



INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO – UMA REFLEXÃO HERMENÊUTICA

*Maxwell Cunha Silva¹
Luana Lima Ribeiro²*

RESUMO

O estudo que envolve a temática da interpretação e aplicação do direito – da Decisão Judicial como um todo - é um dos mais importantes e controversos do Direito em toda a sua história. O debate acerca da indeterminabilidade das decisões judiciais atravessa modelos jurídicos, de modo que diversas teorias foram criadas para resolver o problema da discricionariedade judicial. Para o presente trabalho, serão utilizados os conceitos e ensinamentos da Hermenêutica Jurídica de cariz Filosófica –com os contributos da Filosofia da Linguagem – a fim de entender de forma plena a tarefa de aplicar o direito ao caso concreto.

Palavras-Chave: Interpretação. Aplicação do Direito. Discricionariedade.

¹Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB.

² Discente do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo versará sobre a interpretação do direito no Brasil, trabalhando as hipóteses de interpretação ativista e não ativista, de discricionariedade judicial, das posições voluntaristas da interpretação jurídica, ou seja, os reflexos das posturas positivistas em tempos de pós-positivismo, tendo como chão linguístico a nova Hermenêutica Jurídica – de cariz filosófico –, com os contributos da filosofia da linguagem, tentando traçar alguns referenciais teóricos acerca da Teoria da Decisão Judicial.

Tentaremos dialogar, ao final, os precedentes judiciais – que agora encontra guarida expressamente em nosso sistema jurídico, com a instituição do Novo Código de Processo Civil – com a Hermenêutica Jurídica, buscando dar integridade e coerência às decisões judiciais.

20 ENFRENTAMENTO DE ATIVISMOS, VOLUNTARISMOS E DISCRICIONARIEDADES:

A interpretação não é um processo mecânico de aplicação do direito, muito menos um processo reprodutivo de sentidos – como se o texto normativo contemplasse todos os sentidos possíveis da norma abstratamente. A interpretação também não é a escolha pelo intérprete do sentido que melhor lhe convenha. O resultado da interpretação não é uma escolha majoritária. Não se trata, por lógico, de verdades ontológicas no sentido clássico (STRECK, p. 311). Os sentidos não estão nas coisas e, muito menos, na consciência individual do julgador. Os sentidos se dão intersubjetivamente³. O fato é que a interpretação do direito é praticada não porque a linguagem jurídica seja ambígua ou imprecisa, mas porque interpretação e aplicação do direito são uma só operação, de forma que interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (= compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (= interpretamos) os fatos. Nesse sentido, GRAU (2006, p.26) compreende a interpretação como *applicatio*. Para ele, interpretação (compreensão) e aplicação acontece em um único momento, em uma só operação.

O intérprete realiza a interpretação dos textos normativos e, concomitantemente, dos fatos, de modo que a forma que sob a qual os acontecimentos que compõem o caso se

³ Essa intersubjetividade ocorre na e pela linguagem.



apresentam vai também pesar de maneira determinante na produção da norma aplicável ao caso⁴.

Nessa linha de intelecção, Streck, na mesma esteira do pensamento de Grau, escreve que o texto (da Constituição) só pode ser compreendido a partir de sua aplicação. Compreender sem aplicar não é compreender. A aplicação (ou *applicatio*), dessa forma, mostra-se como a normatização do texto constitucional. A Constituição – ou o texto normativo – será o resultado de sua interpretação, que tem o seu acontecer no ato aplicativo, concreto, produto da intersubjetividade do intérprete, que exsurge da complexidade das relações sociais.

O texto, portanto, não está à disposição do intérprete, porque ele é produto dessa cadeia decisional que se dá, agora, a partir do círculo hermenêutico, e não mais do velho esquema sujeito-objeto. Há, assim, um sentido forjado na intersubjetividade que se antecipa ao intérprete – visto que o intérprete está jogado, desde sempre, na linguisticidade. A interpretação do direito, dessa forma, é um ato de integração cuja base é o círculo hermenêutico (o todo deve ser entendido pela parte e a parte só adquire sentido pelo todo)⁵.

Ante isso, relevante se faz citar as elucidações do professor Lênio Streck:

“Como a hermenêutica é ontológica (não clássica) e não procedimental, entendo ser possível encontrar (sempre) uma resposta condizente (conforme) a Constituição – entendida em seu todo principiológico. Essa resposta será a resposta hermenêuticamente correta para aquele caso, a partir da ideia de que hermenêutica é sempre *applicatio* (superada, portanto, a cisão – metafísica – do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação)⁶”.

Por superar o modelo interpretativo pautado na determinação abstrata dos significados dos textos jurídicos e por sobrepujar os modelos voluntaristas que apostam na discricionariedade do julgador é que a hermenêutica trata da realização concreta do direito, isto é, não há apenas textos, há normas, e nelas está contida a normatividade que envolve a realização concreta. O caso concreto será o caminho desse acontecer do sentido.

⁴ Esclarecendo que o que se interpreta são textos normativos, e não normas – já que estas é resultado da interpretação daquelas -, Eros Grau aduz: [...] A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas. Daí, como as normas resultam da interpretação, o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, um conjunto de normas”. *Vide: Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. Ed. 4. São Paulo: Malheiros, 2006. P.27.

⁵ Idem.

⁶ Idem.

A discussão sobre respostas corretas – ou respostas hermenêuticamente adequadas – será retomada com maior minudencia.



Hermenêutica, portanto, é sempre aplicação. De modo que os sentidos só ocorrem a partir do caso concreto. Assim, haverá sempre uma resposta ao caso. No dizer de Friedrich Muller, a norma é construída pelo intérprete no decorrer do processo de concretização do direito. O texto jurídico é, portanto, matéria que precisa ser trabalhada⁷.

Adentrando ao campo das respostas adequadas em direito, é possível dizer que o positivismo está sustentado na possibilidade de que existam múltiplas respostas, delegando à discricionariedade judicial a resolução dos “*hard cases*”. A tese da resposta adequada à Constituição – ou hermeneuticamente adequada – visa afastar esse grau de discricionariedade do intérprete, mas quando se está no campo da “melhor resposta possível”, não se exclui a existência de várias respostas, não superando, dessa forma, o grande problema do positivismo, que é a escolha discricionária/arbitrária da resposta pelo intérprete.

Para ficar claro: não se pode excluir que se deem várias respostas. Isso acontece em face das contingências. Mas o fato de se possibilitarem várias respostas pelas contingências não significa que em todas elas se pode encontrar o elemento de compreensão que se encontra em uma unidade. Abandonar previamente a essa unidade significa não levar até o fim as consequências do ato interpretativo⁸.

A hermenêutica, dessa forma, promove a possibilidade de sempre se encontrar a decisão adequada à Constituição, que será, por corolário, a “resposta hermeneuticamente correta”.

Em meio às diversas variedades de posicionamentos perante o fenômeno jurídico, é possível estabelecer um elemento comum, que tem prevalecido no atual cenário: seja sob a resistência positivista, seja sob a construção de uma teoria pós-positivista ou, ainda, da defesa de um novo constitucionalismo, persiste um elemento ordinário em todas estas propostas: a discricionariedade. A discricionariedade deve ser entendida como este elemento que autoriza o intérprete a tomar sua decisão sem que haja uma responsabilidade política, uma pressão hermenêutica, o que tem como consequência a inobservância do dever de fundamentar, o que torna a decisão um ato de vontade⁹.

A discricionariedade, de alguma forma, sempre esteve presente no direito, passando do âmbito legislativo (positivismo exegético) para o judiciário (positivismo normativista),

⁷ Muller falar ainda em norma de decisão. A concretização do direito somente se observa que aplicação chega ao seu fim, quando se produz a norma de decisão. Voltaremos a essa abordagem quando tratarmos de texto normativo e norma jurídica. Para tanto, no Brasil, entre outros, vide: GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*; OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da Constituição*.

⁸ Idem, ibidem.

⁹ Idem. P. 324.



motivo pelo qual a discricionariedade pode ser considerada como uma das principais características do paradigma positivista.

A hermenêutica, ao contrário do positivismo, não está preocupada no modo como se reconhece o “que é direito”, mas, sim, com a aplicação do direito. Múltiplas respostas estão relacionadas à discricionariedade, que está intimamente ligada ao positivismo.

O intérprete não produz normas livremente. Todo intérprete está sempre adstrito aos textos normativos, em especial – não exclusivamente – aos que veiculam princípios. Ainda que haja os famosos textos de linguagem “aberta”, não dá ao intérprete a possibilidade de formular juízos de oportunidade e conveniência. Como bem assevera Eros Grau, interpretar o direito é formular juízos de legalidade. Lembra o citado autor que o que se tem denominado de discricionariedade judicial é, na verdade, o poder de criação da norma jurídica que o intérprete exercita formulando juízos de legalidade (não de oportunidade). A distinção entre esses juízos, lembra Grau, dá-se em que o juízo de oportunidade comporta uma opção entre “indiferentes jurídicos”, procedida subjetivamente pelo agente; o juízo de legalidade é atuação, embora desenvolvida no campo da prudência, que o intérprete (autêntico) desenvolve atado, retido, pelo texto normativo e, naturalmente, pelos fatos. Não obstante, a doutrina continua a insistir no equívoco de confundir discricionariedade (juízo de oportunidade) com liberdade de pensar, própria da natureza do homem. Grau fala ainda em uma falsa neutralidade política do intérprete. Para tanto, observa o autor: “[...] Ordem jurídica como tal apenas existe enquanto objeto de uma *ciência do direito* cujo universo de indagação é reduzido à norma jurídica, verdadeira *ciência da norma jurídica*, esterilizada da vida social. O objeto dessa ciência está dissociado da realidade social, sujeito exclusivamente a ponderações estéticas, algo inteiramente diverso do que efetiva e realmente o *direito – instância da realidade social* – é. A neutralidade política do intérprete só existe nos livros, nos *discursos jurídicos*. Nos *discursos do direito* ela se dissolve, sempre.” (GRAU 2016, p. 210).

Ronald Dworkin, que dedicou parte de sua obra ao debate com Hart - sobretudo à discricionariedade¹⁰ presente na sua concepção positivista de direito, em especial ao sentido

¹⁰ Outra espécie de discricionariedade, a discricionariedade do legislador, é trabalhada por Robert Alexy em seu Teoria dos Direitos Fundamentais. Este autor ilustra essa discricionariedade em dois tipos: a discricionariedade estrutural – que pode ser estrutural para escolher objetivos; estrutural para escolher meios; e estrutural para sopesar – e a discricionariedade epistêmica – que pode ser epistêmica como resultado de sopesamento; e epistêmica e a vinculação à Constituição. Alexy discorre sobre essa discricionariedade na perspectiva da sua teoria dos princípios – lembrando que para este autor, princípios são mandamentos de otimização, visto que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes -, tendo como tese principal a regra da proporcionalidade. O autor trabalha, portanto, com a tese da ponderação, dentro do contexto da Teoria da Argumentação Jurídica – que sob o nosso olhar, nos moldes que é disciplinada



forte da discricionariedade –, é totalmente contra a discricionariedade. O jusfilósofo americano defende, para tanto, os princípios como direito. Aqui, indispensável se faz citar suas palavras:

“A doutrina positivista do poder discricionário (no sentido forte) exige essa concepção de obrigação jurídica, pois, se um juiz tem o poder discricionário, então não existe nenhum direito legal (*right*) ou obrigação jurídica – nenhuma prerrogativa – que ele deva conhecer. Contudo, uma vez que abandonemos tal doutrina e tratemos os princípios como direito, colocamos a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida...”¹¹”

Ademais, em países como o nosso, em que o paradigma do Estado Democrático de Direito vigora, com uma Constituição dirigente e compromissória, o papel da hermenêutica é, fundamentalmente, o de preservar a força normativa da Constituição e a autonomia do direito diante das tentativas atentatórias à Constituição¹².

3A DIFERENÇA (E NÃO CISÃO) ENTRE TEXTO E NORMA:

Passemos então a esse enfrentamento. No início deste capítulo, tecemos algumas considerações acerca da diferença entre texto e norma quando falamos sobre as posturas discricionárias, ativistas e voluntaristas. Aqui, trabalharemos de forma detalhada esse velho enfrentamento teórico da teoria do direito, que ainda hoje promove alguns equívocos e más compreensões.

A importância da compreensão sobre a diferença entre texto e norma é das mais importantes para se entender o processo interpretativo/aplicativo do direito. Perceber que há uma cisão entre eles abriria espaço para juízos axiologistas-voluntaristas. Explicaremos isso adiante.

O texto normativo – diz Muller – não contém imediatamente a norma. A norma é construída, pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização do direito (o preceito jurídico é uma matéria que precisa ser trabalhada). Em princípio caminhamos do texto da norma até a norma jurídica. Em seguida, caminhamos da norma jurídica até a norma de decisão, cujo sentido determina a solução do caso.

no Brasil, abre espaços para decisionismos. *Vide* o seu *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Ed. 2. 4ª tiragem. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. P. 584 e ss.

¹¹ Nesse sentido, DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Ed. 3. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. P. 71.

¹² Cf., STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. Op. Cit. P. 329.



Conforme ensina Eros Grau, a concretização envolve também a análise do âmbito da norma, entendido como tal o aspecto da realidade a que respeita o texto. Numa palavra: a norma é produzida no curso do processo de concretização, não a partir exclusivamente dos elementos do texto, mas também dos dados da realidade factual à qual ela – a norma – deve ser aplicada.

Desde o momento da elaboração do texto até o instante da sua aplicação, a norma determinada histórica e socialmente. Diz Grau, quando o jurista cogita dos elementos e circunstâncias do mundo da vida sobre os quais recais determinada norma, não se refere a um tema metajurídico. A norma é composta pela história, pela cultura e pelas demais características da sociedade no âmbito da qual se aplica.

Trabalharemos um pouco, agora, esse debate sob o ponto de vista da fenomenologia hermenêutica que, embora deite raízes na tese de Friedrich Muller (retrabalhado por Eros Grau) e com ela tenha várias identificações, possui particularidades fundamentais que a tornam singular.

Assim como na tese defendida por Muller – e por Eros Grau – não existe uma cisão entre texto e sentido de texto (norma). O que há entre texto e sentido do texto é uma diferença (ontológica). Negar essa diferença implica negar a temporalidade, porque os sentidos são temporais. A diferença (ontológica) entre texto e norma ocorre na incidência do tempo.

Lenio Streck afirma que quando se trabalha com a diferença entre texto e norma, não está se referindo a um texto (enunciado linguístico-assertórico) ao qual o intérprete atribui uma norma baseada na “realidade”, ou um ato de subjetividade do intérprete dando sentido a um texto (texto de lei). Texto e norma não podem ser compreendidos isoladamente um do outro. E não é tarefa do intérprete extrair um sentido oculto do texto. Texto e norma são diferentes em face da diferença ontológica, porque o texto só será compreendido na sua norma, e a norma só será compreendida a partir do seu texto (noção de círculo hermenêutico).

De se registrar que não há que se falar em normas sem textos e textos sem normas¹³. Somente seria possível pensar assim se se compreendesse o texto como um enunciado linguístico e se fosse possível cindir palavras e sentido das palavras ou palavras e coisas, ou se existissem conceitos em abstrato, que, posteriormente, seriam acoplados aos entes. Em suma,

¹³ Humberto Ávila, embora conceba que não existe correspondência entre norma e dispositivo, afirma que em alguns casos é possível vislumbrar a existência de norma sem texto e texto sem norma. Para tanto, ver: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 22-23.



não se sustenta à luz do círculo hermenêutico a assertiva de que “há textos sem normas e normas sem textos”. Texto é evento, pois. Texto é fato; fato é texto.

Os sentidos são atribuíveis a partir da facticidade em que está inserido o intérprete e respeitando os conteúdos de base do texto, que devem nos dizer algo. A coisa deve nos dizer (sempre) algo. Levemos o texto a sério, pois (STRECK, 2011, p. 346).

Assim, o texto já traz em si um compromisso – que é a pré-compreensão – e que é o elemento regulador de qualquer sentido que atribuamos a ele. Acrescenta Lenio: “Esse elemento regulador é o *als*(como) hermenêutico que acompanha e precede o *als*(como) apofântico (estrutura do texto ou, se se quiser, enunciado manifestativo)”. A diferença ontológica só se compreende porque ela é o elemento fundamental do modo de ser-no-mundo. Esse modo de ser-no-mundo é (sempre) uma dimensão de mundo que nos determina e que trazemos conosco. Ser-no-mundo é, ao mesmo tempo, uma dimensão hermenêutica e apofântica.

Não se fala de textos que ainda não recebeu a nossa significação. Quando olhamos um texto, este já nos aparecerá significado (normado, pois). Porém essa significação (atribuição de sentido) apenas se realiza a partir da relação fato e direito. Assim, o texto diz sempre respeito a algo. Os objetos só existem quando trazidos à tona por palavras. Essa significação, da qual falamos no parágrafo anterior, será sempre *applicatio*. *Applicatio* ocorrerá em dada situação, concreta ou imaginada. Contudo, sem dúvida, sempre se referirá a algo¹⁴.

Assim, o texto constitucional só pode ser entendido na sua aplicação. Entender sem aplicação não é entender. A aplicação é a normatização do texto constitucional.

Nessa configuração, chegamos às coisas do mundo a partir de um ponto de vista, e, assim, o discurso sobre o mundo tem a estrutura de algo como algo, é dizer, a Constituição como Constituição. E a estrutura do discurso sobre as condições de possibilidade sobre o mundo também é a estrutura de algo como algo, de sorte que o compreender é compreender

¹⁴ Há uma relação clara entre a incindibilidade da interpretação, da compreensão e da aplicação e a tese hermenêutica de que texto e norma são apenas diferentes. Assim, na esteira da hermenêutica filosófica capitaneada por Lenio Streck, se texto e norma fossem separados, acabar-se-ia por admitir a tese metafísica de que os conceitos podem ser constituídos em abstrato, independentemente das coisas às quais se referem, com o que os sentidos seriam acopláveis às “coisas ainda sem sentido”; se fossem, ao contrário, “colados” um ao outro, ripristinando, assim, uma espécie de “naturalismo da linguagem”, a tarefa do intérprete seria a de “extrair” do texto o sentido que lhe estaria imanente, ou seja, como se o texto carregasse o seu próprio sentido. (*Verdade e Consenso*. op. cit. p. 350).



algo como algo. Diz-se com isso que o “estar no mundo” depende dessa pré-compreensão, que é condição de possibilidade da compreensão desse algo¹⁵.

Numa palavra: o sentido do texto (a norma) se dá a partir do modo de ser-no-mundo no qual está inserido o próprio intérprete. Há um mundo circundante no qual acontece essa manifestação. Ao vislumbrar o texto, já há um ter-prévio, um ver-prévio e um pré-conceito acerca da Constituição.

4 APLICAÇÃO DO DIREITO. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES:

Na medida em que a Constituição adquire papel central, a partir daquilo que Jorge Miranda chama de Revolução Copernicana, após os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial – com o advento do Estado Democrático de Direito – um debate se apresenta em torno da questão direito e política: de como o direito – embasado no texto Constitucional – constitui a sociedade e de como o jurídico constitui a comunidade política.

Nesse novo paradigma do Estado Democrático de Direito, em que a Constituição, para utilizar uma linguagem hermenêutica, constitui mundo, ganha destaque a justiça constitucional, como instituição mantenedora da força normativa da Constituição, dos direitos fundamentais e do Estado Constitucional.

A Jurisdição Constitucional tem como principal função defender o texto da Constituição, ou seja, a Jurisdição Constitucional é a guardiã da Constituição, de modo que todo o direito deve a ela guardar consonância, o que, dessa forma, confere à Justiça Constitucional o poder de exercer o controle judicial das leis.

A interpretação do juiz, nesse cenário, não seria um exercício do poder discricionário, como na teoria positivista, nos casos de ausência ou de “indeterminação” da norma. Ao contrário, dado que a sua interpretação deve estar constrangida pelo princípio da coerência normativa face à história do seu direito e da sua cultura política, o juiz, por meio da sua decisão, que necessariamente transita por uma reconstrução dessa história, deve levar à frente, em um processo do tipo preservar-mudando, o direito real, contemporâneo. Não são, conseqüentemente, os valores pessoais do juiz que devem pesar na hora da interpretação, mas sim os princípios que, presentes em sua cultura política, melhor justificam as doutrinas e o sistema jurídico, concretizando-os, então, no seu julgamento do caso concreto. O suposto

¹⁵ Idem.



inarredável desse construtivismo seria o de que a ordem jurídica contenha algum fragmento de razão, que permita aos indivíduos, em uma dada comunidade de direito, se reconhecerem como livres e iguais.

Do que foi apresentado até aqui, é possível dizer que a discricionariedade (positivista) proporciona múltiplas e multifacetadas respostas. Esse processo discricionário é, contudo, eliminado pelo processo unitário da compreensão – como foi demonstrado neste trabalho. Desde que o caso concreto passou para o centro do debate jurídico – pautado pela interpretação/aplicação do direito -, abandonou-se – ou deveria se abandonar -a concepção de multiplicidade de respostas, uma vez que somente em abstrato é possível encontrar respostas múltiplas. O caso deverá exigir sempre uma resposta adequada à Constituição.

O direito brasileiro, com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, mudará a forma com que o direito é aplicado. Os precedentes judiciais, agora, passaram a ser “padrões” de decisão judicial. Contudo, o enfrentamento dessas questões – interpretação/aplicação da lei e/ou do precedente – permanecem intrincados na noção texto e norma.

A aplicação do precedente, por exemplo, para ser integrativa e coerente, deve, necessariamente, levar em conta o modo pelo qual o tribunal ou outros tribunais do país vêm decidindo determinada matéria. A coerência, dessa forma, assegura a igualdade. É dizer: os diversos casos terão a igual consideração por parte dos julgadores.

Percebendo melhor o problema: o precedente é (também) um texto, ao qual deve ser atribuído um sentido, a partir do caso concreto sob julgamento. É a especificidade/particularidade que o diferencia – ou não – da cadeia decisional que vem sendo seguida pelo Tribunal. Por consequência, haverá sempre um grau de generalização a ser extraído da decisão, que fará a ligação (hermenêutica) com os casos posteriores analisados em sua singularidade.

Assim, a norma que surge desse caso concreto é, no momento seguinte, um texto, do qual exsurgirá uma nova norma. Mas, se precedente é texto – e esse raciocínio vale para o texto normativo como um todo -, o que vincula a significação (norma) dele extraída? Deve-se responder essa pergunta à luz da hermenêutica filosófica no sentido de que o texto sempre já traz em si um compromisso, que é a compreensão que antecipa esse “em si” e que é o regulador de qualquer significação que façamos a partir daquele texto. De tal modo, quem



quer compreender um texto deve deixar que este lhe diga algo¹⁶. Tal questão é retirada na *applicatio*. Destarte, é a advertência de STRECK:

Não esqueçamos que todo processo compreensivo tem o objetivo primordial – como bem assinala Stein – de ‘levar os fenômenos à representação ou à sua expressão na linguagem, chagando, assim, ao que chamamos de objetivação’. Uma decisão judicial (um precedente) leva determinado fenômeno à representação, do mesmo modo como enunciamos sentidos que interpretam fatos. Há sempre nisso um elemento estruturante. (STRECK 2011, p. 377).

O texto que é extraído da norma aplicada no caso anterior (ou na cadeia de casos) não carrega o seu próprio significado. Ele adquirirá sentido – vida, pois - a partir na nova situação concreta. Afinal, conforme exaustivamente explicitado, texto e norma não são nem cindidos nem colados, são apenas diferentes¹⁷.

A possibilidade de se obter “respostas corretas” não está na vinculação (pura e simples) dos precedentes judiciais, mas, sim, na justificação da síntese hermenêutica que somente ocorre na *applicatio*. Precedentes não podem ser transformados em pautas gerais, sob o risco de cisão entre direito e fato, significante e significado.

O precedente somente proporciona uma decisão jurídica (hermeneuticamente) adequada quando compreendido a partir do círculo hermenêutico e da diferença ontológica¹⁸. Nesse sentido, dispõe Lenio Streck:

“[...] a hermenêutica deve ser examinada a partir de dois teoremas fundamentais que a conformam – e que são os sustentáculos da ontologia fundamental: o círculo hermenêutico e a diferença ontológica. Isso implica dizer que a hermenêutica também deve ser compreendida desde uma dobra da linguagem, isto é, o *como* hermenêutico e o *como* apofântico. A compreensão ocorre a partir da pré-compreensão, que é estruturante”.

Sem compreensão, não há interpretação; sem compreensão, não há explicitação. Só que tudo isso somente se dá em círculo (do todo para a parte e da parte para o todo), portanto, sem categorias abstratas das quais se possam fazer deduções ou subsunções. E, mais do que isso, qualquer atribuição de sentido somente ocorre na diferença ontológica, o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser.

Destarte, deve-se ter em mente (sempre) o caso concreto e suas especificidades. A partir de uma reconstrução integrativa do direito aplicável ao caso, deve-se levar em conta a

¹⁷ Essa diferença é no sentido de que a questão de direito, que surge do julgamento anterior, será sempre uma questão de fato. Ou seja, questão de fato e questão de direito não podem ser separados.



interpretação coerente com as regras, princípios e precedentes no cotidiano das práticas judiciárias, sendo vedado que o intérprete lance mão exclusivamente de seus princípios pessoais, para a concretização do direito.

Desse modo, uma decisão judicial estará justificada/fundamentada não apenas quando respeita a equidade dos procedimentos, senão quando respeita a coerência de princípios que compõem a integridade moral da comunidade. Para Dworkin, em *O Império do Direito*, o direito como integridade aparece em três dimensões: nos precedentes; nas leis; e na Constituição. Neste sentido, o direito como integridade trata de reconstruir a história jurídica de uma determinada comunidade.

Por fim, não há, pois, um texto normativo abstrato, universalizante. O mesmo raciocínio se aplica à Constituição. A constituição é o resultado de sua interpretação, uma vez que uma coisa só é algo na medida em que é interpretada – porque compreendida como algo. A Constituição, devidamente compreendida, transforma-se em um existencial. Ela se dá como um acontecer.

Nestes termos, a Teoria da Decisão representa o âmbito discursivo no interior do qual se busca encontrar anteparos para o exercício da atividade jurisdicional de forma a adequar tal atividade aos contornos democráticos que o constitucionalismo contemporâneo impõe. Vale dizer, a fundamentação, mais do que dever do julgador, é direito fundamental do cidadão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Não obstante toda a crítica feita ao Poder Judiciário, acreditamos que o constitucionalismo engendrado a partir da revolução copernicana que atravessou o direito público implica uma abertura à participação da justiça constitucional – ao menos isto tem-se mostrado bem presente na Europa -, de modo se o Estado de Direito ganha por um lado não quer perder de outro, isso implica um efetivo controle no processo interpretativo da Constituição.

Ficou compreendido, após o enfrentamento das hipóteses de discussão, que a recepção da teoria dos precedentes no Brasil não é um ponto negativo. Ao contrário, mostra-se satisfatória. O que deve ficar claro é que o caso concreto deve (sempre) ser priorizado. O texto que contém a regra de direito a ser aplicada deve ser confrontado (em sua historicidade)



com o caso sob julgamento (em toda a sua historicidade e facticidade), a fim de se encontrar a solução adequada ao caso *sub judice*.

Por tais razões, entendemos que o órgão encarregado de realizar a jurisdição constitucional deve ter uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes do Estado, levando-o a transcender as relações de *checks and balances*, mediante uma atuação que leve em conta que os direitos fundamentais-sociais, consagrados no Pacto Constituinte de 1988, têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias parlamentares – que, como é óbvio, também devem obediência à Constituição.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. Ed. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** Ed. 2. 4ª tiragem. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 4. ed. Trad. Nelson Boeira São Paulo: Martins Fontes, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. Ed. 4. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____, **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____, **Uma questão de princípio**. 4. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MULLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito: Introdução à Teoria e Metodologia Estruturante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teria da Constituição**. Ed 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014



STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Ed. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____, **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____, **O que é isto** – decido conforme a minha consciência? Ed. 4. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____, **O que é isto** – O precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____, **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

WERNNECK, VIANNA, Luiz. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.



INTERPRETATION AND APPLICATION OF THE LAW - A HERMENEUTIC REFLECTION

1

ABSTRACT

The study that embraces the theme of the interpretation and application of the Law – of the judicial decision as a whole – is one of the most important and controversial of the Law in all its history. The debate about the indeterminability of the judicial decisions goes through the legal models, in such a way that many theories were created to solve the problem of the judicial discretion. For the present article, will be used the concepts and lessons of the legal hermeneutics of philosophical nature – with the contribution of the Language's Philosophy – in order to fully understand the task of applying the Law to a concrete case.

KEYWORDS: Interpretation; Application of the Law; Discretion.

