pernio. Cuadernos de Trabajo. Maracaibo: Centro de Estudios de Filosofia del Derecho. Facultad de Derecho Luz, 1974. n. 7, p. 10.

⁵³ Anteriormente citado: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique *¿Qué Significa Juzgar?* In: DOXA, **Cuadernos de Filosofia del Derecho**, 32, p. 154-157, 2009.

⁵⁴ Em debate doutrinário que muitas vezes deparamos com a convicção de que existe uma clara distinção entre a interpretação do direito e ativismo judicial. De acordo com esta distinção, a primeira é considerada uma legítima expressão da função judicial e a segunda sua degeneração, envolvendo invasão arbitrária de um juiz para a arena política, dando prioridade a outros do que aos valores jurídicos, tais como, no caso do Tribunal de Justiça, apoiar o processo de integração Europeia. Deve ser enfatizado que a mencionada convicção está deslocada, baseando-se em um conceito antigo e redutor da função judicial, em que o Juiz era visto como um porta-voz-robô inanimado da Lei. Esse conceito confirma a ideia de que, pela lógica puramente dedutiva, o Juiz pode determinar a lei, sem responsabilidade pessoal e por meios criativos. Por outro lado, *deve sublinhar-se que a função judicial envolve, por si só, não só a interpretação do direito, mas também a sua criação*. Se tal observação fundamental é aceita, não apresenta distinção clara entre a análise ou interpretação jurídica de um lado e judicial e de outro legislativo. Na verdade os dois, longe de pertencer a diferentes esferas, o ex-legalista e o último político, estão dentro dos limites da função judicial legítima. A conclusão de que o processo legislativo é, por si só, parte das funções judiciais nos permite reconsiderar o debate atual e tentar, em vez de explicar as decisões de tomada de lei como uma mudança da lei e para a política, encontrar uma explicação dentro do próprio sistema jurídico. Pode ser interessante, em primeiro lugar, examinar brevemente as razões para o nascimento e a expansão do papel criativo da interpretação judicial em geral, e, por outro, a especificidade do ativismo judicial europeu (*In doctrinal debate we often come across the conviction that a clear distinction exists between legal interpretation and judicial activism. According to this distinction, the former is considered a legitimate expression of judicial function and the latter its degeneration, involving a judge's arbitrary intrusion into the political*

preender é sempre aplicar⁵⁶(Gadamer⁵⁷), e aplicar é sempre criar direito (Kelsen⁵⁸), conclui-se que a interpretação criativa não é conversacional, mas construtiva (Dworkin⁵⁹)^{60/61}.

*arena by giving priority to values other than legal ones, such as, in the case of the ECJ, supporting the process of European integration. It must be emphasised that the aforementioned conviction is misplaced, being based on an old and reductive concept of judicial function, whereby the judge was seen as an inanimate, robot-like spokesman of the law. This concept confirms the idea that by purely deductive logic the judge could ascertain the law without personal responsibility or creative means. By contrast, it must be underlined that judicial function involves per se not only the interpretation of law but also its creation. If one accepts this fundamental observation, there is no clear distinction between legal analysis or interpretation on the one hand and judicial law-making on the other. In fact both of them, far from belonging to different spheres, the former legal and the latter political, fall within the boundaries of legitimate judicial function. The conclusion that law-making is per se part of judicial functions allows us to reconsider the current debate and try, instead of explaining law-making decisions as a shift from law and towards politics, to find an explanation inside the legal system itself. It might be interesting, firstly, to briefly examine the reasons for the birth and expansion of the creative role of judicial interpretation in general, and, secondly, the specificity of European judicial activism. (POLLICINO, Oreste. Legal Reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality Between Judicial Activism and Self-restraint. **European & International Law. German Law Journal**, v. 05, n. 03, p. 285-286, 2004).*

⁵⁵ “Los protagonistas comprueban el sentido de una orden (tanto el que manda como el a quien la orden se dirige) o de un acuerdo (los interesados) mediante la comprensión. Tanto la interpretación como la comprensión son maneras de comprobación de sentido, actitud que corresponde con respecto a toda conducta humana y con respecto a todos los productos de conducta humana”. (GOLDSCHMIDT, Werner. *Introducción al Derecho* (Estructura del Mundo Jurídico). Madrid: Aguilar. P. 206.)

⁵⁶ GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método**: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. 3. ed. Tradução de Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 457.

⁵⁷ GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método**: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. 3. ed. Tradução de Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 358.

⁵⁸ A criação de Direito é sempre aplicação de Direito. (KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 193)

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 62-64.

⁶⁰ “... é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária **Law-making**”. (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 24-25)

⁶¹ “**Si comprende**, allora, che il binomio inscindibile di **‘interpretazione-applicazione’** rappresenta nel diritto quella difficile conciliazione tra ragione e autorità che interessa tutta la vita pratica e la coesistenza umana. Ma ciò non significa necessariamente che questo binomio debba essere identificato con la separazione tra ‘ragione e volontà’. L’ermeneutica ha una propria concezione dell’autorità e del suo rapporto con la ragione, concezione che è ben diversa da quella propria dell’imperativismo giuridico o del normativismo kelseniano. In ogni caso la discussione intorno all’adeguatezza dell’interpretazione non avrebbe senso se si avesse di essa un’idea puramente soggettivistica. Ma resta irrisolto il tipo di rapporto che l’interpretazione ha con il suo oggetto. Questo problema a sua volta dipende dal modo stesso in cui viene concepito quest’ oggetto, se esso sia isolabile dal contesto o riceva il suo significato dall’ ambiente in cui opera. Pensiamo qui al grande ruolo che in tutta questa problematica svolgono le convenzioni linguistiche, di cui bisogna tener conto se si vuole comprendere il diritto”. (VIOLA, Francesco. *Ermeneutica e Diritto*. In: **ArS interpretandi. Annuario di Ermeneutica Giuridica**. Disponível em: <http://www.arsinterpretandi.it/upload/95/att_viola.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2012, p. 183)

Já Perelmann defende a interpretação criativa-constructiva do Direito como sendo a interpretação dinâmica⁶².

Corrobore-se que a interpretação criativa não é conversacional, mas constructiva, pois é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam. Saliente-se que do ponto de vista constructivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto⁶³.

No entanto, a interpretação⁶⁴ é mais do que obra da ciência, pois se pode considerar *ius*⁶⁵, pois responde à mesma finalidade que o direito^{66/67}.

⁶² “*Tradicionalmente dos interpretaciones se oponen la una a la otra: la interpretación estática y la interpretación dinámica. La interpretación estática es aquella que se esfuerza en encontrar la voluntad del Legislador que ha sancionado el texto de la ley. La interpretación dinámica es aquella que interpreta el texto en función del bien común o de la equidad, tal como el juez los concibe en el caso de especie que le es sometido. Estas dos concepciones de la interpretación parecen, ambas, poco satisfactorias. En efecto, en la concepción estática no es la opinión del juez sino la del mejor historiador del derecho la que debería prevalecer. Si es al juez al que se le concede el derecho y la competencia de decidir, debe ser porque no se trata, en esta materia, de historia, de verdad, de ciencia, sino de una decisión que se quieren que sea la mas justa posible. POI’ otra parte, el recurso a la voluntad del legislador, normalmente sin poder en el momento en el cual la ley es aplicada, no es a menudo mas que una ficción cómoda, pues el legislador que se invoca no puede mas manifestarse. Por el contrario, in concepción dinámica de la interpretación presenta el riesgo de sustituir a la voluntad del legislador por la voluntad del juez y de suprimir la diferencia entre la regla que ha sido promulgada y aquella que se quisiera ver instaurada. La interpretación de lege lata seria sustituida por’ aquella de lege ferenda, que no tornaría en cuenta en absoluto la voluntad manifiesta del legislador”.* (PERELMANN, Ch. **La Interpretación Jurídica**. Trad. de H. Petzold-Pernio. Cuadernos de Trabajo. Maracaibo: Centro de Estudios de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho Luz, 1974. n. 7, p. 11-12)

⁶³ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 62-64.

⁶⁴ LEGISLADORES, INTÉRPRETES E JUÍZES. – Os efeitos das leis são quase sempre complexos e, não raro, diferentes daqueles que, devido a rudimentares processos de indagação, eram previstos pelos legisladores e pelos estudiosos. Outras vezes, variam com os tempos, e dá-se a heterogonia de fins, que faz o mesmo instituto servir sucessivamente a funções diversas. De forma que deve a indagação científica atender ao método indutivo nas 3 (três) fases de elaboração jurídica –, na pré-legislativa ou doutrinária, na legislativa e na pós-legislativa ou exegética –, de modo que na função retificadora, que lhe compete, seja (por sua vez e com mais fortes razões do que as geralmente admitidas) pré-legislativa. Nenhum estudo será mais fecundo que o das causas reais das instituições, mas é difícil e muito delicado. Mais seguro é o das relações sociais, que por seu turno auxiliará o esclarecimento daquelas causas e daqueles efeitos, sempre idênticos às causas e daqueles efeitos (fins) ideológicos, isto é, aos motivos psicológicos e fins desejados pelos legisladores. Pode ser que sejam muitos os efeitos e os fins desejados pelos legisladores. Pode bem ser que sejam muitos os efeitos da regra e somente a análise das relações poderá revelá-los, aqui e acolá, o que não seria fácil ao estudo direto da instituição. As relações sociais mantêm maior continuidade causal que as instituições que são efeitos formais; entre as relações de venda, troca, herança, etc., em que se revelam, pois que atuam condições econômicas, psicológicas, morais, políticas, etc., é que devem ser procuradas a gênese e evolução dos fenômenos jurídicos e não nas instituições propriamente ditas. O mesmo involucrio institucional, o mesmo texto de lei, pode ter sentidos diferentes em dois ou três períodos de vigência, às vezes distantes de um século, e somente nas relações sociais é que poderemos conhecer aqueles sentidos, porque é somente nas relações sociais que se encontram e podem ser apanhadas as normas que as regeram (história jurídica), que as regem (documento atual), e que

Neste sentido, o: “*derecho está siempre en proceso de hacerse a través de la llamada interpretación que es, en gran medida, un acto de creación. De ahí que esa interpretación que pretende saber simplemente cómo está hecho el derecho, qué es lo que manda el derecho, se equivoca; porque el derecho nunca está totalmente hecho*”⁶⁸.

Evidente fica a aproximação entre Ativismo Judicial e a Interpretação criativa do Direito diante da Hermenêutica Jurídica de cunho filosófico; fica clara tal aproximação especificamente no que tange à criação do direito pelo Judiciário que revela-se pela interpretação antiformal⁶⁹.

as devem reger (legislação e interpretação jurídica) (MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Introdução à Ciência do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. IV, p. 40-41).

⁶⁵ “*Il diritto in quanto senso specifico dell’operare umano a precedere e conferire significato ai testi, che proprio per questo sono considerati ‘giuridici’. Nessuno di essi è però in grado di afferrare e racchiudere in sé tutto il senso del diritto, essendone ognuno solo una più o meno adeguata manifestazione (instantiation). Se non fosse così, comprensione e interpretazione sarebbero la stessa cosa e, conseguentemente, non sarebbero possibili criteri di valutazione relativi alla correttezza della seconda. Il diritto sarebbe interpretazione e null’altro che interpretazione senza poter dire di che cosa si tratti. Neppure si potrebbe rispondere conclusivamente che si tratta d’interpretare testi giuridici, perché questi sono essi stessi frutto d’interpretazioni, a meno che non li si considerino meri enunciati linguistici, i quali di per sé non hanno nulla di ‘giuridico’. L’interpretazione è legata alla positività fino al punto da potersi affermare che la stessa positività del diritto è il risultato d’interpretazioni e il principio di altre interpretazioni. Il senso propriamente non lo si interpreta, ma lo si comprende, e ciò dà luogo ad una catena infinita di eventi interpretativi. La questione metodologica della correttezza dell’interpretazione è, dunque, subordinata a quella ermeneutica delle condizioni di possibilità della comprensione dei testi giuridici*”. (VIOLA, Francesco. *Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto*. In: **Etica & Politica / Ethics & Politics**, 2006,1. p. 11)

⁶⁶ BIONDI, Biondo. **Arte y Ciencia del Derecho**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1953. p. 173.

⁶⁷ Interpretar o Direito “*é desentrañar el sentido de una norma en su sentido plenario, presupone el conocimiento del derecho en su totalidad, y la coordinación necesaria de la parte con el todo*”. (COUTUE, Eduardo. **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón., 1963. t. III, p. 16)

⁶⁸ GRANDA, Fernando de Trazegnies. La Muerte del Legislador. In: **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, 1995. p. 864.

⁶⁹ “*Da questo punto di vista, mi sforzerò, in primo luogo, di esaminare criticamente alcuni presupposti semantici che sono comunemente condivisi – anche se soltanto implicitamente – dalle due concezioni tradizionali (ma ancora oggi particolarmente influenti) dell’interpretazione giuridica, concezioni che si sono storicamente contrapposte più volte – sia pure in versioni differenti – nella cultura giuridica degli ultimi due secoli, ma che, a ben guardare, sono molto più strettamente imparentate fra di loro di quanto non sembri a prima vista: mi riferisco ai due grandi filoni del formalismo interpretativo e dell’antiformalismo interpretativo. In secondo luogo, proverò a criticare questi presupposti, cercando anche di fornire alcuni lineamenti per una teoria dinamica del significato che sia ingrado di fornire le basi semantiche per una concezione dell’interpretazione che si proponga – quantomeno come indicazione per una ricerca futur – come de indicazione per una ricerca futura – come decisamente alternativa alle due concezioni sopra menzionate. Per l’appunto, come una comue concezione assolutamente inadeguata, del significato (una concezione statica) stia alla base – anche se in modo totalmente implicito – dei due tradizionali approcci all’interpretazione, il formalismo e l’antiformalismo, nelle loro differenti versioni. Questa concezione produce, tra le altre conseguenze,*

Quanto ao formalismo, ou seja, ao rígido mecanismo dogmático representado pelo legalismo, faz com que se crie a necessidade de que as decisões judiciais passem a se tornar fontes do Direito, diante do ordenamento jurídico, pois como visto em alguns momentos no ora trabalho, a lei não contém “todo o Direito”, forçosamente o juiz-tribunal exerce a função criadora por meio de sua função Jurisdicional⁷⁰, usando-se da interpretação e da hermenêutica⁷¹.

Acena-se, deste modo, que a interpretação Judicial não se exaure pela legalidade ou a formulações provenientes de codificações, pois, como símbolo que pode ser transgressor de um órgão que resume em si o espírito da estrutura jurídica dominante, compete-lhe alternativamente adequar a satisfação das necessidades fundamentais de novos sujeitos sociais aos recentes pressupostos paradigmáticos de valoração jurídica emancipadora⁷².

Necessário aludir que interpretação criadora-constitutiva do Direito se perpetuou ao longo do tempo, assim fazendo com que se repense a dogmática jurídica (legal e constitucional), pois nela se encontra uma profunda crise de paradigmas que tem como sustentação uma profunda desfuncionalidade do Direito, e retroalimentada por um campo jurídico que funciona como um *corpus* no interior do qual o operador jurídico “conhece”, “contempla” e “assume” o seu lugar, a dogmática jurídica, deve ser retratada em uma perspectiva criativa/criadora⁷³.

indesidentibili, anche quella egata ad una configurazione dell'attività interpretativa sulla base della quale viene posta una sorta di alternativa dicotomica fra scoprire significati, e crearne di nuovi. L'interpretazione, insomma, viee ricondotta, di volta, ad una delle due qualificazioni dicotomiche: o a quella dela interpretazione-scoperta, o a quella della interpretazione-creazione”. (VILLA, Vittorio. *Interpretazione Giuridica e Significato: una Relazione Dinamica. In: Ars interpretandi. Annuario di Ermeneutica Giuridica*, 1998. Disponível em: <http://www.arsinterpretandi.it/upload/95/att_cappellini.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2012, p. 129-136)

⁷⁰ A intervenção dos Tribunais, embora não uniforme, à primeira vista poderia se tornar insuportável. Mas todo ordenamento prevê a possibilidade de transformar essa multiplicidade em unidade. Por essa via jurisdicional é que se coloca o ordenamento jurídico como algo mais seguro, oferecendo menos opções de dúvidas que os textos normativos do Direito, que brota puro da fonte legislativa e, muitas vezes, extremamente confuso (BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 297-298).

⁷¹ Impõe-se precisar o modo como se efetiva o surgimento e a criação de um ordenamento jurídico desvinculado do rígido e mecânico dogmatismo representado pelo legalismo formalista. Caracterizando a importância das decisões judiciais como Fonte do Direito, verifica-se principalmente que a lei não contém todo o Direito. Isso é apenas um “mito”. Não obstante as disposições legislativas em contrário, ao juiz compete muito mais a criação do Direito do que a mera interpretação e aplicação da lei. Sem dúvida, o juiz exerce uma função criadora extremamente importante, na medida em que contribui para o aperfeiçoamento e a perpetuação contínua da ordem jurídica (WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 182-183).

⁷² WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 188-190.

⁷³ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**: uma explosão hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 206.

Neste sentido, deve-se aludir que, “*se estará ante una hermenéutica ‘re-creadora del sentido’ de las normas del derecho positivo y preocupada de que este cumpla su función de acuerdo con la cambiante realidad social, o bien, ante una interpretación defensora del ‘statu quo’ y opuesta a la necesidad de poner a tono al derecho positivo con las transformaciones de la sociedad donde el mismo pretende regir*”⁷⁴.

Defende-se que toda interpretação é construtivista/criadora de direito, este é um processo de vontade humana⁷⁵, no qual deve-se levar em conta a realidade política, que nada mais é que uma discussão que mobiliza todos os setores da sociedade, em que as normas jurídicas se atualizam por meio do processo interpretativo⁷⁶.

Esse demonstra ser o ponto mais relevante da criação-construtiva pela via da interpretação do direito por parte do Judiciário, pois é através de função interpretativa que se alcança a desejável estabilidade jurídica, adequando-se a letra seca da lei à evolução operada no seio da sociedade⁷⁷.

Pois, a interpretação nunca é dificultada por vínculos formais que impeçam a evolução do Direito⁷⁸, que é uma verdadeira evolução criadora⁷⁹.

⁷⁴ Refuta-se, mas importante salientar, que para PERELMAN a teoria da argumentação se apresenta como instrumento indispensável para a interpretação jurídica. **Pois:** *Ahora bien, es desde “esta perspectiva que la teoría de la argumentación adquiere ... importancia ... Pues, es una argumentación adquiere, mas a menudo, será lo determinante para establecer la convicción del juez, ya que le permitirá motivar su decisión”.* (PERELMANN, Ch. **La Interpretación Jurídica**. Tradução de H. Petzold-Pernio. Cuadernos de Trabajo. Maracaibo: Centro de Estudios de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho Luz, 1974. n. 7, p. 5)

⁷⁵ A interpretação resguardadora do indivíduo é aquela que o respeita, que o descobre como unidade, mas que se completa na realidade de sua inserção social também, assim, levando em conta os desdobramentos subjetivos que essa objetivação no social venha implicar. Assim, desde que há ser humano, há interpretação. Esta é, de certo modo, etapa primordial no processo de identificação ôntica do ser humano. Não há razão sem capacidade de interpretar. E não há comprovação possível para a existência da capacidade de interpretar sem o ato de interpretar. Logo, não há razão sem interpretação, ou, noutros termos, é impossível a identidade humana sem a interpretação, pois o ser humano só se apercebe de si interpretando. É por intermédio da interpretação do outro e de si próprio que o ser humano se apercebe de sua realidade mesma. A interpretação é, portanto, necessária ao homem (FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 147).

⁷⁶ Fica difícil interpretar sem se levar em conta as realidades políticas pelas quais passa o país. As discussões mobilizam o espírito de todos os setores da sociedade, que são altamente ideológicos, e se fazem sentir na interpretação do direito, em função do que se fala, então, de uma atualização das regras jurídicas por meio do processo interpretativo (BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 265).

⁷⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 265.

⁷⁸ La interpretación nunca está trabada por vínculos formales, que impidan la evolución del derecho y la consecución de un resultado que parezca justo (BIONDI, Biondo. **Arte y Ciencia del Derecho**. Barcelona: Ariel, 1953. p. 56).

⁷⁹ MIRANDA, Pontes de. **À Margem do Direito**: ensaio de Psicologia Jurídica. Campinas: Bookseller, 1912. p. 88-89.

Demonstra a interpretação do Direito ser um dos maiores dilemas-paradoxos⁸⁰ atuais da Teoria do Direito e do Estado, indagando-se, desta feita, se a interpretação judicial é ato criativo do direito ou não, se a jurisdição é puramente declaração do direito ou se é criação do direito⁸¹.

E ainda, o processo interpretativo implica sempre redefinições, ou mais do que isso, quando o Juiz-Tribunal aplica a lei, estará aplicando não o texto-em-si, mas o sentido que esse texto adquiriu na tradição, exsurgindo sua interpretação a partir da necessária fusão de horizontes. Resta evidente que todo processo de interpretação é um processo de criação. Hermeneuticamente, não pode restar qualquer dúvida a esse respeito. Se examinar-se o conjunto das decisões que emanam dos juizes e dos tribunais, é possível constatar, sem muito esforço, atribuições de sentido das mais variadas⁸².

Faz-se o reconhecimento de que é essencial em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar o mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha, não deve ser confundido com afirmação de total liberdade do intérprete. Discricionariedade não quer dizer que necessariamente, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos^{83/84}.

⁸⁰ “*En términos generales, nadie niega el papel creador del artista o del legislador. Sin duda crean algo que antes era inexistente. La pregunta es si también puede haber creación en la interpretación. A mi juicio sí. En construcción de algo distinto a la obra de arte o a la ley, aunque la nueva creación invariablemente se da a partir de aquéllas*”. (BONIFAZ A., Leticia. La interpretación en el Derecho y en el Arte. Primeras Aproximaciones. In: CÁCERES, Enrique; FLORES, Imer B.; SALDAÑA, Javier y Villanueva, Enrique (Coord.). **Problemas Contemporáneos de la Filosofía del Derecho**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 100)

⁸¹ “*El dilema de saber si la interpretación judicial es acto creativo o no, si la jurisdicción es pura declaración del derecho o es creación del derecho, es un tema virtualmente inagotable. Por nuestra parte nos hemos pronunciado en más de una oportunidad en el sentido de que la actividad jurisdiccional es actividad creativa del derecho. Debemos respetar los puntos de vista divergentes; pero debemos, asimismo, aclarar, en honor a la verdad, que hemos llegado a esa conclusión luego de muchas reflexiones, de muchas incertidumbres y ¡por qué no decirlo! después de muchas vigílias. Pero ha ocurrido que una vez tomada esa posición, todo tiempo y meditación posteriores, no han hecho sino confirmar la exactitud de ese punto de vista*”. (COUTUE, Eduardo. **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón., 1963. t. III, p. 36)

⁸² STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica** – Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 462.

⁸³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 23-24.

⁸⁴ Trata-se de pura e simples atividade de interpretação e atuação do Direito e, inevitavelmente, criativa, onde as três explicações anteriores põem em evidência o mais alto grau de criatividade na época presente, afirmando que o remanescente, por outro lado, em qualquer época, a função jurisdiccional enquanto foi e sempre será, seja em qual medida, criadora. A fé no caráter meramente mecânico de aplicação da regra jurídica há muito tempo esvaneceu-se. Mas isto não significa, porém, incorrer nos excessos do *ius* – liberalismo. Suponho, de fato, que nenhum de nós teria dificuldade em tornar sua afirmação recente, por vezes até um pouco banal, feita por um dos mais conservadores Juizes da *House of Lords* britânica, segundo a qual “*onde o significado das palavras de uma lei é claro e unívoco, não é tarefa dos juizes inventar*”

Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas o grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitavelmente um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos de direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, tece o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes⁸⁵.

Quando se afirma a defesa pela existência de uma interpretação criativa-constitutiva do direito defende junto a isso o Ativismo Judicial, que vem a realizar segundo alguns autores por vias de valores⁸⁶ morais, éticos, principioló-

*fantasiosas ambiguidades com o fim de não dar atuação àquele claro significado”. Mas todos nós sabemos, também, quantas vezes a linguagem das leis não é um modelo de clareza e, ainda, como outras formas de interpretação, formas que vão aquém daquela meramente verbal, mas também sabemos que há de prevalecer uma visão do Direito como um complexo de normas vivas e não como normas e palavras isoladas, imutáveis, destacadas do sistema de sua vida. Na verdade, não creio em alguém, no meio dos Membros de nossa Associação de estudiosos do processo civil, que não sabia que em pouquíssimos casos, especialmente, entre aqueles que chegam às Cortes Superiores, possam ser decididos com base numa simples leitura de um artigo de lei, ou com fundamento numa mera argumentação da Lógica Formal. Ao contrário, quase sempre um caso pode ser visto sob dois ângulos diversos, com consequências que podem variar também no julgamento das pessoas mais equânimes e razoáveis. Os juízes, longe de serem considerados “seres inanimados” descritos por Montesquieu, são, ao contrario, homens e mulheres que devem, na grande maioria dos casos, prolatar suas decisões, não por si só self-evidente; devem fazer-lo com base em opções mais ou menos difíceis, onde sempre incide, também, um mínimo de discricionariedade, ou seja, de liberdade. “Os Juízes também são homens”; esta frase foi usada por Calamandrei para a tradução alemã do “Elogio dei giudici”, significando que o Direito não se revela os Juízes “quase” por uma mística adivinhação; o Direito não se revela àqueles, mas é “decidido” pelos juízes. Se estes últimos são a “boca” do Direito, eles são, também, em qualquer medida, os autores ou co-autores da sua realidade. (CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologia e Sociedade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. v. 1, p. 14-15)*

⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 42.

⁸⁶ “Il meno che si possa dire è che i principi della costituzione sono indeterminati, mentre il modello ottocentesco di norma giuridica è all’insegna di un’elevata determinatezza proprio per assicurare la certezza del diritto e neutralizzare l’opera creativa dei giudici e dei giuristi. Il principio costituzionale indica un orientamento valorativo, un valore prioritario da rispettare o un’esigenza imprescindibile della convivenza civile, ma da tutto ciò si devono trarre regole più precise per governare i comportamenti concreti. Queste regole, però, sono più condizionate dalla particolarità dei casi, cosicché può succedere che casi diversi richiedano regole diverse per rispettare lo stesso principio. Queste considerazioni hanno effetti notevoli nel modo di pensare il diritto e la scienza che lo studia. L’identificazione del nucleo dei valori giuridici nei principi costituzionali presuppone il passaggio dalla politicizzazione del diritto alla giuridificazione della politica. Lo Stato di diritto dell’Ottocento è, infatti, costituito dall’insieme di regole che sono prodotte dal potere politico. Il diritto dipende dalla politica, cioè dalla

gicos^{87/88} e axiológicos⁸⁹, por a Constituição demonstrar ter uma textura aberta e ampliativa, assim dando amplos poderes ao interpretador do Direito, ou seja, ao Juiz-Tribunal que vem a efetivar a existência do Ativismo Judicial.

Neste sentido, os juízes e tribunais emprestam sentidos novos a um mesmo enunciado normativo, uma prática para eles rotineira; rigorosamente estão a produzir enunciados novos a partir de um texto que se mantém inalterado. São as chamadas novas leituras, das quais decorrem as viragens de jurisprudência que regeneram os sistemas jurídicos e lhes preservam a força normativa⁹⁰.

Tem-se em análise pelo exposto que o grau de criatividade interpretativa cresce a passos largos frente aos diferentes graus de jurisdição, que vai dos Juízes Ordinários às Cortes Constitucionais, sendo que as Cortes⁹¹ demonstram

volontà del sovrano. Questa è concepita come assoluta". (VIOLA, Francesco. **Epistemologia ed ermeneutica della scienza giuridica**. Disponível em: <http://www.ciafic.edu.ar/documentos/Viola_1999.htm>. Acesso em: 02 mar. 2013, p. 4-5)

⁸⁷ O Juiz intérprete haure sua maior força e dimensão hermenêutica na esfera dos princípios, mas se move tecnicamente no círculo de um pluralismo normativo tópico onde a norma-texto é apenas o ponto de partida da normatividade investigada e achada ao termo do processo decisório concreto, segundo assinala a teoria estruturante do Direito, da qual Friedrich Muller, já citado, é seu mais insigne formulador e jusfilósofo. Aos juiz das leis sucederá o juiz da Constituição. Ao juiz da legalidade, o juiz da legitimidade. Ao juiz da pré-compreensão da classe, o juiz da pré-compreensão da sociedade (BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 23).

⁸⁸ *"A las concepciones de la interpretación que admiten el recurso a los principios (sean éstos de derecho natural o de derecho constitucional) se les objeta generalmente, en nombre de la certeza del derecho, que abrirían el camino al arbitrio de los intérpretes, autorizados a introducir puntos de vista cambiantes en la reconstrucción de las reglas jurídicas y en su aplicación. La certeza del derecho debería descansar, según esta opinión, en un 'corte' de lo que excede por arriba y por abajo, es decir, de los principios y de los casos. El derecho debería asentarse sobre lo que queda en medio, las reglas"*. (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**: Ley, Derechos, Justicia. Torino: Trotta, 2002. p. 144-145)

⁸⁹ *"Dentro de este desmoronamiento del legalismo emerge con mayor claridad la autentica denuncia de los principios jurídicos, como criterios valorativo que estimulan o proceso de interpretación en el que se engendra la decisión jurídica. Algo bien distinto de una fuente de repuesto, cuyo contenido se obtuviera generalizando el de las leyes hasta condensarlo centrifugamente. Se acepta que los principio generales tienen un carácter informador del ordenamiento jurídico pero cuesta superar las fronteras artificiales de las diversas fuentes. Resulta difícil comprender que toda realidad jurídica surge de la conjunción de un principio valorativo y unos hechos, y que toda ley – como proyecto de realidad jurídica – es sólo un anticipo de esta futura conjunción (que se consumará en la conducta del ciudadano o en la decisión del operador jurídico); pero la ley no pocas veces actuara realmente a posteriori: sirviendo de justificación formal a un principio valorativo que habia puesto automáticamente en marcha la pre-comprensión judicial"*. (OLLERO, Andres. **Interpretacion del Derecho y Positivism Legalista**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1982. p. 172)

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed., 2. tir. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 59.

⁹¹ Por certo, as decisões da jurisdição constitucional contêm um elemento de configuração criadora. Porém, toda interpretação tem caráter criador. Ela permanece também interpretação, quando ela serve à resposta a questões do Direito Constitucional e quando ela tem por objeto normas da am-

no dia a dia ter decisões judiciais amplamente criativas que apresentam múltiplas possibilidades no ato interpretativo, muito embora sofram críticas⁹².

A criatividade interpretativa por parte do Poder Judiciário em seu amplo campo de experiência vem a dar soluções bem mais céleres aos conflitos dos casos concretos que lhes são apresentados, neste campo de atuação consegue absorver as exigências das sociedades democráticas mais rapidamente, sob a forma de novas leituras sobre na prolixo ordenamento jurídico constitucional, criando assim, modelos jurídicos inteiramente novos. Haja visto, que por meio de decisões judiciais⁹³.

A interpretação criativa-constitutiva constrói-se por um fator inevitável da função jurisdicional⁹⁴, que por diversos fatores, características e exigências de

plitude e abertura como elas são próprias do Direito Constitucional. Suas decisões não são decisões políticas disfarçadas que estão em contradição com a essência da jurisdição verdadeira e, por isso, devem conduzir para a politização da justiça, e, também, não tem necessidade da consideração da categoria suspeitosa do “Direito Político” para justificar jurisdição constitucional como um *aliud* diante de outras jurisdições, ambas as concepções estão, ainda, arraigadas a uma compreensão para a qual a interpretação é restringida a isto, encontrar algo que, “de fato, já existe decidido provisoriamente”. (HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução (da 20. Edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 421-422)

⁹² STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 452-453.

⁹³ No campo da experiência judicial – onde a criatividade do intérprete encontra soluções muito mais rápidas para os conflitos de interesses do que para as respostas formuladas pelo legislador as exigências sociais são imediatamente absorvidas e racionalizadas pelo aplicador do direito, sob a forma de novas leituras dos mesmos enunciados normativos, leituras tão inovadoras que chegam a criar modelos jurídicos inteiramente novos (MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed., 2. tir. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 58).

⁹⁴ ... a importância da função judicial enquanto possível interpretação e aplicação progressiva e criadora do ordenamento jurídico na sua totalidade, colocando-se, nesse contexto, necessariamente a Constituição como instância máxima para aferição do sentido das normas. Há que se superar o formalismo jurídico, a partir de uma magistratura democrática. E onde melhor funciona esse tipo de Poder Judiciário é no interior do marco de uma legislatura democrática, isto é, com dependência às leis e à Constituição, porém com a consciência ademais de todos os condicionamentos produzidos pela história e pela realidade social, tão fortemente presentes no denominado “uso tradicional do Direito”. Somente com essa consciência será possível superar a deformante e deformada situação proporcionada pelas insuficiências e pelos obstáculos desse “uso tradicional”. Trata-se, pois, conclui Diaz, para que o Direito possa ser fator de câmbios sociais, de reintegrar normas, instituições e, em definitivo, o sistema jurídico social no qual surgiu. Ou seja, trata-se de não separar e isolar o que de fato vem unido. Assim, vendo o Direito como algo inevitavelmente comprometido com as tensões, interesses, lutas e conflitos, porém tendo que optar no exercício da função judicial, e desde o ponto de vista da ética crítica, por uma ou por outra das possíveis soluções – dentro da Constituição – se orientam em maior ou menor medida, porém com graduais formas mistas, em relação a um ou outro modelo ou “tipo ideal” de justiça: sobre o que recorta liberdades, direitos e participação em decisões e resultados, ou sobre outro que impulsiona o câmbio social desde perspectivas de um progresso e de reais liberdades e igualdades (ELIAS, Diaz. **Curso de Filosofia del Derecho**. Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998. p. 143-154).

nossa época, o qual se vive o modelo de Estado Democrático de Direito, representado este pelas Constituições Modernas⁹⁵, passa a tornar o juiz um legislador negativo, por ter alto grau de criatividade, e por se igualar ao Poder Legislativo⁹⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Note que a criação do direito pela via judicial deve-se justificar frente a uma interpretação criadora-constructiva via hermenêutica jurídica contemporânea cunhada pela hermenêutica filosófica, sendo esta um caminho efetivamente claro, seguro e possível de compatibilizar-se com as necessidades sociais e também para com a realização de direitos. Pois com a interpretação criativa do direito frente ao ordenamento jurídico a decisão judicial forma norma individualizada, fazendo assim a compatibilização entre fato social e direito, haja visto que a lei por si não acompanha de maneira dinâmica e social e os anseios em que se submete a sociedade, que apresenta-se complexa. Por fim, ocorre salientar que não se tem a liberdade interpretativa do julgador, mas sim este baliza-se pelo direito e não pela lei.

A interpretação do Direito faz com que os Juizes-Tribunais sejam impostos a tal labor frente a sua função jurisdicional, pois assim encontram-se constrangidos a ser criadores do direito. Note que o Poder Judiciário é chamado a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito⁹⁷.

Conclui-se que a fusão de horizontes, sendo eles: o ativismo judicial e a hermenêutica jurídica de cunho filosófico, ambos como apontam vários autores, apresentam-se pela interpretação judicial do direito, como criação antiformal⁹⁸ do Direito, superando o formalismo do Direito que é imposto pela lei⁹⁹.

⁹⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 192.

⁹⁶ Pois, o acentuado desenvolvimento de tal criatividade em nosso século, correspondendo a características e exigências fundamentais de nossa época, econômicas, políticas, constitucionais e sociais. Deve-se assim inquirir se a criatividade judiciária, ou sua mais acentuada medida, torna o juiz legislador; se, em outras palavras, assumindo os juizes (ou alguns deles, como os constitucionais e comunitários) papel acentuadamente criativo, a função jurisdicional termina por se igualar à legislativa, e os juizes (ou aqueles outros juizes) acabam por invadir o domínio do poder legislativo. (CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 73)

⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 73-74.

⁹⁸ *“Da questo punto di vista, mi sforzerò, in primo luogo, di esaminare criticamente alcuni presupposti semantici che sono comunemente condivisi – anche se soltanto implicitamente – dalle due concezioni tradizionali (ma ancora oggi particolarmente influenti) dell’interpretazione giuridica, concezioni che si sono storicamente contrapposte più volte – sia pure in versioni differenti – nella cultura giuridica degli ultimi due secoli, ma che, a ben guardare, sono molto più strettamente imparentate fra di loro di quanto non sembri a prima vista: mi riferisco ai due grandi filoni del formalismo interpretativo e dell’antiformalismo interpretativo. In secondo*

Resta claro que para efeitos práticos do Direito, sem interpretação não há possibilidade de que exista nenhuma ordem jurídica¹⁰⁰.

*luogo, proverò a criticare questi presupposti, cercando anche di fornire alcuni lineamenti per una teoria 'dinamica' del significato che sia in grado di fornire le basi semantiche per una concezione dell'interpretazione che si proponga – quantomeno come indicazione per una ricerca futura – come decisamente alternativa alle due concezioni sopra menzionate. I dissensi cominciano, semmai, quando si tratta di precisare quali sono gli oggetti cui l'interpretazione fa riferimento (si tratta necessariamente di 'oggetti linguistici'? E, in caso affermativo, di che tipo di oggetti si tratta, enunciati, enunciazioni, proposizioni, ecc.?), e di che tipo di attività si tratti ('ricognitiva', 'creativa' o qualcos'altro?). Il formalismo e l'antiformalismo si contrappongono nettamente proprio in relazione a quest'ultimo profilo. Secando il primo, infatti, interpretare vuol dire, nel suo senso 'genuino', scoprire i significati preesistenti che le norme di solito posseggono (o dovrebbero possedere); per il secando, invece, interpretare vuol dire, anche qui nel suo senso 'genuino', creare ex novo dei significati al momento dell'interpretazione, e dunque produrre la norma per il caso concreto (ovvero per una serie di 'casi-tipo', ove si sia in presenza della interpretazione dottrinale). Si tratta, a mio avviso, di una lacuna piuttosto seria, perché e proprio questo il profilo (la dinamica del significato) che può servire non solo a chiarire alcuni aspetti fondamentali (ma soprattutto alcuni limiti) delle teorie tradizionali dell'interpretazione giuridica; ma anche a spingere verso una concezione di significato che, proprio in quanto alternativa a quella presupposta dagli approcci tradizionali, sia in grado di porre le basi per una visione diversa, e migliore, dell'interpretazione giuridica. Nel prosieguo di questo lavoro cercherà di mostrare, per l'appunto, come una comune concezione, assolutamente inadeguata, del significato (una concezione statica) stia alla base – anche se in modo totalmente implicito – dei due tradizionali approcci all'interpretazione, il formalismo e l'antiformalismo, nelle loro differenti versioni. Questa concezione produce, tra le altre conseguenze indesiderabili, anche quella legata ad una configurazione dell'attività interpretativa sulla base della quale viene posta una sorta di alternativa dicotomica fra 'scoprire significati', e 'crearne di nuovi'. L'interpretazione, insomma, viene ricondotta, di volta in volta, ad una delle due qualificazioni dicotomiche: o a quella della 'Interpretazione/scoperta', o a quella della 'interpretazione/creazione'". (VILLA, Vittorio. Interpretazione giuridica e significato: una relazione dinamica. In: *Ars interpretandi. Annuario di Ermeneutica Giuridica*. Disponível em: <www.arsinterpretandi.it/upload/95/att_villa.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2012. p. 129-130 e 135-136)*

⁹⁹ *As leis não são direito*: a regra jurídica apenas está em conexão simbólica com a realidade. Mais evidente será a relatividade do enunciado quando advertirmos na índole social da realidade, em que o Direito é apenas um dos elementos integrantes dela e mantém, na composição, a sua especificidade (MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Introdução à Ciência do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. I, p. 75).

¹⁰⁰ “*Es muchísimo más: es un tema esencial lo mismo en la teoría práctica del Derecho. Sin interpretación, no hay posibilidad de que exista ningún orden jurídico*. Certo que algunas veces ha habido legisladores que prohibieron la interpretación de las normas que emitían: pero es evidente que tales legisladores o no sabían o lo que estaban diciendo – una descomunal estupidez – o querían decir otra cosa, probablemente querían decir que ordenaban una aplicación estricta y severa (lo cual, en fin de cuentas, constituye también una tontería de gran tamaño). **Lo primero**, como indique ya, y habré de demostrar en seguida, es un dislate, porque sin interpretación no hay posibilidad alguna ni de observancia ni de funcionamiento de ningún orden jurídico. **Lo segundo** es una bobada, porque el legislador, dentro del ámbito de su competencia, tiene desde luego plenos poderes para dictar normas generales; pero, **en cambio, la función jurisdiccional y la manera de ejercerla escapa de cualquier función legislativa**, no pertenece a ella, no se la puede meter dentro de ella; y, por tanto, cuando el legislador quiere decirles a los jueces de que modo han de interpretar la ley, sus palabras sobre esta materia han de resultar por necesidad inoperantes. El legislador puede incluir en sus mandatos legales todo cuanto estime oportuno; pero **la función jurisdiccional es una cosa diferente, y sólo puede ser**

Assim, não se pode negar que o Juiz-Tribunal da contemporaneidade nas sociedades modernas vem a estruturalmente participar do processo de formação do Direito, buscando o mesmo a contínua realização imposta pelas exigências da Justiça, preenchendo lacunas normativas e adaptando a legislação à realidade que muda mais rápido do que o processo legislativo¹⁰¹.

REFERÊNCIAS

- AMADO, Juan Antonio García. Filosofía Hermenéutica y Derecho. *In: Azafea. Revista de Filosofía*, 5, 2003.
- ARRUDA JR, Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação Ética e Hermenêutica: alternativa para o Direito**. Florianópolis: CESUSC, 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BINI, Marzio. **L'interpretazione Giurisprudenziale in Italia come Fonte Del Diritto: Il Caso Dei Contratti Collettivi Di Diritto Comune**. Disponível em: <<http://www.giuri.unige.it/corsistudio/dottdiritto/documents/Bini.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2013.
- BIONDI, Biondo. **Arte y Ciencia del Derecho**. Barcelona: Ariel, 1953.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros Editora, 2001.
- BONIFAZ A., Leticia. La interpretación en el Derecho y en el Arte. Primeras Aproximaciones. *In: CÁCERES, Enrique; FLORES, Imer B.; SALDAÑA, Javier y Villanueva, Enrique (Coord.). Problemas Contemporáneos de la Filosofía del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- CALAMANDREI, Piero. **Los Estudios de Derecho Procesal en Italia**. Buenos Aires: Jurídicas Europa-America, 1956.
- CANALE, Damiano. La precomprensione dell'interprete è arbitraria?. *In: Etica & Política/ Ethics & Politics*. Università degli Studi di Trieste. Edizioni Università di Trieste. 2006, 1.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
- _____. **Processo, Ideologia e Sociedade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. v. 1.
- COLSON, Renaud. **La Fonction de Juger**. Étude historique et positive. Presses Paris: Universitaires de la Faculté de droit de Clermont, 2006. v. 29, version 1, p. 228-230.
- COUTUE, Eduardo. **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón., 1963. t. III.
- D'AGOSTINO, Francesco. **Interpretación y Hermenéutica**. Depósito Académico Digital Universidad de Navarra. Disponível em: <http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12899/1/PD_35_02.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- DANESI, Giorgio. L'obiezione di coscienza: spunti per un'analisi giuridica e metagiuridica. *In: Analisi e Diritto 1998 Ricerche di Giurisprudenza Analitica a Cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini*. Torino: G. Giappichelli, 1998.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ELIAS, Diaz. **Curso de Filosofía del Derecho**. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 1998.

de la competencia del órgano que la ejerza autorizadamente". (SICHES, Luis Recásens. **Tratado General de Filosofía del Derecho**. 10. ed. México: Editorial Porrúa, 2008. p. 627)

¹⁰¹ BINI, Marzio. **L'interpretazione Giurisprudenziale in Italia come Fonte Del Diritto: Il Caso Dei Contratti Collettivi Di Diritto Comune**. Disponível em: <<http://www.giuri.unige.it/corsistudio/dottdiritto/documents/Bini.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2013, p. 22.

- FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997.
- FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **La Hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad D.I., 1992.
- GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. 3. ed. Tradução de Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción al Derecho** (Estructura del Mundo Jurídico). Madrid: Aguilar.
- GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GRANDA, Fernando de Trazegnies. La Muerte del Legislador. *In: Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1995.
- HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução (da 20. Edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- KANTOROWICZ, Hermann. A Luta pela Ciência do Direito. *In: La Ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed., 2. tir. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- MIRANDA, Pontes de. **À Margem do Direito: ensaio de Psicologia Jurídica**. Campinas: Bookseller, 1912.
- _____. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Introdução à Ciência do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. IV.
- OLLERO, Andres. **Interpretacion del Derecho y Positivism Legalista**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1982.
- PERELMANN, Ch.. **La Interpretación Jurídica**. Tradução de H. Petzold-Pernio. Cuadernos de Trabajo. Maracaibo: Centro de Estudios de Filosofia del Derecho. Facultad de Derecho Luz, 1974. n. 7.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. ¿Qué Significa Juzgar? *In: DOXA, Cuadernos de Filosofia del Derecho*, n. 32, 2009.
- POLLICINO, Oreste. Legal Reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality Between Judicial Activism and Self-restraint. **European & International Law. German Law Journal**, v. 05, n. 03, 2004.
- SICHES, Luis Recásens. **Tratado General de Filosofia del Derecho**. 10. ed. México: Porrúa, 2008.
- STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- VILLA, Vittorio. Interpretazione Giuridica e Significato: una Relazione Dinamica. *In: Ars interpretandi*. Annuario di Ermeneutica Giuridica, 1998. Disponível em: <http://www.arsinterpretandi.it/upload/95/att_cappellini.pdf>. Acesso em: 20 e. 2012.
- VIOLA, Francesco. Ermeneutica e Diritto. *In: Ars interpretandi*. Annuario di Ermeneutica Giuridica. Disponível em: <http://www.arsinterpretandi.it/upload/95/att_viola.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2012.
- _____. Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto. *In: Etica & Politica/ Ethics & Politics*, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZACCARIA, Giuseppe. Arte e Limiti dell'interpretazione. Dal Diritto all'Ermeneutica, dell'Hermeneutica al Diritto. *In: Tavola Rotonda Padova*, 17 ottobre 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**: Ley, Derechos, Justicia. Torino: Trotta, 2002.