

Relações entre a Ideia de Separação dos Poderes e a Interpretação no Contexto do Direito (In)Determinado: da Centralidade do Legislador ao Protagonismo do Intérprete

PLÍNIO PACHECO OLIVEIRA

Mestrando em Teoria e Filosofia do Direito pela UFPE, Bolsista Capes.

Submissão: 14.04.2011

Parecer 1: 26.08.2011

Parecer 2: 26.08.2011

Decisão Editorial: 26.08.2011

RESUMO: Consideramos a projeção da ideia de interpretação no princípio da separação dos poderes observando dois horizontes da metodologia jurídica: o do paradigma do juspositivismo, marcado pela concepção de que interpretar é uma atividade destinada a apreender o sentido inerente à norma, separando a criação do Direito da sua aplicação; e o do pensamento jurídico atual, que enfatiza a incerteza do sentido dos textos normativos e o papel inventivo da interpretação. Por um lado, observamos que, para a visão metodológica característica do juspositivismo (que prevaleceu até meados do século XX), a ideia de ação estatal conforme a lei em um Estado organizado sobre a separação dos poderes permitiria a previsão segura dos caminhos a serem tomados pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário. Por outro lado, refletimos que houve uma mudança de foco na teoria do Direito, uma “guinada interpretativa”, em razão da qual o centro de análise do Direito passou a ser a decisão e a aplicação, e não mais a legislação. O trabalho é fundado em uma pesquisa bibliográfica sobre ideias de interpretação envolvidas na problemática, e conclui que o princípio da separação dos poderes não pode ser sustentado conforme o seu modelo clássico, erguido sobre uma divisão rígida entre as atividades de aplicar e de fazer Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Interpretação; separação dos poderes; metodologia jurídica.

ABSTRACT: We consider the projection of the idea of interpretation in the principle of separation of powers observing two horizons concerning the methodology of Law: that of the juspositivism’s paradigm, marked for the conception that interpretation is one activity destined to understand the inherent meaning in the norm, separating creation and application of Law, and that of the actual juridical thought, which emphasizes the uncertainty in normative texts and the inventive role regarding interpretation. On the one hand, we observe that for the juspositivism’s methodological view (which prevailed until the middle of the XX century) the State organized in conformity with the separation of powers make possible to foresee with certainty jurisdictional and administrative acts. On the other hand, we reflect that the Theory of Law has changed its focus, that it has had an “interpretative

turn”, and now its center of analysis is decision and application, and no more legislation. The work is based on bibliographic research of ideas of interpretation regarding the issue, and concludes that the principle of separation of powers can't be sustained in its classical model, raised on a rigid division between creation and application of Law.

KEYWORDS: Interpretation; separation of Powers; methodology of law.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Esboço sobre o horizonte histórico no qual floresceu o princípio da separação dos Poderes e sobre a ideia de interpretação com a qual o positivismo jurídico acolheu tal princípio; 2 Sobre interpretação e incerteza no pensamento jurídico contemporâneo, e reflexos da indeterminação do Direito na separação dos Poderes; 3 Objeções à busca da vontade do legislador; Referências.

INTRODUÇÃO

Buscaremos considerar o princípio da separação dos poderes observando os contextos históricos a partir dos quais floresceu e os aspectos da concepção de interpretação sobre a qual ele foi consagrado diante do liberalismo e do paradigma do positivismo jurídico. Abordaremos, também, que a compreensão da separação dos poderes, erguida sobre a distinção entre criar e aplicar o Direito, é fragilizada no âmbito do pensamento jurídico contemporâneo (em que há uma ênfase na incerteza do sentido dos textos normativos e no papel criativo da interpretação), e refletiremos sobre problemas da busca da vontade do legislador, que foi um dos sustentáculos da ideia da centralidade do Poder Legislativo no Direito.

1 ESBOÇO SOBRE O HORIZONTE HISTÓRICO NO QUAL FLORESCEU O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E SOBRE A IDEIA DE INTERPRETAÇÃO COM A QUAL O POSITIVISMO JURÍDICO ACOLHEU TAL PRINCÍPIO

Na baixa Idade Média, as estruturas sociais do feudalismo iniciaram o seu colapso, e foi observada a construção das bases de um novo sistema de produção na Europa ocidental. O renascimento comercial e o renascimento urbano foram sintomas de que a Europa despertava de seu sono feudal¹. Para o universo do feudalismo, fundado na vida rural e em uma economia concentrada no microcosmo representado pelo feudo, dotado de um alto grau de autossuficiência, as cidades foram erguidas como símbolo do extraordinário. Nesse sentido, comentou Le Goff acerca da cidade na Idade Média:

[...] se presentan ante todo como un fenómeno insólito y, para los hombres de la época del desarrollo urbano, como realidades nuevas en el sentido escandaloso que la Edad Media atribuye a este adjetivo. La ciudad, para esos hombres de la tierra, del bosque y de la landa, es a la vez un objeto de atracción y de repulsa, una tentación – como el metal, como el dinero, como la mujer.²

1 HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979. p. 30.

2 LE GOFF, Jacques. *La civilización del occidente medieval*. Barcelona: Ediciones Paidós, 2002. p. 264.

Entretanto, no século XIV, as maiores cidades da Europa – Paris, Florença e Veneza – tinham entre cinquenta e cem mil habitantes, e nelas as atividades comerciais e artesanais deslocavam cerca da metade da população³, expressando com nitidez os contornos do novo sistema de produção – o capitalismo.

Anteriormente, a partir do fim do século XI, foi iniciado o processo de formação das monarquias nacionais, no qual a burguesia desempenhou um importante papel, havendo a transformação dos cenários fragmentados do feudalismo em palcos de unidade política e territorial. Incapazes de dominar a cena política, a burguesia (que ainda se mostrava frágil) e a nobreza (enraizada no mundo feudal em decadência) se reuniram em torno da figura do monarca para estabelecer ou preservar suas condições e privilégios⁴.

Contudo, a partir do século XVI, tomando como ponto de partida as guerras civis religiosas posteriores à Reforma, as monarquias nacionais se consolidaram em regimes absolutistas, situação que triunfou por toda a Europa. Desse modo, sobre as bases da independência do poder do monarca e da ausência de controle de sua atividade por qualquer outro poder, o Absolutismo formou uma esfera de ação suprarreligiosa, buscando a extinção ou neutralização de instituições autônomas, mas permanecendo ligado à divisão social estamental⁵.

Porém, o fim das agitações provocadas pelas guerras civis religiosas (como decorrência da ação pacificadora e da ordem jurídica suprarreligiosa)⁶ dispôs o Regime Absolutista em um horizonte histórico distinto daquele que legitimou a sua ascensão e que era seu sustentáculo. Em tal contexto, o Iluminismo, sobre o alicerce da crença na razão e no progresso, desdobra-se em atitudes críticas diante das instituições do Absolutismo (mesmo que não seja por caminhos evidentes).

Os burgueses, então, concentrando o poder econômico em uma Europa que já vivia um estágio desenvolvido do capitalismo, continuavam reduzidos à condição de súditos, sendo excluídos do poder político (restrito ao soberano e aos seus ministros) e submetidos a um espaço público que retirava das convicções privadas a sua repercussão política⁷. Nesse sentido, Hobbes bem expressou a condição do cidadão referindo que “a liberdade de um súdito reside apenas nas coisas que, ao regular suas ações, o soberano permitiu” (“*The liberty of a subject, lyeth therefore only in those things, which in regulating their actions, the sovereign hath praetermitted*”)⁸.

3 PERRY, Marvin. *Uma história concisa*. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 201.

4 VICENTINO, Cláudio. *História geral*. São Paulo: Scipione, 1997. p. 174.

5 KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Rio de Janeiro: EDUERJ, Contraponto, 1999. p. 19 e ss.; SCHIERA, Pierangelo. Absolutismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). *Dicionário de política*. 1. ed. Brasília: Universidade de Brasília, v. 1, 1998. p. 2 e ss.

6 KOSELLECK, Reinhart. Op. cit., p. 40.

7 Idem, p. 31 e ss.

8 HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Oxford: Oxford University Press, 1929. p. 161.

Ademais, o regime absolutista, de modo geral, mantinha uma série de privilégios da nobreza, gerando tratamento desigual em relação às outras classes sociais. Na França do século XVIII, por exemplo, a nobreza tinha considerável favorecimento em relação às outras classes, como a isenção de vários tributos e o recebimento de pensões dadas pelo Estado. Os nobres, por força da tradição, eram mesmo formalmente dissuadidos de exercer alguma profissão, e a burguesia se via desprestigiada por uma monarquia revestida de um caráter aristocrático e mesmo feudal⁹.

Em tal contexto histórico, o Estado absolutista ainda impunha altas cargas tributárias, e entendia a economia sob uma concepção fortemente intervencionista. Tais aspectos foram vistos como limitadores do desenvolvimento do capitalismo¹⁰, sendo vetores da insatisfação burguesa e servindo de catapulta para as ideias liberais.

O Liberalismo, entretanto, emerge como um complexo de ideias que atende a anseios políticos e sociais da burguesia, desdobrando-se, entre outras características, em dois aspectos:

O primeiro é a construção de uma esfera de liberdade individual do cidadão, uma liberdade concebida em primeira linha como proteção de seus interesses primordiais – seus direitos inalienáveis – face à ação do Estado. O segundo é a ideia de contenção, de enquadramento da ação estatal por normas jurídicas.¹¹

Dessa maneira, se no Absolutismo a consciência era a única instância livre para os súditos¹², o Liberalismo firmou-se como proposta de projetar essa consciência para o espaço público, assegurando a sua expressão a partir da limitação do poder estatal. Assim, as ideias liberais representaram um dos fatores que deram forma às revoluções burguesas. Nesse sentido, comenta Hobsbawm a Revolução Francesa:

Todavia, um notável consenso sobre ideias gerais entre um grupo social bastante coerente deu ao movimento revolucionário unidade efetiva. O grupo era a “burguesia”; suas ideias eram aquelas do liberalismo clássico, tal como formuladas pelos “filósofos” e “economistas” e propagadas pela maçonaria em associações informais. Nessa medida, os “filósofos” podem ser justamente responsabilizados pela Revolução.

*(Nevertheless a striking consensus of general ideas among a fairly coherent social group gave the revolutionary movement effective unity. The group was the “bourgeoisie”; its ideas were those of classical liberalism, as formulated by the “philosophers” and “economists” and propagated by freemasonry and in informal associations. To this extent “the philosophers” can be justly made responsible for the Revolution.)*¹³

9 HOBBSAWM, Eric. *The age of revolution*. New York: Vintage Books, 1996. p. 56.

10 VICENTINO, Cláudio. Op. cit., p. 174.

11 JUST, Gustavo. O princípio da legalidade administrativa: o problema da interpretação e os ideais do direito público. In: ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco (Coord.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 236.

12 KOSELLECK, Reinhart. Op. cit., p. 30 e ss.

13 HOBBSAWM, Eric. Op. cit., p. 58.

Na maioria dos países da Europa continental, o Liberalismo passou a ter grande expressão no século XIX, o que já ocorria na Inglaterra desde o século XVII¹⁴. Em tal horizonte histórico europeu do século XIX, no qual foi marcante a influência da experiência revolucionária francesa e floresceu o Liberalismo e a sua forma de Estado (o Estado Liberal), teve grande prestígio o princípio da separação dos poderes, visto como um instrumento político para garantir a liberdade. Na obra de Montesquieu, esse princípio ganhou os seus contornos mais célebres, sendo o poder político dividido em três funções (ou poderes): o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Dessa maneira, entendeu que:

Com o primeiro, o príncipe ou magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente Poder Executivo do Estado.¹⁵

Quanto à distribuição dessas funções do poder político, considerou como condição para a existência da liberdade que elas não fossem reunidas em uma mesma pessoa ou mesmo órgão. A proteção da liberdade, desse modo, exige a “separação” dos três poderes¹⁶.

No processo revolucionário francês, a separação dos poderes foi assumida como um dos pilares do novo Estado burguês, sendo disposto, no art. 16 da Constituição francesa de 1791, que

toda sociedade na qual a garantia dos Direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição.

*(Toute société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.)*¹⁷

Dessa maneira, em razão da crença no seu emprego como garantia das liberdades individuais, foi consagrada a doutrina da separação dos poderes¹⁸, a qual foi estabelecida sobre a ideia da separação entre a criação e a aplicação do Direito (ideia essa baseada no entendimento de que a interpretação de textos normativos reproduz o Direito criado anteriormente). A criação do Direito, assim vista, é algo pertinente à competência do Poder Legislativo, cabendo ao Judiciário e ao Executivo outras atividades. A esse respeito, entendeu

14 MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). *Dicionário de política*. 1. ed. Brasília: Universidade de Brasília, v. 1, 1998. p. 697 e ss.

15 MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 167-168.

16 Idem, p. 168.

17 République Française. Assemblée Nationale. Constitution de 1791. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/constitutions/constitution-de-1791.asp>>. Acesso em: 27 jan. 2011.

18 BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 152 e ss.

Montesquieu que a atividade do juiz é seguir a letra da lei, não lhe cabendo atividade criativa do Direito, e para aplicar a lei “ele só precisa ter olhos”¹⁹.

Sob tal entendimento da interpretação como atividade não criativa do Direito, a ideia da ação estatal conforme a lei, em um Estado organizado sobre a separação dos poderes, permitiria a previsão segura dos caminhos a serem tomados pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário, dando um certo domínio do futuro à burguesia, agora também detentora de poder político²⁰.

Por sua vez, o juspositivismo, que surgiu no século XIX diante do contexto histórico de ascensão do Liberalismo na Europa, teve como um de seus elementos característicos a ideia de que o julgador conhece o Direito previamente constituído, não lhe cabendo atividade criativa ou volitiva²¹. Tomando como fundamento a compreensão de que a interpretação²² é uma atividade destinada a apreender o sentido inerente à norma, o paradigma juspositivista, que prevaleceu até meados do século XX, firmou o princípio da separação dos poderes sobre a distinção entre criação e aplicação do Direito.

Nesse sentido, é expressivo o comentário de Laurent, representante da Escola da Exegese (a qual abriu os caminhos do positivismo jurídico nascente e dominou o pensamento jurídico francês no século XIX):

*Los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, este no tiene ya por misión hacer el Derecho: el Derecho está hecho. [...] No es verdad que el papel de los jurisconsultos se encuentra reducido; sólo que no deben tener la ambición de hacer el Derecho al enseñarlo, o aplicarlo; su única misión consiste em interpretarlo [...] A ellos no les toca el trabajo de legislar, sino al poder legislativo.*²³

Para a concepção de interpretação que caracterizou o paradigma juspositivista, a clareza, manifestando a nitidez da vontade do legislador, é uma qualidade encontrável nos textos normativos (em razão da qual o sentido da norma jurídica

19 MONTESQUIEU. Op. cit., p. 87.

20 MAIA, Alexandre da. Racionalidade e progresso nas teorias jurídicas: o problema do planejamento do futuro na história do Direito pela legalidade e pelo conceito de direito subjetivo. In: ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco (Coord.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 6 e ss.

21 Nesse sentido, BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 131 e ss., e REGLA, Josep Aguiló. Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 30, p. 665-675, 2007.

22 Neste texto, utilizamos a palavra “interpretação” em um sentido amplo, para indicar a ligação feita pelo intérprete entre um significativo e um significado, na determinação do sentido de um signo. No âmbito do positivismo jurídico, o termo interpretação também assumiu outro significado, restrito às situações de inexistência de clareza do sentido nos textos normativos. Dascal e Wróblewski falaram, então, da concepção clássica da interpretação jurídica, tradicionalmente referida nos termos das máximas *clara non sunt interpretanda* e *interpretatio cessat in claris*. Para essa concepção clássica, a clareza é uma qualidade dos textos que permite um entendimento direto, e a interpretação é cabível apenas quando eles não forem dotados de clareza. A palavra interpretar, dessa maneira, é relativa à determinação de sentidos problemáticos, obscuros, mas que, de qualquer modo, já estão definidos previamente. Ver DASCAL, Marcelo; WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Transparency and doubt: understanding and interpretation in pragmatics and in Law. Law and philosophy*, New York, n. 7, p. 203-224, 1988. p. 203 e ss.

23 Laurent apud BONNECASE, J. *La escuela de la exegesis en derecho civil*. Ciudad de Mexico: Editorial Cultura, 1944. p. 141.

é apreendido de uma maneira direta). Contudo, não é negada a possibilidade da ausência de clareza dos textos, da existência de vagueza e ambiguidade na norma jurídica. Nessas situações, para apreender o sentido do Direito, identificando a vontade do legislador, o positivismo jurídico se serviu de meios hermenêuticos, tais como o lógico, o histórico, o sistemático e o gramatical. No entanto, sob tal perspectiva, a utilização dos meios hermenêuticos não implica criação do Direito, e eles são vistos como caminhos para dar “luz” ao que não é claro por si só (o sentido da norma jurídica)²⁴.

Não podemos, porém, estender tal consideração sobre o entendimento da interpretação ao positivismo jurídico como um todo. Devemos, a esse respeito, observar a advertência de Nietzsche, de que “todo conceito nasce por igualação do não igual” e que “a desconsideração do individual e efetivo nos dá o conceito”²⁵. Com o conceito de positivismo jurídico não é diferente, e abordagens reconhecidamente juspositivistas sobre a interpretação, como a de Hart e a de Kelsen, manifestam o entendimento de que há um caráter criativo do processo interpretativo, no qual cabem ao intérprete escolhas determinantes do significado do enunciado normativo. Kelsen, com sua imagem da moldura, compreendeu que as palavras e as sequências de palavras têm uma pluralidade de significações, e que o julgador se encontra diante de várias significações possíveis em relação à norma. Dessa maneira, entre as várias significações possíveis (as que podem ser inscritas na moldura interpretativa), não há uma que possa ser identificada como a única correta²⁶. Hart, por sua vez, observou a “textura aberta do Direito”²⁷, compreendendo que “a linguagem geral dotada de autoridade em que a regra é expressa pode guiar apenas de modo incerto”²⁸, deixando aos julgadores um amplo poder de criação.

No entanto, podemos identificar como lugar-comum das teorias juspositivistas a concepção não criativa da interpretação, tal como anteriormente descrita.

2 SOBRE INTERPRETAÇÃO E INCERTEZA NO PENSAMENTO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO, E REFLEXOS DA INDETERMINAÇÃO DO DIREITO NA SEPARAÇÃO DOS PODERES

No século XX, notadamente na sua segunda metade, as reflexões sobre a linguagem e sobre a interpretação expuseram a fragilidade das teorias da única decisão correta. Os horizontes atuais da teoria do Direito e da filosofia do Direito se afastam de uma metodologia jurídica sob os moldes do paradigma juspositivista, e enfatizam a ideia da incerteza do sentido dos textos normativos,

24 BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 211 e ss.

25 NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Sobre verdade e mentira no sentido extramoral. In: *Obras incompletas*. 2. ed. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 48.

26 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 388.

27 HART, Herbert. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 137.

28 Idem, p. 140.

sendo redimensionada a compreensão sobre a interpretação. Fala-se, então, da superação do paradigma positivista, de uma mudança dos problemas, de um novo paradigma do pensamento jurídico, o pós-positivismo, estabelecido no cenário histórico posterior à Segunda Guerra Mundial²⁹. Nesse novo momento, há uma mudança de agenda na teoria e na filosofia do Direito, e há um enfoque central na problemática da interpretação e na indeterminação do Direito, caracterizando a “guinada interpretativa”. De uma atividade que não envolve criação do Direito, mas mera reprodução de normas anteriormente postas, a interpretação passa a ser vista amplamente como algo que tem como espaço a indeterminação de sentido dos textos, e que acontece como atividade produtiva de significado. O centro de análise do Direito, assim, passa a ser a decisão e a aplicação, e não mais a legislação³⁰.

Essa ênfase do pensamento jurídico na interpretação e na incerteza dos textos normativos traz a influência da virada linguística (*linguistic turn*) da filosofia no século XX, desencadeada tanto na filosofia continental quanto na filosofia analítica³¹. Com ela, a compreensão de que o conhecimento é algo feito sem a mediação da linguagem (uma das perspectivas fundamentais da filosofia ocidental desde suas raízes platônicas) deu lugar ao entendimento de que o conhecimento é algo linguístico, como observamos na afirmação de Gadamer:

A linguagem é o meio universal no qual ocorre o entendimento. O entendimento ocorre na interpretação. [...] Todo entendimento é interpretação, e toda interpretação acontece por meio de uma linguagem [...].

*(Language is the universal medium in which understanding occurs. Understanding occurs in interpreting. [...] All understanding is interpretation, and all interpretation takes place in the medium of a language [...].)*³²

Desse modo, a perspectiva de que o ser humano conhece o mundo pelas lentes da linguagem estabeleceu um novo paradigma para a filosofia: o paradigma da linguagem. Em tal contexto, a filosofia do século XX abriu caminhos para uma compreensão pragmática da linguagem, como na obra de

29 O paradigma positivista foi marcado, entre outras características, por uma concepção formalista do Direito (segundo a qual o Direito pode assumir qualquer conteúdo), por uma pretensão de tornar científico o conhecimento jurídico (e, para tanto, a atitude teórica assumida foi a de construir um saber neutro e descritivo) e pela referida ideia de que o intérprete dos textos normativos (identificados com as normas) apenas conhece o Direito previamente constituído. Com o dito pós-positivismo, há uma reação à postura de neutralidade científica diante do Direito, sendo exigida uma atitude valorativa, afirmativa de perspectivas morais. Também são elementos característicos desse novo paradigma, delineado sobre a institucionalização do Direito: o entendimento de que o Direito deve ter conteúdos necessários, de que há força normativa dos princípios e de que os textos normativos têm sentido indeterminado. Ver BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 131 e ss.; CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21, I, p. 209-219, 1998; REGLA, Josep Aguiló. Op. cit., p. 665-675.

30 CALSAMIGLIA, Albert. Op. cit., p. 209-219; JUST, Gustavo. Op. cit., p. 395.

31 A esse respeito, Habermas fez uma abordagem comparativa das “versões complementares” da virada linguística feitas no âmbito da filosofia hermenêutica e da filosofia analítica. Ver HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004. p. 63 e ss.

32 GADAMER, Hans-Georg. *Truth and method*. Second edition, revised. London: Continuum, 2006. p. 390.

Wittgenstein sobre as “investigações filosóficas”, segundo a qual a gênese e a dinâmica da linguagem não são fundadas em preocupações sobre a essência das coisas, mas sim em associações e ligações de semelhanças impostas pela “prática” (a qual confere à linguagem a sua “marca de imprecisão e de constante transformação”). Os significados das palavras, assim, não são definitivos, mas abertos às determinações impostas pela prática cotidiana da linguagem.³³

Também contribuiu para a crise de indeterminação do Direito o redimensionamento dos princípios jurídicos com a constitucionalização do Direito ocorrida na Europa Continental e na América Latina. Na segunda metade do século XX, houve uma modificação do papel da Constituição em tais regiões, que passou a ter um caráter normativo com contornos firmes e deixou de ser um mero programa estatal. Em tal contexto, os princípios gerais do Direito (então dotados de uma força normativa subsidiária, relegados ao papel secundário de algo que não se sobrepõe à lei, mas que é depreendido da lei para preencher as obscuridades e omissões do Direito) foram convertidos em princípios constitucionais, assumindo a superioridade e hegemonia na pirâmide normativa³⁴. Dessa maneira, em textos com amplo grau de abertura, os princípios passaram a desempenhar uma importância central na jurisdição, o que acentuou a visibilidade da incerteza do Direito e, conseqüentemente, da função criativa da interpretação.

A tendência do pensamento jurídico contemporâneo de enfatizar a indeterminação do Direito, assim, modifica o papel dado à interpretação no paradigma juspositivista. De uma atividade que fundamentalmente apreende o Direito “previamente determinado” (conhecido pelo aplicador em virtude da sua clareza ou pela superação da falta de clareza por meio da utilização de cânones da interpretação), a interpretação passa a ser tratada, em larga medida, como uma atividade produtiva do Direito, e não meramente reprodutiva. Interpretar, desse modo, corresponde a estabelecer um entendimento sobre o que normalmente pode ser visto de diversas maneiras, sem que a variedade de perspectivas represente falha técnica dos intérpretes.

Nesse sentido, Friedrich Müller fez uma separação entre “texto” e “norma” sob a compreensão de que o Direito só surge como resultado da interpretação, sendo os textos legais apenas “pré-formas legislatórias da norma jurídica, que por sua vez está por ser produzida no decurso temporal da decisão”³⁵.

33 OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 26 e ss.; WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*. Third edition. Singapore: Blackwell Publishing, 2001. p. 27 e ss. (principalmente os fragmentos 66, 67 e 68) e p. 41 e ss. (principalmente os fragmentos 116 e 118).

34 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 99 e ss.; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 289 e ss.

35 MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 11.

Assim, diante do reconhecimento da interpretação como momento criativo da norma jurídica, a ideia da separação dos poderes (ou divisão das funções do poder político) não pode ser sustentada conforme o seu modelo clássico, erguido sobre a diferenciação das atividades de aplicar e produzir o Direito. Se os textos normativos oferecem limites às atividades do Executivo e do Judiciário, são limites incertos, e a tarefa de criar o Direito (considerando apenas a lei, e não outras fontes do Direito, como o costume) se divide entre o legislador (que estabelece as pré-formas legislatórias da norma jurídica, conforme a supracitada expressão de Müller) e o intérprete (que faz emergir do texto – “o significante” – a norma – “o significado”). Dessa maneira, o membro do Poder Judiciário, ao julgar um caso aplicando um texto normativo, atribui-lhe um significado, fazendo surgir a norma. De outro lado, o membro da Administração Pública, submetido à legalidade, ao guiar a sua conduta por um texto normativo também lhe atribui significado, delineando a norma que o rege. Assim, a ideia liberal de legalidade, como instrumento para controlar o futuro, perde solidez no curso de incerteza e fluidez do Direito.

Entretanto, de acordo com a ênfase teórica na indeterminação do Direito, podemos argumentar contra a ideia de que existem textos normativos que são claros (diante dos quais apenas é reproduzido um sentido evidente, sendo preservada uma rígida separação dos poderes). Nesse sentido, enxergamos o espaço da incerteza e da criação inclusive nos ditos *clear cases* ou *easy cases*, nos quais a solução a ser dada na decisão parece ser clara, óbvia. Podemos dizer que a clareza que se manifesta em tais casos não é do “texto”, mas é resultado do “contexto” interpretativo, em que uma comunidade de intérpretes estabelece um certo acordo quanto ao sentido do texto em relação a determinados tipos de caso. E a clareza não é do texto em si, porque a linguagem tem um caráter dinâmico e as ligações entre significantes e significados são múltiplas e não definitivas, mas postas em permanente modificação pela prática, pelo uso. A respeito do caráter dinâmico das palavras, discorreu Brian Bix:

Se algumas pessoas começassem a usar “vaca” para significar cavalo, os escritores de dicionários e outros guardiões do uso adequado iriam rotular aquele uso como “incorreto”. Porém, se pessoas suficientes admitissem aquele uso, com o tempo ele se tornaria aceitável, e talvez padrão (passando de idioleto a dialeto ao uso aceito). Similarmente, em um certo nível da análise jurídica, não há diferença prática [...].

*(If some persons started using “cow” to mean horse, the writers of dictionaries and other guardians of proper usage would label that usage as “incorrect”. However, if enough people took up that usage, with time it would become acceptable, and perhaps standard (moving from idiolect to dialect to accepted usage). Similarly, at a certain level of legal analysis, there is no practical difference [...].)*³⁶

A clareza, assim, surge como algo circunstancial, referencial, relativo, e não está no objeto da observação (o texto), mas nos olhos do observador (intérprete). Decorrente do acordo quanto ao significado em uma comunidade de intérpretes, expressa uma orientação interpretativa, envolvendo uma atividade produtiva de significado. E, em virtude da ausência de fronteiras definitivas nas palavras, a “clareza” deixa sempre abertura para que discordâncias possam surgir. Desse modo, se o intérprete segue a “clareza”, não reproduz um significado intrínseco ao texto (algo que não existe), mas estabelece uma ligação entre “significante e significado”, que é tão comum em um contexto interpretativo que gera uma aparente evidência³⁷.

Tal concepção de clareza, portanto, não preserva a ideia de separação dos poderes traçada sobre uma divisão rígida entre as atividades de aplicar e de fazer Direito.

3 OBJEÇÕES À BUSCA DA VONTADE DO LEGISLADOR

Buscaremos, nas considerações seguintes, traçar algumas objeções à perspectiva intencionalista, a qual marcou a concepção de interpretação do paradigma juspositivista (servindo de sustentáculo para a centralidade do Poder Legislativo no âmbito da separação dos poderes), e que, apesar de ter sido alvo de consistentes e repetidas críticas, ainda encontra partidários. Não pretendemos, porém, fazer uma crítica exaustiva a essa visão, mas apenas apontar algumas dificuldades que ela envolve.

Inicialmente, deve-se dizer, a legislação não se refere a um legislador singular, mas a uma assembleia constituída por múltiplos membros, abrangando uma quantidade de pessoas com objetivos, interesses e histórias de vida muito diferentes³⁸. De maneira que essas diferenças pessoais, de objetivos e de representação convergem na atividade legislativa e no texto normativo, o que nos permite, ao menos, desconfiar da existência de uma vontade uniforme, identificável como “a vontade do legislador”.

Entendemos que a conclusão sobre a existência de uma vontade uniforme do legislador só poderia ser autorizada se fosse fundada em uma investigação acerca das intenções de cada legislador que votou a favor do texto aprovado. Afinal, para dizer com fundamento que sob um texto normativo repousa uma vontade homogênea identificável como “a vontade do legislador”, é necessária a constatação de que não há divergência de “vontade” entre os integrantes do legislativo que aprovaram o texto. Assim, o entendimento de cada legislador em relação ao texto deveria ser investigado, indicando, por exemplo, que em rela-

37 A respeito da ideia de clareza como resultado do contexto, ver DASCAL, Marcelo; WRÓBLEWSKI, Jerzy. Op. cit., p. 203-224.

38 WALDRON, Jeremy. As intenções dos legisladores e a legislação não-intencional. In: MARMOR, Andrei (Ed.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 505.

ção à palavra “dignidade” houve uma compreensão comum, e que, portanto, os legisladores não entenderam propostas diversas sob o termo quando aprovaram o texto. Dessa maneira, seria necessário fazer uma comparação entre os dados que permitisse a conclusão de que as diversas vontades podem ser integradas como uma vontade única.

No entanto, também podemos objetar que semelhante investigação não escapa da incerteza da linguagem. Afinal, a entrevista e a observação de registros de debates legislativos ou de outros tipos de registros se inserem na dimensão da linguagem. Portanto, cabe ao investigador (intérprete) algum papel criativo. Podemos dizer, como Koselleck, que “a história nunca se identifica com seu registro lingüístico nem com sua experiência formulada, condensada oralmente ou por escrito, mas também não é independente dessas articulações lingüísticas”³⁹. Desse modo, a hipotética vontade do legislador, sendo algo histórico cuja identificação seria feita pela linguagem, não escapa desse fator de que a linguagem não é o espelho da história.

Ademais, mesmo que fosse possível uma perfeita identificação da vontade do legislador, essa seria, conforme pensamos, uma atividade muito complexa, que exigiria tempo, pesquisa e rigor de método. E, como toda pesquisa, estaria sujeita a erros, encontrando dificuldades como o possível encobrimento pelos legisladores das suas intenções reais e o fato de que a procurada intenção do legislador em leis antigas bem pode ser a intenção de legisladores mortos. Do ponto de vista prático, o ato de se lançar na atividade de desvendar rigosamente a vontade do legislador seria problemático. Considerando o Poder Judiciário, por exemplo, o estabelecimento de tal busca como critério para julgar os casos que lhe são apresentados seria algo inviável, contraproducente, e espalharia a nódoa da lentidão.

Pode-se alegar, contudo, que, para identificarmos essa vontade do legislador, não é necessária a referida uniformidade, bastando, para tanto, que se aponte a vontade da maioria dos legisladores que aprovaram o texto normativo. Dessa maneira, seria exigida do pesquisador a constatação de que a maioria dos legisladores que votaram a favor do texto aprovado o compreendeu da mesma maneira. Pensamos, no entanto, que a tentativa de identificação de tal “vontade majoritária” também é algo muito complexo, e que traz ao investigador dificuldades semelhantes aos obstáculos que enfrenta com a procura da vontade única, havendo o mesmo “problema criativo” da linguagem (incontornável segundo a nossa perspectiva).

Por outro lado, contra a visão intencionalista também podemos argumentar que a busca pela vontade do legislador leva a um engessamento da interpretação, provocando a sua desarmonia com a dinâmica da realidade. Co-

39 KOSSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Contraponto, 2006. p. 196.

menta Koselleck que a expressão de Cícero *historia magistra vitae* (a história é a mestra da vida) permaneceu praticamente intacta até o século XVIII, o que, segundo o autor alemão, denota a pouca velocidade das transformações nesse lapso temporal, permitindo que o passado fosse uma referência segura para os acontecimentos futuros⁴⁰. Todavia, no momento histórico atual, talvez sejamos autorizados a dizer que a expressão de Cícero nunca esteve em um contexto tão desfavorável. Afinal, como compreendeu Zygmunt Bauman, a liquidez ou fluidez são metáforas adequadas para identificar os tempos atuais, dotados de uma extraordinária mobilidade⁴¹. Assim, essa aceleração das transformações provoca uma fraqueza referencial do passado em relação ao futuro, pois o passado que se teria como referência foi fugaz, líquido, e o futuro é incerto, inaudito. O passado, portanto, perde a sua força explicativa do futuro, perde a maestria do tempo. Entretanto, essa restrição (rigidez) interpretativa que busca o sentido dos textos normativos na vontade do legislador pode conduzir, e ainda mais em tempos de “liquidez”, a uma falta de respostas aos problemas com os quais o intérprete se depara, a menos que o legislador fosse uma espécie ideal de “visionário”, que antevisse o futuro e buscasse controlá-lo por meio da lei. Assim, a visão intencionalista, como critério para julgar, pode ser problemática quando são procuradas respostas para problemas que sequer existiam no momento em que a lei foi elaborada, ou para problemas que no presente são dispostos sobre diferentes contextos.

Tem uma força considerável a sentença de Fernando Pessoa: “O ambiente é a alma das coisas. Cada coisa tem uma expressão própria, e essa expressão vem-lhe de fora”⁴². Diante do grande fluxo de transformações em que vivemos, a busca pela vontade do legislador pode, cada vez mais, conduzir o intérprete para caminhos anacrônicos, alheios aos contextos, aos ambientes que dão alma e expressão ao presente.

Quem procura a vontade do legislador, portanto, dispõe-se em um caminho obscuro, projetando, talvez, como na caverna platônica, a realidade nas sombras que percorre.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BAUMAN, Zigmunt. *Modernidad líquida*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004.

BIX, Brian. *Law, language, and legal determinacy*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

40 Idem, p. 43.

41 BAUMAN, Zigmunt. *Modernidad líquida*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004. p. 8 e ss.

42 PESSOA, Fernando. *Livro do desassossego*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 88.

- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BONNECASE, J. *La escuela de la exegesis en derecho civil*. Ciudad de Mexico: Editorial Cultura, 1944.
- CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21, I, p. 209-219, 1998.
- DASCAL, Marcelo; WRÓBLEWSKI, Jerzy. Transparency and doubt: understanding and interpretation in pragmatics and in Law. *Law and philosophy*, New York, n. 7, p. 203-224, 1988.
- GADAMER, Hans-Georg. *Truth and method*. Second edition, revised. London: Continuum, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004.
- HART, Herbert. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Oxford: Oxford University Press, 1929.
- HOBBSAWM, Eric. *The age of revolution*. New York: Vintage Books, 1996.
- HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.
- JUST, Gustavo. O princípio da legalidade administrativa: o problema da interpretação e os ideais do direito público. In: ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CALVALCANTI, Francisco (Coord.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Rio de Janeiro: EDUERJ, Contraponto, 1999.
- _____. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Contraponto, 2006.
- LE GOFF, Jacques. *La civilización del occidente medieval*. Barcelona: Ediciones Paidós, 2002.
- MAIA, Alexandre da. Racionalidade e progresso nas teorias jurídicas: o problema do planejamento do futuro na história do Direito pela legalidade e pelo conceito de direito subjetivo. In: ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CALVALCANTI, Francisco (Coord.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). *Dicionário de política*. 1. ed. Brasília: Universidade de Brasília, v. 1, 1998.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

- NIETZSCHE, Friedrich. Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral. In: *Obras incompletas*. Coleção Os Pensadores. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2006.
- PERRY, Marvin. *Uma história concisa*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.
- PESSOA, Fernando. *Livro do desassossego*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- REGLA, Josep Aguiló. Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 30, p. 665-675, 2007.
- RÉPUBLIQUE Française. Assemblée Nationale. Constitution de 1791. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/constitutions/constitution-de-1791.asp>>. Acesso em: 27 jan. 2011.
- SCHIERA, Pierangelo. Absolutismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). *Dicionário de política*. 1. ed. Brasília: Universidade de Brasília, v. 1, 1998.
- VICENTINO, Cláudio. *História geral*. São Paulo: Scipione, 1997.
- WALDRON, Jeremy. As intenções dos legisladores e a legislação não-intencional. In: MARMOR, Andrei (Ed.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*. Third edition. Singapore: Blackwell Publishing, 2001.