

# A liberdade do juiz nas atividades de interpretação/ aplicação do direito

*The freedom of the Judge in the interpretation/application of the Law*

**Andréia da Silva Costa**

*Advogada, Mestranda em Direito Constitucional pela  
Universidade de Fortaleza – UNIFOR.  
e-mail: andreiacosta@uol.com.br*

## Resumo

*A Nova Hermenêutica abandona a idéia de que a interpretação se traduz em uma atividade mecânica de mera subsunção da norma ao fato. A interpretação das leis é atividade que requer raciocínio e lógica, e também discernimento e bom senso, obedecendo a critérios como o da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição de excessos.*

**Palavras-chave:** *Nova hermenêutica. Interpretação das normas. Obediência a critérios de razoabilidade e proporcionalidade.*

## Abstract

*The New Hermeneutics abandons the idea of that the interpretation translates an mechanics activity of mere subsunção of the norm to the fact. The interpretation of the laws is an activity that requires reasoning and logic, and also discernment and common-sense, obeying criterias as of the proportionality, the razoabilidade and the prohibition of excesses.*

**Keywords:** *New hermeneutics. Interpretation of the norms. Obedience to criterias of proportionality*

## Introdução

O homem, ao se relacionar com as coisas, signos e símbolos que o cercam, atribui a cada elemento desconhecido um significado. Este sentido é absorvido pela sociedade e passa a integrar o contexto das regras de linguagem no qual se encontra inserido.

Interpretar, no sentido geral da palavra, significa dar o significado de algo, explicar, explicar ou aclarar a acepção de alguma coisa (palavra, texto, lei, etc.). A palavra interpretação, por sua vez, possui duplo sentido, podendo significar tanto o ato ou efeito de interpretar como o produto resultante desta atividade interpretativa, isto é, aquilo que foi compreendido.

Referida atividade interpretativa também se dá no mundo do direito. As disposições normativas para serem aplicadas ao caso concreto precisam ser interpretadas. Os responsáveis pelo labor cognoscitivo do direito são tanto os juízes, também conhecidos como intérpretes autênticos, como os demais operadores e estudiosos da ciência jurídica.

Diversas técnicas de interpretação do direito surgiram ao longo dos anos para auxiliar os intérpretes em seu trabalho, contudo, muitas já foram abandonadas, restando, hoje, consolidada a Nova Hermenêutica, que trouxe conceitos novos como “concretização” e “pré-compreensão”.

A interpretação judicial (realizada pelos juízes) merece uma atenção especial, tendo em vista o fato de ser realizada pelos únicos intérpretes que conseguem efetivar o processo interpretativo em sua inteireza. Tal intento é possível em virtude de serem dotados do poder de decidir, dentre as diversas interpretações formuladas, qual a mais adequada para solucionar o caso concreto que lhes é apresentado.

Os juízes, ao interpretarem as leis, gozam de liberdade e de autonomia, contudo, devem trabalhar de forma equilibrada, não podendo transpor os limites da lei, indo além de seu conteúdo, sob pena de criarem novas prescrições normativas no mundo jurídico, atividade esta (legislativa) estranha à função judicante.

Aos magistrados também não é facultado se esquivar do caso fático não normatizado, devendo os mesmos realizar o processo de colmatação das lacunas existentes no ordenamento jurídico vigente, por meio dos recursos de integração do Direito.

Intenta-se fazer um breve discurso acerca da atividade interpretativa, dando o conceito geral de interpretação e indicando suas duas acepções – *interpretação* como ato ou efeito de interpretar e *interpretação* como produto da atividade interpretativa.

Tratar-se-á, posteriormente, da interpretação em um sentido mais estrito consubstanciado na interpretação do Direito, precisamente, das regras e normas que compõem o ordenamento jurídico, identificando quais as que devem ou não ser interpretadas. Nesse momento, será constatado que todas as regras jurídicas devem e precisam ser interpretadas antes de serem aplicadas ao caso concreto.

Finalizada a análise da conceituação de interpretação em sentido geral e estrito, será procedido um estudo acerca da figura dos intérpretes das normas de direito - os juízes de primeiro e segundo grau, bem como os operadores e os doutrinadores da ciência jurídica -, especificando-se as diferenças entre a interpretação judicial e a interpretação realizada pelos demais técnicos do direito.

Para uma melhor compreensão acerca da diferença entre essas duas interpretações, faz-se imprescindível discorrer sobre a interpretação do direito, fazendo-se, primeiramente, uma digressão histórica sobre os diversos métodos interpretativos utilizados pelos cientistas jurídicos, dando-se ênfase à doutrina tradicional, ou técnica de interpretação positivista-formal (subsunção), e à Nova Hermenêutica, que trouxe conceitos inovadores como os de “pré-compreensão” e “concretização”.

Continuando a análise da interpretação do Direito, mostra-se que as atividades de interpretação e aplicação desta ciência se confundem, sendo praticamente um mesmo ato. Aponta-se ainda os passos da atividade interpretativa judicial (compreensão do texto normativo e dos fatos, produção da norma que deve ser considerada para a solução do caso apresentado, finalizando com a escolha da melhor resposta para o fato e a aplicação desta ao caso concreto).

Em um outro instante, ressalta-se que na atividade interpretativa não podem ser consideradas apenas as disposições legais repousantes nos códigos, mas também, e principalmente, o contorno fático, a realidade vivida pela norma e pelo intérprete, seus valores, suas ambições, sua cultura, sua história, etc.

Depois é feito o traspasse para o estudo da interpretação judicial. Este é o momento em que se discorre sobre os elementos subjetivos que influenciam a atividade interpretativa do juiz e sobre as limitações a ele impostas (limitação ao texto da lei e ao caso concreto).

Ao final do presente estudo chega-se à conclusão de que, embora o juiz goze de autonomia e liberdade na atividade de interpretação das leis e das demais normas jurídicas, deve haver um equilíbrio. Não pode ele nem se restringir apenas a um mero aplicador de leis, realizando uma atividade mecânica de subsunção da lei ao caso concreto apresentado, nem pode o mesmo invadir a seara de competência dos demais poderes (Legislativo e Executivo). Resume-se, então, que deve haver um meio termo, o qual é alcançado a partir da interpretação em que os juízes são obrigados a se moverem entre o texto da lei e o contexto social, o *âmbito da norma* de Friedrich Müller.

## 2 O Conceito de Interpretação

### 2.1 Conceito geral de interpretação

Interpretar é dizer o que algo significa, é explicar ou aclarar o significado de uma palavra, de um texto, de uma lei, de um sentimento e até mesmo de um gesto, ou seja, interpretar é buscar o sentido das coisas que cercam o homem. O termo interpretação, por sua vez, possui dupla acepção, podendo significar tanto a atividade (ato ou efeito) de interpretar como o produto resultante desta atividade interpretativa, isto é, a explicação, o resultado, o que foi compreendido.

Tudo aquilo que está disposto em volta do homem é dotado de um significado. Tudo que integra a vida humana tem um sentido, uma razão de ser. O ser humano imprime um significado a todas as coisas com as quais mantém contato. Ao se deparar com um signo lingüístico desconhecido, novo, o homem se preocupa em atribuir-lhe um sentido, o qual é acolhido e passará a identificá-lo em meio às regras de linguagem dentre as quais este se insere.

Uma vez definida a conotação que o signo expressa, é possível dizer que houve a compreensão do mesmo por quem o analisou. É nisto que consiste a atividade interpretativa: compreender o significado e o sentido de uma palavra, de um texto ou de um símbolo.

Nas palavras de Carlos Maximiliano<sup>2</sup>:

Interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras

<sup>2</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 9

palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém. Pode-se procurar e definir a significação de conceitos e intenções, fatos e indícios; porque tudo se interpreta, inclusive o silêncio.

O presente trabalho visa, primordialmente, a analisar a interpretação em um sentido mais estrito. Intenta-se discorrer um pouco sobre a interpretação/aplicação das leis e das normas que compõem o Direito e que formam o ordenamento jurídico, realçando também a questão que diz respeito à liberdade do intérprete na interpretação/aplicação do direito.

## 2.2 O Conceito de interpretação em um sentido mais estrito

Como dito, no presente estudo será realizada uma abordagem sobre a atividade interpretativa na ciência do Direito, ou seja, a interpretação e aplicação das normas e regras jurídicas que compõem o sistema legal vigente.

Só se pode apreender o sentido e o alcance de uma norma de Direito, se esta for interpretada. Nesse sentido (mais estrito), interpretar significa tirar da norma jurídica o sentido jurídico que ela contém, é especificar-lhe seu conteúdo de direito, mostrar sua essência, facilitando sua compreensão.

A atividade de interpretação do direito consiste em transformar o texto legal em norma. A norma é a essência do texto, é o próprio “espírito” da lei, é aquilo que ela (lei) realmente quer dizer, é o produto da atividade de interpretação/aplicação. O texto normativo só se completa quando o sentido que expressa (norma) é produzido pelo intérprete.

Canotilho<sup>3</sup> bem explica dizendo que *texto e norma não se identificam: o texto é o sinal lingüístico; a norma é o que se revela, designa*. É possível dizer, então, que o ordenamento jurídico é um ordenamento em potência, pois se configura como um conjunto de possibilidades de interpretação.

Contudo, é necessário pontuar que não são apenas as normas cuja compreensão se mostra difícil, em razão de obscuridades ou contradições, que precisam ser interpretadas, mas sim todas as normas que compõem o ordenamento jurídico: tanto as regras jurídicas dotadas de clareza, como aquelas mais obscuras.

A afirmação, considerada no passado, de que “*in claris cessat interpretatio*” resta, hoje, ultrapassada,

visto que, primeiro, não se pode dizer que uma norma jurídica é ou não clara sem que antes se proceda a sua interpretação, e, segundo, muitas vezes uma regra considerada clara pode vir a se tornar dúbia em razão do contexto concreto no qual está inserida, necessitando, pois, ser interpretada.

Eros Roberto Grau, em sua obra *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, precisamente ao tratar das situações de isomorfia (clareza) e de interpretação (obscuridade), ensina que:

(...) tanto a situação de dúvida (situação de interpretação) quanto a situação de isomorfia dependem de atos concretos de comunicação, não podendo ser consideradas *in abstracto*: o mesmo texto é claro ou dúbio segundo os contextos concretos do seu uso (...). O texto claro torna-se obscuro em função da tensão dos interesses que se põem em torno dele; a luta pela produção de sentido do texto se instala em torno dessa tensão<sup>4</sup>.

Assim, todas as regras de Direito devem e precisam ser interpretadas antes de serem aplicadas ao caso concreto. Interpretamos o Direito basicamente por dois motivos, que podem ou não virem juntos: interpretamos o direito porque a linguagem jurídica é ambígua e imprecisa e/ou porque precisamos aplicá-lo ao caso concreto.

Sobre o assunto, o professor Valmir Pontes Filho<sup>5</sup> comenta:

A rigor, toda e qualquer norma do sistema jurídico merece ser interpretada, ainda quando elaborada com o máximo esmero, isso importando dizer – ao reverso do dantes imaginado – que a atividade interpretativa não é eventual, ocasional, levada à cabo apenas quando a lei (no sentido largo da expressão), por sua pouca ou nenhuma ‘clareza’, o exigisse. É, sim, atividade que está no âmago da própria norma, pois apenas por seu meio intermédio é possível desnudar ou vislumbrar sua finalidade, sua vontade, seu alcance.

Uma vez esclarecido que todas as normas precisam ser interpretadas antes de aplicadas, faz-se necessário tecer alguns comentários acerca dos responsáveis pelo labor cognoscitivo das regras e normas do direito – os intérpretes.

## 2.3 O papel dos intérpretes

O Direito para ser aplicado precisa ser interpretado. A atividade de interpretação do direito é realizada tanto pelos juízes de primeiro e de segundo

<sup>3</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 225.

<sup>4</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, p. 46.

<sup>5</sup> PONTES FILHO, Valmir. *Curso Fundamental de Direito Constitucional*, p. 46

graus, estes últimos, chamados de Desembargadores, como também pelos operadores e estudiosos do direito, sendo estes últimos os responsáveis pela doutrina jurídica.

Os juízes, ao interpretarem uma norma jurídica, produzem direito. E isso acontece porque, em seu labor interpretativo, há a produção de um outro texto (norma individual) em cima daquele que está sendo interpretado. Há, dessa forma, uma complementação do trabalho do legislador.

Ao tentar encontrar uma solução para o caso prático que lhe é apresentado, o juiz recorre ao ordenamento jurídico, procurando a norma mais adequada para ser aplicada à espécie, ou melhor, escolhe a interpretação que solucionará o caso concreto da forma mais satisfatória possível. Esta investigação pela melhor solução (norma interpretada) representa a atividade interpretativa. No momento em que o juiz analisa qual a norma que melhor se aplica ao caso analisado, ele está interpretando, está buscando o sentido jurídico que o texto legal (norma em potencial) intenta exprimir, está construindo a norma.

Há quem critique a interpretação judicial dizendo estar limitada ao âmbito interno do texto legal, não podendo deste se afastar em nenhuma hipótese; e há quem considere que o juiz, ao aplicar o direito à situação fática delineada, pode fugir dos contornos legais desenhados pela norma, chegando a produzir direito.

Tal questionamento – liberdade do intérprete na atividade de interpretação/aplicação do direito - que representa o núcleo do presente trabalho, deverá ser analisado posteriormente de maneira mais detalhada, sendo importante ressaltar que não há, ainda, um firme consenso sobre o mesmo.

Necessário se faz realçar que os juízes são os únicos intérpretes dos regramentos jurídicos que conseguem e podem chegar até o final da atividade interpretativa do Direito, pois são dotados do poder de praticar o ato decisório. Os demais operadores e os doutrinadores desta ciência também interpretam regras e normas jurídicas, contudo, estes não conseguem galgar o último estágio do procedimento de interpretação da ciência jurídica, não por lhes faltar capacidade, mas por lhes faltar o poder de definir, em cada caso concreto, a norma de decisão. Referido poder é próprio da autoridade judicante.

Mas para compreender melhor a diferença entre a interpretação dos juízes de Direito e a interpretação desenvolvida pelos operadores e doutrinadores da ciência jurídica, é imprescindível conhecer como se deu e como ainda hoje se dá a atividade de interpretação do direito.

## 3 A Interpretação do Direito

### 3.1 A evolução histórica da interpretação do direito

A atividade de interpretar o direito evoluiu ao longo do tempo. Muitos foram os métodos de interpretação utilizados pelos intérpretes jurídicos, estando estes, algumas vezes, limitados ao verbete legal, não podendo deste se distanciar, nem em casos extremos, até, se chegar ao que hoje é conhecida como Nova Hermenêutica.

A interpretação literal, a histórica, a sistemática e a lógica são algumas das técnicas de interpretação da qual se valiam, e ainda se valem, os juízes, os operadores e os estudiosos do Direito. Contudo, há, hoje, uma técnica mais moderna - a da concretização, com suas várias nuances surgidas ao longo do tempo (por exemplo, a hermenêutica concretista de Savigny, a tópica, a concretização na metódica estruturante de Friderich Müller, a hermenêutica concretista de Peter Häberle – a sociedade aberta dos intérpretes – e de Konrad Hesse).

No presente estudo, faz-se desnecessário examinar detalhadamente cada um desses métodos interpretativos (literal, teleológico, tópico, sistemático, histórico), todavia, não se pode deixar de abordar a interpretação do Direito sob o aspecto da doutrina tradicional, já ultrapassado, e sob o aspecto da Nova Hermenêutica, mais atual, proporcionando, assim, uma visão geral da história da interpretação/aplicação do direito.

#### 3.1.1 A Hermenêutica tradicional ou clássica

A interpretação tradicional do Direito é a mais primitiva. Segundo o professor Paulo Bonavides, referida corrente interpretativa utilizava a técnica conhecida como positivismo lógico-formal. De acordo com este método (técnica do silogismo), o Direito é limitado aos textos legais e às regras jurídicas; o intérprete trabalha como se estivesse interpretando uma fórmula, um silogismo, lançando mão do método dedutivo. Para esta técnica, a interpretação se volta para a vontade do legislador, expressada na lei, no texto legal, mas que retrata a época por ele (legislador) vivida.

Segundo a doutrina clássica, as normas são teoremas que devem ser interpretados de forma rígida. O intérprete deve ser fiel às disposições legais, nas quais se encontram as soluções para todas as hipóteses fáticas com as quais este se depara.

Diante dos códigos, cheios de artigos de lei, o cientista do direito, a fim de encontrar a melhor solução para o caso particular que pretende resolver, limita-se somente a indicar o artigo da lei a ele aplicável, realizando, desse modo, uma atividade mecânica

de mera subsunção da lei ao caso concreto, cuja interpretação/aplicação se realiza. Tal método é muito utilizado pelos positivistas, para os quais o ordenamento jurídico é um sistema fechado e completo, pois prevê todas as possibilidades de conduta a se realizarem no mundo real, de maneira que só vale o que está escrito e determinado na letra das leis. Hans Kelsen foi um dos maiores expoentes desta teoria.

Referido método, embora ainda utilizado por muitos juristas, está ultrapassado, pois proporciona o engessamento do Direito, impossibilitando o surgimento de inovações e, por conseqüência, impedindo o próprio desenvolvimento e avanço da ciência jurídica. De acordo com essa rudimentar técnica interpretativa, seria impossível a atualização das normas de direito no contexto evolutivo da sociedade, ocorrendo, assim, a paralisação do Direito no tempo.

De acordo com François Géný, citado por Eros Roberto Grau:

O vício capital desse método – segundo Géný [1919:65-67] – é o de imobilizar o direito e impedir o desenvolvimento de qualquer idéia nova; a nos atermos às conclusões desse método tradicional, todos os casos jurídicos devem ser resolvidos mediante as soluções positivamente consagradas pelo legislador – todas essas soluções encontram-se abrigadas atrás de um texto -, de modo que permanecemos forçosamente e para tudo na situação em que nos encontrávamos no momento em que surgiu a lei; e, qualquer evolução posterior dos fatos ou das idéias, o intérprete não estará autorizado a ultrapassar o horizonte que o legislador estabeleceu à época em que definiu a regra<sup>6</sup>.

Ora, dúvidas não pairam sobre a inadequação desta técnica para os dias atuais, em que tudo muda diariamente devido ao avanço tecnológico, à globalização e aos impactos econômicos que atingem todo o mundo. Esses acontecimentos inovadores fazem surgir situações jurídicas novas que devem e merecem ser reguladas pelo Direito. A sociedade evolui mais rápido que o Direito, isto é fato, mas este deve acompanhá-la de algum modo, visto ser o responsável pela ordenação das condutas de seus membros.

Desse modo, restringir o direito à subsunção, conforme preconizado pela doutrina tradicional, constitui uma atitude indevida e retrógrada. A interpretação do direito não se resume ao exercício de comprovação de que para cada situação de fato existe uma prescrição normativa, um dever-ser; ela deve necessariamente ir mais além, acompanhando o ritmo da sociedade.

### 3.1.2. A nova hermenêutica

A chamada Nova Hermenêutica, também conhecida como Hermenêutica Constitucional, ao contrário da hermenêutica da subsunção (do positivismo), baseia-se no método indutivo, pelo qual são considerados, no momento da atividade interpretativa, os valores, a realidade fática, os princípios, o imaginário criativo do intérprete, a práxis, dentre outros elementos.

A Nova Hermenêutica gerou conceitos novos como os da “pré-compreensão” e da “concretização”. Concretizar é mais do que interpretar, é interpretar com criatividade; e a concretização de uma norma só é possível se antes houver uma apreensão mental transcendente do texto legal pelo intérprete (pré-compreensão).

Segundo o alemão Friedrich Müller, citado por Eros Roberto Grau:

O texto normativo – diz Muller – é uma fração da norma, aquela parte absorvida pela linguagem jurídica, porém não é norma. Pois a norma jurídica não se reduz à linguagem jurídica. A norma congrega todos os elementos que compõem o âmbito normativo (= elementos e situações do mundo da vida sobre os quais recai determinada norma).<sup>7</sup>

Na Nova Hermenêutica, o intérprete/aplicador do Direito não busca a vontade do legislador, ele realiza uma atividade cognitiva e, ao mesmo tempo, volitiva, ou seja, ele conhece a norma, desenvolve sua idéia fundamental, apreendendo sua vontade, seu espírito, sua essência, relacionando-a, também, com as necessidades e experiências da vida da sociedade, com os fins e os anseios humanos e com a própria evolução dos fatos. A ciência do Direito, na Nova Hermenêutica, possui uma maior largueza e flexibilidade para acompanhar a marcha acelerada do desenvolvimento da sociedade.

### 3.2 A interpretação/aplicação do direito

Interpreta-se uma lei quando se procura aplicá-la a um caso específico da realidade. Desse modo as atividades de interpretação e aplicação do direito se confundem, sendo praticamente um mesmo ato.

A atividade interpretativa consiste em compreender o texto normativo e os fatos, produzindo a norma que deve ser considerada para a solução do caso apresentado, e finalizando com a escolha da melhor resposta para o problema e com sua aplicação. A aplicação da norma produzida (interpretada) integra a parte final do processo de interpretação.

<sup>6</sup> GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, p. 55.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 65.

Assim, interpretar é produzir uma norma a partir do texto legal e do contexto social (âmbito social, para Müller) no qual esta se encontra inserida. Não podem ser consideradas apenas as disposições legais repousantes nos códigos, mas também, e principalmente, o contorno fático, a realidade vivida pela norma e pelo intérprete.

Interpretar um texto jurídico (um enunciado) significa dar-lhe vida, dar-lhe sentido, ou melhor, transformá-lo em norma. O texto jurídico, enquanto mera disposição legal, nada diz, mas ao ser interpretado/aplicado, ao ser posto em contato com a realidade, é transformado, fazendo surgir a norma. Assim, é possível afirmar que o labor interpretativo é um labor criativo, de construção, e não mera subsunção.

Os juízes são os únicos intérpretes do direito que conseguem realizar o procedimento interpretativo por completo, isto porque são eles os únicos que podem concluir a fase final da atividade interpretativa: escolher a melhor solução para a espécie fática analisada. Só os juízes possuem a faculdade de escolher qual a norma cuja aplicação se mostra mais adequada ao caso concreto, somente a interpretação judicial cria direito, por isso os juízes são considerados intérpretes autênticos do direito.

A norma surge a partir dos elementos contidos no texto legal, dos componentes integrantes do caso concreto ao qual esta será aplicada e dos valores subjetivos que influenciam a apreciação normativa do intérprete, desse modo sua composição contém aspectos legais e aspectos sociais, culturais e históricos.

Eros Roberto Grau<sup>8</sup> diz que:

Ademais, vimos que interpretar o direito é *concretar* a lei em cada caso, ou seja, é *aplicar* a lei [Gadamer 1991:401]; daí dizermos que o intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado [Gadamer 1991:397]. Ora, sendo a *interpretação*, concomitantemente, *aplicação* do direito, deve ser entendida como *produção prática do direito*, precisamente como a toma Friedrich Müller [1993:145-146], para quem inexiste tensão entre *direito e realidade*; não existe um terreno composto de elementos *normativos*, de um lado, e de elementos *reais* ou *empíricos*, do outro. Por isso a articulação *ser e dever-ser* (a relação *norma-fato*) é mais do que uma questão de filosofia do direito; é uma questão da estrutura da norma jurídica tomada na sua transposição prática, e, por conseqüência, ao mesmo tempo uma questão da estrutura deste processo de transposição. Isso significa – como linhas atrás anotei – que a *norma* é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos colhidos no *texto normativo* (mundo do dever-ser), mas também a partir

de elementos do caso ao qual será ela aplicada – isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser).

Então, a norma está parcialmente no texto da lei (mundo do dever-ser) e parcialmente na realidade, nos fatos, nos acontecimentos reais do cotidiano humano (mundo do ser).

### 3.3 A interpretação/aplicação judicial

Como visto, os únicos intérpretes que conseguem realizar todo o processo interpretativo são os juízes, tendo em vista apenas eles serem dotados do poder de decisão, tendo a faculdade de decidir qual a melhor solução ao caso concreto (norma de decisão - norma jurídica aplicada ao caso concreto). Como suas interpretações são as únicas capazes de criar (produzir) direito, eles são chamados de intérpretes autênticos.

No momento em que um juiz se depara com um fato que carece de uma solução judicial, ele tenta extrair o comando correto e mais adequado a ser aplicado ao caso concreto, contudo, entre a literalidade do texto da lei e a concretude do ato de aplicação do enunciado normativo encontra-se a sua vontade, suas próprias convicções, seus valores e princípios.

Resta indagar se é permitido ao juiz se deixar influenciar pelos elementos subjetivos formadores de sua identidade e do âmbito da norma, se tem ou não o juiz liberdade no momento de interpretar a lei e aplicá-la ao caso concreto. Tais indagações ainda hoje não possuem uma solução unívoca, existindo algumas pessoas que defendem a total limitação do juiz ao texto legal, e outras que entendem ser possível ao magistrado transpor as fronteiras legais.

Importante lembrar que o juiz é condicionado pela sua própria cultura jurídica, suas crenças políticas, religiosas, filosóficas, por sua situação econômica, e por todos os demais fatores que integram sua personalidade e o âmbito da norma. Fatores estes dos quais o magistrado não consegue se desvencilhar. O juiz é um ser humano dotado de sentimentos e emoções, encontra-se ele inserido em uma sociedade, participando da consciência social de seu tempo, e, por essa razão, pode-se afirmar que a decisão judicial supõe necessariamente a presença de elementos volitivos e emotivos. Do mesmo modo acontece com a norma, que vive imersa na realidade vigente na época em que foi elaborada.

Teimar em considerar irrelevantes, ilusórios e falsos esses elementos subjetivos, criados e usados pelo homem para dar sentido às suas práticas, é um ato que enseja a destruição do próprio conhecimento, isto porque eles sempre estarão presentes no seio da sociedade.

<sup>8</sup> *Id. Ibid.*, p. 79.

José de Albuquerque Rocha<sup>9</sup>, no tocante à interpretação judicial, ensina que:

No entanto, como os fins propostos pelo ordenamento jurídico se destinam a operar na realidade social, política e econômica, a decisão deve ser valorada não só quanto à sua coerência com o sistema (controle interno ou intra-sistemático), mas, também, em relação às suas conseqüências sociais, políticas e econômicas práticas, isto é, extranormativas, para verificar seu impacto sobre a realidade, à luz dos objetivos que o sistema propõe como resultado a ser alcançado pela decisão (controle externo ou extra-sistemático). Ora isso obriga o intérprete a mover-se entre o texto normativo e o contexto social, possibilitando, assim, uma jurisprudência aberta aos fatos e à influência de outras ciências sociais que os têm como objeto de estudo, como o fim de aproximar, tanto quanto possível, a decisão dos valores do ordenamento jurídico.

Contudo, convém ressaltar a importância da letra da lei para a atividade interpretativa. Os enunciados normativos constituem tanto o ponto de partida do labor interpretativo, quanto o ponto que o juiz obrigatoriamente deve tomar como referência. O texto normativo é, pois, o marco inicial e o limítrofe imposto à interpretação judicial.

Há de se ressaltar que essa limitação ao texto normativo não pode ser considerada de modo extremo, haja vista que o juiz possui, hoje, uma grande margem de liberdade e de autonomia no ato da interpretação/aplicação do direito. Essa independência foi conquistada, ao longo dos tempos, pelos intérpretes, que conseguiram se livrar do “fantasma” da interpretação tradicional tão defendida pelos positivistas.

Mas o juiz deve estar adstrito, de maneira equilibrada, não apenas às disposições legais, e sim, sobretudo, ao caso concreto que lhe é apresentado. Não pode o juiz cindir a norma do caso a ser solucionado, isto porque, ao interpretar a norma, ele a está estudando em relação ao mesmo. Todos os elementos emanados da espécie fática analisada são transpostos para o processo interpretativo, integrando-o.

Celso Ribeiro Bastos<sup>10</sup>, discorrendo sobre a impossibilidade de se desvincular a interpretação do caso concreto, ensina que:

A interpretação é fruto dessa atividade de cotejo da norma com o fato ou caso hipotético, e com o próprio valor, aqui substituído pelo princípio. Isso porque não se consegue interpretar em abstrato. É necessário olhar a norma e imaginar situações sobre as quais

se passe a emitir opiniões. É isto que permite a variedade muito grande de interpretações.

#### 4 Considerações Finais: a Liberdade do Juiz no Ato da Interpretação/Aplicação do Direito

Os juízes, embora gozem de autonomia e sejam livres para decidirem qual a interpretação mais adequada ao caso concreto, devem obedecer aos limites impostos pela norma, não podendo ultrapassar as fronteiras desenhadas pelo enunciado normativo, devendo ainda se aterem ao caso cuja solução está sendo buscada.

Deve haver um equilíbrio na atividade interpretativa judicial. Não pode o juiz nem se restringir a um mero aplicador de leis, nem pode invadir a seara de competência dos demais poderes (Legislativo e Executivo). Deve haver um meio termo, que é alcançado a partir da interpretação segundo a qual os juízes são obrigados a se moverem entre o texto da lei e o contexto social, o *âmbito da norma* de Friedrich Müller.

Nesse sentido, Carlos Maximiliano<sup>11</sup> diz que :

Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta à cena um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltar aos olhos dos espectadores maravilhados com belezas inesperadas, imprevistas.

A interpretação das leis é obra que requer raciocínio e lógica, mas que também exige discernimento e bom senso, sabedoria e experiência. Desse modo, na atividade interpretativa, deve-se obedecer a critérios, como o da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição de excessos. Tais princípios funcionam como um guia da atividade interpretativa e, uma vez não sendo obedecidos, pode o juiz incorrer no grave erro de se desvirtuar de sua função jurisdicional, invadindo a seara funcional delegada aos legisladores – legislativa.

Ainda citando Carlos Maximiliano<sup>12</sup>:

Alegam os guias da corrente revolucionária que o juiz não é um executor cego e, sim, um artista da aplicação do direito. Deveriam saber que também o artista obedece a normas; toda arte tem os seus preceitos e quem dos mesmos se afasta, corre o risco

<sup>9</sup> ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*, p. 118

<sup>10</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, p. 248.

<sup>11</sup> MAXIMILIANO, Carlos, *op. cit.*, p. 59.

<sup>12</sup> *Id. Ibid.*, p. 81.

de produzir obra imperfeita, e talvez ridícula, salvo exceções geniais; e se não criam doutrinas, ou métodos, para uso exclusivo de iluminados e super-homens. Comparável seria o magistrado ao violinista de talento, que procura compreender bem a partitura, imprime à execução cunho pessoal, um brilho particular decorrente da própria virtuosidade; porém não se afasta dos sinais impressos; interpreta-os com inteligência e invejável mestria; não inventa coisa alguma.

## Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. rev e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

PONTES FILHO, Valmir. *Curso fundamental de direito constitucional*, São Paulo: Dialética, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HOUAISS, Mauro de Salles Villar e Antônio. *Minidicionário houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.