

Interpretação judicial e a atividade criativa dos juízes.

Mariana Trotta Dallalana Quintans

Mestre em Direito pela PUC/RJ e doutoranda do Programa de Pós-graduação de Ciências Sociais em Desenvolvimento, Agricultura e Sociedade da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (CPDA-UFRRJ). Fez estágio doutoral no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra (CES/FEUC). Professora do Centro Universitário de Barra Mansa (UBM) e da Universidade do Grande Rio (Unigranrio).

Resumo

O presente artigo analisa algumas teorias da interpretação judicial desenvolvidas ao longo do século XX. Compreende que todas as decisões judiciais são atos cognitivos e criativos, este fato exemplificado com as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal nas Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 que reconheceram os direitos relativos as uniões estáveis as relações homoafetivas.

Palavras-chaves: Direito, interpretação e atividade criativa dos juízes.

Resumen

El presente artículo analiza algunas teorías de la interpretación judicial desarrolladas durante el siglo XX. Discute que todas las decisiones judiciales son actos cognitivos y creativos, este hecho ejemplificado con las recientes decisiones del Supremo Tribunal Federal en las Acciones Directa de Inconstitucionalidad (ADI) 4277 y de la Acción de no cumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) 132 que reconocieron los derechos relativos a las uniones estables de las relaciones homo-afectivas.

Palabras-llaves: Derecho, interpretación y actividad creativa de los jueces.

Sumário.

Introdução. 1. Teorias Prescritivas. 2. Teorias Descritivas. 2.1. A interpretação judicial na teoria kelseniana. 2.2. A textura aberta do Direito e o poder discricionário dos juízes em H. Hart. 2.3. O método empírico-descritivo de Alf Ross. Conclusão. Referências.

Introdução

O recente julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 que reconheceu os direitos relativos a uniões estáveis as relações homoafetivas, chamou a atenção da sociedade para a atuação dos juízes. Muitos setores questionaram a interpretação do STF, alegando que o mesmo estaria exorbitando de suas funções e adentrando na órbita de atuação do legislativo.

Entretanto, desde o século passado, vários juristas vêm se dedicando ao estudo da atividade jurisdicional, defendendo que o judiciário exerce um papel de criação do direito.

A idéia de que ao juiz caberia apenas aplicar a “vontade da lei ou do legislador” ao caso concreto, marcou todo o século XVIII e grande parte do XIX, sobretudo na França, foi problematizada por diferentes teorias do direito desenvolvidas durante o século XX.

As mudanças ocorridas nas sociedades contemporâneas levaram à elaboração de novas teorias sobre a interpretação. Algumas reivindicaram a decisão judicial como uma etapa do processo de criação do direito, atribuindo função criativa ao juiz. Outras teorias ocuparam-se em elaborar um modelo de racionalidade que condicionasse a atividade dos magistrados. Neste trabalho são analisadas de forma breve estas teorias da interpretação judicial, utilizando a classificação empregada por Manuel Segura Ortega, dividindo as teorias da interpretação em prescritivas e descritivas.

1 Teorias Prescritivas.

Classificamos como prescritivas todas as teorias que têm como pretensão fundamental determinar de que maneira os sujeitos que aplicam o Direito devem interpretar os textos normativos.

Esta perspectiva foi desenvolvida no período das Codificações Napoleônicas, em especial com o Código Civil Francês de 1804, desenvolveu-se sobre o dogma da completude do ordenamento jurídico. Esta perspectiva considerava possível encontrar no material legislado as respostas para todos os possíveis conflitos que ocorressem na sociedade. (SGARBI, s/d). O dogma da completude do ordenamento jurídico esteve relacionado com os princípios da separação dos poderes, da legalidade, da segurança jurídica, bem como do papel jurisdicional de apenas declarar o direito instituído no Código pelo legislador.

Esta perspectiva foi defendida por teóricos políticos, cujas análises serviram de base para a consolidação do Estado Moderno, como Montesquieu. Na obra *O Espírito das Leis*, livro XI capítulo VI, Montesquieu desenvolve o tema da separação dos poderes. Defende o autor que é a existência de três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – que pode garantir a liberdade da cidadania, evitando-se assim a tirania por um destes poderes (MONTESQUIEU, 2000).

Atribui ao Poder Legislativo a competência de criar as leis, e restringe a atividade dos juízes, determinando que os “julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei.” (MONTESQUIEU, 2000: 170). Dessa forma, Montesquieu relega ao juiz um papel quase nulo, o da “boca que pronuncia as palavras da lei.” (MONTESQUIEU, 2000: 175)

Esta visão dos juízes como aplicadores da vontade da lei ou do legislador esteve acompanhada do pensamento moderno-iluminista, que “procurou transformar o Direito numa ciência lógica, tão exata e demonstrável como uma equação algébrica. (...) Este foi um dos pressupostos de que se valeu o Iluminismo para eliminar da instância judiciária qualquer veleidade de criação jurisprudencial do direito.” (SILVA, 2004:24)

As teorias prescritivas podem ser divididas em subjetivas e objetivas.

As Teorias Subjetivas da interpretação defendem que a atividade judicial de aplicação do direito seja a declaração, para o caso concreto, da vontade do legislador à época da elaboração do texto normativo. Dessa forma, o elemento fundamental, para essas teorias, que deve nortear a atividade judicial são os valores e as finalidades que o legislador buscava alcançar quando a lei foi promulgada.

O magistrado, ao aplicar uma norma a um caso concreto, deveria atuar conforme a determinação do legislador, colocando-se na posição deste, observando as razões e objetivos que o levaram a elaborar determinada legislação.

A doutrina subjetivista foi defendida pela Escola de Exegese e pela Jurisprudência dos Conceitos, na França e na Alemanha respectivamente. (LARENZ, s/d)

Mas como podemos falar de vontade do legislador, ou seja, de um conjunto único de desejos e objetivos de todo o Legislativo que possa ser caracterizado como sua vontade?

As leis são produtos dos conflitos e acordos entre classes e frações de classes diferentes, por este motivo não podemos afirmar que exista uma única e homogênea vontade do legislador. Como nos ensina Thompson (1997) as leis são condensações de conflito.

No máximo, como destaca Modesto Saavedra (s/d), o corpo legislativo é aprovado pelo voto da maioria dos parlamentares, muitas vezes através de acordos, concessões e trocas de favores. Dessa forma, a aprovação dos textos legais dá-se sem a existência do consenso ou de uma vontade coletiva una e homogênea.

Também é insensato pensar que o legislativo consiga prever todas as situações que serão analisadas pelo judiciário e ainda, que o legislador consiga prescrever tais casos com tamanha precisão, que não seja necessária à interpretação deste texto normativo pelo juiz. O caso recente do reconhecimento de direitos a uniões estáveis homoafetivas demonstra bem o que estamos explicando. Pois, as relações homoafetivas já são um fato em nossa sociedade, há muitos anos, mas nossos textos normativos não regulavam expressamente estas relações. Por este motivo, o judiciário foi diversas vezes chamado a resolver conflitos envolvendo este tema, como nos caso de dissolução da relação, falecimento de um dos companheiros e direitos previdenciários.

Desta forma, uma teoria que defenda a possibilidade de o juiz se colocar, através de uma prática de abstração, no lugar do legislador na época e nas circunstâncias da elaboração de um texto legal, e, ainda, que a legislação seja tão completa que consiga prever todas as situações que possam ocorrer no dia-a-dia caracteriza-se como uma ficção jurídica. Entretanto, mesmo sendo uma ficção, esta concepção ainda é empregada como critério para a interpretação.

O segundo tipo de teorias prescritivas diz respeito à Interpretação Objetiva ou Evolutiva. Para esta corrente, ao interpretar o juiz deve buscar compreender a “vontade da lei”, já que esta, ao ser criada, se separa de seu criador, adquirindo vida própria.

Alguns autores, como Karl Larenz, consideram imprópria a utilização deste conceito, pois, a vontade necessariamente corresponde a uma pessoa ou a um conjunto de pessoas, não podendo existir uma vontade da lei. Apenas é possível ocorrer a existência de diferenças entre a intenção originária do legislador e o conteúdo expresso no texto normativo.(LARENZ, s/d).

Entretanto, os defensores desta concepção entendem que existe uma vontade objetiva do próprio material produzido pelos “legisladores”, que deve ser utilizado pelos magistrados como ponto de partida para a solução dos casos concretos. A lei elaborada no passado, diante das mudanças econômicas, políticas, e culturais ocorridas na sociedade, poderia ser reinterpretada e utilizada pelo juiz para solucionar conflitos que não foram pensados durante o processo legislativo. Entretanto, em nosso entender, neste caso seria o juiz quem estaria determinando o sentido do texto normativo abstrato, e não a norma, como quer esta teoria.

Podemos caracterizar como pertencentes à teoria objetiva a Jurisprudência dos interesses, a Escola da Livre Pesquisa Científica e o Movimento do Direito Livre, surgidos no final do século XIX início do século XX. (LARENZ, s/d)

As concepções sobre a interpretação judicial vistas até agora, tanto as subjetivas quanto as objetivas ou evolucionistas, possuem um forte caráter prescritivo. Podemos observá-lo na pretensão (destas teorias) de correção na aplicação do direito, ou seja, acreditam que, através de uma correta interpretação, será revelado o verdadeiro “significado da lei”, que poderá ser aplicado ao caso concreto. (FERRAZ JR, 2003)

2. Teorias Descritivas.

Entendemos por descritivas as teorias que buscam compreender o processo real de interpretação do direito. Podemos caracterizar as teses desenvolvidas pelo normativista Hans Kelsen, o teórico analítico Herbert Hart e o realista escandinavo Alf Ross, como pertencentes a esta corrente. Apesar das diferenças entre estas concepções, elas compartilham a idéia de que os juízes gozam de certa discricionariedade e que os atos decisórios incorporam elementos subjetivos. (ORTEGA, s/d)

O juiz ao interpretar um texto normativo identifica diferentes alternativas para a solução de um caso concreto, cabendo a ele escolher aquela que julgar ser a mais adequada. Dessa forma, os atos interpretativos são voluntários e criam direito para os casos julgados pelos magistrados.

Devemos esclarecer que a norma não corresponde apenas ao que o texto normativo (ou seja, o texto legal) determina. A norma, na realidade, é constituída pelo texto normativo interpretado (por uma autoridade judiciária ou, a quem cumpra aplicar ou obedecer à lei). Como explica Sgarbi

um dispositivo, seja ele constitucional ou infraconstitucional, não pode ser compreendido como sinônimo de norma. E isso porque não passam de enunciados contidos nos textos normativos ao passo que as normas são o sentido desse texto ou textos, o resultado, enfim, do seu processo interpretativo. (...) a atividade interpretativa, de modo elementar, consiste em realizar o procedimento intelectual de atribuir ou adscriver significado a um ou mais enunciados (normativos), e, a norma, o seu resultado. Sendo assim, enquanto os textos normativos (materiais jurídicos escritos) são “produtos do legislador, as normas são “adscrições dos intérpretes” e, em particular, dos juízes. (SGARBI, s/d:XI)

Neste sentido, a interpretação dos juízes tem a função de atribuir sentido ao texto normativo, constituindo-se em uma atividade de escolha. Por isso, textos normativos interpretados por vários juízes podem produzir normas diferentes para situações semelhantes.

Nesta perspectiva analisaremos as teorias de Hans Kelsen, Herbert Hart e Alf Ross, que chamam atenção para o papel do político no processo decisório, auxiliando-nos a compreender a atividade interpretativo-judicial.

2.1. A interpretação judicial na teoria kelseniana

Devemos, primeiramente, esclarecer que a teoria kelseniana baseou-se em postulados científicos para estudar o Direito, tentando se manter fiel ao pensamento racionalista. Considerava possível desenvolver uma *Teoria Pura do Direito*, que se aproximasse “tanto quanto possível dos resultados do ideal de toda ciência: objetividade e exatidão” (KELSEN; 2000: XI).

O autor desenvolveu suas idéias sobre a pureza da Teoria do Direito, durante grande parte de sua vida teórico-acadêmica. Entretanto, intitulou um livro específico com o nome de

Teoria Pura do Direito e, foi como autor deste livro, que Kelsen se tornou conhecido mundialmente.

Hans Kelsen desenvolveu a tese de que:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. (...) Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN; 2000:2)

A pureza defendida, por Kelsen, relaciona-se com a doutrina e não com o direito em si. O autor busca realizar uma leitura restrita ao objeto do direito – os textos legais - excluindo desta esfera qualquer elemento relacionado aos outros campos do conhecimento. Esta interpretação é classificada pelo autor como não autêntica.

Por outro lado, a interpretação jurídica foi entendida, por Kelsen, como uma atividade valorativa e, portanto, alheia à esfera da ciência do direito, compreendida pelo campo da política judiciária.

Por este motivo, Kelsen dedicou pouco espaço em sua obra para o estudo sobre a interpretação judicial. Na segunda edição do livro *Teoria Pura do Direito* reservou um pequenino capítulo (VIII) para a análise do tema.

Entretanto, Kelsen já havia analisado este tema nos livros “Problemas Fundamentais de Direito Público” (1911) e “Teoria Geral do Estado” (1925), bem como na primeira versão de “Teoria Pura do Direito” (1934) onde reproduziu o artigo intitulado “Sobre a Teoria da Interpretação Jurídica” (também, datado de 1934).

Mas, foi apenas na versão de 1960 da *Teoria Pura do Direito* que foram sentidas modificações no tema. É, por este motivo, que os estudiosos da teoria kelseniana dão especial atenção à obra de 1960. Nesse trabalho Kelsen distingui a interpretação em dois tipos: autêntica e não-autêntica.

A interpretação autêntica, para o autor, está relacionada com a atividade realizada pelos órgãos competentes (magistrados, tribunais superiores, etc.) de determinar as normas, ou seja, aplicar a uma situação concreta um dentre os vários sentidos de um texto normativo.

Neste sentido, a autoridade competente decide a norma que será vinculante para o caso em análise (e dependendo do órgão será vinculante para outros casos).

Por outro lado, a interpretação não-autêntica ou doutrinária⁴⁷ seria aquela realizada por pessoas que não são autoridades competentes e que, quando definem os sentidos do texto normativo, apenas os enumeram, não escolhendo nenhum deles e, portanto, não criam normas vinculantes para situações concretas.

Kelsen compreende como não-autêntica a interpretação realizada pela Ciência do Direito, que deve descrever o direito com todo método e rigor formal próprios das ciências, não realizando nenhum ato valorativo.

A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica. (...) A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesmas reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito. (KELSEN, 2000: 395-396)

Alguns autores vão questionar a diferenciação proposta por Kelsen, entre interpretação autêntica e não-autêntica, por entenderem que não se pode excluir o elemento “vontade” da interpretação denominada por Kelsen de não-autêntica. Esta linha irá defender que o estudioso pela via cognitiva também pode tomar partido por uma das leituras atribuíveis ao objeto analisado, adscribendo para o mesmo um sentido específico, ocorrendo fato semelhante no “estudo do direito”, defendendo, assim, o caráter autêntico de toda interpretação.

Kelsen entende que não há uma completa determinação no ordenamento jurídico, sempre existindo uma margem para a livre apreciação do juiz, pois o legislador não prevê todas as situações que possam ocorrer. Dessa forma, toda decisão é estabelecida de acordo com o determinado no texto normativo e, também, pelo entendimento do magistrado (intérprete do texto).

A indeterminação do texto normativo ocorre de diferentes formas. Pode ser intencionalmente produzida pelo órgão que produziu a norma que será aplicada, ou pode ocorrer de forma não intencional. Esta segunda hipótese se dá quando o texto normativo

⁴⁷ Como classifica Tercio Sampaio Ferraz Jr (2003) em seus comentários a interpretação na obra de Kelsen.

possui uma pluralidade de sentidos, ou a partir de uma discrepância entre o expresso no texto e a vontade da autoridade que a produziu, ou, ainda, quando ocorre contradição (total ou parcial) entre dois dispositivos.

Esta indeterminação permite aos juízes diferentes interpretações do texto normativo. Neste processo interpretativo o juiz faz uso de outros elementos, além do texto normativo, como suas noções de justiça, seus juízos de valor social etc. Desta forma, apresenta-se para o intérprete como guia na tomada das decisões sua opção política ou ideológica.

A atividade judicial, assim como explicada por Kelsen, aplica e ao mesmo tempo cria normas. As decisões judiciais possuem caráter constitutivo, e não meramente declaratório. Elas são uma continuidade do processo de produção das normas jurídicas, ou melhor, são mais uma etapa do sistema de criação do direito, assim como a produção legislativa.

Os ordenamentos jurídicos, segundo Kelsen, são estruturas dinâmicas, em que a produção normativa realizada pelas autoridades jurídicas ocorre a partir de autorizações expressas no próprio ordenamento, e em última instância numa norma base autorizadora. O direito constitui-se de “cadeias de autorização”, que se realizarmos uma digressão por tal cadeia, retrocedendo pelos textos autorizativos, encontraremos o fundamento primeiro de todo o ordenamento jurídico válido, chegaremos à primeira Constituição histórica de um Estado. E encontraremos a validade desta primeira constituição histórica na norma fundamental que não se encontra no direito positivo, devendo ser pressuposta.

Tal norma fundamental, pressuposta, e não posta no ordenamento jurídico, determina o procedimento de elaboração do primeiro diploma legal de uma ordem estatal. Desta forma, fazendo uma regressão através de todas as Constituições de um Estado, a norma fundamental seria pressuposta da primeira Constituição Histórica, ou seja, daquela que o fundamento de validade não se encontra em nenhum diploma do Direito positivo. Esta norma hipotética seria o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico.

No processo de produção normativa, quando uma norma inferior é criada a partir dos critérios de validade determinados pela norma superior (autoridade competente, procedimento formal etc.) sempre existirá uma parcela de indeterminação no conteúdo normativo produzido. A norma autorizativa apresenta limites à atividade interpretativa - não possuindo conteúdo completamente determinado. Tais indeterminações deverão ser solucionadas pelo intérprete.

É, neste sentido, que o processo interpretativo é sempre aplicação e criação do direito. Tanto a atividade judicial, quanto a legislativa aplicam e criam normas: o legislador aplica o texto constitucional e cria a legislação infraconstitucional, assim como o magistrado aplica estes textos normativos e cria as normas individuais. Existem, apenas, duas exceções: a Constituição que é somente criação e a execução que é apenas aplicação.

Kelsen ainda irá reconhecer que, em determinadas circunstâncias, os tribunais criam as normas jurídicas gerais mediante a técnica do precedente. Nestes casos em que o juiz atua como um legislador é criado direito completamente novo. (SANCHIS, 1993)

2.2. A textura aberta do Direito e o poder discricionário dos juízes em H. Hart.

As análises propostas pelo jurista americano Herbert Hart, também, nos oferecem um interessante material para a compreensão da interpretação judicial. Para entendermos sua perspectiva sobre a atividade interpretativa-judicial, devemos observar a abordagem deste importante teórico analítico sobre o ordenamento jurídico e o conceito de direito, análises sintetizadas na principal obra do autor, *O Conceito de Direito*.

O ordenamento jurídico, na perspectiva hartiniana, caracteriza-se como a união de regras primárias, que impõem obrigações, e regras secundárias, que conferem poderes a órgãos públicos e a indivíduos privados.

Neste sentido, Hart rompe com a leitura clássica do Direito, que o limita a um conjunto de normas coercitivas. Considera que os modernos sistemas jurídicos possuem normas que não se enquadram entre as tidas como coercitivas. A realidade é mais complexa, existindo nos ordenamentos jurídicos diferentes tipos de normas, aquelas que conferem obrigações e aquelas que conferem poderes aos órgãos públicos para a elaboração de outras regras, determinam os procedimentos que devem ser seguidos, os critérios de validade etc.

O autor também irá reforçar sua crítica ao modelo clássico, através de uma nova concepção da legislação como introdução ou modificação das pautas e critérios gerais de condutas que devem ser seguidas pela sociedade. Dessa forma, as regras jurídicas não seriam impostas para a cidadania por seu caráter coercitivo, mas seriam critérios de direção aceitos individualmente por compartilharem valores morais presentes na sociedade.

Dentro deste quadro, Hart define os tipos de regras existentes nos ordenamentos jurídicos contemporâneos: as regras de primeiro tipo sendo aquelas que prescrevem aos

indivíduos que façam ou deixem de fazer algo, são as regras que impõe deveres e obrigações; e as regras que dependem ou são secundárias das regras de primeiro tipo. São essas regras secundárias que permitem a elaboração de novas normas, ou a modificação de regras anteriormente existentes, e ainda podem determinar seus efeitos e controlar sua atuação.

Devemos, então, classificar os diferentes tipos de regras secundárias definidas por Hart, como: a Regra de Reconhecimento, as Regras de Alteração e as Regras de Julgamento.

A Regra de Reconhecimento é aquela que determina os critérios de validade e de pertença das normas ao ordenamento jurídico. As normas produzidas no sistema jurídico respeitam o determinado pelas Regras de Reconhecimento, que são aquelas que autorizam e atribuem competência a um órgão para que elabore as normas, ou melhor, são aquelas regras que unificam o ordenamento jurídico e conferem validade a outras normas.

As Regras de Alteração são as que permitem ao ordenamento jurídico romper com o caráter estático das normas primárias de obrigação. São elas que possibilitam a criação e derrogação das normas jurídicas, através do estabelecimento da competência para estas funções e a definição dos procedimentos que deverão ser seguidos.

As Regras de Julgamento são as que estabelecem quem são os indivíduos que possuem atribuição para julgar os casos de descumprimento das regras primárias, bem como os procedimentos que deverão ser seguidos. Hart explica que “a regra que atribui jurisdição será também uma regra de reconhecimento que identifica as regras primárias através das sentenças dos tribunais e estas sentenças tornar-se-ão uma ‘fonte’ de direito” (HART, s/d, 107).

Seguindo sua análise sobre a complexidade dos ordenamentos jurídicos modernos, Hart irá analisar a estrutura aberta da linguagem jurídica, aproximando-se das críticas do realismo jurídico ao formalismo.

Para o autor, o direito possui uma textura aberta, existindo certa nebulosidade no sistema jurídico. Esta abertura seria proporcionada por uma zona marginal dos textos normativos dotada de indefinições. É devido a esta textura aberta do direito que os magistrados ao analisarem os textos normativos, desempenham uma atividade discricionária.

Podemos observar este entendimento da teoria hartiniana na seguinte passagem:

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos

funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. (HART, s/d, 148)

São os tribunais que irão determinar os critérios últimos de validade, pois, a abertura dos textos normativos chega às Regras de Reconhecimento, e é esta abertura que exige dos magistrados que as interprete e escolha uma das possibilidades nelas contidas. Vemos, assim, que os tribunais caracterizam-se como produtores de dispositivos normativos.

Para o autor, é imanente a todo sistema jurídico tal abertura do texto normativo, tendo espaço o poder discricionário dos juízes. No entanto, este poder dos tribunais não deve ser entendido como arbitrariedade, na medida que, junto à zona de penumbra, sempre existe um núcleo definido de significação que garante um mínimo de segurança jurídica.

Hart expõe em sua obra *O Conceito de Direito*, no capítulo dedicado à análise dos fundamentos de um sistema jurídico, que:

Nada pode eliminar esta dualidade de um núcleo de certeza e de uma penumbra de dúvida, quando nos empenhamos em colocar situações concretas sob as regras gerais. Tal atribui a todas as regras uma orla de imprecisão, ou uma 'textura aberta', e isto pode afetar a regra de reconhecimento que especifica os critérios últimos usados na identificação do direito, tanto como duma lei concreta. (HART, s/d: 134)

Paramo, em seus comentários sobre a teoria hartiniana, irá explicar a atividade desempenhada pelos tribunais da seguinte forma:

as posibles dudas que pudieran surgir a la hora de determinar los criterios últimos de validez de un Ordenamiento Jurídico, quedan solventadas por la actuación de los tribunais, es decir, por aquellas instituciones que tienen jurisdicción para resolver aquellos casos dudosos eligiendo – o si se quiere descubriendo – una de las alternativas que la ley deja abierta. (PARAMO, s/d: 257-258)

Devemos observar o poder discricionário dos juízes na interpretação e aplicação dos textos normativos aos casos particulares. O campo amplo de liberdade deixado pelas indeterminações dos textos normativos encontra limites nos mesmos textos. O processo de interpretação judicial é limitado por determinados padrões que devem ser seguidos. Dessa forma, ao mesmo tempo em que é permitido ao juiz criar normas, são estabelecidos limites para esta faculdade.

Hart introduziu no seu livro *O Conceito de direito*, trinta e dois anos após sua primeira publicação, um pós-escrito no qual se dedicou a rebater as críticas feitas por Ronald Dworkin a sua teoria. E aproveitou-o para completar a leitura sobre o Poder Discrecional Judicial, a fazendo da seguinte maneira:

“É importante que os poderes de criação que eu atribuo aos juízes, para resolverem os casos parcialmente deixados por regular pelo direito, sejam diferentes dos de um órgão legislativo: não só os poderes do juiz são objecto de muitos constrangimentos que *estreitam a sua escolha*, de que um órgão legislativo pode estar consideravelmente liberto, mas, uma vez que os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos. Por isso, os seus poderes são *intersticiais*, e também estão sujeitos a muitos constrangimentos substantivo. Apesar disso, haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correcta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitrária; isto é, ele deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores. Mas se ele satisfizer estas condições, tem o direito de observar padrões e razões para a decisão, que podem diferir dos seguidos por outros juízes confrontados com casos difíceis semelhantes.” (HART, s/d: 336) (grifos no original)

2.3. O método empírico-descritivo de Alf Ross.

Alf Ross, teórico escandinavo da chamada escola do Realismo Jurídico, dedicou em seu livro *Direito e Justiça* um importante espaço para a problemática da interpretação judicial. Para tanto, parte de um ponto de vista semelhante ao defendido por Hans Kelsen, entendendo a interpretação jurídica como uma atividade Política.

Carlos Santiago Nino explica que a diferença entre o método adotado pelo realista escandinavo e as teses normativistas de Hans Kelsen deve-se à pretensão de Alf Ross em construir um modelo de ciência jurídica que seja descritiva e empírica. Um modelo de ciência no qual as proposições possam ser verificáveis através da experiência, assim como ocorre nas ciências naturais.” (NINO, s/d: 39)

O autor compreende que apenas com a observação da prática concreta dos Tribunais - na passagem da regra geral para a decisão particular – poderão ser observados os princípios e as regras que norteiam a atividade interpretativo-judicial. Denomina este processo de Método Jurídico ou de Interpretação, esta última nos casos da aplicação do texto legislado.

Ross explica que “uma doutrina do método que se proponha a servir como norteamento da interpretação, tem que se referir à maneira como se comportam de fato os

tribunais na aplicação do direito vigente a situações específicas. A doutrina do método deve ser descritiva, não normativista (descritiva de normas, não expressiva de normas).” (ROSS, 2003: 137)

Dessa forma, Alf Ross propõe um método que seja capaz de descrever a atividade judiciária cotidiana dos Tribunais, analisando os mecanismos e/ou elementos empregados pelos magistrados na solução de conflitos que são levados ao judiciário, afastando-se de outras teorias jurídicas que apenas se dedicam a prescrever métodos para condicionar a atividade judiciária, como as modernas teorias argumentativas e procedimentalistas.

Os problemas do método assumem formas diferentes no sistema de *Common Law* e nos sistemas jurídicos legislados. O primeiro baseia-se na teoria dos precedentes, em que é conferido ao magistrado retirar a regra geral da observação dos precedentes e aplicá-la ao caso que demanda solução. No segundo tipo, na qual a legislação é a principal fonte de direito, o método aparece como a interpretação de um texto dotado de autoridade.

Será ao segundo tipo de sistema jurídico que Alf Ross dará atenção especial em seu trabalho. O autor explica que:

Toda interpretação do direito legislado principia com um texto, isto é, uma fórmula lingüística escrita. Se as linhas e pontos pretos que constituem o aspecto físico do texto da lei são capazes de influenciar o juiz, assim é porque possuem um significado que nada tem a ver com a substância física real. Esse significado é conferido ao impresso pela pessoa que por meio da faculdade da visão experimenta esses caracteres. A função deste é a de certos símbolos, ou seja, eles designam (*querem dizer*) ou *apontam* para algo que é distinto deles mesmos. (ROSS, 2003: 139)

A teoria rossiana entende ser o direito vigente, sinônimo de ordenamento jurídico, o conjunto de normas jurídicas que servem como um esquema de interpretação para os atos sociais e que são seguidas por serem sentidas como obrigatórias.

As normas jurídicas apresentam-se, na obra rossiniana, divididas em dois grupos: normas de conduta e normas de competência. As primeiras são aquelas que prescrevem condutas, mas não se esgotam a esta função. As segundas são restritas às primeiras, pois expõem que à cidadania cabe observar as normas sancionadas de acordo com determinado procedimento.

Ross atribui aos juízes uma atividade desinteressada, por considerar que se assim não o fosse, não seria possível a edificação do ordenamento jurídico. Aos juízes cabe atuar segundo a consciência jurídica formal e material, e não buscando satisfazer seus interesses pessoais.

Ross explica que as condutas lícitas seguidas pelos cidadãos são motivadas pelo risco do juízo, do processo que resulte em uma sentença e numa penalidade. Esta não é, entretanto, a única e principal razão pela qual a cidadania obedece ao direito. Explica o autor que:

O cidadão comum, também, é animado – num maior ou menor grau – por uma atitude de acato ao direito, à luz do qual os governantes aparecem como ‘poderes legítimos’ ou ‘autoridade’, as exigências do direito como criadoras de acato e a força que é exercida em nome do direito não é considerada como mera violência, mas sim justificada na qualidade do que respalda o direito. (ROSS, 2003: 80)

Dessa forma, os regimes em que não existe aprovação ideológica pela consciência jurídica formal dos governados, o que prevalece é algo estranho ao ordenamento jurídico, fruto de um ato de força e violência.

Deve ser destacado que é possível à cidadania atuar por “motivos interessados”, ou seja, agir de acordo com seus interesses. Entretanto, tal atitude deve ter como limite a garantia do “direito vigente”, pois a não observância do “direito vigente” pode acarretar movimentos revolucionários, pondo por terra o ordenamento jurídico.

Ao analisar mais detalhadamente a estrutura deste direito vigente, Alf Ross irá pontuar problemas decorrentes da estrutura das normas jurídicas, que deverão ser enfrentados pela atividade interpretativa. O autor caracteriza estes problemas como sintáticos, lógicos e semânticos e explica que, apesar de serem analisados em sua obra de forma isolada, na verdade aparecem sucessiva e simultaneamente (ROSS, 2003).

Os problemas sintáticos da interpretação são aqueles que dizem respeito à ordem das palavras e à forma como elas estão conectadas num texto. O significado de um texto depende da “conexão das palavras na estrutura da frase (...). Assim, como as palavras não têm em si mesmas uma referência exata, tampouco as conexões sintáticas têm uma inequívoca função determinativa de significado.” (ROSS, 2003: 151)

Os problemas lógicos da interpretação são decorrentes das relações entre diferentes expressões dentro de um mesmo contexto. Dentre os problemas lógicos, encontramos a inconsistência, a redundância e as pressuposições.

Ocorre a inconsistência quando uma mesma situação factual é regulada por dois textos normativos diferentes que estabelecem efeitos jurídicos incompatíveis. A inconsistência pode ser total-total (ou incompatibilidade absoluta), ocorrendo quando a aplicação de uma das normas entrará em conflito com a outra; total-parcial (inconsistência entre a regra geral e a particular) quando a aplicação entrará em conflito, mas a norma aplicada tem abrangência maior do que os pontos conflitantes e; a parcial-parcial (sobreposição de regras) quando as normas entram em conflitos, mas ambas possuem pontos não conflitantes. (ROSS, 2003)

A redundância, segundo o problema lógico definido por Ross, ocorre quando uma norma estabelece efeitos jurídicos para uma situação que fora regulada anteriormente por outra norma. (ROSS, 2003)

Por fim, devemos analisar o terceiro tipo de problema lógico proposto pelo autor. Este tipo de problema ocorre quando um texto normativo determina pressuposições falhas ou incorretas sobre situações jurídicas específicas, estabelecendo diretivas que não encontram relação na concretude do mundo da vida. (ROSS, 2003)

Os problemas semânticos de interpretação decorrem da ambigüidade das palavras individuais e das frases. Na medida em que as palavras e frases são vagas e indefinidas - elas são compostas de um núcleo central de significado e de uma margem nebulosa de incerteza - seu significado apenas pode ser estabelecido a partir da observância da unidade total: da expressão, do contexto e da situação.

É diante destes problemas de interpretação – sintáticos, lógicos e semânticos – que Alf Ross irá argumentar que a atividade interpretativo-judicial não pode ser entendida como um processo mecânico. O juiz, ao decidir um caso concreto, não observa apenas a “letra da lei”. Ele toma a decisão motivado por elementos que são externos ao texto normativo.

A partir deste quadro reflexivo o autor vai tecer duras críticas à antiga teoria positivista- mecanicista que compreende o juiz como um autômato, que julga de acordo com o exposto na lei e que a atividade interpretativa encontra-se limitada a um ato puramente racional.

A interpretação judicial é entendida como um ato valorativo em que o magistrado opta por uma posição a ser seguida. Neste sentido, “a administração do direito não se reduz a uma mera atividade intelectual. Está enraizada na personalidade total do juiz tanto em sua consciência jurídica formal e material quanto em suas opiniões e pontos de vista racionais.

Trata-se de uma interpretação construtiva, a qual é, simultaneamente, conhecimento e valoração, passividade e atividade.” (ROSS, 2003: 169)

A interpretação caracteriza-se como uma atividade cognoscitiva e valorativa. Estas duas perspectivas se fundem na prática da atividade interpretativa, não sendo possível distinguir com precisão o início e o fim de cada uma.

Ross defende que os magistrados possuem grande liberdade na apreciação dos conflitos judiciais. Considera possível, inclusive, o afastamento do exposto nos textos normativos diante de um caso concreto. Esclarece que a observância do texto normativo se dá apenas, quando o magistrado considera que o texto não ofende o “justo ou socialmente desejável” e, portanto, está de acordo com sua consciência jurídica. Entretanto, isto não quer dizer que haja de acordo com seus interesses pessoais. Na verdade sua atuação segue a consciência jurídica material.

Explica o autor que a consciência jurídica material encontra-se presente em toda decisão. Esta corresponde à consciência presente na mente do juiz, que encontra fundamento no aceito socialmente como justo e desejável, diferente da consciência jurídica formal, que é expressa nos textos normativos, ou seja, nos diplomas legais que podem ser observados ou afastados pelos magistrados nas suas decisões.

Tal entendimento pode ser verificado em interessante passagem da obra do autor que transcrevemos abaixo:

O juiz não é um autômato que de forma mecânica transforma regras e fatos em decisões. É um ser humano que presta cuidadosa atenção em sua tarefa social, tomando decisões que sente ser corretas de acordo com o espírito da tradição jurídica e cultural. Seu respeito pela lei não é absoluto. A obediência a esta não constitui o único motivo. Aos seus olhos a lei não é uma fórmula mágica, mas uma manifestação dos ideais, posturas, padrões e variações que denominamos tradição cultural (...) Sob o nome de consciência jurídica material essa tradição vive no espírito do juiz e cria um motivo passível de entrar em conflito com a consciência jurídica formal e sua exigência de obediência ao direito. A crítica do juiz pode dirigir-se assim contra a decisão no caso específico, que ele sente como injusta, não obstante aprove a regra; ou pode dirigir-se contra a própria regra. A crítica pode surgir na consciência do juiz como uma reação emocional espontânea; por resultar de uma análise consciente dos efeitos da decisão, realizada em relação a padrões pressupostos. Em todos os casos, essas atitudes atuam participativamente na mente do juiz, como um fator que motiva sua decisão. Na medida do possível, o juiz compreende e interpreta a lei à luz de sua consciência jurídica material, a fim de que sua decisão possa ser aceita não só como *correta* mas também como *justa* ou *socialmente desejável*. (ROSS, 2003: 168)

Deve ser, ainda, destacado que a consciência jurídica é influenciada por diferentes elementos que podem ser depreendidos da prática dos tribunais. Esses fatores que influenciam a decisão judicial podem ser entendidos como as fontes do direito. Esclarece o autor que:

Por fontes de direito, por conseguinte, entender-se-á o conjunto de fatores ou elementos que exercem influência na formulação do juiz da regra na qual ele funda sua decisão; acresça-se que esta influência pode variar - desde aquelas fontes que conferem ao juiz uma norma jurídica já elaborada que simplesmente tem que aceitar até aquelas outras que lhe oferecem nada mais do que idéias e inspirações para ele mesmo (o juiz) formular a regra que necessita. (ROSS, 2003: 103)

O realismo moderado rossiano defende que o processo mental pelo qual o juiz decide pela preferência de uma regra em exclusão de outra não ocorre de forma livre e arbitrária, mas é fruto de um processo determinado por posturas e padrões aceitos socialmente, que se caracterizam como uma “ideologia normativa comum”. (ROSS, 2003: 102).

É desta ideologia que cuida a doutrina das fontes do direito. A identificação e a caracterização da ideologia dos tribunais apenas é possível com a observação da prática concreta dos juízes neste campo, pois, “uma doutrina realista das fontes do direito tem que se ocupar da ideologia que efetivamente anima os tribunais, que os motiva na busca das normas que irão adotar como fundamento de suas decisões. Tal ideologia só pode ser descoberta estudando-se a conduta efetiva dos tribunais.” (ROSS, 2003:132).

Da leitura das teses do Realismo Jurídico depreendem-se importantes críticas ao caráter atribuído à interpretação judicial pelas modernas teorias da argumentação. Para Alf Ross, o papel da argumentação será o de justificar a solução defendida pelo juiz como “justa ou desejável”. Não são os métodos argumentativos que garantiram a correção da decisão jurídica. Na verdade, os argumentos interpretativos tornam possível a escolha pelo magistrado por uma posição, pois estabelecem justificativas que são socialmente aceitas. (ROSS, 2003)

Conclusão.

Os autores das teorias descritivas (Kelsen, Hart e Ross) analisam a interpretação judicial com um forte caráter criativo. O texto normativo, como qualquer texto literário ou

palavra, possui um núcleo definido de significação e uma margem de indefinição. É este campo nebuloso dos textos normativos que dá espaço à liberdade interpretativa do juiz.

As teses do realismo jurídico “mais radicais” ainda irão defender que, nos casos onde o material expresso no texto normativo for contrário à consciência jurídica do magistrado, que encontra correspondência com o “justo e aceito socialmente”, esse material normativo poderá ser afastado pelo juiz na apreciação do conflito em questão.

As teorias descritivas que analisamos consideram que a interpretação judicial constitui-se da junção de duas atividades: uma cognoscitiva e outra valorativa. Ambas as teorias compreendem que o texto normativo é aberto à interpretação, pois é dotado de indefinições. Portanto, da interpretação pelo juiz do texto normativo poderão ser produzidos diferentes resultados, sendo certo que apenas um deles será aplicado ao caso concreto, criando uma norma jurídica. É, por este motivo, que, da leitura de um mesmo texto normativo, podem ser criadas diferentes normas.

Sendo certo, como destacado por Alf Ross, que os textos normativos não passam de um conjunto de pontos, palavras e símbolos sem sentido, que apenas recebem significado mediante a leitura por um intérprete.

Neste sentido, vemos que a personalidade dos magistrados desempenha um papel muito importante no processo decisório. “O juiz é um ser humano. Por trás da decisão tomada encontra-se toda sua personalidade. (...) O juiz não é um autômato que de forma mecânica transforma regras e fatos em decisões.” (ROSS, 2003: 168) Uma decisão é tomada influenciada, entre outros elementos, pela personalidade do juiz, que segundo Alf Ross, é moldada pela tradição jurídica e cultural (ROSS, 2003).

As idéias (e os valores) dos magistrados não são meras abstrações, nem elementos inerentes a cada indivíduo. Encontram-se diretamente atreladas à materialidade social, com todas as suas contradições. Portanto, os diferentes discursos adotados pelos juízes nos Tribunais encontram-se calcados nas disputas hegemônicas presentes na sociedade.

Como exemplo podemos citar as correntes alternativas do direito que defendem que a interpretação jurídica seja feita a partir das necessidades das camadas populares, entendendo o papel social que deve desempenhar o Campo Jurídico na transformação da Sociedade Capitalista.

Seguindo esta linha, Antonio Carlos Wolkmer entende que

ao Juiz compete a função política de transformar os parâmetros tradicionais da instância dogmática e formalista do Direito. Esta contribuição é por demais incisiva, tanto na prática judicial alternativa em benefício dos setores sociais menos favorecidos, quanto na apreciação real das necessidades fundamentais da vida social e na realização dos fins libertários do Direito; pois, este, enquanto fenômeno universal, deve ser a ‘afirmação possível da libertação conscientizada’ e não instrumento de controle e repressão de um bloco de poder hegemônico. (WOLKNER, 2000: 187).

Quando falamos que o texto normativo é aberto à interpretação, e que a norma produzida a partir dele, segundo os procedimentos jurídicos e os critérios de validade, é uma criação jurídica, devemos entender que todas as decisões carregam os anseios, os valores e a ideologia do magistrado que as proferiu. Não são apenas as decisões conhecidas como alternativas que se caracterizam como ato político e valorativo, mas toda decisão, mesmo a que se diz apolítica ou se mantém mais conservadora, é uma decisão política.

É através da postura conservadora, como destacado pelo professor Ovídio Baptista que

o juiz consegue a tranquilidade de consciência, que lhe permite a ilusão de manter irresponsável. Se ele recusar-se a outorgar alguma espécie de tutela que, de algum modo, modifique o *status quo*, que imaginará que sua imparcialidade será preservada. Para o pensamento conservador, manter o *status quo* é o modo de não ser ideológico. (SILVA, 2004:16)

Neste sentido, compreendemos que todas as decisões judiciais são atos cognitivos e criativos, assim também estamos tendo a oportunidade de verificar em relação aos recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, como na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 que reconheceram os direitos relativos a uniões estáveis as relações homoafetivas

Referências.

ARGÜELLES, Juan Ramon de Paramo. La teoría del Derecho en Hart. In: H.L.A Hart y la Teoría Analítica del Derecho. Centro de Estudios Constitucionales. [s/d]

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*. 3. ed. São Paulo: Landy editora, 2003.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, 4^a edição. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2003.

HART. H.L. A *O Conceito de Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. [s/d]

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

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. [s/d]

MONTESQUIEU. Charles. Da Constituição da Inglaterra. In: *O Espírito das Leis*, 2. ed, 2^a tiragem. São Paulo: editora Martins Fontes, 2000, Livro XI, capítulo VI. [s/d]

NINO, Carlos S. El modelo de Ciencia Juridica Empirica de Ross. In: *Algunos Modelos Metodológicos de 'Ciência Jurídica'*. Biblioteca de Ética, Filosofia del Derecho y Política, n. 25.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*, 1^a reimpressão. São Paulo: EDIPRO, 2003.

SAAVEDRA, Modesto. Poder Judicial, interpretacion juridica y criterios de legitimidad. In: *Interpretación del Derecho y Crítica Jurídica*. Biblioteca de Ética, Filosofia del Derecho y Política. [s/d]

SANCHIS, Luis Prieto. *Ideologia e Interpretacion juridica*. Madri: Editorial Tecnos, 1993.

SEGURA ORTEGA, Manuel. *Sobre La interpretación del Derecho*. Santiago de Compostela: Universidade, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, 2003.

SGARBI, Adrian. *Kelsen, Hans (Teoria Pura do Direito)*, Mimeo. [s/d].

_____. Kelsen e a Interpretação Jurídica. Mimeo, [s/d].

_____. *Norma*. mimeo, [s/d]

_____. Ordenamento Jurídico, Sistema Jurídico e seus operadores. (Mimeo) [s/d]

SILVA, Ovídio A Baptista da. *Processo e Ideologia – O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THOMPSON, E. W. *Senhores e Caçadores*. 2. ed.. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

WOLKNER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*, 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.