

Noções Básicas de Técnica Jurídica*

Inocêncio Mártires Coelho

Presidente do IDP

SUMÁRIO: 1 Colocação do tema; 2 Técnica de produção de modelos jurídicos; 3 Técnica de interpretação/aplicação dos modelos jurídicos; 4 Encerramento.

1 COLOCAÇÃO DO TEMA

Para os fins desta exposição, conceituaremos a Técnica Jurídica, nisto distinguindo – a dos outros saberes jurídicos – da filosofia, da sociologia e da ciência do Direito, por exemplo –, como aquele conjunto de *imperativos de habilidade*, que devem ser observados para que se atinjam fins ou se realizem tarefas práticas, no âmbito dos diferentes misteres a que serve a *coisa* chamada Direito. Trata-se, portanto, de um saber eminentemente prático ou de natureza instrumental, não obstante a doutrina insista, e com razão, que teoria e prática não se apartam, antes se completam, dada a correlação concreta entre as normas, os fatos e os valores jurídicos, como demonstrou MIGUEL REALE em sua *Teoria e prática do direito*.

Lembrando PAULO DOURADO DE GUSMÃO, cujo manual de introdução ao estudo do Direito ainda goza de inegável prestígio, dir-se-ia que a técnica jurídica compõe-se de procedimentos e artifícios destinados a formular normas de direito, com clareza e precisão, assim como a facilitar a sua interpretação, aplicação e aperfeiçoamento, o que, desde logo, sob essa visão compartimentada, aponta para a existência de três espécies de técnica jurídica, uma de *elaboração*, outra de *interpretação* e outra, ainda, de *aplicação* do direito, atividades que, a rigor, são interdependentes e complementares, dada a implicação necessária entre ato normativo e ato hermenêutico, entre produção e interpretação/aplicação do direito, como assinalou, pioneiramente, o mesmo MIGUEL REALE. Em poucas palavras, portanto, pode-se dizer que a Técnica Jurídica constitui-se de um punhado de regras ou meios para bem *realizar* o direito, entendendo-se por direito, para os fins desta exposição, um conjunto de normas, formalizadas conforme procedimentos previamente estabelecidos, tendo em vista a consecução de objetivos que, em dado contexto histórico, consideram-se socialmente valiosos.

- Palestra proferida no Seminário *Técnica Jurídica: o Direito no dia a dia*, realizado em Brasília/DF, de 3 a 18 de dezembro de 2004, sob a responsabilidade do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Como, por outro lado, essa realização do direito, embora possua um denominador comum – a experiência jurídica, em sentido amplo – apresenta sinais particulares, a depender da atividade de cada operador do direito – não por acaso o art. 1º do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94) declara, genericamente, que são atividades privativas de advocacia tanto a postulação perante qualquer órgão do Poder Judiciário ou juizados especiais, quanto as atividades de consultoria, de assessoria e de direção jurídicas –, por tudo isso torna-se indispensável, para que se cumpram os objetivos deste seminário, que trabalhe, digamos, com a idéia de gênero próximo e diferença específica, quando mais não seja para que, ao fim dos debates, possamos distinguir, ao menos *com referência à lei* – como se lê em MONTESQUIEU –, o que fazem os parlamentares, os juizes e os agentes administrativos, assim como, já agora no âmbito mais restrito do exercício da advocacia, o que estrema, por exemplo, o trabalho de um patrono privado daquele que desenvolve um defensor dativo, ou a tarefa de um consultor jurídico daquela que realiza um advogado que atua no contencioso, isso para não falarmos nas múltiplas especializações decorrentes do surgimento de novos ramos do direito, a compasso das constantes transformações sociais.

Posta a questão nesses termos, é da maior utilidade, para os fins desta exposição, lembrar os conceitos operacionais formulados pela teoria geral do direito, uma ordem de estudos que, desde os seus primórdios, sob a influência do positivismo científico, procurou construir um saber jurídico de índole fenomenológica e de procedimento indutivo, em tudo semelhante ao conhecimento produzido pelas chamadas ciências exatas, com o objetivo, parcialmente frustrado, é verdade, mas nem por isso desprovido de valor, de substituir as aporias filosóficas pelas certezas dogmáticas ou, se preferirmos, as mesmas e eternas perguntas dos filósofos pelas respostas, provisórias e sempre renovadas, dos cientistas da natureza.

Compõem esse elenco de conceitos fundamentais, no que mais nos interessa, noções como as de norma, relação jurídica, fato temporal, sujeito de direito, direito subjetivo, pretensão, dever jurídico, prestação, não-prestação, ilícito e sanção, entre outras, cujo manejo e domínio no jogo de linguagem do direito é condição de possibilidade da técnica jurídica em qualquer das suas modalidades, independentemente do ramo do direito em que se apliquem.

Para esclarecer o que significam e o modo como se aplicam tais conceitos, comecemos com a noção básica e fundamental de *relação jurídica*, que, essencialmente, é uma relação social conformada pelo direito, um vínculo que se estabelece entre duas ou mais pessoas, um liame intersubjetivo, portanto, que deve corresponder a determinada hipótese normativa, cuja ocorrência, no mundo dos fatos, desencadeia conseqüências igualmente regidas pelo direito.

Integram toda relação jurídica, como elementos fundamentais, o *sujeito ativo*, que é o titular do direito subjetivo ou o beneficiário principal da relação; o *sujeito passivo*, que é o devedor da obrigação principal ou a pes-

soa obrigada em face do sujeito ativo; o *vínculo de atributividade*, que liga, objetiva e reciprocamente, os sujeitos ativo e passivo, delimitando seus direitos e deveres no âmbito da relação; e, finalmente, o *objeto*, que é a razão de ser do vínculo constituído entre os sujeitos, como se lê, entre outros textos básicos, nas *Lições preliminares de direito*, de MIGUEL REALE. Num esquema bem simplificado, que engloba tanto as normas que estatuem os deveres jurídicos quanto aquelas que prevêem as conseqüências decorrentes do não-cumprimento desses mesmos deveres, as relações jurídicas, segundo A. L. MACHADO NETO, apresentam a seguinte configuração:

- Dado o fato temporal, deve ser a prestação, por alguém obrigado em face de alguém pretensor; ou
- Dada a não-prestação, deve ser a sanção pelo funcionário obrigado em face da comunidade pretensora.

Por isso, a primeira e elementar tarefa do jurista – em qualquer dos campos em que desenvolva as suas atividades – consiste em qualificar juridicamente as relações sociais postas a seu exame, enquadrando-as no modelo normativo que, em princípio, considera adequado, pois só assim conseguirá equacionar os problemas e levar adiante o processo de realização do direito, mesmo sabendo que esse ponto de partida, que funciona como simples *hipótese de trabalho*, poderá ser desprezado se fatos novos dispuserem em contrário. No esquema acima, essa tarefa envolve, desde logo, um juízo sobre a ocorrência do fato temporal, que não é um fato bruto ou um fato qualquer, mas um acontecimento previamente conformado pelo direito e, por isso, em condições de produzir conseqüências juridicamente relevantes. Nessa linha, em estudo clássico sobre a classificação das infrações penais pela autoridade policial, o saudoso mestre ROBERTO LYRA FILHO observou que só excepcionalmente existe a apuração de fatos brutos que *parecem* infrações penais, mas, mesmo nesses casos isolados, é a opinião liminar sobre a infração *possível* que inspira, justifica e coordena o complexo de atos integrantes do procedimento preparatório da ação penal. Daí antiga decisão do STF, registrada pelo mesmo LYRA FILHO, no sentido do cabimento de *habeas corpus* para impedir a instauração de inquérito – com todos os vexames e incômodos que suscita, com reflexos na liberdade do indivíduo –, quando o fato a ser apurado seja inteiramente irrelevante ou de todo estranho à ordem jurídico-penal. Afinal de contas, se estamos diante dos *espaços livres de direito*, qualquer intromissão nesses domínios, além de mostrar-se contraditória, atentaria contra a natural condição humana, cuja existência não pode ser compreendida senão como um contínuo de liberdade e um descontínuo de proibições. Daí o princípio da plenitude hermética do ordenamento jurídico dever externar-se, segundo propõe CARLOS COSSIO, com opção pela fórmula *tudo o que não está proibido está permitido* – em que a liberdade é um axioma ontológico – e, não, pelo esquema *tudo o que não está permitido está proibido*, que reduziria os espaços livres do direito a meras sobras de regulamentação, ou mesmo pela fórmula *tudo está permiti-*

do ou proibido, porque traduz aquela plenitude apenas do ponto de vista lógico, sem nada nos dizer sobre a liberdade como suporte da experiência ética.

Como, por outro lado, sobretudo nos chamados *casos difíceis*, o sistema não lhe oferece, nem jurista possui uma única solução que se possa considerar correta e justa – afinal de contas, ensina VIEHWEG, um problema é toda questão que, aparentemente, permite *mais de uma resposta* –, nessas situações extremas, deve o aplicador do direito começar dialogando consigo mesmo e pôr em dúvida as suas certezas, quando mais não seja porque sabe ou deve saber que elas são fruto da sua pré-compreensão – dos seus juízos prévios ou dos seus preconceitos – sobre os fatos, as normas e os valores que tem diante de si e que essa maneira pessoal de ver as coisas, ao menos em princípio, não pode servir como critério de verdade.

No plano das ciências exatas, isso funciona, digamos, satisfatoriamente, graças à chamada *objetividade científica*, que POPPER identifica com a *intersubjetividade do método científico*, cujo caráter público enseja a liberdade de crítica e de refutação, muito embora esse aspecto social da ciência, diz ele com ironia, seja negligenciado quase inteiramente pelos que se denominam sociólogos do conhecimento.

Mesmo assim, relembando e criticando a regra “liberta-te do preconceito” – porque considera ingênua e errada a idéia de que podemos expurgar à vontade as nossas mentes e ver-nos livres de todas as idéias ou teorias preconcebidas, preparatórias e anteriores à descoberta científica –, esse grande pensador adverte que, aplicada sem maior cuidado, essa regra pode nos conduzir ao resultado perigoso de, após termos feito uma ou duas tentativas, acharmos que tivemos êxito, daí resultando, claro, apegarmos-nos mais tenazmente ainda aos nossos preconceitos e dogmas, sobretudo àqueles de que não temos consciência.

Por isso, no mundo do direito, sempre que chamado a dirimir um conflito, deve o julgador confrontar exaustivamente as razões deduzidas pelas partes – não se esquecendo, obviamente, de que elas se conduzem pela *lógica da conclusão desejada* – e levar às últimas conseqüências o princípio do contraditório, inclusive “brigando” consigo mesmo, num procedimento que, no caso, funciona não apenas como garantia constitucional, mas também como via de acesso a outras perspectivas e de substituição da ilusória pretensão de objetividade, de resto inviável nesses domínios, por uma honesta intersubjetividade, assim entendida aquela convergência de entendimento, entre sujeitos independentes, sobre uma dada realidade, a partir de pontos de vista que, embora distintos, nem por isso são menos defensáveis.

Com esses esclarecimentos, tomemos, agora, o conceito de norma jurídica, advertindo desde logo, com SANTIAGO NINO, que ele pode denotar – conforme se trate de uma visão descritiva ou normativa do direito – tanto uma proposição normativa, quanto um ato lingüístico, uma política social ou simplesmente um texto.

Pois bem, abstração feita dessas e de outras controvérsias em torno da natureza da norma jurídica, se ela é um imperativo ou um juízo – disjuntivo ou simplesmente hipotético – diremos, com apoio em REALE, que toda norma jurídica é uma estrutura proposicional, enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória. Estruturalmente, compõe-se de dois elementos – o *suposto* e a *disposição* –, sendo o primeiro aquele em que se descreve a hipótese de incidência, como fato temporal, e o segundo aquele em que se prevêem as conseqüências, de ordem jurídica, decorrentes da verificação do suposto, no mundo real. Nesse esquema, se não houver maiores problemas, opera a chamada *subsunção*, resolvendo-se os casos na forma de um silogismo, em que a norma funciona como premissa maior, o fato temporal como premissa menor e, como conclusão, aquilo que for decidido pelo *aplicador* do direito.

Embora, à primeira vista, pareça simples, via de regra é bem mais complexa essa tarefa de atualização dos comandos jurídicos, porque a realidade sobre a qual eles devem incidir apresenta-se ao aplicador do direito como algo que exige, desde logo, uma qualificação jurídica, ainda que provisória, um *balançar de olhos* entre os fatos, como ele os vê – o que, de pronto, levanta a questão da subjetividade de toda compreensão enquanto modo de encarar as coisas – e as normas que, também à primeira vista, lhe parecem aplicáveis ao caso, segundo o seu sentimento de justiça, normas essas cujo significado, por sua vez, nem sempre se mostra evidente, antes exige um primeiro tratamento hermenêutico, a ser desenvolvido segundo métodos e princípios que, a seu turno, estão sujeitos a disputas doutrinárias e conflitos de interpretação. Por isso, observa CASTANHEIRA NEVES que a norma aplicável ou a norma-hipótese de que partimos – se pudermos partir de uma norma disponível no sistema – não é a norma-fundamento que estará no fim do discurso metológico-jurídico, e sim aquela que, testada *experimentalmente*, permitir uma decisão correta e justa. Por isso, ela é chamada *norma do caso* ou *norma de decisão*, o que só faz confirmar as palavras de HOLMES quando disse que as proposições gerais não resolvem os casos concretos, cujo efetivo deslinde depende de um juízo ou intuição mais sutil do que qualquer articulada premissa maior.

De outra parte, se é verdade que *aquilo que não está nos autos não está no mundo*, como proclamam os processualistas, em geral; se não existem fatos, mas apenas interpretações de fatos, como dizia o dissolvente NIETZSCHE; se, como afirma VATTIMO, não há experiência com a verdade senão como ato interpretativo; se não existe ninguém que veja a verdade senão com os próprios olhos, olhos que não pode arrancar para ver as coisas como realmente são, sob pena de não enxergar mais nada; se tudo isso for correto, então se pode dizer que *aquilo que está nos autos não é o que está no mundo*, porque o conhecimento do objeto – dependendo, necessariamente, da atuação do sujeito – jamais corresponde ao objeto do conhecimento, como assevera ROGER GARAUDY.

Nesse mesmo sentido, discorrendo sobre as relações entre a linguagem e a descrição do mundo, o mesmo CASTANHEIRA NEVES aponta para o seguinte dilema, a exigir especial reflexão dos juristas, cuja atividade, anota GREGORIO MORCHÓN, consiste em *fazer coisas com palavras*: como conceber a realidade independentemente da linguagem (a realidade em si), se só com a linguagem pode ser dito algo sobre ela? Como é possível a realidade *fora da linguagem*, se só *na linguagem* ela pode ser dita mesmo como realidade? Por isso – arremata esse erudito mestre português –, a realidade é muda se não for o referente de um discurso e, se o for, parece condenada a refleti-lo.

A propósito, lembremos, ainda, desta feita com MICHEL FOUCAULT, que, em suas origens, o *inquérito* surgiu para substituir e generalizar o flagrante delito, trazendo para o presente fatos ocorridos no passado, mas que, não tendo sido presenciados pelos procuradores do rei, estes não poderiam levar a julgamento perante a instância judiciária que detinha o poder. Graças a essa concepção do inquérito e, nele, à aceitação do depoimento de pessoas que, sob juramento, podem garantir que viram, que sabem, que estão a par dos fatos objeto de apuração – fatos cuja atualidade se prorroga por essa forma –, torna-se presente, sensível, imediato e verdadeiro o que já se passou, *como se* o estivéssemos assistindo agora. Neste particular, salvo engano, o inquérito pouco ou nada mudou.

Constatadas e assumidas essas e outras limitações da experiência jurídica como fato histórico, social e cultural – limitações que em nada desqualificam o saber dos juristas se eles tiverem consciência dessa realidade e se dispuserem a encará-la de frente –, crescem de importância os estudos voltados à hermenêutica filosófica e à teoria da argumentação, como os de ARTHUR KAUFMANN, CHAÏM PERELMAN, GIANNI VATTIMO, HANS-GEORG GADAMER, JÜRGEN HABERMAS, KARLOTTO APEL e ROBERT ALEXY, entre outros, em cujas obras emerge a preocupação, que chamaríamos ético-filosófica, de uma busca cooperativa da verdade, mas não de uma verdade objetiva, absoluta e preexistente, a ser descoberta solitariamente pelo sujeito do conhecimento, como a velha e idealizada *adaequatio rei et intellectus* – desde logo descartada como inviável nesse terreno –, mas antes de uma verdade *elaborada*, intersubjetivamente, em *condições lingüísticas ideais*; no âmbito de um auditório que, de direito, se possa considerar *universal*; em um *locus* onde os debatedores, embora situados em pontos de vista distintos, dialoguem objetivamente em torno do mesmo ente; em situações discursivas nas quais os interlocutores sejam tratados como pessoas ou *sujeitos* livres e iguais; onde os argumentos de autoridade e violências afins cedam lugar à persuasão racional; em ambientes nos quais estejam proscritas todas as formas de coerção, salvo a coerção sem coerções que exerce o *melhor argumento*; num espaço, enfim, verdadeiramente aberto, pluralista e democrático – ideologicamente arejado, portanto –, onde a busca do consenso não interdite o dissenso, mesmo sabendo-se que esse acordo pragmático, que se alcança exclusivamente pela mediação retórica, po-

derá ser (des)qualificado, desde logo, como um prejuízo *unitário* ou um grande preconceito *coletivo*.

Em poucas palavras, tomando consciência, hegelianamente, das limitações das teorias solipsistas modernas, judiciosamente criticadas por KARLOTTO APEL, passarmos a ver o pluralismo não como obstáculo, mas como condição de possibilidade do acesso à verdade, tal como nos propõe ARTHUR KAUFMANN, que logrou traduzir essa mudança de paradigma em síntese admirável – *não só... mas também!*

Aplicada nos domínios da hermenêutica constitucional, por exemplo, esse modo de ver as coisas está na base da fecunda proposta de PETER HÄBERLE em prol da abertura da interpretação constitucional, que outra coisa não é senão o reconhecimento de que o pluralismo de perspectivas e a integração dos correspondentes pontos de vista, muito embora não garantam, por si, interpretações substancialmente corretas nem inquestionáveis, funcionam, sim, como fatores de *redução de equívocos*, o que, convenhamos, é da maior importância para a normalidade das relações sociais e o aprimoramento do Estado de Direito.

Nesse sentido, vale lembrar advertência de KARL POPPER, a nos dizer que, se não existe um critério de verdade – até porque nenhuma teoria pode ser comprovada como verdadeira, sujeita, que está, ao desmentido do fatos e/ou à impugnação por outras teorias –, existe algo semelhante a um *critério do erro*, pois, quando ocorrem choques dentro do nosso conhecimento ou entre os fatos e o nosso conhecimento, isso indica que alguma coisa está errada. Dessa forma, conclui o autor de *A sociedade aberta e seus inimigos*, o conhecimento pode crescer através da eliminação crítica do erro, sendo esse o caminho para nos aproximarmos da verdade nos distintos campos do saber humano.

Vista a essa luz, que rejeita a lógica do tudo ou nada, até porque a convivência humana obviamente é muita mais complexa, então a tarefa de realização do direito, em qualquer dos campos da técnica jurídica – seja na produção, seja na interpretação, seja, enfim, na aplicação dos modelos normativos – deixa de ser uma atividade solitária e esotérica, acessível apenas a uns poucos iluminados, para se converter num trabalho rigorosamente coletivo, até porque a *coisa* direito interessa a todos os indivíduos, independentemente das naturais diferenças que os singularizam no âmbito das relações sociais, em geral, e das relações jurídicas, em particular.

2 TÉCNICA DE PRODUÇÃO DE MODELOS JURÍDICOS

Dentre as espécies de técnica jurídica, registre-se, desde logo, até por uma questão de precedência lógica, aquela relativa à produção de normas jurídicas, abrangendo, no que toca aos modelos legais, tanto a fase de composição e apresentação do ato legislativo, denominada *técnica legislativa*,

quanto a de proposição, andamento e aprovação dos projetos de lei, conhecida como *processo legislativo*. Usada em sentido amplo, a expressão processo legislativo compreende não apenas a elaboração das leis, mas também a de outros atos normativos – como emendas constitucionais, medidas provisórias e decretos legislativos, por exemplo – cuja produção, em conjunto, tem assento na própria Constituição – arts. 59/69 –, na Lei Complementar nº 95, de 26.12.1998, alterada pela Lei Complementar nº 107, de 26.04.2001, nos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, bem como no Regimento Comum das duas Casas do Congresso Nacional.

No que respeita à produção *legal*, em sentido estrito, o parágrafo único do art. 59 da Constituição estatui que lei complementar, ali prevista, disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis, uma diretriz que o legislador ordinário implementou da melhor forma possível, em que pese a congênita dose de irracionalidade que se faz presente em todas as formas de aplicação do direito. No caso dessa lei complementar, muito embora pela sua hierarquia e por dispor sobre matéria que lhe é privativa, ela devesse prevalecer sobre a legislação ordinária e reger efetivamente a sua produção, ainda assim vez por outra essa norma não é obedecida, o que não é de causar espanto, se tivermos presente que, em se tratando de um comando que o legislador editou para regular a sua própria atuação legislativa, ela padece da debilidade que singulariza, negativamente, a nossa experiência com as chamadas auto-regulamentações.

Ainda a propósito das cautelas que se deve ter na feitura das leis, em advertência que resumimos com nossas palavras, dizia o saudoso Ministro VÍCTOR NUNES LEAL que trabalhar com leis é como acondicionar explosivos, uma tarefa em que todo cuidado é pouco e todo descuido é fatal. No plano filosófico, em frase carregada de simbolismo, afirma JAHREISS que “legislar é fazer experiências com o destino humano”, como anotou GILMAR FERREIRA MENDES no frontispício do seu estudo sobre as questões fundamentais de técnica legislativa, um texto primoroso que constitui o Capítulo IV do Manual de Redação da Presidência da República, publicado em 1999, e que, em larga medida, serviu de modelo para as Leis Complementares nºs 95/98 e 107/01, como evidencia a comparação dos seus textos.

Em que pese, pela importância da lei, atribuir-se maior relevo ao estudo dos atos legislativos em sentido estrito, são igualmente mercedores de atenção os problemas relativos às demais fontes do direito, como os *costumes jurídicos*, os *atos jurisdicionais* e os *negócios jurídicos*, porque, à semelhança das leis, também eles dispõem, *per si*, de um poder de obrigar, como assinala MIGUEL REALE. Os *costumes*, enquanto expressão do *poder social* inerente à vida coletiva e revelado através de sucessivas e constantes formas de comportamento; os *atos de jurisdição*, que se que se vinculam ao Poder Judiciário, traduzindo-se através de sentenças de vários graus e extensão; e, finalmente, a *fonte negocial*, ligada ao poder que tem a vontade humana para instaurar vínculos reguladores do pactuado com outrem. Ex-

cluída está, portanto, a *doutrina*, porque – conclui o mesmo REALE – por maior que seja a força cultural de seus expositores, ela não dispõe, *per si*, do *poder de obrigar*, que é inerente aos modelos jurídicos enquanto prefigurações de condutas não só enunciadas, mas queridas e até mesmo exigidas na forma enunciada. Essa exclusão, obviamente, não nos deve induzir ao equívoco de pensar que é menos importante para o jurista dominar a técnica de elaboração de pareceres e memoriais, por exemplo, que são da maior importância para o desenvolvimento do direito, na medida em que enriquecem os debates sobre questões controvertidas, ensejando aos demais operadores jurídicos visualizá-las a partir de outros pontos de vista. O que são, afinal, os memoriais de *amicus curiae* senão peças produzidas por quem *não* é parte numa ação, com vistas a auxiliar as cortes, com informações necessárias – para que elas possam tomar uma decisão correta – ou com a finalidade de advogar determinado resultado, em nome de interesses públicos ou privados de terceiros, que serão indiretamente afetados pela solução da disputa.

Pois bem, independentemente das suas espécies, todos esses modelos jurídicos exigem especial cuidado na sua elaboração, excetuados, obviamente, os modelos consuetudinários, que são livremente adotados no anonimato do viver coletivo, o que, desde logo, coloca o problema da sua interpretação, para saber-se até que ponto e em que medida um comportamento regular e constante tem o sentido de uma norma jurídica. Quanto aos modelos jurisdicionais, sirvam-nos de exemplo as normas que disciplinam a elaboração de sentenças, cujos requisitos essenciais – indicados no art. 458 do Código de Processo Civil – devem ser atendidos sob pena de nulidade. Finalmente, sobre os modelos negociais, vigoram as disposições gerais do Código Civil – arts. 104/114 – inspiradas nos princípios da liberdade da forma e da prevalência do conteúdo, segundo os quais, respectivamente, a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir; e, nas declarações de vontade, atender-se-á mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

3 TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DOS MODELOS JURÍDICOS

Das mais complexas e fascinantes é, por certo, a parte da técnica jurídica que trata da interpretação/aplicação dos modelos jurídicos, sobretudo nos dias atuais em que, sem divergências de monta, os juristas reconhecem que o direito se constitui não apenas de normas, mas também do trabalho dos seus operadores. Já quanto à importância da atividade hermenêutica, basta lembrar, como dizia o bispo Hoadly, citado por KELSEN – que o verdadeiro legislador é aquele que dispõe de autoridade absoluta para *interpretar* quaisquer normas jurídicas, escritas ou faladas, e não a pessoa que por primeiro as escreveu ou transmitiu verbalmente, uma assertiva idêntica às de HOBBS e PERELMANN, para quem o legislador [atual] não é aquele por cuja vontade

se editaram as leis, mas aquele que, podendo revogá-las ou interpretá-las *autenticamente*, as mantém em vigor com o sentido em que vêm sendo aplicadas.

Uma primeira advertência, de caráter geral, aponta para a necessidade de se esclarecer que, ao contrário da doutrina tradicional, que fragmentava a atividade hermenêutica, dividindo-a segundo os mais variados critérios – quanto aos *sujeitos*, às *fases* ou *etapas* e os seus *resultados*, por exemplo –, hoje em dia essa tarefa passou a ser vista como um *conjunto* de métodos e de princípios cuja aplicação se desenvolve num *jogo concertado* de complementações e restrições recíprocas, dada a unidade essencial da experiência jurídica e a evidente correlação, já assinalada, entre produção, interpretação e aplicação do direito.

Preliminarmente, é de se destacar o caráter *lingüístico* de qualquer interpretação, a exigir que os interlocutores falem a mesma linguagem, como condição de possibilidade de sua mútua compreensão, até porque, adverte GADAMER, “quem fala uma linguagem que mais ninguém fala, em realidade, não fala”.

Disso decorre, a rigor, e imediatamente, a perda de sentido da velha disputa entre aqueles que atribuem à tarefa interpretativa a finalidade de descobrir, por trás das normas jurídicas, uma suposta *vontade* do legislador, e os que, também voluntaristas, impõem ao intérprete o dever de se curvar às palavras ou à vontade da lei como condição de legitimidade do labor hermenêutico.

Nem uma coisa, nem outra, pois onde aquela vontade – seja a da lei, seja a do legislador – não se exteriorizou em determinada linguagem normativa, de uso comunitariamente inteligível, não há falar sequer em atividade hermenêutica. Afinal de contas – anota EMILIO BETTI –, o objeto da interpretação não é a vontade como tal, mas a forma em que está explicitada: o *feito* ou o *falado*.

A propósito, relembremos que, na discussão sobre a natureza das normas jurídicas, mesmo aqueles que as consideram mandatos ou imperativos têm o cuidado de ressaltar que essas “ordens” não configuram fenômenos psíquicos, não são manifestações de vontade em sentido próprio, mas apenas imperativos *despsicologizados*, o que não deixa de ser uma expressão original.

No campo da interpretação constitucional, por exemplo, no qual as normas positivadas sequer traduzem decisões inequívocas do legislador, nem muito menos uma suposta ou imaginária *vontade* da própria Constituição – limitando-se, no mais das vezes, a enunciar princípios ou a indicar objetivos a serem comunitariamente alcançados e/ou renovados ao longo do tempo –, nesse domínio parece disparatado conceber-se o intérprete como um psicanalista que, no divã do seu consultório, procure descobrir o cliente

verdadeiro, que se esconde atrás do paciente de carne e osso. Ao contrário, é precisamente nesse âmbito da hermenêutica jurídica que se manifesta em grau mais elevado a *criatividade* dos intérpretes e aplicadores do direito, dado o *excesso* de significados que singulariza as normas constitucionais.

Em seguida, relembremos o caráter *necessário* da atividade interpretativa, a exigir nova leitura do velho brocardo *interpretatio cessat in claris*, um *topos* que, ingenuamente utilizado, além de conduzir a um gritante círculo vicioso, pressupõe a existência de leis cuja redação, se bem cuidada, impediria dúvidas, obscuridades ou contradições, tornando, assim, *dispensável* o labor interpretativo.

Refutando esse modo de ver as coisas, e após ressaltar a natureza necessariamente *problemática* de toda interpretação – porque em seu âmbito o intérprete deve considerar os diferentes significados possíveis de um termo, ou de uma seqüência de palavras, para escolher, afinal, aquele que lhe pareça o *correto* –, KARL LARENZ adverte que seria um erro aceitar-se que os textos jurídicos só carecem de interpretação quando surgem como particularmente *obscuros*, *pouco claros* ou *contraditórios*.

Diversamente – arremata o mesmo LARENZ –, em princípio, *todos* os textos jurídicos são suscetíveis e carecem de interpretação, sendo esta necessidade de interpretação não um *defeito*, que se possa evitar mediante uma redação tão precisa quanto possível, mas um *dado de realidade*, que continuará a subsistir enquanto as leis, sentenças, resoluções e mesmo os contratos não forem redigidos exclusivamente em linguagem codificada ou simbolizada.

Sirva-nos de consolo, no particular, a observação de ALCHOURRÓN e BULYGIN, de que só nas linguagens totalmente formais – como as da lógica e da matemática puras – não se colocam problemas de imprecisão; e isso não porque seus conceitos sejam mais exatos que os das outras ciências, mas apenas porque não são empíricos, observação que enriquecem com a citação, logo a seguir, deste precioso ensinamento de EINSTEIN: “na medida em que se referem à realidade, os conceitos são vagos; na medida em que não são vagos, não se referem à realidade”. Nessa mesma linha, o que também nos conforta, ADAM SCHAFF afirma que, se deixarmos de lado os termos científicos, cujos significados se estabelecem por convenção, constataremos que a vagueza é uma propriedade de quase todas as palavras e que, sob este aspecto, trata-se de um fenômeno *objetivo*.

De outra parte, há de se considerar que nenhuma interpretação ocorre no vazio. Ao contrário, trata-se de uma atividade *contextualizada*, que se leva a cabo em condições sociais e históricas determinadas, produtoras de usos lingüísticos dos quais deve partir qualquer atribuição de significado, em todos os domínios da hermenêutica jurídica. E isso, como já acentuado, sem falarmos nos condicionamentos sócio-culturais, nos preconceitos ou na ideologia dos intérpretes e aplicadores do direito, *inegabilidades* cujos efei-

tos são reputados *perversos* no âmbito da Sociologia do Conhecimento, mas valorados, *positivamente*, nos domínios da Hermenêutica Filosófica, como elementos constitutivos de toda pré-compreensão.

Daí, ainda a propósito desses usos e contextos lingüísticos, as percucentes observações de LARENZ, alertando-nos que a interpretação de qualquer enunciado normativo há de iniciar-se pelo seu sentido *literal* – assim entendido o significado de um texto ou de uma cadeia de palavras no uso lingüístico *geral* –, e que, onde for possível constatar usos lingüísticos especiais, valerá o significado emergente dessa linguagem técnica porque a sua adoção, no texto de determinada lei, terá sido intencional e decorrente da necessidade de atingir objetivos que, ao ver do legislador, poderiam não ser alcançados se ele utilizasse a chamada linguagem *vulgar*.

Ainda assim, como o direito é uma coisa que interessa a todos e, por isso, não pode renunciar a um mínimo de inteligibilidade geral, mesmo essa linguagem *técnica*, para se tornar acessível, deve apoiar-se na linguagem comum – numa espécie de *esperanto jurídico* – a fim de que os destinatários das leis, entendendo as suas ordens, possam guiar-se por elas e delas receber instrução.

Por isso, nas situações em que, evidentemente, a lei se tenha desviado do seu uso lingüístico especial, impõe-se apelar de novo para o uso lingüístico geral que, então, funcionará como *instância de controle e tradução*, balizando os limites dentro dos quais há de se encontrar o sentido procurado, ate mesmo como condição de legitimidade do preceito que se pretenda aplicar, porque parece intuitivo que uma norma ininteligível, veiculada em linguagem singularmente esotérica, não possa impor obrigações a ninguém.

No particular, isso significa, também, que ao aplicador do direito – por mais ampla que seja a sua necessária liberdade de interpretação – não é dado, subjetivamente, criar ou atribuir significados *arbitrários* aos enunciados normativos, nem tampouco ir além do seu sentido lingüisticamente possível, um sentido que, de resto, é conhecido e/ou fixado pela comunidade e para ela funciona como *limite da interpretação*.

Essa idéia de limite, entretanto, não nos deve induzir ao erro de imaginar o intérprete como um prisioneiro da linguagem, nem tampouco a linguagem como um universo fechado, insuscetível de crescimento. Pelo contrário, o que se verifica é uma constante e fecunda interação entre os dois pólos dessa relação – entre a *consciência hermenêutica individual* e a *consciência hermenêutica geral* – em cujo âmbito, dialeticamente, a linguagem se enriquece e se expande a cada “achado” dos seus usuários, ao mesmo tempo em que lhes possibilita, utilizando o acervo comum, chegar a novas e intermináveis “descobertas”.

Em face dessa constante e mútua fecundação e do modo como ela repercute no âmbito da Cultura, em geral, e nos domínios da Jurisprudência, em particular, apesar das críticas que recebeu pela rigidez de algumas

das suas posições, impõe-se creditar a EMILIO BETTI o mérito de haver lutado para que a liberdade do intérprete – que todos, inclusive ele, consideram inerente ao ato de compreender – não descambasse para um relativismo estéril e banalizador.

Fruto dessas suas reflexões de base foi a formulação dos cânones hermenêuticos fundamentais com relação ao *sujeito* e ao *objeto* da interpretação, dos quais destacamos, pela sua pertinência, no particular, o cânone da *autonomia* hermenêutica do objeto ou da *imanência* do critério hermenêutico.

Segundo o autor da monumental *Teoria generale della interpretazione*, para que não se comprometa a objetividade da interpretação, quaisquer formas significativas – obviamente também as formas *jurídicas* –, enquanto *objetivações* da mente de um Outro, têm de ser compreendidas em relação a essa mente, que nelas foi objetivada, e não com referência a qualquer sentido que a própria forma possa adquirir, uma vez abstraída da função representativa que possuía para aquela mente ou aquele pensamento.

Em suma, para esse importante jurista e filósofo, o sentido que se procura há de *provir* ou ser *extraído* daquelas objetivações do espírito, e não *introduzido* nessas formas representativas, de modo arbitrário, sub-reptício ou simplesmente fraudulento.

“Com isso, o que desejamos dizer – enfatiza BETTI – é que as formas significativas têm de ser consideradas autônomas e compreendidas de acordo com a sua própria lógica de desenvolvimento, conforme à sua necessidade interior, coerência e racionalidade; que hão de ser avaliadas de acordo com os parâmetros imanentes na intenção inicial a que deveriam corresponder, do ponto de vista do autor e do seu impulso formativo no processo de criação, e não segundo sua idoneidade para servir a este ou àquele fim extrínseco que possa parecer relevante para o seu intérprete.”

Nessa perspectiva, em que o respeito à *autonomia do texto* é indispensável à objetividade e à controlabilidade da interpretação – da mesma forma que a *transcendência* do objeto é condição de possibilidade do conhecimento enquanto apreensão de algo *externo* ao sujeito, de algo que se lhe *opõe* e que para ele permanece um *outro* mesmo depois de *apreendido* pela sua consciência –, nessa perspectiva, dir-se-ia, citando MEIER-HAYOZ, que a letra da lei possui dupla finalidade, funcionando, de um lado, como *ponto de partida* para a elucidação do sentido pelo intérprete e, de outro, como definidora dos *limites* da sua atividade hermenêutica enquanto tal.

Por isso, em aparente paradoxo, UMBERTO ECO observa que todo discurso sobre a liberdade de interpretação deve começar por uma defesa do sentido literal, advertência que se mostra óbvia se tivermos presente que, sem um significado *central*, que lhes balize os movimentos, serão erráticas todas as oscilações semânticas. Afinal de contas – lembrava

ROBERTO LYRA FILHO, invocando de uma só vez HEGEL, LÊNIN e ORTEGA –, a espiral precisa de direção para o infinito tanto quanto a linha reta, o que, se é verdade, impõe a todo intérprete criativo convencer o público de que, mesmo parecendo perdido no meio da *espiral hermenêutica*, em verdade ele comanda o processo e sabe onde vai chegar. Caso contrário, isto é, se andar em ziguezague, sem maiores explicações, aos olhos da comunidade não passará de um extravagante, a fazer malabarismos com as palavras e a produzir interpretações “clamorosamente inaceitáveis”.

Relembrando a lição kelseniana, dir-se-ia que, embora o evento hermenêutico dependa tanto do conhecimento quanto da vontade dos intérpretes e aplicadores do direito, não lhes é dado desconsiderar o *marco normativo* imposto pela regra de nível superior, da qual devem extrair, *por derivação*, a decisão para o caso concreto, uma advertência que permanece válida ainda que, ao limite, a definição desse marco acabe sendo, também ela, um *construído hermenêutico* desses operadores jurídicos, como certa feita nos objetou, criticamente, o perspicaz ODIM BRANDÃO FERREIRA. Mesmo assim, essas e outras *construções*, pelos seus reflexos sociais, devem obedecer a critérios minimamente objetivos e controláveis – como o devido *processo legal*, em sentido amplo, por exemplo –, uma cautela tanto mais imperiosa quanto sabemos, quem o diz é HART, que o raciocínio jurídico não consiste, de modo nenhum, em aplicar normas gerais a casos particulares, mas antes em *construir*, de cada vez, decisões com referência única.

Esse é, certamente, um dos motivos por que uma decisão simplesmente *razoável* ou apenas *plausível*, mesmo que não se considere a *melhor* segundo padrões de correção absoluta – à DWORKIN, por exemplo –, nem por isso estará sujeita a desfazimento se, apesar dessa insuficiência, a comunidade considerar que se produziu no marco das derivações *possíveis* e à luz dos critérios *usuais* de interpretação.

Aí se encontra, a nosso ver, o fundamento hermenêutico da Súmula 400 do STF, segundo a qual, sob o regime constitucional anterior a 1988, não se admitia recurso extraordinário contra decisão que desse *razoável* interpretação à lei, ainda que não fosse a *melhor*, o mesmo valendo para a Súmula 343, do mesmo tribunal, ao estabelecer que não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, se a decisão rescindenda estiver baseada em texto legal de interpretação *controvertida* nos tribunais, uma interdição que subsistirá mesmo que a jurisprudência da Corte venha, posteriormente, a se *fixar* em sentido contrário.

Apesar dessa orientação, e sem prejuízo de se reconhecer aos julgadores a prerrogativa ou mesmo a *obrigação* de mudar de entendimento quando, a seu ver, *melhores razões* apontem para outra direção – afinal de contas, como ensina GADAMER, a idéia de uma interpretação definitiva parece encerrar uma contradição em si mesma, porque a interpretação é algo que está sempre a caminho, que nunca se conclui –, mesmo assim, não se deve dispensar os operadores jurídicos da exigência de *explicitar* os mo-

tivos por que mudaram de posição, nem tampouco de demonstrar que os seus argumentos *sustentam* a nova interpretação, tanto à vista do caso que se está a decidir, quanto de casos novos, da mesma espécie, que venham a surgir no futuro.

É por isso, ainda, que o abandono dos precedentes exige não apenas a explicação ordinária das razões de fato e de direito que fundamentem essa decisão, mas também uma *justificação adicional* dos motivos que levaram o intérprete a se afastar do critério anterior. Quem resolve desprezar um precedente assume o ônus da argumentação, pois não parece sensato abandonar-se, sem melhores razões em contrário, um entendimento até então prevalecente. Afinal de contas, é de ciência comum que o direito não se reduz aos textos legais, compreendendo também o acervo doutrinário e a bagagem hermenêutica que dão suporte e consistência às decisões de juízes e tribunais, o que, tudo somado, exalta a segurança jurídica como princípio indispensável à racionalidade do direito.

Daí que, observa LARENZ, mesmo quando bem fundamentadas, as chamadas *viragens de jurisprudência* não invalidem nem questionem as interpretações adotadas no passado; apenas sinalizem que *doravante*, tendo em vista esses novos *considerandos* – que não rescindem os anteriores – a norma passa a vigorar no significado ou na modificação que lhe emprestou a jurisprudência. Noutras palavras, ainda em estrita observância ao princípio da segurança jurídica, viver o presente sem renegar o passado nem bloquear o futuro, até porque – ensina REALE – o direito deve ser estável sem ser estático, dinâmico sem ser frenético.

Por outro lado, como as transformações sociais, de que decorrem as mudanças de jurisprudência, não se verificam da noite para o dia, muito embora em certas épocas possam adquirir maior velocidade, parece lícito concluirmos que, em razão do modo como se altera a realidade social, a escolha do caso ou do momento em que se deva atribuir novo significado a determinado texto de lei encerra, a rigor, uma decisão até certo ponto discricionária – embora não *irracional* – dos aplicadores do direito.

Nessa perspectiva, os chamados *leading cases* são instantes de viragem hermenêutica que, em certa medida, poderiam ser antecipados ou diferidos, como atesta, aliás, a experiência do chamado *apelo ao legislador*, uma prática de que se utilizam algumas Cortes constitucionais quando se defrontam com situações que, embora ainda possam considerar-se constitucionais, *tendem* a virar inconstitucionais caso não sejam adotadas medidas legislativas que, aos olhos desses tribunais, mostrem-se necessárias à conjuração desse *estado* de patologia constitucional.

Finalmente, como derradeira *condição* do trabalho hermenêutico, cumpre assinalar o caráter *unitário* do processo em que ele se desenvolve, do que resulta considerarem-se as suas distintas fases apenas como momentos necessários de uma *unidade de compreensão*, a exigir que todos os ins-

trumentos hermenêuticos sejam integrados na tarefa de atribuir sentido às normas sob interpretação, independente da sua natureza e posição hierárquica no ordenamento jurídico.

Por isso, como dissemos acima, com apoio em CANOTILHO, já se tornou pacífico considerar a interpretação do direito como um *conjunto de métodos e princípios* desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas – filosóficas, metodológicas, epistemológicas – diferentes, mas, em geral, reciprocamente, complementares.

Trata-se de uma observação que, de resto, pode ser comprovada à luz do direito positivo. Tal é o caso do Código Civil espanhol, cujo art. 4.1 determina que as normas se interpretem segundo o sentido próprio das suas palavras; em relação com o *contexto*, os *antecedentes históricos e legislativos*, e a *realidade social do tempo em que devam ser aplicadas*, atendendo-se, fundamentalmente, ao seu *espírito e finalidade*, regra hermenêutica que se completa com a previsão, nesse mesmo dispositivo, de que também se use a *equidade*, muito embora com a restrição de que decisões fundadas exclusivamente nesse critério dependem de expressa autorização legal.

Como disse ATIENZA, ao analisar esses preceitos legais no contexto do que chamou de *racionalidade na produção e na aplicação do direito*, nesse artigo de lei se contemplam cinco tipos ou momentos da interpretação, correspondentes, respectivamente, a cinco níveis de racionalidade que, a seu ver, balizam, igualmente, o trabalho do legislador – interpretação *textual* ou *lingüística*; *sistemática*; *pragmática*; *teleológica*; e *ética* ou *valorativa* –, formas ou técnicas de interpretação tão intimamente ligadas que todas pressupõem as anteriores e, ao mesmo tempo, a elas se subordinam, segundo determinado padrão de racionalidade. Em síntese, interdependência e complementaridade, sob a mesma e necessária racionalidade, não apenas entre os diferentes métodos, momentos ou espécies de interpretação, mas também entre legislação e jurisdição, entre produção e aplicação do direito.

No mesmo sentido, afirma FRIEDRICH MÜLLER que as *regras tradicionais de interpretação* não podem ser individualizadas como *métodos* independentes entre si, porque desde o início do processo de concretização elas se manifestam não apenas complementando-se e apoiando-se reciprocamente, mas também entrelaçadas, materialmente, umas com as outras. Apesar de importantes, essas observações não primam pela originalidade, porque há mais de século e meio o velho SAVIGNY já anunciava essa *novidade*, ao dizer que os *elementos* gramatical, lógico, histórico e sistemático não constituem quatro classes de interpretação, entre as quais se possa optar segundo o gosto ou o capricho, mas apenas quatro *operações*, distintas embora, cuja *integração* é indispensável para o êxito da interpretação.

Como, por outro lado, todo intérprete trabalha com o excesso de significados inerente à linguagem normativa, em geral, e não existe uma relação hierárquica fixa entre os diversos critérios de interpretação, essa

pluralidade de significados e de métodos se converte em “veículo da liberdade do juiz”, que acaba podendo escolher o método em função do objeto e mesmo do resultado que, estimando *correto* e *justo*, pretenda alcançar em cada caso. Tratando-se, porém, de uma liberdade *vigiada*, porque está comprometida com o acerto e a justiça da decisão – atributos de resto passíveis de avaliação e controle externos –, não pode o intérprete *partir* de resultados *preconcebidos* e, para legitimá-los, *afeiçoar* a norma aos seus preconceitos com uma pseudo-argumentação, pois, se agir assim, essa inversão do itinerário hermenêutico acabará desqualificando a *avaliação das conseqüências* como parâmetro de controle da interpretação.

Afinal de contas, uma coisa é a pré-compreensão do aplicador do direito ou a sua intuição do justo, que lhe insinuam a decisão final e legitimam a tese de RADBRUCH de que “a interpretação é o resultado do seu resultado”; e outra, bem diversa, é a deliberada distorção de fatos e perspectivas, com o propósito de atingir objetivos que, sem esse desvio de comportamento, dificilmente seriam alcançados.

À vista dessa interdependência dos métodos e princípios da interpretação do direito, forçoso é reconhecer que perdeu sentido, igualmente, a velha disputa entre esses instrumentos de trabalho, os quais devem ser utilizados em conjunto e complementarmente, num jogo concertado de interação recíproca, para enfrentar as dificuldades inerentes à tarefa hermenêutica, em cujo âmbito se fundem, em *unidade complexa*, os problemas relativos à *produção, compreensão, interpretação e aplicação* dos modelos jurídicos.

4 ENCERRAMENTO

Diante de tudo quanto foi exposto, e pedindo desculpas pela extensão desta palestra, gostaríamos de encerrá-la exortando-os a que continuem lutando pelo aprimoramento do direito e pela realização da justiça, à luz dos valores do pluralismo e da tolerância, porque acreditamos, como o saudoso mestre ROBERTO LYRA FILHO, que não existe modelo fixo para o reino da liberdade.