

## Capítulo 4

### Métodos de interpretação jurídica

Depois de identificadas pelo profissional do direito, as fontes ainda precisam ser interpretadas. O objetivo deste capítulo é discutir os diferentes métodos que podem ser usados na interpretação de fontes do direito — a legislação em particular. Os diferentes métodos de interpretação podem ser caracterizados como sendo mais ou menos institucionais. Os conceitos discutidos neste capítulo são os seguintes:

- *Interpretação*
- *Métodos formalistas*
- *Métodos não formalistas*
- *Textualismo*
- *Propósito: objetivo e subjetivo*
- *Interação entre métodos*
- *Interpretação constitucional*

#### 4.1 O que é interpretação

No contexto do direito, a palavra “interpretar” é usada em dois sentidos significativamente diferentes. No primeiro sentido, mais amplo, interpretar envolve discernir o sentido de um texto legal. No segundo sentido, mais estreito, interpretar envolve discernir o sentido de um texto legal que, a princípio, é *difícil ou obscuro*. No segundo sentido, portanto, interpretar é o mesmo que decifrar, dar sentido ao que não é claro. Eis um exemplo do emprego da palavra “interpretar” no segundo sentido:

Cortes supremas servem para interpretar o texto constitucional, nos inúmeros casos em que a letra da lei não oferece resposta explícita. No artigo 5º, a Constituição afirma que

“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. No artigo 19, que “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si”. No artigo 208, que “o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”. A letra da lei é explícita, cristalina: dispensa interpretação. O STF, simulando interpretá-la, reuniu-se em assembleia constituinte e revogou o princípio da igualdade perante a lei.<sup>1</sup>

Podemos ignorar aqui o teor da decisão judicial criticada por Magnoli. Note apenas como são usados os termos “interpretar” e “interpretação”. Para ele, a interpretação só é necessária quando o texto a ser interpretado não é claro. Interpretar, nesse sentido, envolve um tipo especial de esforço intelectual, uma tentativa de identificar o sentido de um texto vago, ambíguo, contraditório ou obscuro em algum outro sentido. Para Magnoli, o texto claro não exige esforço intelectual especial para ser compreendido e, nesse sentido, não exige interpretação.

Não usaremos as palavras “interpretar” e “interpretação” como Magnoli. Para os propósitos deste livro, é mais útil usar as palavras em sentido amplo, para abarcar todo ato (intelectualmente exigente ou não) de discernir o sentido de um texto legal (obscuro ou não). Interpretar, portanto, envolve discernir o sentido de algum texto legal. Essa afirmação requer mais uma nota de esclarecimento. A palavra “discernir” sugere que o sentido dos textos legais existe antes mesmo que o intérprete se ponha a ler os textos e interpretá-los. O sentido *já está lá* — claramente nos textos claros, menos claramente nos textos obscuros —, mas, de uma forma ou de outra, já está lá para ser discernido. Alguns autores fariam a objeção de que a interpretação jurídica é uma atividade que exige do intérprete uma postura mais ativa e criativa: o intérprete não se limita a discernir sentidos preexistentes, mas *atribui* sentidos que, de certa forma, ele mesmo cria ou desenvolve, isto é, sentidos que não haviam sido previamente determinados, sentidos que o texto não carregava consigo desde a sua promulgação. Há um fundo de verdade nessa objeção, mas ainda não é o momento de discuti-la. Isso só será feito depois de explicados os diferentes métodos de interpretação jurídica. Por enquanto, usemos a palavra “discernir” como se ela não conotasse a existência prévia daquilo que é discernido.

---

<sup>1</sup> Artigo de Demétrio Magnoli. Disponível em: [www.estadao.com.br/noticias/impresso,um-texto-marginal-,871058.0.htm](http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,um-texto-marginal-,871058.0.htm). Acesso em 7 mar. 2016.

## 4.2 Formalismo e não formalismo

Aos domingos, não é incomum que a circulação de carros seja proibida em algumas avenidas e ruas do município do Rio de Janeiro. A proibição se efetiva, normalmente, por meio de barreiras móveis que são colocadas nos limites dos trechos interditados. Junto às barreiras, é comum haver placas que expressam as condições e circunstâncias da interdição. Em certo condomínio residencial carioca, há uma placa onde se lê: “Trecho reservado para pedestres.” Nesse caso particular, é provável que a placa tenha sido inaugurada depois de os hábitos dominicais dos moradores do condomínio já estarem razoavelmente consolidados, e esse deve ser o principal motivo pelo qual nunca houve grande controvérsia acerca do significado da placa. Queremos propor, no entanto, um experimento de pensamento. Suponha, hipoteticamente, que a placa tenha sido inaugurada em uma época em que os carros circulavam livremente pela rua em qualquer dia da semana. Sem muito anúncio, a administração do condomínio mandou instalar a placa e as barreiras para a interdição. Nas semanas seguintes à inauguração da placa, os moradores do condomínio poderiam experimentar alguma incerteza em relação às condições de uso do trecho reservado para “pedestres”. Sem dúvida, seria permitido caminhar ou correr na rua. Carros, por outro lado, estariam excluídos: além de serem expressamente proibidos pela placa, as barreiras tornavam a sua entrada impossível. Entretanto, suponha que um casal queira caminhar na rua enquanto seu filho pequeno anda de bicicleta. A entrada de bicicletas não é fisicamente impedida pelas barreiras, mas a placa restringe-se a permitir a circulação de “pedestres”.

O *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa* define pedestre como “aquele que anda ou se acha a pé”. Se os pais da criança tomarem a sério o sentido literal dos termos usados na placa, é possível que prefiram levar o filho para pedalar em outra rua, onde não correrão o risco de violar qualquer norma de trânsito do condomínio, mas também podem reagir de outra maneira. Eles podem supor que, apesar de a linguagem da placa proibir bicicletas, essa proibição não está em harmonia com o propósito que lhe serve de base. O propósito da nova norma de trânsito, diriam, é garantir um ambiente seguro para a recreação. Carros, motos e veículos similares oferecem uma ameaça à recreação segura, mas patins, *skates* e bicicletas não são ameaçadores — e mais: parte fundamental da recreação das crianças envolve o uso desses objetos.

Essa segunda reação parece, a princípio, bastante razoável. Para complicar um pouco o caso, suponha que outro morador do condomínio tenha uma objeção a fazer em relação aos argumentos dos pais do ciclista. Ele concorda que a nova norma de trânsito deve ser interpretada à luz dos seus propósitos subjacentes, mas crê que o verdadeiro propósito da norma não é aquele que os seus vizinhos identificaram. Para ele, a finalidade da placa não é garantir a recreação segura, mas proteger o direito específico daquelas pessoas que querem caminhar ou correr sem a presença de qualquer veículo, brinquedo ou atividade que atrapalhe esse tipo de exercício. Nesse caso, não só as bicicletas estariam excluídas, mas crianças com bola (por exemplo) também não poderiam jogar no espaço reservado para “pedestres”.

Imagine, então, que os condôminos, perplexos com o impasse, vão à administração do condomínio para tentar esclarecer o significado da nova norma de trânsito. Lá, eles ouvem do síndico que as três interpretações estão erradas. Por um lado, “pedestre” não deve ser entendido literalmente e, por outro, as duas tentativas de identificar o “verdadeiro” propósito da norma estão equivocadas. Ele diz que foi ele mesmo quem mandou fabricar a placa e que o *seu* propósito era de acatar uma reivindicação dos membros de uma igreja próxima à rua interditada. O barulho provocado por carros e outros veículos era, há muito, um empecilho para a realização das missas dominicais. O síndico lamenta apenas não ter estendido a proibição expressamente ao jogo de futebol. Ele diz que, no momento de encomendar a placa, não se deu conta de que crianças jogando bola são capazes de fazer tanto barulho quanto veículos motorizados. A escolha do termo “pedestre” foi infeliz como meio de comunicar o seu verdadeiro propósito.

Esse exemplo relativamente banal serve para mostrar como a interpretação de textos legais pode, em tese, ser feita de acordo com métodos bastante diferentes. O exemplo alude a apenas três métodos possíveis: um método literal, um segundo método que envolve especulação sobre o propósito presumido do texto, e um terceiro método que recorre ao criador do texto para saber qual era o seu propósito original. Repetindo: esses são *apenas* três métodos possíveis. É difícil catalogar os vários (e sutilmente diferentes) métodos de interpretação que, ao longo da história, foram imaginados por juristas e postos em prática por juízes e advogados. Profissionais do direito têm demonstrado bastante criatividade, não só para conceber novos métodos, mas também para batizá-los com nomes curiosos. Há, por exemplo, o método gramatical, o método sistemático ou sistêmico, o método lógico, o método histórico, o método teleológico objetivo, o método

teleológico subjetivo, o método evolutivo, o método dinâmico, o método pragmático, e assim por diante.<sup>2</sup> O iniciante, normalmente, experimenta muita dificuldade para familiarizar-se com essa rica e enigmática terminologia.

O estudo dos métodos de interpretação é facilitado quando os diversos métodos são preliminarmente separados em duas grandes categorias, entre as quais há significativa diferença de grau. Em outro trabalho, um de nós distinguiu essas duas categorias pelos termos “formalismo” e “não formalismo” (Shecaira, 2010). A proposta, naquele contexto, era de que os diversos métodos de interpretação fossem descritos como formalistas ou não formalistas. No contexto deste livro, os métodos formalistas também poderiam ser chamados de métodos institucionais, e os métodos não formalistas poderiam ser ditos métodos substantivos. Afinal, o que distingue esses dois tipos de método é justamente o fato de que uns dão menos margem que outros ao emprego de considerações substantivas por parte do intérprete de textos legais.

O método formalista ou institucional paradigmático é aquele que toma e aplica os textos legais literalmente. É o método que também costuma ser chamado de “gramatical”. Outros rótulos possíveis são “textualismo” e “literalismo”. Quando uma placa proíbe a entrada de “cães” em um prédio público, por exemplo, textualista é aquele que considera proibida a entrada de qualquer ser no prédio que se encaixe no sentido literal da palavra “cão”. Para o textualista, todo cão está proibido, inclusive os cães-guias e os mais dóceis cães de colo. Da mesma forma, são textualistas aqueles moradores do condomínio que evitam andar de bicicleta em uma rua cujo uso é expressamente reservado a “pedestres”.

O textualismo é um método pouco flexível. A sua aplicação exige apenas a compreensão do sentido literal das palavras que compõem o texto. Se o sentido literal do texto é claro e preciso, não há possibilidade de recurso a considerações de natureza extralinguística, muito menos a considerações de natureza moral, política, econômica (enfim, substantiva). Há muitos intérpretes que se insurgem contra a rigidez do textualismo, contra a sua falta de sensibilidade em relação a considerações substantivas pertinentes, mas nem todos os que se insurgem contra o textualismo o fazem com o mesmo grau de convicção. Uma maneira relativamente radical de se insurgir contra a rigidez do textualismo envolve afirmar que a interpretação de um texto legal deve ser

---

<sup>2</sup> Veja, por curiosidade, a longa lista de métodos reconhecidos por um ministro do STJ em um voto da década de 1990 (REsp 35.518/SP [1993]): “Induvidoso, outrossim, que ao lado dos métodos literal, histórico, comparado e lógico-sistemático, outros métodos de exegese, mais modernos, vêm se impondo nos arraiais da hermenêutica, tais como o teleológico, o evolutivo, o axiológico e o calcado na lógica do razoável.”

feita sempre à luz dos fins ou propósitos implícitos no texto. Trata-se de um tipo de interpretação que, no Brasil, às vezes é rotulada “teleológico-objetiva”. Para que serve o texto? Que valores ele quer promover? Que fins ele quer atingir? O usuário do método teleológico objetivo faz valer o propósito que está por trás do texto, mesmo quando o propósito recomenda algo incompatível com o que é explicitamente prescrito pelo texto. Assumindo-se, por exemplo, que o propósito da placa no prédio público seja o de impedir a entrada de animais que gerem risco à segurança e à tranquilidade das pessoas, não haveria razão alguma para proibir a entrada de cães-guias, isto é, o cão-guia, por ser muito bem-comportado, deveria ser tratado como uma exceção.

O método teleológico-objetivo é menos institucional que o textualismo. Não há procedimento consensual e preciso a ser seguido para a atribuição de um propósito ao texto legal. Diferentes intérpretes tendem a atribuir propósitos diferentes, dependendo de suas opiniões sobre qual fim *deve* ser atribuído ao texto. O intérprete nem sempre admite que considerações substantivas o orientam na escolha de algum propósito específico,<sup>3</sup> mas, mesmo assim, o recurso à deliberação substantiva frequentemente é inevitável. É razoável supor que o propósito da placa contra cães seja garantir a segurança e a tranquilidade dos frequentadores do prédio, mas também é razoável supor que o propósito da placa seja manter o prédio limpo. É possível dizer até que o propósito da placa envolva, simultaneamente, todas essas preocupações: segurança, tranquilidade, asseio. Note que a identificação de um propósito específico tem consequências práticas significativas: cães-guias são perfeitamente dóceis e, portanto, não devem ser impedidos, caso o propósito seja o de garantir a segurança no prédio, mas se o propósito da placa envolver preocupação com higiene, talvez até o cão-guia tenha de ser impedido.

É importante enfatizar que, se até mesmo uma placa trivial sobre a entrada de cães em um prédio público pode gerar desacordo substantivo entre usuários da interpretação teleológico-objetiva, imagine a quantidade e a profundidade do desacordo que não seria gerado por textos legais menos triviais. Qual é o “verdadeiro” fim de textos legais que regulam assuntos como casamento entre pessoas do mesmo sexo, fidelidade partidária, duração do mandato presidencial, isenção tributária para entidades filantrópicas, regulação do mercado financeiro, proibição do jogo de azar, anistia para crimes políticos, ação afirmativa, demarcação de reservas indígenas, violência doméstica, maioridade penal, uso da maconha, aborto, pesquisa com células-tronco, distribuição de *royalties* da

---

<sup>3</sup> O propósito costuma ser anunciado pelo intérprete como estando *implícito no texto*. A retórica sugere que o propósito já está lá, “dentro” ou “por trás” do texto, e que ao intérprete cabe apenas revelá-lo.

produção de petróleo etc.? É sobretudo no que diz respeito à interpretação de textos que regulam assuntos politicamente sensíveis que o emprego do método teleológico-objetivo se revela menos institucional e, portanto, mais distante da rigidez que caracteriza o textualismo.<sup>4</sup>

Há diversos métodos intermediários entre os extremos do textualismo e da teleologia objetiva. Nesta seção, basta discutir um método particularmente influente: o método comumente chamado de “teleológico-subjetivo” ou “histórico”. Esse método, por ser teleológico, também olha através do texto, para seus fins subjacentes. Contudo, em contraste com a teleologia objetiva, os fins em questão não são formulados pelo próprio intérprete à luz do que ele considera mais razoável; são fins que os *sujeitos* reais que estiveram por trás da criação do texto legal queriam buscar com a sua promulgação. A finalidade real do autor da placa no prédio público poderia ser, por exemplo, garantir a segurança no prédio. Pode ser que ele tenha criado a placa para reagir a algum incidente específico envolvendo um cão agressivo que entrara no prédio e assustou os funcionários. Se um intérprete usa o propósito real da placa para permitir a entrada excepcional de um cão-guia dócil, ele se desvia do sentido literal da placa e, assim, abandona o textualismo. Note que ele não recorre necessariamente à deliberação substantiva. Ele age com o objetivo de promover os fins do *criador da placa*, fins previamente existentes e (pelo menos nesse caso) identificáveis, independentemente de deliberação moral, política, econômica etc.

O método de interpretação que busca o propósito real, histórico, do autor do texto é mais institucional que o método teleológico-objetivo, que envolve a formulação de um propósito pelo próprio intérprete. Por outro lado, o método teleológico-subjetivo costuma dar mais margem à deliberação substantiva que o textualismo. Dizemos isso por duas razões relacionadas entre si. Primeiro, o método teleológico-subjetivo exige um tipo de pesquisa muito mais complexo (e mais facilmente distorcido por preconceitos ideológicos) do que o método textualista. No contexto de questões jurídicas minimamente complexas, o método teleológico-subjetivo exige pesquisa histórica acerca das reais pretensões do criador do texto legal. Essas pretensões nem sempre são facilmente discernidas: no caso da legislação, exige-se estudo cuidadoso dos debates parlamentares que antecederam a promulgação da lei, assim como de eventuais pareceres de comissões legislativas especializadas, análises jornalísticas e doutrinárias sobre o contexto de

---

<sup>4</sup> Voltaremos a discutir o caráter substantivo do método teleológico-objetivo no próximo capítulo, quando tratarmos da noção de *princípio*.

criação da lei, pronunciamentos do Executivo em caso de tentativa de veto, e assim por diante. Juízes e advogados (cuja formação dogmática não é caracterizada por familiaridade com a pesquisa histórica), muitas vezes, permitem que tendências ideológicas informem a sua análise da complexa história legislativa.

Em segundo lugar, devemos manter em mente que textos jurídicos, tais como leis emanadas de parlamentos reais, são muito diferentes de placas em prédios públicos ou condomínios. O autor de cada placa nos nossos exemplos hipotéticos é um só; podemos encontrá-lo e pedir que esclareça o seu verdadeiro propósito. Leis em sistemas jurídicos maduros, por outro lado, costumam ser criadas por amplos grupos de parlamentares, muitas vezes divididos por antagonismos violentos. É verdade que até mesmo parlamentos heterogêneos frequentemente são capazes de convergir em torno de propósitos comuns, mas isso nem sempre acontece; mesmo quando acontece, a aferição da existência de um consenso não é nada simples. Há um exemplo brasileiro famoso de recurso ao método teleológico-subjetivo que, embora plausível, parece-nos uma tentativa um pouco amadora de realizar algo que exige mais cuidado e rigor. Discutia-se, no HC 82.424/RS (2003), o sentido de uma cláusula constitucional que proíbe o “racismo” no que diz respeito a um caso envolvendo suposta discriminação contra judeus. Um dos votos dos ministros do STF dizia o seguinte:

O elemento histórico [...] converge para dar a “racismo” o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra. Com efeito, a Emenda Aditiva 2P00654-0 do Constituinte Carlos Alberto Caó (“A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”), apresentada em 12.01.1988, a qual deu origem ao artigo 5.º, XLII, da Constituição, tinha a seguinte justificção: “Passados praticamente cem anos da data da abolição, ainda não se completou a revolução política deflagrada e iniciada em 1988. Pois imperam no país diferentes formas de discriminação racial [...]”.

Moreira Alves, o autor desse voto, cita Caó, menciona brevemente as opiniões de mais um constituinte favorável à emenda aditiva e conclui que o propósito “do legislador” era coibir a discriminação racial — mais especificamente, a discriminação contra o negro. Moreira Alves argumenta, mais adiante, que os judeus não compõem realmente uma raça e que, portanto, não há que se falar em racismo contra judeus. Para nós, ficam as seguintes dúvidas. Como sabe Moreira Alves o que pensavam os demais parlamentares que



aprovaram a emenda (além dos dois constituintes mencionados)? Talvez eles tivessem em mente uma noção mais ampla de “racismo”, isto é, uma noção que englobasse a discriminação contra grupos que, como os judeus, sentem-se culturalmente ligados e estimulam em alguma medida a endogamia.<sup>5</sup> E se os demais parlamentares tivessem de fato uma noção ampla de racismo em mente, haveria razão para assumir que a noção mais estreita de Caó tem prioridade? Como promotor da emenda, Caó presumivelmente gozava de certa influência, mas, no final das contas, a emenda dependeu da aprovação de outros parlamentares, cuja opinião não poderia ser democraticamente ignorada. Na verdade, há uma dúvida ainda mais fundamental do que todas essas. O discurso de Caó sugere que ele estava particularmente preocupado com o racismo contra negros. Mas como saber se Caó também não tinha uma simpatia não divulgada pela causa judia e se ele não gostaria que a discriminação contra os judeus fosse igualmente proibida pela “sua” emenda? Permanece a suspeita de que Moreira Alves preferiu ignorar essas complicações. Afinal, elas poderiam servir de obstáculo à interpretação que lhe parecia mais razoável do ponto de vista substantivo. Para resumir: o método teleológico-subjetivo tem potencial para ser institucional, mas apenas quando envolve pesquisa histórica meticulosa.

Cabe uma última observação sobre os diferentes tipos de métodos de interpretação que existem. O leitor pode achar estranho que pouca atenção tenha sido dada ao famoso método “sistemático” ou “sistêmico” de interpretação. Trata-se de um método a que os juristas brasileiros sempre fazem menção, o que sugere que ele é importante e rivaliza com os métodos discutidos aqui. De fato, os profissionais do direito falam exatamente assim: como se o método sistemático fosse um método autônomo, aplicável independentemente dos demais métodos de interpretação (textualismo, teleologia subjetiva, teleologia objetiva etc.). Duvidamos de que o método sistemático goze de tal autonomia.

Por um lado, a expressão “método sistemático” é usada para fazer referência a um conjunto grande e diverso de estratégias argumentativas. Considere, por exemplo, um decreto municipal que proíbe a entrada de veículos em parques públicos. Suponha também que, tendo dúvidas sobre a aplicabilidade da palavra “veículo” a patinetes, um intérprete recorra a outros dispositivos dentro do mesmo decreto. Pode ser que o intérprete

---

<sup>5</sup> Durante o processo, o ministro Maurício Corrêa expressou dúvidas parecidas com essas: “Será que todos os constituintes votaram a disposição tão-só com esse desiderato? Ou haveria elastério maior para incluir, como no caso, discriminações tidas como de racismo contra outros segmentos da sociedade brasileira?” Alves ofereceu resposta a essas considerações, mas as respostas são pouco convincentes.

encontre um dispositivo que efetivamente esclareça o sentido de “veículos”, indicando, por exemplo, que se trata apenas de veículos motorizados (o que deixaria de fora o patinete). Na falta de um dispositivo tão esclarecedor, o intérprete poderia socorrer-se da jurisprudência, isto é, da forma como outros juízes têm entendido a palavra “veículo” em casos anteriores. O intérprete pode valer-se também daquilo que os juristas têm escrito sobre o assunto. Todos esses procedimentos — o recurso a outros dispositivos, à jurisprudência, à doutrina — já foram descritos como envolvendo o emprego do “método sistemático”.

Mas o problema não é só decifrar o que o intérprete tem em mente quando usa a expressão “método sistemático”. Parece que a esse suposto método falta também autonomia em relação aos demais métodos. O apelo a outros dispositivos dentro da mesma lei, por exemplo, pode ser feito com o simples objetivo de encontrar dispositivos *literalmente* claros que sejam capazes de esclarecer o dispositivo em foco. Esse procedimento poderia ser classificado como “sistemático-textualista”: ele combina diferentes dispositivos (nisso ele é sistemático), mas interpreta cada dispositivo literalmente (nisso ele é textualista). Por outro lado, o apelo a outros dispositivos também pode ser feito com o objetivo de encontrar indícios do que seja o propósito comum dos vários dispositivos. O exercício de interpretação, nesse caso, poderia ser classificado como “sistemático-teleológico”. Suponha, por exemplo, que o intérprete não encontre qualquer dispositivo que esclareça diretamente o problema do patinete, mas encontre dispositivos que permitam, por exemplo, o exercício de algumas atividades recreativas no parque. Isso pode indicar que o propósito da lei *como um todo* é promover o lazer no parque, o que não leva à proibição do patinete. Se outros dispositivos indicassem, pelo contrário, que o objetivo do parque é proporcionar um ambiente silencioso e tranquilo para pessoas que queiram afastar-se momentaneamente do conturbado ambiente urbano, a proibição de patinetes poderia ser encarada como correta.

A ideia, portanto, é que o método sistemático depende do auxílio de considerações que dizem respeito a outros métodos: textualista, teleológico etc. O apelo ao método sistemático não quer dizer que o intérprete esteja evitando os demais tipos de método. Quem usa o método sistemático estende o alcance do seu método preferido (textualista, teleológico etc.) para além do dispositivo ou pedaço de texto em destaque. A extensão pode levar o intérprete a outros dispositivos dentro da mesma fonte, a outras fontes do mesmo tipo (por exemplo, outras leis) e até a fontes de outros tipos (a jurisprudência, a

doutrina), mas, seja como for, a extensão nunca dispensará a adoção de algum outro método: textualista, teleológico etc.

### 4.3 Interação entre os métodos de interpretação

O objetivo da seção anterior foi mostrar que a interpretação jurídica pode, em princípio, ser realizada de acordo com diferentes métodos, e que esses métodos variam significativamente no que diz respeito à liberdade dada ao intérprete para raciocinar em termos substantivos (isto é, morais, políticos, econômicos etc.). Por motivos didáticos, os métodos foram apresentados de maneira um pouco artificial. A seção anterior pode dar ao leitor a ideia enganosa de que diferentes juízes e advogados se comprometem com métodos específicos e os aplicam de maneira exclusiva e intransigente. É como se alguns juízes e advogados fossem textualistas em tempo integral, outros aplicassem sempre a teleologia objetiva, e assim por diante. Embora seja verdade que alguns intérpretes têm tendências mais formalistas e outros menos, é possível que os diferentes métodos sejam combinados de diferentes maneiras nos argumentos de um mesmo intérprete. Embora o conflito entre métodos seja um fenômeno comum (pense nas controvérsias acerca das placas sobre pedestres e cães), os diferentes métodos eventualmente são capazes de combinar-se.

A lógica do acúmulo, tão marcante no que diz respeito ao emprego das fontes do direito, também tem influência sobre a forma como os profissionais do direito usam os diferentes métodos de interpretação. Nos exemplos hipotéticos da seção anterior, supusemos que o sentido literal das placas não estava de acordo com o propósito real dos seus autores. Os autores escolheram termos que não representavam muito bem os seus verdadeiros fins: lembre-se, por exemplo, do caso do autor da placa sobre “cães”, que queria proibir apenas cães propensos à violência, e não pensou com antecedência sobre a aplicabilidade da palavra “cães” a cães-guias. Também há muitos casos, hipotéticos e reais, em que os diferentes métodos estão em harmonia. Basta notar que a própria placa sobre “cães” proibiria a entrada de um *pit bull* comum de acordo com qualquer interpretação plausível dos seus termos. Literalmente, o *pit bull* é um cão. Além disso, o propósito real do autor da placa (propósito que diz respeito à segurança no prédio) recomenda a proibição do *pit bull*. E o propósito objetivo também parece recomendar a

proibição do *pit bull*: afinal, é difícil imaginar um propósito objetivo plausível (segurança, tranquilidade, limpeza etc.) que não determine que cães relativamente grandes, atléticos e propensos à violência caiam sob o escopo de uma placa que proíbe “cães” genericamente. Esse é um caso em que todos os métodos apontam no mesmo sentido: o *pit bull* não pode entrar no prédio, qualquer que seja a abordagem do intérprete da placa.

Quando diferentes métodos de interpretação servem para estabelecer um mesmo resultado, os profissionais do direito comumente fazem referência a todos eles. A lógica do acúmulo sugere que é melhor mostrar que um texto determina o resultado X quando interpretado literal ou teleologicamente do que mostrar que X só decorre de um desses tipos de interpretação, mas não necessariamente do outro. O profissional do direito sente mais à vontade quando pode dizer que o texto em que baseia o seu argumento deve ser entendido da mesma forma, seja qual for o método de interpretação que se adote. Quanto mais fontes, melhor. Da mesma maneira, quanto mais métodos atribuírem um mesmo sentido a uma fonte, melhor.

Considere um exemplo real. Segundo a ministra Maria Thereza de Assis Moura, um policial militar do estado do Paraná alegou em recurso ao STJ (RMS 19.612-PR) que

[...] o tempo de serviço na atividade privada deve ser computado para o deferimento do pedido de transferência para a reserva remunerada, em razão do que determina o art. 201, § 9.º, da Constituição Federal. Em contrarrazões, o estado do Paraná afirma que o referido dispositivo constitucional é aplicável somente à aposentadoria do militar e não para a sua reforma.<sup>6</sup>

Na ementa da sua decisão, a ministra acolhe o pedido do policial nos seguintes termos (entre colchetes estão comentários nossos):

2. Se tanto a reserva remunerada como a aposentadoria, para os militares, conduzem, de certo modo, a uma mesma definição, qual seja, a de que se trata da passagem do militar para a inatividade, por tempo de serviço, com o recebimento de seus proventos, razão não há para que o art. 201, § 9.º da Constituição seja interpretado restritivamente, sem que o verdadeiro sentido lhe seja extraído. Aplicabilidade dos métodos de interpretação

---

<sup>6</sup> Diz o referido dispositivo constitucional: “Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.”

sistemático e teleológico. [Pouco importa que o método sistemático não seja realmente autônomo; a ministra presume a sua autonomia e o acumula ao método teleológico.]

3. Quando a Constituição determina que para efeito de aposentadoria é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, tal disposição deve ser lida também para fins de reserva remunerada do militar, na medida em que não há razão lógica, sistemática ou teleológica para uma distinção que leve a uma interpretação restritiva do dispositivo constitucional. [Aqui aparece uma terceira razão, “lógica”, que se soma às razões derivadas do emprego dos outros dois métodos de interpretação.]

4. Recurso ordinário provido.

Outro exemplo interessante aparece no famoso caso americano de *Riggs × Palmer* (1889), um caso em que o réu, Elmer Palmer, matou seu avô para garantir que não fosse excluído do testamento. A maioria dos membros do tribunal decidiu que Palmer não teria o direito de herdar, apesar de o testamento ser formalmente válido e a legislação em vigor na época não fazer qualquer restrição aos direitos de herdeiros que tirassem a vida do testador. Entre colchetes estão comentários nossos:

Foi a intenção dos legisladores que os beneficiários de um testamento recebessem os bens. Mas nunca poderia ter sido a sua intenção que um herdeiro que matou o testador para efetivar o testamento pudesse ser beneficiado. Se tal caso tivesse passado pelas suas cabeças [...] não há dúvida de que o teriam regulado. [Até aqui o voto do tribunal parece usar o método teleológico-subjetivo, embora não apresente evidências históricas concretas das intenções dos legisladores, mas simplesmente especule sobre o que eles *teriam* dito sobre o assunto.] [...] Além disso, toda lei, assim como todo contrato, pode ter seus efeitos controlados por máximas gerais do *common law*. Ninguém tem a permissão de lucrar a partir da sua própria fraude, ou tirar vantagem do próprio ato ilícito, ou adquirir propriedade a partir do próprio crime. Essas máximas são ditadas por considerações de política pública [*public policy*, no original], têm seu fundamento no direito universal aplicado em todos os países civilizados e não foram em lugar algum revogadas pela lei. [A segunda parte do argumento pode ser associada ao método teleológico-objetivo; afirma-se que a interpretação da lei deve ser feita de acordo com princípios gerais implícitos no *common law* e ao mesmo tempo recomendados por considerações de política pública.] (Golding, 2001: 85; tradução nossa)

Tão importante quanto o acúmulo entre métodos que se corroboram (isto é, que levam ao mesmo resultado) é o acúmulo entre métodos que se complementam. É comum que os intérpretes recorram a um método, percebam sua incapacidade para indicar com precisão o sentido do texto legal e, portanto, sirvam-se de um segundo método com o objetivo de suprir a insuficiência do primeiro. O método textualista frequentemente requer esse tipo de complementação. Sempre que o texto legal (literalmente compreendido) é ambíguo, vago ou irremediavelmente inconsistente, o método textualista mostra-se pouco útil. Voltaremos a discutir esses fenômenos de imprecisão textual no próximo capítulo; por enquanto, basta considerar um exemplo. Trata-se do exemplo clássico de Herbert Hart, a que já se aludiu: “É proibida a entrada de veículos no parque.” A palavra “veículo”, tomada no seu sentido convencional, cobre claramente carros, caminhões e motocicletas (esses objetos estão proibidos pela regra do parque). Entretanto, a palavra “veículo” não cobre claramente objetos como bicicletas, patins, carros elétricos de brinquedo etc. O intérprete textualista não seria capaz de resolver uma dúvida sobre a permissibilidade de patinetes no parque apenas com base na apreciação do sentido literal da regra. Ou ele desiste de resolver o caso (opção indisponível quando o intérprete é uma autoridade oficialmente incumbida da tarefa de solucionar o problema), ou ele apela a algum método complementar. O intérprete pode, por exemplo, investigar as intenções do legislador para saber se ele entendia “veículo” em sentido mais ou menos amplo, se ele tinha a intenção de impor limites específicos sobre as atividades recreativas permissíveis no parque, e assim por diante. Se o método teleológico subjetivo também não produzir uma resposta precisa, o intérprete pode recorrer a um terceiro método que dê conta do recado, e assim por diante.

É importante observar que a complementação de um método por outro nem sempre é *necessária* quando o primeiro método a que se recorre é insuficiente. Por exemplo, os sistemas jurídicos às vezes consagram regras de interpretação (também ditas “cânones” ou “máximas” de interpretação) que são úteis para solucionar dúvidas sobre o sentido literal do texto legal. No direito penal, por exemplo, é comum que, entre as interpretações possíveis de um texto ambíguo, adote-se a interpretação mais favorável ao réu. Alguns cânones recebem rótulos latinos, como *ejusdem generis*, uma regra que requer que termos vagos sejam entendidos como se abrangessem apenas coisas similares àquelas explicitamente mencionadas no texto. Schauer dá um exemplo hipotético e outro real do emprego dessa regra:

Um dispositivo legal exigindo inspeção governamental de “frutas, legumes, grãos e outros produtos” deve, de acordo com esse cânone, ser entendido como incluindo apenas alimentos entre “outros produtos”, e não veículos motorizados ou televisores. E assim, em *Circuit City Stores, Inc. v. Adams*, a Suprema Corte decidiu que um dispositivo na Lei Federal de Arbitragem, que aplicava uma parte da lei a “marinheiros, ferroviários ou qualquer outra classe de trabalhadores envolvidos em comércio internacional ou interestadual”, devia ser interpretada como sendo aplicável apenas a trabalhadores de transporte, e não aos demais trabalhadores empregados no comércio internacional e interestadual. (Schauer, 2009: 169; tradução nossa)

Os cânones operam de maneira limitada e intermitente: eles dizem respeito à maneira correta de interpretar textos com características específicas, em contextos específicos. Quando os cânones consagrados em dado sistema jurídico não dão conta da dúvida experimentada pelo usuário de um método de interpretação, é natural que ele recorra a algum método complementar.

O que aprendemos sobre a interpretação jurídica até agora? Aprendemos que há diferentes métodos de interpretação, uns mais institucionais que outros. Aprendemos que esses métodos podem entrar em conflito, mas que eles também podem acumular-se, corroborando-se ou complementando-se. Agora o terreno está preparado para que reconsideremos uma dúvida mencionada no início deste capítulo: a interpretação de um texto legal diz respeito (1) à descoberta de um sentido preexistente no texto ou, pelo contrário, (2) à atribuição de um sentido que o texto não carrega consigo, independentemente do intérprete? Humberto Ávila, influente jurista brasileiro, parece defender a opção 2 quando diz que “a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos do texto” (Ávila, 2012: 34). Essa afirmação não é falsa, mas também não deve ser aceita sem ressalvas. Como foi dito no início do capítulo, ela tem (apenas) um fundo de verdade.

O fundo de verdade da afirmação de Ávila diz respeito ao fato, já discutido neste capítulo, de que há mais de um método possível de interpretação jurídica. Um mesmo pedaço de texto (por exemplo, uma mesma placa sobre “pedestres” ou “cães”) pode ser entendido de maneiras diferentes por intérpretes que adotem métodos distintos de interpretação. Como o texto não costuma determinar qual método deve ser usado na sua

própria interpretação, a escolha acaba ficando a cargo do intérprete. Se o intérprete escolhe o método, ele também escolhe o sentido do texto.

Quais ressalvas devem ser feitas? A afirmação genérica de que o intérprete constitui ou escolhe o sentido dos textos legais parece sugerir que o intérprete *sempre* tem a capacidade de optar entre diferentes sentidos possíveis do texto. O texto *nunca* traz consigo um sentido único e inegociável: o texto nunca engessa, nunca amarra, nunca limita a discricionariedade do intérprete. Mas isso é um exagero. A existência de diferentes métodos de interpretação faz com que o intérprete, muitas vezes, tenha a capacidade de exercer suas próprias escolhas interpretativas. Em muitas outras ocasiões há fatores que tornam a pluralidade de métodos um fato inócuo.

Em primeiro lugar, para que o intérprete tenha discricionariedade, os métodos precisam chocar-se efetivamente. A escolha de um método específico é inócua para fins práticos quando os vários métodos apontam no mesmo sentido, o que não é um fenômeno incomum. Note, por exemplo, que o textualista e o partidário da teleologia subjetiva frequentemente concordam sobre qual sentido atribuir aos textos legais, mesmo enquanto discordam sobre o método que deve ser usado na identificação do sentido do texto. A convergência no que diz respeito ao resultado do emprego dos referidos métodos não é nada surpreendente. O legislador que queira fazer valer certas prescrições normalmente não encontra melhor estratégia do que expor as prescrições que tem em mente de maneira clara e objetiva no texto legal que cria. A falta de harmonia entre o sentido literal do texto e a intenção do legislador é, portanto, uma aberração, um desvio do que esperamos que aconteça normalmente. O desencontro entre o sentido literal e o sentido pretendido pelo legislador decorre de erros triviais de digitação (pense na lei em que se usa, por engano, um “ou” em vez de um “e”) ou de problemas mais sérios, como aqueles que podem ocorrer quando o legislador não percebe ou é simplesmente incapaz de prever as consequências das suas palavras para casos concretos inusitados (“Nossa, não pensei no cão-guia quando criei a placa!”). Não havendo desencontro entre texto e intenção, o fato de existir a possibilidade de escolha entre os métodos textualista e teleológico não faz qualquer diferença prática. O intérprete pode até escolher um método, mas o resultado, o sentido que ele acabará atribuindo ao texto para solucionar algum caso concreto será inevitavelmente o mesmo. Nesse sentido, o intérprete está engessado.

Além disso, embora os sistemas jurídicos reais dificilmente estabeleçam hierarquias claras entre os diferentes métodos de interpretação, é comum que haja pelo menos consenso tácito de que alguns métodos devem ser preferidos ou privilegiados em



relação aos demais. É como se alguns métodos gozassem de presunção relativa (não absoluta) a seu favor. Como prevê a tese institucional,<sup>7</sup> os métodos favorecidos por tal presunção são justamente os métodos mais institucionais. Há comparatistas que dizem que, em diversos países, até mesmo entre os juízes de tribunais recursais (a que chegam os casos mais complexos e politicamente sensíveis), presume-se que os textos legais devem ser aplicados literalmente (Vogenauer, 2006). Derruba-se a presunção apenas quando há razões importantes para isso: por exemplo, quando o sentido literal do texto está em flagrante conflito com o seu propósito subjacente ou quando a aplicação literal do texto levaria a resultados muito insatisfatórios do ponto de vista substantivo.

Os vários métodos de interpretação (textualista, teleológico etc.) estão, em tese, disponíveis ao juiz, o que não quer dizer que, na prática, os juízes tenham plena liberdade para valer-se do método que lhes pareça substantivamente mais recomendável. Há pressão da comunidade jurídica para que os juízes recorram com moderação a métodos mais substantivos, métodos que permitam que o intérprete dê vazão às suas opiniões morais, políticas, econômicas etc. Trata-se, aliás, de mais uma instância da pressão que a comunidade jurídica exerce contra aquilo que é geralmente conhecido como ativismo judicial.

#### 4.4 Interpretação constitucional

Será que tudo o que foi dito até aqui se aplica sem ressalvas à interpretação do texto constitucional? Para concluir este capítulo vamos considerar algumas peculiaridades interessantes da interpretação constitucional, quando contrastada com a interpretação de textos legais infraconstitucionais.

Os textos constitucionais em sistemas jurídicos contemporâneos têm duas características que são dignas de nota no contexto de uma discussão sobre interpretação jurídica. Primeiro, as constituições, sobretudo aquelas que incluem um rol de direitos fundamentais, empregam termos particularmente vagos e moralmente carregados, cuja aplicação tende a gerar controvérsia. “Dignidade”, “privacidade”, “liberdade”, “igualdade” etc. são palavras cujo significado varia de acordo com as convicções morais

---

<sup>7</sup> Isto é, a tese, discutida em capítulos anteriores, de acordo com a qual a argumentação jurídica é predominantemente institucional.

e políticas do intérprete. Além disso, essas palavras fazem referência a valores que, de tão genéricos e abstratos, frequentemente têm implicações conflitantes para a regulação de casos concretos. A discussão contemporânea sobre a permissibilidade da publicação de biografias não autorizadas, por exemplo, pode ser interpretada como uma discussão sobre a importância relativa de valores constitucionais como liberdade (de expressão do biógrafo) e privacidade (do biografado). Ainda que não haja dúvida sobre o *status* constitucional desses dois valores (liberdade e privacidade), é natural que haja dúvida sobre as suas implicações para casos específicos, como o caso das biografias não autorizadas.

É quase banal dizer que a presença de linguagem vaga e moralmente carregada na constituição faz da interpretação constitucional um tipo mais aberto, mais livre, mais substantivo de interpretação. Isso tende a ser reconhecido até mesmo por entusiastas do dito “teste de proporcionalidade”, o exemplo mais disseminado de procedimento deliberativo que tem por objetivo solucionar conflitos entre valores constitucionais. O teste de proporcionalidade é celebrado entre os seus defensores como uma forma de estruturar e racionalizar a argumentação jurídica em casos de conflito entre valores constitucionais. No entanto, é difícil encontrar quem ouse dizer que o teste é capaz de eliminar, ou mesmo reduzir significativamente, a discricionariedade do juiz que o aplica. Pelo contrário, costuma estar implícita nas eventuais defesas do teste a ideia de que a sua função é tornar transparente o raciocínio do juiz, permitindo que os seus interlocutores percebam as considerações com base nas quais o juiz julga a importância relativa dos valores constitucionais. As próprias constituições não estabelecem hierarquia entre os valores em questão, e, na falta de regras precisas para a solução do conflito (por exemplo: *lex superior, lex posterior* etc.), o teste de proporcionalidade servirá, na melhor das hipóteses, para organizar e facilitar a compreensão das considerações substantivas a que inevitavelmente se recorre.

Considere um exemplo. Trata-se do voto do ministro Marco Aurélio no já mencionado HC 82.424/RS (2003), que discutia, entre outras coisas, a permissibilidade da publicação de livros que mantinham uma posição revisionista em relação ao Holocausto. Transcrevemos um longo trecho do voto do ministro:

A aplicação do princípio [ou teste] da proporcionalidade surge como o mecanismo eficaz a realizar a ponderação exigida no caso concreto, devido à semelhança de hierarquia dos valores em jogo: de um lado, a alegada proteção à dignidade do povo judeu; de outro, a

garantia da manifestação do pensamento. O conteúdo central do princípio da proporcionalidade é formado por subprincípios [...]. São eles a ideia de conformidade ou de adequação dos meios, a exigibilidade ou necessidade desses meios e a proporcionalidade em sentido estrito. Passo, então, à análise do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul — pronunciamento condenatório —, a partir desses subprincípios, sob um ângulo diferente daquele efetuado pelo ilustre Ministro Gilmar Mendes.

A. O subprincípio da conformidade ou da adequação dos meios [...] examina se a medida adotada é apropriada para concretizar o objetivo visado, com vistas ao interesse público. Assim, cabe indagar se condenar o paciente e proibi-lo de publicar os pensamentos, apreender e destruir as obras editadas são os meios adequados para acabar com a discriminação contra o povo judeu ou com o risco de se incitar a discriminação.

Penso que não, uma vez que o fato de o paciente querer transmitir a terceiros a sua versão

da história não significa que os leitores irão concordar, e, ainda que concordem, não significa que vão passar a discriminar os judeus, mesmo porque, ante a passagem inexorável do tempo, hoje os envolvidos são outros.

É preciso nesse ponto fazer uma reflexão sobre a necessária distinção entre o preconceito e a discriminação. Preconceito, no sentido etimológico, quer dizer conceito prévio, opinião formada antecipadamente, sem maior ponderação ou conhecimento dos fatos, ideia preconcebida. Ora, todos nós temos "pré-conceitos" acerca de muitos fatos da vida, desenvolvidos com base em experiências nutridas ou em ideais a que perseguimos. Preconceito não quer dizer discriminação, esta sim, condenável juridicamente, porque significa separar, apartar, segregar, sem que haja fundamento para tanto. Muito menos, preconceito revela óptica racista. A maior parte dos preconceitos ficam apenas no âmbito das ideias, das reservas mentais, não chegando a ser externada. E ninguém sofre pena pelo ato de pensar, já dizia o brocardo latino. O preconceito, sem se confundir com o racismo, só se torna punível quando é posto em prática, isto é, quando gera a discriminação, ainda em seu sentido aquém do racismo, sem que se tenha, nesse caso, a cláusula da imprescritibilidade.

B. O segundo subprincípio é o da exigibilidade ou da necessidade [...], segundo o qual a medida escolhida não deve exceder ou extrapolar os limites indispensáveis à conservação do objetivo que pretende alcançar. Com esse subprincípio, o intérprete reflete, no caso, se não existem outros meios não considerados pelo Tribunal de Justiça que poderiam igualmente atingir o fim almejado, a um custo ou dano menor aos interesses dos cidadãos em geral. Paulo Bonavides registra que esse cânone é chamado de princípio da escolha do meio mais suave. Na hipótese, a observância desse subprincípio deixa ao

Tribunal apenas uma solução cabível, ante a impossibilidade de aplicar outro meio menos gravoso ao paciente: conceder a ordem, garantindo o direito à liberdade de manifestação do pensamento, preservados os livros, já que a restrição a tal direito não garantirá sequer a conservação da dignidade do povo judeu.

C. Finalmente, o último subprincípio é o da proporcionalidade em sentido estrito [...], também conhecido como “lei da ponderação”. O intérprete deve questionar se o resultado obtido é proporcional ao meio empregado e à carga coativo-interventiva dessa medida. É realizado um juízo de ponderação no qual se engloba a análise de adequação entre meio e fim, levando-se em conta os valores do ordenamento jurídico vigente. Robert Alexy, relativamente a esse subprincípio, aduz: “Quanto mais grave é a intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem ser as razões que a justifiquem.” E Celso Antonio Bandeira de Mello explica: “É que ninguém deve estar obrigado a suportar constringimentos em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.” Assim, cumpre perquirir se é razoável, dentro de uma sociedade plural como a brasileira, restringir-se determinada manifestação de opinião por meio de um livro, ainda que preconceituosa e despropositada, sob o argumento de que tal ideia incita a prática de violência, considerando-se, todavia, o fato de inexistirem mínimos indícios de que o livro causará tal revolução na sociedade brasileira. E mais, se é razoável punir o paciente pela edição de livros alheios, responsabilizá-lo por ideias que nem sequer o [sic] pertencem, tendo em vista que há outras maneiras mais fáceis, rápidas e econômicas de a população ter acesso a tais pensamentos, como a internet.

Mesmo porque, à folha 484 do apenso n.º 4 deste *habeas*, tem-se a notícia de que a Editora Revisão, de propriedade do paciente, também edita livros outros cujo conteúdo nada revela de discriminatório, como os títulos “Heráclito”, de Oswaldo Spengler, “As veias abertas da América Latina”, de Eduardo Galeano, “Garibaldi e a Guerra dos Farrapos”, de Lindolfo Collor, “Os imigrantes alemães e a Revolução Farroupilha”, de Germano Oscar Moehiecke, “História da Guerra de Espanha”, de Robert Brasillach e Maurice Bardeche e “El Leviathan en la teoría del Estado de Thomas Hobbes”, de Carl Schmidt.

A par desse aspecto, avocar ao Judiciário o papel de censor não somente das obras dos próprios autores, responsabilizando-os, como sobretudo daquelas simplesmente editadas enseja um precedente perigosíssimo. Senão, vejamos.

Vários livros escritos por autores que já faleceram continuam sendo publicados, e, em alguns deles, pode-se observar conteúdo discriminatório e até racista. Assim, caberia ao Judiciário exterminar essas fontes de conhecimento do cenário nacional? [...] Esses exemplos não são de livros já sabidamente discriminatórios, como “Minha Luta”,

de Adolf Hitler, mas de livros que, durante toda uma geração, foram tidos como ícones reveladores do pensamento nacional.

[...]

Assim, aplicando o princípio da proporcionalidade na hipótese de colisão da liberdade de manifestação do paciente e da dignidade do povo judeu, acredito que a condenação efetuada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul — por sinal, a reformar a sentença do Juízo — não foi o meio mais adequado, necessário e razoável.”<sup>8</sup>

Marco Aurélio segue a tendência de diversos tribunais constitucionais ao redor do mundo e submete o conflito entre valores constitucionais a um procedimento composto de três fases ou etapas. Na primeira fase, o ministro pergunta se a proibição das publicações seria adequada para promover o fim de combater a discriminação contra judeus. Ele responde negativamente com base no que parece ser a afirmação empírica de que é improvável que um livro revisionista a respeito do Holocausto pudesse motivar o antissemitismo (talvez o ministro esteja certo, embora não apresente qualquer dado empírico que pudesse corroborar a sua afirmação).

Na segunda fase, o ministro considera a possibilidade de alguma medida alternativa que seja capaz de contribuir para combater o antissemitismo sem impedir por completo que os livros circulem. O ministro descarta a existência de qualquer alternativa. Não menciona a possibilidade de se impedir a venda dos livros em livrarias populares, permitindo a sua circulação em bibliotecas acadêmicas ou, então, a possibilidade de se permitir a venda do livro com a inclusão obrigatória de um prefácio desabonador, redigido por algum órgão do governo. Talvez o ministro pense que essas medidas alternativas não *poderiam*, por motivos jurídicos ou políticos, ser determinadas pelo STF. Afinal, ele se mostra muito preocupado com o risco de que o tribunal venha a cumprir a função de censor público.

Os receios substantivos do ministro se revelam de maneira ainda mais clara na terceira fase do teste de proporcionalidade. É nessa fase que ele enfatiza as consequências perigosas para a cultura nacional de se proibir a circulação de livros com conteúdo supostamente racista. Atuando como censor, é possível que o STF acabasse por impedir a circulação de livros tidos como “ícones reveladores do pensamento nacional”.

---

<sup>8</sup> Todas as notas de rodapé presentes no voto original foram excluídas desta transcrição.

O uso do teste de proporcionalidade pelo ministro Marco Aurélio tem o grande mérito de tornar a sua argumentação mais organizada e transparente. No entanto, organização e transparência não são sinônimos de ausência de discricionariedade. Outro juiz que aplicasse o teste ao mesmo caso poderia chegar a conclusões diferentes, se variassem, por exemplo, as suas estimativas dos riscos que preocupam Marco Aurélio ou se variassem as suas opiniões substantivas a respeito da função política que o STF deve exercer.

A primeira característica da linguagem constitucional que nos interessa, portanto, é sua vagueza e teor moral. Outra característica importante é a estabilidade ou rigidez do texto constitucional. As constituições são feitas para durar (mais em alguns países, como os Estados Unidos, menos em outros, como o Brasil). Elas não são tão facilmente emendadas ou refeitas quanto a legislação infraconstitucional. Esse é um fator que pode servir como incentivo para que os intérpretes da constituição utilizem métodos mais abertos ou substantivos, mesmo no que diz respeito à interpretação de dispositivos constitucionais que não incluem linguagem vaga e moralmente carregada. A ideia é relativamente simples. Um juiz pode aplicar literalmente um dispositivo legal que lhe parece substantivamente ruim, sem tanto peso na consciência, caso seja possível prever que o dispositivo será modificado ou alterado pelo legislador no futuro próximo. Quando, por outro lado, a rigidez do texto constitucional torna a perspectiva de mudança mais remota, é natural que os juízes se sintam motivados para flexibilizar o texto e promover modificações no contexto de casos concretos. Se o legislador não atualiza o texto, é natural que o juiz o faça, ainda que de maneira sutil e gradual.

Ocorre hoje no Brasil um fenômeno conhecido como “constitucionalização do direito”. Esse fenômeno tem dois aspectos dignos de nota. Em primeiro lugar, diz respeito ao fato de que o nosso extenso texto constitucional abrange uma série de temas que em outros tempos seriam regulados por fontes infraconstitucionais. A constituição vai além do seu papel característico de definir as competências dos órgãos máximos dos diferentes ramos do governo e trata de assuntos sociais, econômicos, administrativos, trabalhistas, tributários, civis etc. Em segundo lugar, há certa tendência para que se interpretem fontes infraconstitucionais à luz de valores constitucionais abstratos, mesmo quando a constituição não tratou de regular detalhadamente os assuntos em questão. Esse fenômeno, às vezes, é chamado de “interpretação conforme a constituição”. Se estivermos certos quanto ao que dissemos há pouco sobre o caráter relativamente mais “aberto” ou substantivo da interpretação constitucional, a interpretação conforme a constituição é uma

maneira de “abrir” ou tornar mais substantiva também a interpretação infraconstitucional. Vagueza, teor moral e rigidez fazem com que a interpretação constitucional seja mais substantiva. A interpretação conforme a constituição é uma maneira de emprestar à interpretação infraconstitucional aquilo que, a princípio, é peculiar à interpretação constitucional.

Há quem diga, no entanto, que a interpretação conforme a constituição deve servir como um recurso subsidiário, a ser usado apenas em caso de ambiguidade no nível infraconstitucional: “Diante de normas plurissignificativas ou polissêmicas (que possuem mais de uma interpretação), deve-se preferir a exegese que mais se aproxime da Constituição e, portanto, não seja contrária ao texto constitucional” (Lenza, 2010: 137). Quando o texto infraconstitucional é ambíguo, o recurso a considerações substantivas é dificilmente evitado. Recorrer a normas constitucionais nessas circunstâncias não seria necessariamente uma maneira anti-institucional de agir. Anti-institucional seria flexibilizar ou moldar dispositivos legais precisos com o intuito de harmonizá-los a normas constitucionais que, por sua vez, convidam a reflexão substantiva (em virtude de vagueza, teor moral e rigidez).

#### 4.5 Resumo

- Interpretar, para os nossos propósitos, é discernir o sentido de um texto legal.
- A interpretação pode, em princípio, ser feita de acordo com diferentes métodos, alguns dos quais são mais institucionais que outros.
- Os métodos de interpretação podem entrar em conflito, levando a leituras distintas de um mesmo texto legal. Os métodos também podem acumular-se, corroborando-se ou complementando-se.
- Em caso de conflito, parece haver uma convenção tácita entre muitos juízes contemporâneos conferindo prioridade relativa aos métodos mais institucionais, com destaque para o método gramatical ou textual.
- A interpretação constitucional tem peculiaridades explicadas por características próprias do texto constitucional, como rigidez e linguagem vaga e moralmente carregada. Essas características contribuem em alguma medida para que a interpretação constitucional seja menos institucional que a interpretação de outros tipos de texto legal.

- Há uma tendência entre juristas brasileiros para constitucionalizar a interpretação de maneira geral. Essa tendência pode representar uma guinada substantiva na argumentação jurídica brasileira.