

Universidade Estadual do Norte do Paraná

Repositório Institucional UENP

<https://repositorio.uenp.edu.br>

Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica

Teses

2024-04-28

Interpretação originalista da norma penal

Di Lascio, Bruno Gimenes

Universidade Estadual do Norte do Paraná

<https://repositorio.uenp.edu.br/handle/123456789/308>

Baixado de Repositório Institucional UENP



CAMPUS DE JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA
MESTRADO E DOUTORADO

BRUNO GIMENES DI LASCIO

INTERPRETAÇÃO ORIGINALISTA DA NORMA PENAL

JACAREZINHO, PARANÁ

2024

BRUNO GIMENES DI LASCIO

INTERPRETAÇÃO ORIGINALISTA DA NORMA PENAL

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica – PPGCJ (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Jurisdição, Direitos Fundamentais e Efetividade da Justiça), da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.
Orientador: Prof. Dr. Gilberto Giacoia
Coorientadora: Prof.^a Dr.^a Bruna Azevedo de Castro

JACAREZINHO, PARANÁ

2024

Ficha catalográfica elaborada por Lidia Orlandini Feriato Andrade, CRB 9/1556, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UENP

D576 Di Lascio, Bruno Gimenes
Interpretação originalista da norma penal / Bruno Gimenes Di Lascio; orientador Gilberto Giacoia - Jacarezinho, 2024.
209 p.

Dissertação (Mestrado Acadêmico Direito) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, 2024.

1. Hermenêutica. 2. Interpretação jurídica. 3. Originalismo. 4. Norma penal. I. Giacoia, Gilberto, orient. II. Título.

CDD: 340.326

TERMO DE APROVAÇÃO

Bruno Gimenes Di Lascio

INTERPRETAÇÃO ORIGINALISTA DA NORMA PENAL

Este documento de dissertação foi julgado adequado para a obtenção do grau de Mestre em Ciência Jurídica e aprovado pela Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica – PPGCJ, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gilberto Giacoia

Prof.^a Dr.^a Bruna Azevedo de Castro

Prof. Dr. Eliezer Gomes da Silva

À memória dos meus avós, a origem de tudo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os professores que ministraram aulas no curso de mestrado, pelas contribuições à minha carreira e ao meu desenvolvimento intelectual: Vladimir Brega Filho (UENP), Jairo Neia Lima (UENP), Eduardo Augusto Salomão Cambi (UENP), Marcos Cesar Botelho (UENP), Samuel Rodríguez Ferrández (*Universidad de Murcia*), Sebastián Borges de Albuquerque Mello (UFBA), Hermes Zaneti Júnior (UFES) e Geovany Cardoso Jeveaux (UFES).

Agradeço enormemente aos meus dois orientadores pelos aconselhamentos, pontuações e questionamentos que fizeram este trabalho ir adiante após substantiva mudança de rota: Gilberto Giacoia e Bruna Azevedo de Castro.

Agradeço a todos os funcionários da Universidade Estadual do Norte do Paraná, simbolicamente na pessoa de Maria Natalina, que fizeram e continuarão fazendo a instituição progredir como academia científica.

Agradeço aos informais professores que sem saber municiaram este trabalho com a riqueza de suas obras: Thomé Sabbag Neto, Eduardo José da Fonseca Costa, Samuel Sales Fonteles, Cesar Mecchi Morales, Alexandre Araújo Costa e Ana Luiza de Moraes Rodrigues Braga.

Agradeço também a todos os colegas da turma XIX do programa de mestrado, representados aqui pela querida amiga e nossa decana Silvana Plastina, pela amizade a mim concedida e pelas ajudas fornecidas em momentos de encruzilhada.

Enfim, meu muito obrigado a todos que direta ou indiretamente colaboraram para a escrita desta dissertação. Rogo que para que seu conteúdo seja contributivo à recuperação do direito brasileiro.

“A razão é que, contrário de uma velha fórmula absurda, não é a letra que mata; a letra dá vida; o espírito é que é objeto de controvérsia, de dúvida, de interpretação, e conseguintemente de luta e de morte.”

(Machado de Assis, em Memórias Póstumas de Brás Cubas)

“Não estou a sugerir, veja bem, que originalistas sempre estão de acordo quanto às suas respostas. Há espaço suficiente para desacordos sobre qual era o significado original e até mesmo sobre como esse significado original se aplica à situação trazida perante o tribunal. Mas o originalista pelo menos sabe aquilo que está procurando: o significado original do texto.”

(Antonin Scalia)

DI LASCIO, Bruno Gimenes. *Interpretação originalista da norma penal*. 2024. Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, 2024, 209f.

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto o estudo da abordagem originalista da hermenêutica jurídica no contexto da norma penal brasileira. Busca-se compreender essa forma de interpretação para responder ao problema da pesquisa: o originalismo pode representar uma forma ideal de interpretação jurídica da norma penal? A pergunta parte de duas premissas que devem ser ao fim realizadas: a efetividade do postulado da legalidade penal como direito fundamental e o dever de autocontenção do intérprete fundado no respeito à legitimidade do legislador como representante da soberania popular. Para perseguir esses objetivos, optou-se pela pesquisa bibliográfica majoritariamente estrangeira de autores que dissertam sobre os temas, partindo do gênero hermenêutico para a especificidade da abordagem originalista, sob deduções metodológicas. As escolhas tomadas projetaram uma dissertação subdividida em núcleos de considerações sobre hermenêutica filosófica, hermenêutica jurídica e hermenêutica jurídica tipicamente originalista, para, em seguida, promover testes da fórmula originalista sobre questões jurídico-penais brasileiras, no intuito de averiguar se a referida abordagem ratifica as premissas adotadas. Por fim, conclui-se pela possibilidade originalista à moda brasileira e traz alguns parâmetros para conduzir a resolução de desacordos hermenêuticos.

Palavras-chave: Hermenêutica. Interpretação jurídica. Originalismo. Norma penal.

DI LASCIO, Bruno Gimenes. *Originalist interpretation of the criminal law*. 2024. Master's Dissertation in Juridical Science of the Post-Graduate Program in Juridical Science of the Center of Applied Social Sciences of the State University of the North of Paraná, Jacarezinho, PR, 2024, 209f.

ABSTRACT

The purpose of this work is to study the originalist approach to legal hermeneutics in the context of Brazilian criminal law. The aim is to understand this form of interpretation to answer the research problem: can originalism represent an ideal form of legal interpretation of criminal norms? The question is based on two premises that must ultimately be fulfilled: the effectiveness of the postulate of criminal legality as a fundamental right and the interpreter's duty of self-restraint based on respect for the legitimacy of the legislator as a representative of popular sovereignty. To pursue these objectives, we opted for bibliographical research, mostly foreign authors who speak on the topics, starting from the general hermeneutics to the specificity of the originalist approach, under methodological deductions. The choices made designed a dissertation subdivided into groups of considerations on philosophical hermeneutics, legal hermeneutics and typically originalist legal hermeneutics, to then promote tests of the originalist formula on Brazilian legal-criminal issues, in order to determine whether the aforementioned approach ratifies the premises adopted. Finally, it concludes by the originalist possibility in the Brazilian fashion and brings some parameters to guide the resolution of hermeneutical disagreements.

Key words: Hermeneutics. Legal interpretation. Originalism. Criminal law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 A HERMENÊUTICA	18
1.1 Primeiras reflexões conceituais sobre interpretação e hermenêutica.....	21
1.2 A universalização da hermenêutica em Schleiermacher.....	25
1.3 O viés metodológico de Dilthey nas ciências humanas.....	29
1.4 A hermenêutica ontológica de Heidegger e a virada existencial.....	32
1.5 O entendimento de Gadamer pela superação de preconceitos.....	36
1.6 Compreensão, explicação e apropriação de sentido em Ricoeur.....	41
1.7 A hermenêutica até aqui: “compreender um texto é seguir seu movimento do sentido à referência”	45
2 A HERMENÊUTICA JURÍDICA	49
2.1 Precedentes da era positivista.....	51
2.2 O positivismo legalista do formalismo exegético.....	55
2.3 O positivismo jurídico científico-metodológico.....	64
2.3.1 Os positivismos metodológicos.....	67
2.3.2 A interpretação jurídica no positivismo pós-exegético.....	76
2.4 O pós-positivismo axiológico.....	82
2.4.1 O neoconstitucionalismo e o protagonismo do princípio.....	85
2.4.2 A interpretação jurídica no pós-positivismo.....	94
2.5 A hermenêutica jurídica até aqui: “dize-me como conceituas a norma jurídica, e eu direi como a interpretas”	95
3 A HERMENÊUTICA JURÍDICA NA ABORDAGEM ORIGINALISTA	98
3.1 O pensamento interpretativista no jurismo americano.....	100
3.2 Por que e qual “originalismo”?.....	102
3.3 A primeira onda do originalismo: <i>original intent</i>	104
3.3.1 O originalismo-intencionalismo de Bork.....	105
3.3.2 Crítica ao originalismo intencionalista.....	108
3.4 A segunda onda do originalismo: <i>original public meaning</i>	111
3.4.1 O originalismo-textualismo de Scalia.....	113
3.4.2 Novos pensamentos originalistas americanos.....	120
3.5 O originalismo em outros países.....	124
3.6 Precedentes aparentemente originalistas no Brasil.....	127

3.6.1 Panorama histórico-constitucional.....	128
3.6.2 O caso do “racismo” constitucionalmente previsto.....	131
3.6.3 O julgamento da Lei da Anistia pelo STF.....	134
3.6.4 Outras manifestações aparentemente originalistas no STF.....	136
3.7 A hermenêutica jurídica originalista até aqui: “são as previsões legais e não as preocupações do legislador que nos governam”.....	139
4 A HERMENÊUTICA JURÍDICA NA ABORDAGEM ORIGINALISTA DA NORMA PENAL BRASILEIRA.....	142
4.1 Preliminares para a interpretação da norma penal brasileira.....	142
4.1.1 O fator balizador do princípio da legalidade.....	143
4.1.2 A leniência (<i>favor rei</i>) como cânone interpretativo latente.....	147
4.1.3 A interpretação da lei penal conforme a Constituição.....	149
4.1.4 Usos tradicionais de interpretação da norma penal no direito brasileiro....	151
4.2 Modelos de interpretações originalistas americanas.....	156
4.2.1 Legislação criminal vaga – <i>Johnson v. United States</i> (2015).....	157
4.2.2 Pena capital a adolescente – <i>Roper v. Simmons</i> (2005).....	160
4.2.3 Buscas investigativas irrazoáveis – <i>Kyllo v. United States</i> (2001).....	166
4.3 Testes interpretativos de questões penais brasileiras por meio do modelo originalista.....	170
4.3.1 Cláusulas analógicas: a infinitude das circunstâncias.....	171
4.3.2 Limitação semântica: a interrupção da prescrição por acórdão.....	178
4.3.3 Ficção penal: a estrutura do crime continuado.....	182
4.3.4 Tipo indeterminado: a incompletude do crime de rixa.....	188
4.3.5 Atualização de elementar: a defasagem do crime de ato obsceno.....	190
CONCLUSÃO.....	194
REFERÊNCIAS.....	199

INTRODUÇÃO

Bradou Napoleão Bonaparte: “interpretar a lei é corrompê-la; os advogados a matam”. E ainda disse: “a má lei aplicada produz mais benefícios do que a boa lei interpretada”¹. Utilitarista e pragmático, o general-imperador possivelmente estava reclamando das manobras interpretativas que tornavam o texto legal obscuro e confuso, à revelia da clareza desejada pelo legislador que o editou. Por variados motivos, a insatisfação napoleônica continua pertinente “desde que todo juiz ou causídico é exegeta à força”².

Na tensão entre previsibilidade e imprevisibilidade do conteúdo normativo, a busca por *segurança hermenêutica* é a principal escolha deste trabalho. Não a segurança trazida pelo conforto material, pelo prestígio social ou pela aparência de poder: a segurança que aqui se mira alcançar é a do pesquisador consciente da sua limitação. É a da insatisfação que se depara o jurista quando constata, resignado, que a norma positivada não é aquilo que ele desejava que ela fosse. O jurista, quando promotor da segurança, não é o soberano da lei, mas seu súdito paciente.

O presente estudo surge da necessidade de se pesquisar, entender e, talvez, promover uma corrente de pensamento hermenêutico que privilegie a autocontenção do intérprete jurídico em tempos de *discricionarismo*, *neoconstitucionalismo*, *jusmoralismo*, *consequencialismo*, *principiologismo*, *jusrealismo* e outros quetais, aqui assumidos preliminarmente como problemas.

O exercício que se fará para descrever e, depois, demonstrar o estado de coisas constituinte do pensamento hermenêutico a ser tutelado adota como ponto de partida o dizer de Aristóteles em *Política*: “As leis corretamente constituídas devem ser o soberano final; e o governo pessoal, seja ele exercido por uma única pessoa ou por um grupo de pessoas, deve ser soberano apenas naqueles assuntos sobre os quais a lei não pode, devido à dificuldade de estabelecer regras gerais para todos as contingências, realizar um pronunciamento exato”³.

¹ BALZAC, Honoré de. *Napoleão - Máximas e pensamentos*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995, p. 75.

² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. XIII.

³ Ao citar Aristóteles na mesma página em que cita Thomas Paine, Antonin Scalia demonstra que havia comunhão entre os revolucionários americanos e a filosofia greco-romana. Com ela, os primeiros instituíram o Estado de Direito por meio da Carta de 1787, repleto de garantias às liberdades individuais por meio das dez primeiras emendas ao texto original, chamadas de *Bill of*

É verdade que o Estagirita não imaginou que a pós-modernidade trataria de tentar legislar sobre todas as coisas que se movem. Há códigos, estatutos, regulamentos, portarias, resoluções e diplomas dos mais variados prevendo uma infinidade de situações previamente coordenadas, prescritas e proscritas. Ainda assim, mesmo diante de toda essa completude, há intérpretes⁴ crentes na incerteza da norma positivada, manobrando-a nas brechas de significação. Mas como?

A norma deve ser certa e previsível. Mais ainda a norma penal, porque restritiva de direitos fundamentais como a liberdade, a propriedade e a dignidade. A incerteza da norma é incompatível com o Estado de Direito, como aliás disserta Antonin Scalia, falecido *justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos e um dos próceres do *pensamento originalista*: “a justiça rudimentar exige que aqueles que estão sujeitos à lei tenham os meios de saber o que ela prescreve”⁵.

Não se pode imitar Calígula, que tinha por hábito afixar as novas medidas legais no alto das colunas dos prédios públicos “para que fossem mais difíceis de ler e mais fáceis de transgredir”⁶. Mas mesmo o ardid romano tinha consciência do dever de publicidade da norma escrita, tanto é que a divulgava em editais. Isto porque “uma regra ruim é melhor do que regra nenhuma”⁷.

A existência de regras – boas ou ruins – não impede que sejam mal interpretadas, mal entendidas ou deliberadamente corrompidas a fim de se causar resultado distinto daquele suportado no texto. Pensemos tão somente nas hipóteses em que o aplicador jurídico faz uma má interpretação de importante texto legal e que essa má interpretação conduz o jurisdicionado ao regime prisional. A circunstância é desoladora se se considerar que uma boa interpretação não teria surtido tão deletério efeito à liberdade individual.

E são diversas as questões jurídico-penais que podem escalar a dificuldade interpretativa e acabar se exaurindo em arbitrariedades. O que é um motivo fútil que

Rights. SCALIA, Antonin. *O essencial Scalia: sobre a Constituição, os tribunais e o Estado de Direito*. Londrina: Editora E.D.A., 2021a, p. 38.

⁴ Ao longo do trabalho, chamaremos os aplicadores jurídicos de intérpretes e vice-versa, ainda que os mais relevantes deles sejam os magistrados, por sua força de se fazer obedecer. Não se ignora que, para muitos autores, não há distinção entre interpretação e aplicação do direito. Por isso, em alguns momentos, trataremos de “intérpretes-aplicadores”. Para outros autores, cabe à doutrina interpretar a norma e cabe ao judiciário aplicá-la. Essas distinções funcionais não têm grande importância para o que se pretende demonstrar no corpo do texto, que é o significado original da norma, independentemente de quem o tenha descoberto.

⁵ SCALIA, 2021a, p. 42.

⁶ *Ibidem*, p. 42.

⁷ *Ibidem*, p. 42.

qualifica o crime de homicídio? Quantas possibilidades podem caber no enunciado “ou outro meio insidioso ou cruel” previsto na qualificadora do mesmo delito? Os elementos normativos da lei que prescreve os crimes preconceituosos são taxativos ou explanativos? O que se pode considerar “gestão fraudulenta ou temerária” a fim de se aperfeiçoar o crime contra instituição financeira? É textualmente possível o afastamento de crimes continuados quando reconhecida a reincidência? A interrupção da prescrição penal pela prolação de acórdãos confirmatórios de sentenças penais condenatórias tem previsão legal?

Para buscar informações mais precisas que ajudem a responder tais questionamentos, faz-se necessário compreender a ascensão da hermenêutica no pensamento humano, notá-la como instrumento de interpretação jurídica e, depois, conhecer suas escolas, seus métodos e seus critérios, para, ao fim, consagrar uma abordagem que privilegie a regular interpretação da lei penal mediante a validação do conteúdo dos fundamentos que regem o penalismo: legalidade, anterioridade, taxatividade, lesividade *etc.*

Nesse rumo, emerge a corrente hermenêutica originalista. O originalismo de hoje se esteia em duas teses: a tese da fixação temporal do significado⁸, que remete o intérprete à época da promulgação do texto legal, e a tese da constrição, que determina a vinculação do intérprete-aplicador ao referido texto como modo de autocontenção. Nesse caso, o significado original do texto a partir da sua carga semântica máxima, assim considerada na data da promulgação da lei, é baliza limitadora da hermenêutica e restringe a discricionariedade do intérprete.

A alternativa oposta que se vislumbra reside nas modernas teorias (neoconstitucionalismo, *living constitution*, principiologismo, jusrealismo) que possibilitam ao intérprete-aplicador maior discricionariedade na apropriação do significado do texto, este tomado como mero referencial passível de filtragens de cariz alegadamente moral, político ou outro. Ainda que por vezes mais útil à promoção da justiça, tal modelo traz dificuldade à formulação de uma política de segurança jurídica. Dificulta ainda o falseamento da fundamentação adotada em

⁸ Embora parecida, diverge do método histórico, porque este faz o hermeneuta render-se à cronologia do texto, sem, contudo, ser capaz de atualizar suas conotações. O historicismo mais se coaduna com o modelo originalista de primeira onda (ou intencionalista), no qual a psicologia do legislador é elemento principal na escavação do significado.

sentenças judiciais⁹, afinal, o direito acabará sendo reduzido à soma de discricionariedades que obtêm algum grau de nivelamento e semelhança em precedentes estabilizados nos tribunais¹⁰.

Nesse ponto, é possível estabelecer a seguinte pergunta de pesquisa: o originalismo pode representar uma forma ideal de interpretação jurídica da norma penal? O pressuposto da pergunta reside na efetividade dos direitos fundamentais constitucionalizados, ou seja, quanto melhor for a interpretação adotada para o texto normativo, mais eficazes serão as garantias penais. Quanto pior, menos eficazes.

O vernáculo *ideal* sugere duas premissas escolhidas: *i*) haverá plena eficácia do princípio da legalidade, no seu sentido mais amplo (lei anterior, escrita e estrita), com o modelo selecionado de interpretação, garantindo-se assim a eficácia de um direito fundamental e a previsibilidade social da tutela penal; *ii*) haverá controle da discricionariedade eventualmente praticada pelo intérprete-aplicador (doutrina e jurisdição), como fórmula de autocontenção e rastreamento do fundamento utilizado, que não deve extrapolar a capacidade do texto da norma.

Para enfrentar o problema, será preciso apurar a correção da seguinte hipótese: há um método ideal de interpretação jurídica da lei penal, que se fundamenta na abordagem originalista, por fazer jus à interpretação *sui generis* inerente à lei penal.

Naturalmente, o que se pretende nesta dissertação não é opor o voluntarismo hermenêutico da contemporaneidade ao legalismo oitocentista agora repaginado. Quer-se, pelo contrário, vincular minimamente o hermeneuta ao texto, considerando todas as suas nuances linguísticas e temporais.

Será tarefa necessária da pesquisa demonstrar, por meio da ampla escavação bibliográfica, que existe uma interpretação jurídico-penal ideal, assim compreendida como garantidora dos preceitos penais clássicos, por meio de um sistema hermenêutico que faça corretas apropriações de sentido respeitando o limite

⁹ Como impugnar uma decisão judicial que não possui metodologia rastreável pelo jurisdicionado? O demasiado subjetivismo que se apropria da norma e a remolda à sua vontade, produzindo nova norma – ou a única norma, conforme o jusrealismo –, inviabiliza total ou parcialmente a lógica do direito recursal. Recorre-se de uma vontade para que outra vontade hierarquicamente superior antipatize com a primeira. O que é isso, senão a indeterminação cognitiva e o pleno relativismo do texto?

¹⁰ Como se verá no terceiro capítulo, o modelo de *common law* não é bem aceito entre os originalistas, embora seja majoritário no ofício jurisdicional americano e australiano, locais onde o originalismo têm boa repercussão.

semântico dos textos. Tudo isso sob a premissa de serem as previsões legais o modo de governança mais apto a realizar a ordem democrática.

Mais especificamente, espera-se que o trabalho consiga *a)* identificar e descrever os contornos filosóficos do pensamento hermenêutico, da hermenêutica geral à hermenêutica jurídica; *b)* identificar, descrever e estabelecer a premissa originalista como plataforma ideal de interpretação da norma penal; *c)* promover testes de verificação e comparação de questões polêmicas existentes no direito penal, via jurisprudência antinômica, a fim de demonstrar a adequação da interpretação originalista às premissas anteriormente adotadas.

Para o desenvolvimento da pesquisa será aplicado o método lógico-dedutivo, municiado de pesquisa bibliográfica, partindo do geral (hermenêutica em grau filosófico) para o específico (hermenêutica jurídica sob enfoque originalista) e, depois, haverá teste da abordagem teórica optada em antinomia com a dogmática e a jurisprudência. Investigaremos o conteúdo do pensamento hermenêutico, depois o conteúdo do pensamento penal concernente ao tema e, ao fim, serão selecionadas questões emblemáticas de dissidência interpretativa na seara penal, a fim de que sejam revisitadas na plataforma originalista.

A aderência da dissertação à linha de pesquisa (Jurisdição, Direitos Fundamentais e Efetividade da Justiça), à área de concentração (Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão) e ao programa (Ciência Jurídica) se encontra na junção dos seguintes temas abordados: interpretação e aplicabilidade da norma penal positivada (jurisdição), garantia da norma penal como produto da reta interpretação (direitos fundamentais), modelos jusfilosóficos para aplicação da norma sob a tensão entre norma e valor (teorias da justiça) e elaboração de modelo para o aperfeiçoamento da exegese penalista (ciência jurídica).

Em suma, pretende-se contribuir com a divulgação da tese originalista como meio hábil para a interpretação da norma penal a fim de garantir algum grau de certeza e previsibilidade próprias da segurança jurídica. Se a tese suscitada for insuficiente, pouco útil ou impraticável no cotidiano forense, este trabalho servirá como antecipação dessas conclusões.

Se, ao contrário, a tese originalista for considerada como legítima e viável, esta pesquisa poderá fornecer subsídios iniciais ao hermeneuta disposto a encontrar corretamente o significado original da norma, isto é, aquele que cronologicamente

suporta a capacidade linguística do texto positivado. Afinal, em um Estado Democrático de Direito governado pelas leis, vale o escrito.

1 A HERMENÊUTICA

A tarefa pontual de obter significados dos textos jurídicos não difere daquela mais genérica que demanda do intérprete a percepção da significação dos textos – quaisquer textos –, porque o direito também é produto da linguagem, sobretudo da linguagem escrita, reduzida a termo, esboçada tipograficamente em um plano visualizável pelo leitor.

Há significado em uma poesia, em uma bula farmacêutica, em uma manchete jornalística, em uma fórmula médica, em uma receita gastronômica, em um tratado filosófico e em um diploma normativo. O atingimento de significado no texto posto, caligrafado ou digitado, é uma das tarefas do ato de interpretar – não a única, porque é possível interpretar outros fenômenos além da escrita humana, que variam do movimento lunar à justaposição de tinturas em uma tela.

O estudo da interpretação e os textos nascem conjuntamente. Os textos não eram imediatamente lidos como se possibilitassem ao ser humano desimpedida compreensão, tal como ocorre com o contato do objeto com os sentidos naturais do corpo físico: sente-se calor ou frio sem se interpretar tal condição, isto é: o calor é sentido primeiro, e, depois, o ser pode raciocinar sobre suas causas e efeitos, mas não sem antes conhecê-lo intuitiva e presencialmente.

Os textos não permitem a cognição pelos sentidos imediatos porque precisam ser decifrados, traduzido, decodificados. A visão é capaz de visualizar a ação humana que introjeta escritos naquela base, mas não os decifra automaticamente, tal como um cidadão chinês monoglota não traduz facilmente as páginas do livro do Corão em língua árabe. Ele sabe que aquilo é um livro e que aquele encadernado possivelmente possui conteúdo cheio de significados em língua diversa, mas não consegue traduzi-los a ponto de conhecer seu conteúdo.

Os “monumentos literários”, na expressão de Dilthey¹¹, devem ser lidos, traduzidos e compreendidos. A compreensão se dá na interpretação do texto, pois é por meio dele que o autor exterioriza, mediante linguagem, seu pensamento. Escreve-se para que outro que não o autor tome conhecimento do pensamento – e

¹¹ DILTHEY, Wilhelm. *Dos escritos sobre hermenêutica: el surgimiento de la hermenéutica y los esbozos para una crítica de la razón histórica*. Madrid: Istmo, 2000, p. 33. Para quem a ciência hermenêutica é “o corpo de ensinamentos sobre a arte (*Kunstlehre*) da interpretação de monumentos literários”.

para que a comunicação entre eles seja eficiente, o interlocutor-intérprete deve entender corretamente as ideias projetadas pelo texto.

Compreender os diversos elementos que envolvem os métodos interpretativos disponíveis é função da hermenêutica, como teoria e como filosofia. Entretanto, não há pleno consenso a respeito da práxis hermenêutica nem mesmo sobre seu conceito.

O verbete “hermenêutica” vem de Hermes, deus olímpico e filho de Zeus e Maia, possuidor de habilidades como eloquência e persuasão, a quem foi atribuído a função de transmitir a mensagem dos deuses aos mortais¹². “Na verdade, nunca se soube o que os deuses disseram, somente o que Hermes disse acerca do que os deuses disseram”¹³.

Para alguns, a hermenêutica é subárea da filosofia e nasce com os gregos antigos, sobretudo na época socrático-platônica, quando havia entrelaçamento entre a racionalidade do *logos* sustentado pelos filósofos e o discurso sofista de mera persuasão por meio da reprodução eloquente das palavras, dispensando-se o nexo entre elas e o dado da realidade¹⁴. Daí exsurge a necessidade de se apreender, pela razão do ser, os elementos constitutivos verdadeiros do objeto referido, por meio dos sentidos, ao invés de se seduzir pelo mero encadeamento de palavras:

A preocupação platônica não era o conhecimento denominado *doxa*, isto é, o conhecimento resultado da opinião, mas o conhecimento que Platão buscava era a *episteme*. *Episteme* na esfera do conhecimento como resultante da razão, conhecimento esse expresso pelo *logos*, portanto um conhecimento universal, e não o conhecimento dos particulares, ou mesmo dos singulares.¹⁵

Platão, em *Crátilo*, enfrenta a sofística e põe em disputa sua noção filosófica de naturalismo (o *logos* está no mundo físico), explicando que a tese convencionalista dos sofistas relegava a verdade à posição de coadjuvante:

Com a tese convencionalista dos sofistas, a verdade deixava de ser prioritária. A palavra para os sofistas, era pura convenção e não obedecia nem à lei da natureza e tampouco às leis divinas (sobrenatural). Como era

¹² SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 18. O autor descreve o costume etimológico, mas questiona se ele é, de fato, real ou se o é apenas um recurso heurístico.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 127.

¹⁴ IAMUNDO, Eduardo. *Hermenêutica e hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 30-33.

¹⁵ *Ibidem*, p. 33.

uma invenção humana, podia ser reinventada e, conseqüentemente, as verdades estabelecidas podiam ser questionadas.¹⁶

A situação dos sofistas impunha relativismo severamente combatido pelo platonismo, porquanto a linguagem seria tão somente um instrumento do conhecimento, já que o real só é conhecido por si, sem necessária mediação.

Já em Aristóteles, o pensamento platônico ganha mais sentido a partir da busca da essência do objeto cognoscível. Para o Estagirita, há unidade entre objeto e significado, sendo as palavras os símbolos que expressam essa unidade. Ou seja, é “porque as coisas têm uma essência que as palavras têm sentido”¹⁷. As palavras como símbolos passam a ter necessária inerência com a essência da coisa para que possam ser tratadas como verdadeiras¹⁸:

Se a linguagem é portadora da ambigüidade, isto se deve não apenas a uma limitação inerente ao discurso, mas também ao fato de que as coisas não se revelam de forma cristalina. Uma palavra é portadora de uma pluralidade de significações, mas aquilo para o que ela aponta é o significado em sua universalidade. Claro está que isto não elimina a equivocidade, e Aristóteles tem plena consciência disso, mas permite que se distingam dois tipos de equivocidade: uma natural e outra accidental. A primeira decorre de o fato do significado, por ser universal, ser dotado de uma multiplicidade inevitável – o universal *árvore* significa uma pluralidade de árvores individuais, as únicas realmente existentes; a segunda decorre da homonímia. Se a primeira equivocidade é inevitável, a segunda pode ser evitada através da distinção rigorosa dos vários significados de uma palavra.¹⁹

A distinção dos significados foi um dos caminhos metodológicos mais constantes no rito da interpretação dos textos escritos. A mais notável delas foi a interpretação dos textos sagrados²⁰ – escritos antiquíssimos que se queriam atemporais. A leitura das parábolas bíblicas, por exemplo, demandava do intérprete astuto conhecimento da forma do texto, sem o qual sua compreensão seria diminuta.

O conhecimento verdadeiro do significado do texto, filtrado do jogo de palavras típico do convencionalismo sofista, deu impulsionamento à ideia de estudo

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 179.

¹⁷ *Ibidem*, p. 184.

¹⁸ “A expressão ‘conforme convenção’ quer dizer que nada por natureza pertence aos nomes, mas vem a pertencer quando se torna símbolo, uma vez que mesmo os sons articulados, como os das feras, revelam algum significado, ainda que nenhum deles seja um nome”. ARISTÓTELES. *Da interpretação*. São Paulo: Editora Unesp, 2013, p. 5.

¹⁹ STRECK, 2021, p. 185.

²⁰ “Verdade é que apenas filólogos clássicos e teólogos filólogos praticaram nossa disciplina”. SCHLEIERMACHER, *op. cit.*, p. 28-29.

metódico da interpretação, que se seguiu até a Idade Moderna. Mas hermenêutica jamais teve uniformidade, nem mesmo cronologia facilmente identificável.

Como se verá, a hermenêutica possuiu uma acepção de *método exegético* de textos determinados (ciência da interpretação localizada), e, depois, mais modernamente avançou para uma teoria universalizante, como *ciência epistêmica*:

Desde o começo que a palavra significou ciência da interpretação, referindo-se especialmente aos princípios de uma exegese de texto adequada. Mas o campo da hermenêutica tem sido interpretado (numa ordem cronológica pouco rigorosa) como: 1) uma teoria da exegese bíblica; 2) uma metodologia filológica geral; 3) uma ciência de toda a compreensão linguística; 4) uma base metodológica dos *Geisteswissenschaften*²¹; 5) uma fenomenologia da existência e da compreensão existencial; 6) sistemas de interpretação, simultaneamente recolectivos e iconoclásticos, utilizados pelo homem para alcançar o significado subjacente aos mitos e símbolos.²²

Este trabalho não se verticalizará na discussão epistemológica que se sobressai a respeito da cognição humana nem fará incursões em searas que não se relacionam diretamente com a ciência jurídica (como a exegese sacra e a fenomenologia da existência), mas terá por enfoque, como o próprio título sugere, a busca por uma abordagem interpretativo ideal da lei penal, crendo-se que ela seja possível adotando-se determinados modelos. Por outro lado, não é adequado suprimir o contexto filosófico que subsidia a crítica aos antigos métodos exegéticos de interpretação jurídica.

Para se conhecer melhor o pensamento hermenêutico jurídico, necessário expor o *status quaestionis* do assunto na seara filosófica e antecedente. Far-se-á por meio de algumas diferenciações, em especial, esboçando a formação do pensamento hermenêutico moderno, independente do jurídico. Para tanto, serão expostas as ideias dos autores principais ligados à filosofia hermenêutica, com enfoque em Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, Gadamer e Ricoeur.

1.1 Primeiras reflexões conceituais sobre interpretação e hermenêutica e o surgimento do pensamento hermenêutico

A hermenêutica pode ou não coincidir totalmente com seus eventuais sinônimos usados no discurso comum. A terminologia constantemente utilizada para

²¹ Tradução livre: “humanidades”.

²² PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1969, p. 43.

descrever os métodos de significação ou de estudo da tradução varia: hermenêutica, interpretação, exegese. Para algumas correntes, há diferença entre elas; para outras, inexistente ou, se existente, é inexpressiva.

Na doutrina jurídica, objeto deste trabalho, a distinção entre hermenêutica e interpretação é encontrada em diversos textos selecionados, sendo majoritária a alocação da hermenêutica como capítulo da metodologia, ou seja, trata-se de um conjunto de métodos tecnicamente considerados para se compreender manifestações normativas textuais ou orais.

De acordo com o dicionário jurídico de De Plácido e Silva, o verbete “hermenêutica” é “empregado na técnica jurídica para assinalar o meio ou modo por que se devem interpretar as leis, a fim de que se tenha delas o exato sentido ou o fiel pensamento do legislador”²³. Na mesma obra, o verbete “interpretação” é compreendido juridicamente como “tradução do sentido ou do pensamento, que está contido na lei, na decisão, no ato ou no contrato”, pois nesse conceito sonda-se a intenção ali contida, para “fixar a inteligência verdadeira do que se interpreta para que assim se possa cumprir o pensamento do elaborador”²⁴. Para o referido autor, a distinção entre uma e a outra é diminuta: enquanto a hermenêutica é técnica geral de esclarecimento, a interpretação é técnica específica, que se debruça sobre a obscuridade do suporte fático.

Carlos Maximiliano, jurista, sobre hermenêutica e interpretação, pontua o conceito mais comumente utilizado dentre a doutrina brasileira: “esta é aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda”²⁵. Em sua melhor definição, a hermenêutica seria a teoria científica que descreve a arte de interpretar, ou ainda “a teoria da interpretação das leis”²⁶.

Rubens Limongi França, também jurista, distingue da mesma forma: “A interpretação, portanto, consiste em aplicar as regras, que a hermenêutica perquire e ordena, para o bom entendimento dos textos legais”²⁷.

Vicente Raó estabelece algumas distinções notáveis entre hermenêutica, interpretação e aplicação: a hermenêutica objetiva investigar e coordenar os princípios científicos e as leis extraídas deles voltados à apuração do conteúdo, do

²³ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 381.

²⁴ *Ibidem*, p. 502.

²⁵ MAXIMILIANO, *op. cit.*, p. 1.

²⁶ *Ibidem*, p. 3.

²⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 23.

sentido e da finalidade; a interpretação, por meio de agires especiais, realiza aqueles princípios; já a aplicação das normas jurídicas “consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos e assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam”²⁸.

Já em Miguel Reale, a distinção entre hermenêutica e interpretação é despicienda para o fim que se almeja²⁹. Ao jusfilósofo, no que concerne à seara jurídica, “interpretar uma lei importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos”, pois “somente assim ela é aplicável a todos os casos que correspondam àqueles objetivos”³⁰.

Lawrence K. Schmidt também não encontra dissidências entre hermenêutica e interpretação: “quando alguém me pergunta o que significa ‘hermenêutica’, eu normalmente digo apenas que significa interpretação”. Para o autor, ambas derivam da mesma palavra grega – “*hermeneuein*” –, que significa expressar em voz alta, explicar ou interpretar, e traduzir. A tradução latina da palavra grega é justamente “*interpretatio*”, originária da portuguesa “interpretação”. Assim, segundo o autor, “hermenêutica realmente significa interpretação”³¹.

Celso Ribeiro Bastos dispõe que a interpretação é a concreção da hermenêutica, ou seja, aquela aplica sobre a prática o que é produzido nesta em teoria³², em estreita semelhança às definições de De Plácido e Silva. Bastos defende que só se está em exercício interpretativo quando o sujeito se interpõe diante de um caso merecedor de decisão, esta que não se produz na aleatoriedade, mas segue as diretrizes abstratamente cominadas pela hermenêutica – que as concedeu sem um caso concreto à vista³³. Hermenêutica é teoria; interpretação é práxis e *applicatio*.

²⁸ RAÓ, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 7. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 452-453. Para o mesmo autor, contudo, a distinção não implica em separação conceitual, porquanto as três disciplinas possuem recíproca dependência. A distinção entre elas se daria no campo da teoria, da prática e dos modos técnicos de aplicabilidade, existindo por detrás delas uma “unidade conceitual e uma continuidade”.

²⁹ REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 238. Conforme o autor, a distinção entre hermenêutica e interpretação, sendo esta a execução daquela, “não atende à natureza necessariamente concreta do ato interpretativo, inseparável dos meios dialeticamente ordenados à consecução dos fins”.

³⁰ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 289.

³¹ SCHMIDT, *op. cit.*, p. 11-17.

³² BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 25.

³³ BASTOS, *op. cit.*, p. 26.

Na versão de Emilio Betti, escritor italiano, a hermenêutica vem a constituir uma teoria geral da ciência do espírito, esta como “ciência moral”. Explica Celso Ribeiro Bastos que Betti reconhece três exigências tipicamente metodológicas para fins hermenêuticos: *i)* precisar o objeto da ciência; *ii)* definir o método a ser utilizado para atingir o resultado; e *iii)* determinar o procedimento cognoscitivo para realizar o método definido³⁴. Sobre tais exigências fala o italiano que o processo interpretativo responde ao problema epistemológico do entendimento, como distinção entre ação e evento, podendo-se tomar a interpretação como ação e o entendimento como evento decorrente: “Para captar a essência do processo interpretativo e compreender sua unidade, é preciso remontar ao fenômeno elementar do entendimento que se realiza por meio da linguagem”³⁵.

Nessa linha, Richard E. Palmer disserta que a hermenêutica chega à sua dimensão mais autêntica quando deixa de ser “um conjunto de artifícios e de técnicas de explicação de texto”, implicando uma avaliação geral da interpretação que se divide em compreender um texto, apenas, e compreender e interpretar³⁶.

Inocência Mártires Coelho, sob influência de Gadamer e Ricoeur, conceitua hermenêutica como arte de explicar e transmitir, sendo estudo da compreensão das obras humanas “pelo esforço próprio da interpretação, aquilo que, dito por outrem, nos vem ao encontro na tradição, sempre que não seja compreensível de modo imediato”³⁷. O autor igualmente discorda da hermenêutica como técnica: “Dado que a hermenêutica não pode ser considerada separadamente da moderna epistemologia, da metafísica e da filosofia da linguagem, ultrapassa nitidamente os limites de um conjunto de meras regras práticas de interpretação”³⁸.

A aceção da hermenêutica como uma mera ciência técnico-normativa para compreensão de determinados textos de determinadas áreas do conhecimento, tal como observam alguns dos juristas já citados, não é respaldada por pensadores de cunho mais filosófico como Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, Gadamer e Ricoeur. Para todos eles, como se verá adiante, a hermenêutica não é uma metodologia para se chegar à compreensão verdadeira, mas um recorte bem mais amplo da existência do ser destinatário da compreensão. Não se tratando de método, a

³⁴ *Ibidem*, p. 24.

³⁵ BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. XCVI.

³⁶ PALMER, *op. cit.*, p. 19-20.

³⁷ COELHO, Inocência Mártires. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 365.

³⁸ *Ibidem*, p. 57.

hermenêutica seria então uma filosofia sobreposta às áreas de concentração de conhecimento, sendo ela própria uma filosofia.

Passa-se, então, a uma nova e mais incisiva discussão: o processo interpretativo é mera reprodução de sentido da norma, por meio de métodos de extração de significados aplicados pelo intérprete (metodologia), ou possui outra natureza, sendo ele próprio o mérito da discussão, como ciência própria (ontologia), independente da natureza do texto abordado?

Em outras palavras, há diferença na interpretação de textos literários, profanos e sagrados, porque cada um deles possui método peculiar de extração de significado, ou a hermenêutica antecede qualquer texto, por ser ela um objeto de compreensão genérico e universal, independente do campo de estudo?

Como se verá, há discrepância entre aqueles que compreendem a hermenêutica como método para obtenção do significado intencionado pelo autor (intencionalistas) e aqueles que posicionam a hermenêutica como o próprio objeto de campo de estudo, emparelhando intérprete e interpretado sem cindi-los (fusionistas). A repartição não é facilmente detectável, mas se funda na oposição entre a hermenêutica como metodologia e a hermenêutica como epistemologia.

Considerando-se ser despicienda a distinção entre hermenêutica e interpretação para os fins almejados por este trabalho, as expressões serão doravante utilizadas como sinônimas, mas debruçadas no intento de se estabelecer qual é o atual estado de investigação desta área do conhecimento³⁹.

Passa-se a conferir, por meio dos referenciais teóricos mais marcantes definidos por esta pesquisa, o trânsito que o pensamento hermenêutico enfrentou entre a metodologia e a epistemologia, para concluir, ao fim, se o pensamento moderno está alinhado à reprodução de significado ou à apropriação de sentido.

1.2 A universalização da hermenêutica em Schleiermacher

Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher (1768-1834) definiu a hermenêutica como “arte da compreensão” e se dissociou da ideia de reprodução de significados contidos no texto para algo prévio e maior, assim simbolizado: “ninguém pode

³⁹ Este trabalho não fará grandes distinções terminológicas entre hermenêutica e interpretação, seguindo as linhas de Miguel Reale e Lawrence K. Schmidt, para quem a divisão pouco se faz útil, e também a de Vicente Raó, para quem a repartição não altera a unidade conceitual de ambas.

pensar sem palavras. Sem palavras, o pensamento ainda não está completo, nem é claro”⁴⁰.

Seu objetivo era afastar a hermenêutica da função de auxiliar a teologia e a filologia. Apesar de ser tarefa comum dos teólogos analisar e interpretar os textos sagrados, especialmente os textos bíblicos, Schleiermacher não se furtou de igual função, mas compreendeu, a seu tempo, que o exercício praticado cindia a epistemologia em fragmentos difíceis de serem organizados cientificamente⁴¹.

Os muitos métodos interpretativos espalhados nas diversas áreas do conhecimento humano deveriam, então, pertencer a um campo integrador, isto é, a uma teoria universal da hermenêutica. Se um ruído de compreensão pode se dar em qualquer área do conhecimento, por meio de qualquer forma comunicativa (escrita, oral, literária, instrumental), então faz sentido tornar gênero uma teoria que albergue as partículas de interpretação servíveis a cada uma das áreas, pois “em todo lugar onde houver qualquer coisa de estranho, na expressão do pensamento pelo discurso, para um ouvinte, há algum um problema que apenas pode se resolver com a ajuda de nossa teoria”⁴².

Antevendo problemas *sui generis*, Schleiermacher excluiu a hermenêutica jurídica da hipótese unificadora, porquanto as leis interpretadas possuíam particularidades discrepantes com a interpretação de textos comuns, especialmente os textos sagrados. Os textos profanos do direito sofrem, segundo ele, intervenção da forma de aplicação: os textos jurídicos não são estudados para que sejam compreendidos, mas para que deles se possa extrair uma resposta que irá sanear uma questão concreta⁴³.

Já quanto aos textos sagrados e profanos das outras áreas (bíblica, literária etc.), Schleiermacher desenvolveu sua tese em substantiva diferença àquela projetada pelos exegetas que seguiram as codificações europeias: a análise dos textos deve visar descobrir padrões de veracidade. Para os textos bíblicos, descobrir-se-iam as verdades reveladas pelo evangelho; para os textos literários,

⁴⁰ SCHLEIERMACHER, *op. cit.*, p. 26.

⁴¹ “Pois, se o orientalismo e a literatura romântica são domínio igualmente fechados, como a filologia clássica e a literatura sagrada, nós teríamos então uma quádrupla hermenêutica, cada uma configurada de maneira especial como órgão para uma esfera determinada, para as quais, porém, deveria haver qualquer coisa de comum e de mais elevado”. *Ibidem*, p. 29.

⁴² *Ibidem*, p. 31.

⁴³ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 84.

estilos de escrita característicos de obras qualificadas. “Em nenhum desses casos, portanto, a finalidade do intérprete era compreender o sentido do texto em si, mas compreender o mundo a partir do próprio texto, a partir do desvelamento da *verdade* que ele encerrava”⁴⁴.

Natural que já se considere, ainda preliminarmente, que o campo jurídico tem objeto que destoa da pretensão universalizante de Schleiermacher, distinção aliás compreendida por ele como tal, afinal, a lei positiva não pretende revelar a verdade da natureza – a descrição da estrutura da realidade – mas tão somente elucidar o conteúdo da norma, que pode ser até mesmo inverídica, improvável ou impossível.

Porém, para se unificar a interpretação de textos sagrados e profanos, Schleiermacher voltou-se contra dogmatismos que tencionavam obter a verdade oculta do texto para justamente obter dele o seu sentido verdadeiro, ou seja, o sentido a que o autor do texto quis lhe dar mediante a finalização da construção da transcrição de suas ideias. Ele via na reconstrução da experiência do autor a chave fundamental para se interpretar o texto por ele externado, obtendo-se o seu sentido por meio daquele intencionado pelo escritor⁴⁵.

Compreender-se-ia o texto compreendendo-se seu respectivo autor. Esse era o mote do projeto de Schleiermacher, estabelecido a partir de duas noções: a interpretação gramatical, que traduziria o texto propriamente dito, e a interpretação técnica (ou psicológica), que traduziria a volição do autor do texto.

Ao contrário do que possa parecer, Schleiermacher não dividiu o modo interpretativo em duas searas, mas criou um binômio indissolúvel. Não se tratou, portanto, de prestar tributo aos exegetas da interpretação literal, de um lado, e dar movimento a uma nova interpretação de cariz psicologista, de outro. Não: ele visou utilizar uma para se atingir a outra, e, ao fim, no todo, obter a compreensão verdadeira do sentido do texto.

A dificuldade na compreensão se dá a partir da ausência de pontos de contato do intérprete com o autor do texto⁴⁶. Ora, se o autor do texto fizer uso de figuras de linguagem e neologismos desconhecidos pelo intérprete, e este não puder comparar

⁴⁴ COSTA, *op. cit.*, p. 84.

⁴⁵ Por meio da “reconstrução completa da evolução interior da atividade compositora do escritor”. SCHLEIERMACHER, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁶ “Os elementos de uma língua, enquanto apresentações de uma capacidade de intuição particularmente modificada, não podem ser construídos a priori, mas reconhecidos apenas através da comparação de uma grande série de casos individuais. Do mesmo modo, tecnicamente não se pode construir a priori as diferentes individualidades”. SCHLEIERMACHER, *op. cit.*, p. 95.

tais locuções com outras pretéritas, a fim de distingui-las, o ruído se imporá sobre a boa interpretação. O óbice seria justamente a ausência de intuição imediata.

Para resolver tal impasse, propõe Schleiermacher que se institua uma congenialidade⁴⁷ entre ambos (autor-leitor), para que se possa identificar o sentido do autor (o sentido do texto) por meio comparativo e divinatório⁴⁸:

Pois, o que faríamos nós a cada vez que caíssemos em uma passagem onde um autor genial pela primeira vez trouxe à luz uma locução, uma composição na língua? Aqui não há outro procedimento que, partindo de modo divinatório da situação da produção de pensamentos, na qual o autor está compreendido, reconstruir corretamente aquele ato criador, (e perceber) como a necessidade do momento pode influir justamente assim e não de outro modo sobre o vocabulário dado vivamente ao autor; e também aqui novamente não há nenhuma segurança, no lado psicológico, sem o emprego de um procedimento comparativo. Por isso, nós não podemos responder a questão proposta senão assim: se a compreensão segura e completa não se realiza simultânea e imediatamente com a percepção, os dois tipos de métodos deverão ser utilizados em ambos os lados – naturalmente em graus diferentes, proporcionais às diferenças do objeto – até que surja uma satisfação tão semelhante quanto possível à da compreensão imediata.

A harmonia entre a interpretação gramatical e a interpretação psicológica, que resulta nos procedimentos divinatório e comparativo, é uma operação que não se dá repentinamente, mas se prolonga no tempo por meio de incorporações de sentido, um a um até que o sentido global seja alcançado⁴⁹.

Alexandre Araújo Costa metaforiza a ideia de Schleiermacher com a audiência de um filme de cinema. Ao assistir a uma película, temos contato com determinadas cenas do roteiro que revelam seu significado somente ao final da projeção, inseridas e contextualizadas na completude da obra. Formam-se expectativas iniciais sobre os recortes projetados na tela, mas essas expectativas só serão satisfeitas ou frustradas após a permanência prolongada do espectador em todo o sequenciamento de cenas da produção audiovisual. Ou seja, só se compreende as obscuridades do filme se se assisti-lo até o fim⁵⁰.

⁴⁷ Aqui se fala em emparelhamento de gênios pela qual as partes envolvidas estão no mesmo estágio de compreensão mútuo, inexistindo profundos ruídos de compreensão. Em sentido figurado, o basco dialoga com o catalão porque ambos são fluentes em espanhol.

⁴⁸ *Divinatório* como dom de adivinhação: adivinha-se o sentido do autor porque com ele há diálogo suficiente entre os gênios.

⁴⁹ “Pois, por onde conheço eu o homem senão apenas através de seu discurso, tanto mais que em referência a este discurso?”. SCHLEIERMACHER, *op. cit.*, p. 93.

⁵⁰ “Além disso, cada vez que se modifica a nossa projeção de sentido sobre o filme, mudam também os significados que atribuímos às cenas anteriores”. COSTA, *op. cit.*, p. 93.

Schleiermacher fala sobre o impasse do que se chamou de “círculo hermenêutico”, o sistema que se retroalimenta circularmente na medida em que só é possível conhecer as partes pelo todo e o todo pelas partes⁵¹. Mais claramente, uma obra do autor é uma parte da sua experiência, mas o todo é justamente a completude da experiência autoral, sem a qual inexistiria aquela parte fragmentária.

Como superar o impasse circular? Bem, a circunferência é meramente aparente, pois o estudo interpretativo do objeto se inicia com a visão geral – a leitura superficial do todo, para compreensão das mais salientes diretrizes, e, depois, em leituras posteriores, a compreensão das ideias específicas tendo em mente as ideias genéricas, em um processo que poderia se assemelhar ao dedutivo, mas com diferenças: o método hermenêutico não inicia do todo para a parte na primeira leitura, mas estaciona no todo e, a seguir, refaz o caminho à procura das espécies⁵².

Schleiermacher tem importante cátedra na disciplina hermenêutica por ter inaugurado o método interpretativo consciente da necessária regressão, pelo intérprete, à experiência consciente do autor interpretado⁵³. Seus escritos influenciaram outros autores que serão pontuados neste estudo monográfico como uma projeção do que o pensamento hermenêutico construiu ao longo dos últimos dois séculos, tendo como pressuposto que a norma, esta externada em linguagem textual ou oral, não é uma realidade prévia e pétrea ao intérprete, cabendo-lhe reproduzir seu sentido, embora cognoscível por ele mediante diálogo com o pensamento do autor, o legislador, para lhe atribuir um sentido regular. Detecta-se aí algum apelo ao *voluntas legislatoris*, mas não único.

1.3 O pensamento hermenêutico-metodológico de Dilthey nas ciências humanas: experiência, expressão e compreensão

Influenciado por Schleiermacher, Wilhelm Dilthey (1833-1911) prossegue o labor de seu marco teórico almejando instituir sobre as ciências humanas método

⁵¹ “O conhecimento completo está sempre neste círculo aparente, onde cada particular só pode ser compreendido através do geral do qual faz parte, e vice-versa”. SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica e crítica*, vol. 1. Ijuí: Unijuí, 2005, p. 24.

⁵² “O ponto de Schleiermacher é que, mesmo que sejamos muito proficientes, não podemos simplesmente ler e realmente compreender o texto imediatamente, pois a prática estrita da hermenêutica pressupõe mal-entendidos. Precisamos começar por uma visão geral e então recomeçar interpretando cada uma das partes até podermos reconstruir o texto inteiro em sua gênese, estrutura e significado”. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 32.

⁵³ Em semelhança ao interpretativismo jurídico que adiante será estudado.

próprio, diverso do positivismo das ciências exatas e distante do idealismo filosófico enaltecido em sua época.

Para Dilthey, as ciências exatas buscam a “explicação”. Ao revés, as ciências humanas buscam a “compreensão”. A distinção elaborada pelo autor visa dar coerência àquilo que a interpretação dos “monumentos escritos”⁵⁴ deve objetivamente buscar:

(...) preservar a validade universal da interpretação histórica contra as incursões dos caprichos românticos e da subjetividade cética, e dar uma justificativa teórica para tal validade, através da qual toda a certeza do conhecimento histórico se fundamenta.⁵⁵

A hermenêutica de Dilthey torna-se “uma reflexão metodológica sobre a pretensão de verdade e o estatuto científico das ciências humanas”⁵⁶. O autor não abandona a metodologia em favor da ontologia (no giro ontológico que se verá em Gadamer, por exemplo). Pretende ele integrar o intérprete ao texto interpretado, mas sem abandonar noções de método regular.

É possível visualizar a permanência da teoria de Schleiermacher em Dilthey na ideia de que a compreensão é justamente um procedimento que refaz o processo de criação. Remetendo-se novamente à metáfora do filme: a compreensão se faz rebobinando a película e reassistindo à obra. Assim, a análise da compreensão acaba por fundamentar a interpretação:

(...) o conhecimento é um reconhecimento e uma reconstrução do espírito que, por meio das formas da sua objetivação, fala ao espírito pensante, que se sente em harmonia com ele na humanidade comum; é uma recondução e uma reunião daquelas formas à interioridade que as gerou e da qual se separaram, uma interiorização que, todavia, transpõe seu conteúdo numa subjetividade diferente daquela que lhes é originária. Tem-se, assim, uma inversão do processo criativo no processo interpretativo: uma inversão que

⁵⁴ Para Dilthey, a hermenêutica é a teoria que agrupa regras para bem interpretar “monumentos escritos”. DILTHEY, *op. cit.*, p. 33.

⁵⁵ SCHMIDT, *op. cit.*, p. 44.

⁵⁶ GRONDIN, Jean. *Hermenêutica*. São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p. 13. Grondin acrescenta que o intento de Dilthey fará contraste com a época vindoura, quando pretendeu-se purificar as ciências isoladamente (daí a teoria pura do direito, por exemplo): “Essa reflexão se eleva contra o pano de fundo do desenvolvimento pelo qual passaram as ciências puras no século XIX, sucesso amplamente atribuído ao rigor de seus métodos, diante dos quais as ciências humanas parecem muito deficientes. Se as ciências humanas quiserem se tornar ciências respeitáveis, devem basear-se em uma metodologia que cabe à hermenêutica fazer surgir”. A hermenêutica se aproximaria da teoria da metodologia da compreensão das ciências humanas.

faz com que no *iter* hermenêutico o intérprete deva percorrer, em sentido retrospectivo, o *iter* genético e refletir a respeito.⁵⁷

Dilthey aprofunda a ideia de interpretação por meio dos textos, porque os “monumentos escritos” são exteriorizações intuitivas-perceptivas do autor que, após identificação com o leitor, há compartilhamento de experiências que possibilitam a aceção objetiva dos vocábulos utilizados. Ou seja: o leitor-intérprete se identifica com o autor-interpretado e, por já conhecer sua natureza – que também o é a sua – sabe quais foram as intenções interpostas no texto⁵⁸. Habitua-se ao autor para conhecer sua obra.

Opta-se então pelo rastreamento empírico e metodológico da manifestação do autor analisado como método de conhecer, integrar e compreender seu pensamento⁵⁹. A pretensão de Dilthey foi evitar o procedimento descritivo das ciências naturais e amparar o procedimento integrativo das ciências humanas. Integra-se o objeto ao observador e só assim há verdadeira compreensão, recriando o sentimento vivido pelo autor por meio de suas expressões (escritos):

A compreensão é o método para alcançarmos a validade objetiva nas ciências humanas. Temos não apenas a compreensão dos outros e de suas manifestações da vida, mas as ciências humanas envolvem a compreensão de todos os maiores conectados, como sistemas legais, costumes, culturas e a ascensão e queda de impérios. Entretanto, todas estas outras formas de compreensão nas ciências humanas dependem de nossa habilidade de compreender outras pessoas e suas manifestações da vida. A interpretação é a compreensão orientada por regras de manifestações da vida permanentes, e como a mente ou o espírito encontra sua expressão completa na linguagem, e a compreensão orientada por regras na linguagem é a ciência da hermenêutica.⁶⁰

O objetivo da interpretação em Dilthey é entender a individualidade a partir de seus sinais exteriores, em geral, os textos: “Chamados *entendimento* o processo pelo qual conhecemos um interior pelo auxílio de sinais percebidos desde o exterior por nossos sentidos”, diz ele, conforme cita Jean Grondin⁶¹.

⁵⁷ BETTI, *op. cit.*, p. XL-XLI. Sobressaem dificuldades para tais ofícios. Betti alerta que “ponto delicado de tal inversão está na transposição mencionada para uma subjetividade diferente daquela originária”. O erro no rastreamento tem condão de produzir erro na compreensão derradeira.

⁵⁸ Percebe-se aqui nova correspondência de Dilthey com Schleiermacher: a compreensão se dá com o alinhamento de dois gênios de mesma natureza – a congenialidade proposta pelo segundo.

⁵⁹ “A compreensão ocorre quando o intérprete é capaz de reconhecer o estado interior de outra pessoa através das expressões empíricas dessa pessoa”. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 52.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 63.

⁶¹ GRONDIN, *op. cit.*, p. 35.

O sucesso na empreitada só pode se realizar na tríade experiência (vivência), expressão e entendimento. As três palavras definem a metodologia de Dilthey. A *experiência* é cada uma das unidades determinadas das partes da vida ligada por um sentido comum. A *expressão* é o espelhamento das marcas da vida interior do ser humano. A *compreensão* é o “processo mental pelo qual compreendemos a experiência humana viva” e “operação de um pensar silencioso que efectua a transposição pré-reflexiva de uma pessoa para a outra”⁶².

O cerne da hermenêutica de Dilthey é conciliar seu precedente schleiermacheriano com um procedimento metodológico digno de todas as ciências humanas. É a comunhão do círculo hermenêutico com a tríade metodológica de experiência, expressão e entendimento.

Dilthey importa para a hermenêutica jurídica na medida em que o autor vislumbra nos textos (monumentos escritos) a forma mais plena de expressão da personalidade do ser – a manifestação mais consistente do espírito humano. A norma jurídica, especialmente a norma jurídica penal, é obrigatoriamente escrita (*lex scripta*), atraindo sobre si mecanismos de compreensão assemelhados àqueles que o autor referencia nas ciências humanas gerais.

Contudo, coube a outros autores retirar a hermenêutica da posição metodológica de ciência da interpretação e colocá-la como próprio objeto a ser analisado (transição ontológica da metodologia para a epistemologia), em parcial continuidade do pensamento hermenêutico de Schleiermacher em Dilthey. Foi com Heidegger que a hermenêutica sofreu o “giro ontológico”, tornando-se uma filosofia que não se referia à interpretação da obra externa do ser, mas à compreensão do próprio ser em comunhão com a obra por ele analisada.

1.4 A hermenêutica ontológica de Heidegger e a virada existencial

A transformação da hermenêutica em filosofia autônoma atinge seu mais importante estágio com a obra de Martin Heidegger (1889-1976), filósofo alemão que não só contribuiu para transformá-la, como também mudou seu objeto, sua vocação e seu estatuto. A hermenêutica mudou de objeto porque passou a não mais incidir sobre textos e ciências interpretativas, mas sobre a própria existência do ser;

⁶² PALMER, *op. cit.*, p. 120-121.

mudou de vocação porque deixa de ser artifício metodológico para ter função fenomenológica e libertadora; mudou seu estatuto em decorrência da confusão entre o processo interpretativo com a própria filosofia do conhecimento⁶³.

O pensamento heideggeriano desenvolveu aquilo que veio a se chamar “hermenêutica da facticidade”⁶⁴. Isto porque a compreensão, ao contrário de Dilthey, deixa de se situar na via epistemológica, como um problema de metodologia das ciências humanas que devesse assimilar a metodologia das ciências naturais, para se situar como um prolongamento da existência do ser. Compreender passa a ser um modo de estar (*Dasein*, ou ser-no-mundo, ou ser-aí-está), não um método científico.

O *Dasein* é o ser-no-mundo, nas palavras do autor:

O *Dasein* é um ente que, entendendo-se em seu ser, comporta-se em relação a esse ser. Assim se indica o conceito formal de existência. O *Dasein* existe. *Dasein* é, além disso, o ente que eu sou cada vez eu mesmo. Ao *Dasein* existente pertence o ser-cada-vez-meu como condição da possibilidade de propriedade e impropriedade. O *Dasein* existe cada vez em um desses *modi* ou em sua indiferença modal⁶⁵.

A hermenêutica da facticidade é a “autocompreensão interpretativa do *Dasein* em sua vida efetiva”⁶⁶. A facticidade, então, trata de despertar a existência para si mesma, tornando a hermenêutica o *Dasein* de cada um: a “hermenêutica não tem mais a ver com textos, e sim com a existência individual de cada um, a fim de contribuir para se despertar a si mesma”⁶⁷.

A partir de Heidegger, a hermenêutica passa a considerar “menos a relação do intérprete com o outro do que a relação que o hermeneuta estabelece com a sua própria situação no mundo”⁶⁸. O horizonte da compreensão do agente precede a distinção entre sujeito e objeto, porque sua condição existencial é ela própria a estrutura de realização da sua vivência, o *Dasein*. Supera-se o dualismo cognitivo do sujeito-objeto para se anunciar o conhecimento por presença, sendo necessário que

⁶³ GRONDIN, *op. cit.*, p. 38.

⁶⁴ “Na medida em que o homem pergunta pelas condições de possibilidade da compreensão, significa que nesse momento ele já compreendeu o mundo de alguma forma, e por isso já habita um mundo fático do qual não pode escapar”. STRECK, 2020, p. 104.

⁶⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Campinas: Editora da Unicamp, 2012. p. 169.

⁶⁶ SCHMIDT, *op. cit.*, p. 118.

⁶⁷ GRONDIN, *op. cit.*, p. 41.

⁶⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educacional, 2019, p. 28.

o conhecimento preliminar do sujeito seja “perceber e, perceber como objeto e, depois então, ir ao encontro desse objeto: conhecer é um estado de ser”⁶⁹.

Substitui-se o dualismo metodológico, abandonando a concepção de se explicar o conhecimento pela racionalidade filosófica – e aí está o giro ontológico de Heidegger: deixa-se a ontologia do objeto e abre-se à ontologia do ser. Isto porque, “na medida em que o homem pergunta pelas condições de possibilidade da compreensão, significa que nesse momento ele já compreendeu o mundo de alguma forma, e por isso já habita um mundo fático do qual não pode escapar”⁷⁰.

A compreensão do agente é bem sucedida “quando as estruturas prévias são baseadas nas coisas em si”, uma vez que a compreensão é sempre “a interpretação de alguma coisa, tendo em vista as estruturas prévias da compreensão, como alguma coisa, e por isso uma compreensão hermenêutica”⁷¹.

É possível dizer que a hermenêutica heideggeriana substitui a interpretação psicológica oriunda de Schleiermacher e em alguma medida retorna à capacidade do texto, mas em completa dissonância com a interpretação clássica de extração de significados por meio da técnica, instituindo o fato (facticidade) da compreensão enquanto tal: “sustentando-se a posição de que toda a compreensão se radica no carácter histórico da compreensão existencial”⁷².

Em Heidegger, a linguagem é o elemento da relação hermenêutica, mas não no sentido de designação de objetos por meio de signos, porque “ao falar os seres humanos descobrem ou revelam e por isso trazem à presença aquilo sobre o que se fala, de sua posição escondida”⁷³. Assim, Heidegger tenta escutar o dizer das palavras, pois “não se trata de interpretar o sentido de um texto ou o pensamento de um autor, mas de elucidar o pré-entendimento da existência, a fim de determinar se ela provém de uma apreensão autêntica ou não”⁷⁴.

Essa plena elucidação ou *explicitação do entendimento* ganha o nome de *Augslegung*: “o que se trata de trazer à luz não é inicialmente o sentido do texto ou a

⁶⁹ IAMUNDO, *op. cit.*, p. 116.

⁷⁰ STRECK, 2020, p. 104-105. O autor ainda complementa ao dizer que o hermeneuta não é um *outsider* do processo, pois “há um já-sempre-compreendido em todo processo de compreensão”, pois “o mensageiro já vem com a mensagem”.

⁷¹ SCHMIDT, *op. cit.*, p. 118-119.

⁷² PALMER, *op. cit.*, p. 165.

⁷³ SCHMIDT, *op. cit.*, p. 130.

⁷⁴ GRONDIN, *op. cit.*, p. 50.

intenção do autor, mas a intenção que habita a própria existência, o sentido de seu projeto”⁷⁵.

Como exemplo interpretativo bem-sucedido, Heidegger apela para a compreensão de um poema (*Das Wort*, de Stefan George):

Através deste exemplo, podemos ver que Heidegger basicamente segue o método hermenêutico tradicional para interpretar poemas. Ele começa com uma leitura inicial, localizando o poema em seu contexto e área linguística, percebendo sua forma. Através de métodos gramaticais e comparativos ele conclui sua primeira interpretação. Entretanto, como as partes não se encaixam muito bem, ele começa outra interpretação, que unifica as partes em um todo de forma mais satisfatória. Mas ainda há algumas obscuridades, por isso ele amplia o contexto de interpretação localizando este poema em seu lugar no volume de George e obtém apoio de outros poemas de George. Isto resulta numa interpretação final onde o poema aponta para a relação entre dizer e Ser que está no coração da filosofia de Heidegger. A abordagem de Heidegger é diferente da hermenêutica tradicional porque ele não usa uma versão da interpretação psicológica de Schleiermacher para descobrir a intenção do autor ou a forma pela qual ele construiu o poema. Ele também não afirma ter reconstruído o ato criativo do autor. Em vez disso, ele escuta o dizer do próprio poema.⁷⁶

“Escutar o dizer do próprio texto” leva-nos a concluir que mesmo a superação da hermenêutica como metodologia não fez Heidegger abandonar, na sua filosofia, o respeito aos limites da linguagem – escrita ou falada.

Embora pareça, numa primeira leitura, que Heidegger tenha retroagido à metodologia clássica de gramaticalidade e sistematicidade, a vocação do filósofo sugere que seu procedimento foi integrador: o poema entregou ao *Dasein* aquilo que ele era, vez que a interpretação é “o esclarecimento crítico de um entendimento que a precede”⁷⁷.

O desafio da boa hermenêutica na concepção heideggeriana é o de não ceder às antecipações arbitrárias de conhecimento, mas de tomar consciência dessas antecipações e ordená-las a partir das próprias coisas. Sua máxima consiste, então, “em destacar a estrutura de antecipação do entendimento, em vez de fazer como se ela não existisse”⁷⁸. É sobretudo uma tomada de consciência, de autocrítica e de autocontenção. O ser, ao iniciar a interpretação, deve saber que já

⁷⁵ GRONDIN, *op. cit.*, p. 48.

⁷⁶ SCHMIDT, *op. cit.*, p. 137.

⁷⁷ GRONDIN, *op. cit.*, p. 48. E ainda: “Primeiro, vem o entendimento, depois sua interpretação, na qual o entendimento vem a se entender a si mesmo, a se apoderar de suas antecipações”.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 51.

sabe (consciência) e o que já sabe (conteúdo), para só aí conseguir se integrar no ente cognoscível.

A figura do intérprete é central na hermenêutica heideggeriana, porque sem conhecer o ser cognoscente, não é possível aferir se o objeto cognoscível será adequadamente cognoscido/conhecido. Ou: “Antes de dizerdes o que diz o texto, diga-nos quem tu és”.

O pensamento de Heidegger importa para a nossa hermenêutica jurídica penal porque o autor vislumbra na compreensão o fundamento da interpretação. A norma jurídica, especialmente a norma jurídica penal, deve ser interpretada considerando que “o fundamento do compreender é o próprio homem”, pois na “medida em que o compreender se explicita, ele é interpretado”. De tal maneira que interpretar “é o desdobrar das próprias possibilidades”⁷⁹. E em se tratando de interpretar a norma jurídica, um coletivo de possibilidades pode se insinuar ao intérprete, que só obterá êxito consciente das antecipações de significado internalizadas pelo *Dasein*.

A seguir, foi um discípulo e aluno de Heidegger quem deu continuidade à sua complexa filosofia hermenêutica, transformando-a em hermenêutica filosófica e tentando resolver algumas questões que foram intencionalmente abandonadas pelo mestre, a exemplo a superação das antecipações (preconceitos).

1.5 A fusão dos horizontes de Gadamer: a superação dos preconceitos ilegítimos e o brilho do entendimento

Os precedentes transmitidos por autores alemães encontram em Hans-Georg Gadamer (1900-2002) destinação profícua: reconhecido *a posteriori* como filósofo da hermenêutica, Gadamer se debruçou sobre seus antecessores para tentar pôr fim a alguns impasses que remanesciam: *a)* como lidar com as antecipações de significado que podem distorcer o entendimento; *b)* como atingir a compreensão verdadeira sem recorrer à reconstrução do trabalho autoral.

O pensamento de Gadamer herda especialmente de Schleiermacher e Heidegger elementos que constituem seu arcabouço teórico. Embora Gadamer referencie a genialidade de ambos, suas noções diferem do primeiro em especial

⁷⁹ STRECK, 2021, p. 287.

pela discordância quanto à possibilidade do ato divinatório por meio da congenialidade: Gadamer crê ser impossível recriar o pensamento autoral, nos termos de Schleiermacher, embora a reconstrução seja um item necessário à compreensão.

Para o autor, a compreensão é um diálogo em que texto e leitor trocam experiências mediante perguntas, fundindo os horizontes possíveis e chegando a um entendimento que pode ser julgado como verdadeiro.

O cerne do pensamento gadameriano está na ideia de *preconceito*. Este não é um pré-juízo negativo sobre determinado assunto, tampouco rejeição moral ou política a qualquer ente. Preconceito, no contexto hermenêutico, trata-se de concepções pretéritas legadas ao ser pela tradição⁸⁰, ou seja, tudo aquilo que chega até nós pela transmissão de conhecimento e se integra e se acomoda à nossa consciência a ponto de nos fazer compreender o mundo exterior pelo seu conteúdo⁸¹. São estruturas prévias de compreensão herdadas que compõem todo o nosso conhecimento consciente ou inconsciente e que nos determina⁸².

Enquanto crianças, aprendemos palavras e conceitos de maneira acrítica, considerando nossa incapacidade de desafiá-los na tenra idade. Tais compreensões prévias formam nossos preconceitos e eles vigoram em nossas vidas até o momento em que nos deparamos com ruídos interpretativos. Ao não compreendermos determinada coisa – ou determinado texto – passamos a investigar o conteúdo do objeto confrontado e nos impressionamos com a dissonância entre sua significação e a compreensão que então possuíamos antes da mediação.

O preconceito divide-se em legítimo e ilegítimo – ou verídico e falso. Somente os preconceitos legítimos levam à compreensão verdadeira.

⁸⁰ “A tradição, enquanto linguagem herdada, oferece a antecipação de significado, enquanto o intérprete, através de seu juízo crítico, continua a formar a tradição”. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 150. O intérprete é um partícipe da tradição, enquanto ser histórico, absorvendo o passado e produzindo o presente por meio da aculturação e de novos conhecimentos que posteriormente serão transmitidos ao próximo ser, que por sua vez os receberá igualmente na forma de preconceitos. A tradição, para Gadamer, deve ser preservada, assim como devemos preservar “os clássicos”, que compõem os preconceitos legítimos. Aquilo que era verdade no passado deve ser tutelado para continuar a sê-lo, *mutatis mutandis*, no futuro.

⁸¹ Pode-se conciliar a ideia de *preconceito* em Gadamer à ideia de *estrutura prévia de compreensão* em Heidegger. Ambos trabalham de acordo com a cognição antecipada do ser.

⁸² “Vê-se aqui facilmente que todo compreender se origina de uma expectativa que parte de sentidos prévios (e por isso mesmo parciais) a um conjunto mais amplo de significação. Quer dizer que, em qualquer compreensão, contamos preliminarmente com um preconceito do que se apresenta, para só assim nos anteciparmos a uma significação global do a-ser-compreendido”. KAHLMEYER-MERTENS, *Roberto S. 10 lições sobre Gadamer*. Petrópolis: Vozes, 2017, p. 105.

Sob influência heideggeriana, Gadamer contesta o “conhecimento direto”, pois, para conhecer algo nos já conhecíamos parte deste algo, senão seu todo. O círculo hermenêutico atinge seu ápice no pensamento gadameriano por meio da compreensão como “projeção arremessada”, significando que “sempre já compreendemos de alguma forma, e, portanto, que qualquer ato de compreensão começa com as estruturas prévias da compreensão e interpreta estas últimas como alguma coisa”⁸³.

A compreensão se dá primeiro por projeção, portanto. Compreende-se por via dos preconceitos. Cabe à hermenêutica decifrar quais preconceitos são legítimos e quais são ilegítimos. Quanto aos legítimos, eles se integram ao texto interpretado e agora conhecido sob a fórmula de diálogo em fusão de horizontes (o do autor/texto e o do leitor/intérprete).

O objetivo da interpretação gadameriana “não é fazer uma ponte temporal e reconstruir a situação original do texto, mas descobrir o que o texto tem a dizer para nós”⁸⁴. O objetivo difere das concepções de Schleiermacher e Dilthey, que pretendem reconstruir o pensamento autoral a fim de obter a significação originária. Em Gadamer, não basta reconstruir o passado, mas deve-se reconstruir e construir em simultaneidade, porque o interpretar supera a mera recriação da intenção originária.

Quer-se estabelecer integração entre o intérprete e o interpretado, equiparando o protagonismo de ambos, pois a compreensão “sempre é a fusão desses horizontes que presumivelmente existem por si mesmos”⁸⁵. Assim, há o horizonte do autor e há o horizonte do intérprete, e a fusão desses dois horizontes leva à completude da compreensão.

Ao exercer interpretação, o intérprete precisa dialogar com o texto e agir como se o texto estivesse animadamente conversando consigo. Nesse diálogo, o intérprete desenvolve os argumentos explorados no texto, que podem ou não entrar em dissonância com os seus. O eventual conflito entre eles se dará porque o intérprete ainda possui preconceitos ilegítimos que devem ser preteridos em favor dos legítimos. O processo de compreensão se exaure na depuração de preconceitos

⁸³ SCHMIDT, *op. cit.*, p. 145-146.

⁸⁴ “Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, vol. 1. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 358.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 404.

mediante compartilhamento de horizontes, que ao fim se fundem num só: na completude do entendimento⁸⁶.

O intérprete deve ter em mente a pergunta que o autor possuía ao tempo da formulação da resposta, mas não pode se limitar a esse horizonte porque ele tampouco pode ignorar aquilo que já sabe, e, à época, o autor desconhecia. O intérprete entra no diálogo por vezes conhecendo mais que o próprio autor – sendo esses conhecimentos preconceituosos (no sentido gadameriano) ou não.

Não existe independência entre interlocutores na hermenêutica de Gadamer, assim como não há duplo significado no texto de Shakespeare: o do autor e do intérprete contemporâneo. Do contrário, somente a interpretação autêntica do bardo britânico seria correta e verdadeira. Ao se interpretar o teatro shakespeariano, aplica-se o horizonte do intérprete em comunhão ao horizonte do autor, distinguindo-se os preconceitos ilegítimos dos legítimos, alcançando-se, assim, a compreensão final, ou melhor, a resposta harmônica à pergunta original que subsidiou a resposta histórica.

Nessa perspectiva:

A experiência hermenêutica começa quando o intérprete é questionado pela tradição sobre alguma coisa e busca encontrar uma resposta examinando um texto. O intérprete está inserido na tradição, já que ele herdou um conjunto de preconceitos que constitui seu horizonte de compreensão. A compreensão correta ocorre quando ele consegue legitimar seus preconceitos fundamentando-os nas coisas em si. O círculo hermenêutico da compreensão implica que um intérprete não pode fugir do efeito da história para um ponto de vista objetivo. Portanto, ele deve fazer com que um texto fale expandindo seu horizonte de significado, ou seja, escutando o que o texto tem a dizer. A concepção prévia da completude permite que o intérprete questione seus próprios preconceitos ao contrastá-los com os do texto. Toda compreensão inclui a aplicação do texto ao horizonte do intérprete através da projeção do horizonte do texto para seu próprio horizonte, agora expandido. A compreensão é o evento da fusão destes dois horizontes onde os preconceitos são legitimados e descobrimos uma resposta à pergunta original. Entretanto, Gadamer não indicou como a resolução entre preconceitos em conflito ocorre durante o processo interpretativo. Para fazer isto, Gadamer precisa primeiro examinar a linguagem.⁸⁷

Nesse aspecto, a linguagem tem crucial importância, por se dar nela o campo de interlocução entre autor e leitor-intérprete. Compreendemos o texto por meio da linguagem e fazemos com que ele converse conosco. A linguagem é, ao mesmo

⁸⁶ SCHMIDT, *op. cit.*, p. 163.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 167.

tempo, meio e objeto da experiência hermenêutica: mesmo quando só raciocinamos silenciosamente, ainda assim estamos fazendo uso das palavras oriundas da linguagem adquirida.

As palavras concatenadas formam os “preconceitos”, que iniciam a compreensão do intérprete e ele se abre à organização de novas palavras a fim de se obter uma interpretação correta do objeto: “Buscamos a palavra certa, isto é, a palavra que realmente pertença à coisa, de modo que ela própria venha à fala”⁸⁸.

A isso foi dado o nome de “giro ontológico” em Gadamer: o objeto do conhecimento não é mais o referido, mas o referente, isto é, ao invés de se tentar extrair significado de determinado ente e, após, obter uma palavra que o nomeie, antes localizamos a correta palavra e ao localizá-la, conhecemos o objeto.

A abertura por meio da solidária fusão de horizontes, a partir da disposição do intérprete em contestar seus próprios preconceitos e unificá-los no horizonte do interlocutor, resulta no “brilho do entendimento”, no estalo em que o intérprete chega quando experimenta a compreensão verdadeira, genuína. No evento hermenêutico, a interpretação correta brilha na mente dos interlocutores.

Percebe-se que a filosofia de Gadamer propõe sobretudo um dever de boa-fé do intérprete, que deve de imediato se abrir às contestações dos seus próprios preconceitos e iniciar a apreensão de novos conhecimentos oriundos da linguagem do texto interpretado. O intérprete deve exercer humildemente diálogo solidário com o autor a ser interpretado. Denota-se que Gadamer cria ser o intérprete imperfeito e falível, devendo ele ter consciência de sua impotência para que pudesse chegar ao conhecimento verdadeiro.

As dificuldades se apresentam a partir desse raciocínio. Se o intérprete não se abrir à fusão dos horizontes e confessar seus preconceitos ilegítimos, a consequência conforme a filosofia gadameriana, é que o entendimento verdadeiro será impossibilitado. Sem a filtragem dos preconceitos ilegítimos, a compreensão jamais será genuína, mas viciada. E a compreensão viciada, por definição, é aquela que não guarda coerência com a significação do texto analisado.

⁸⁸ GADAMER, *op. cit.*, p. 539. Nesse ponto, Gadamer faz distinção entre os textos sagrados e os profanos. Os textos tidos como sagrados, nos trechos qualificados como “verdade revelada”, não há hipótese de busca pela compreensão: a palavra usada é ela própria a realidade, enquanto que nos textos profanos a experiência humana é incompleta, devendo partir em busca do significado potencial e trazê-lo à realidade.

Contextualizando, a hermenêutica de Gadamer interessa à compreensão do fenômeno jurídico positivado na medida em que o legislador ordinário é ao mesmo tempo autor do texto legislado e intérprete da vontade de seu eleitor, e logo a seguir acaba também interpretado pelo aplicador jurídico. O diálogo multicultural intersubjetivo é intenso e permanente: perceber o legislador que deliberou após perceber o eleitor. Logo, a fusão desses horizontes e o abandono de preconceitos ineficazes é tarefa clara ao intérprete jurídico⁸⁹.

O pensamento de Gadamer ainda importa para a hermenêutica jurídica porque o autor instaura desafio contra a excessiva discricionariedade do intérprete em virtude da ausência de método exposto para a obtenção do entendimento. A fusão dos horizontes e a compreensão, quando frontais à norma jurídica, não podem atingir a infinitude das possibilidades. O objetivo é bloquear a pluralidade que nada significa, agravada no caso do direito, que demanda respostas no mínimo funcionais para a solução de litígios mediatos.

A teoria gadameriana da interpretação careceria de uma teoria da explicação, na concepção de Ricoeur, abordado a seguir.

1.6 A teoria de Ricoeur: compreensão, explicação e apropriação de sentido como objetivo último da hermenêutica

A teoria de Paul Ricoeur (1913-2005) se somou ao pensamento hermenêutico aproveitando-se do legado que recebera. Para o francês, o acesso ao documento escrito implica superação do processo histórico e viabiliza a interpretação atualizada do texto por meio da apropriação. Segundo Ricoeur, o texto possui autonomia semântica e se desprende do autor e da época, viabilizando sua compreensão por meio do distanciamento e da explicação. A interpretação, então, é uma espécie de compreensão aplicada às escritas da vida⁹⁰.

⁸⁹ “Assim, ninguém conseguirá compreender o fenômeno jurídico isolando-se. Isso pelas seguintes razões: a) tal fenômeno se dá no convívio social; b) o intérprete, queira ou não, jamais poderá, por si só, construir a compreensão do Direito, pois situa-se ele em um meio social, cultural, linguístico que fala sobre o Direito e vivencia experiências identificadas como sendo jurídicas. Vive, portanto, num contexto que se lhe apresenta, também como se fosse um texto. E todo texto exige interpretação para que possa fazer sentido”. GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2021, p. 131.

⁹⁰ RICOEUR, Paul. *Teoria da interpretação: o discurso e o excesso de significação*. Lisboa: Edições 70, 1987, p. 104. Ricoeur entende que compreensão e explicação estão em um mesmo contingente, não podendo ser cindidas (como houve em Dilthey). Compreende-se explicando por meio da

Contemporâneo de Gadamer, Paul Ricoeur criticou a hermenêutica gadameriana pela lacuna de validação que esta detinha, ensejando indesejável relativismo no processo de entendimento. Também dissonou com Schleiermacher e Dilthey porque ambos teriam estacionado a interpretação como categoria da compreensão e como “reconhecimento da intenção de um autor do ponto de vista dos endereçados primitivos, na situação original do discurso”⁹¹, em um modelo dialógico em que alguém respondia a um outro alguém.

Ricoeur não é intencionalista (a vontade originária do autor tem importância diminuta), tampouco fusionista (a comunhão de razões entre autor e leitor foge à verificação se ausente de explicação). A compreensão como conversação autor-leitor limita o evento da significação: “compreender o sentido do locutor e compreender o sentido da enunciação constituem um processo circular”⁹², diz ele. Ambos se balizam na unidade intencional do discurso, cerceando a oportunidade de explicação, focada na estrutura analítica do texto. Compreensão e explicação são elementos da teoria da interpretação de Ricoeur; sua contribuição está em adicionar o fator explicativo à compreensão dialógica defendida pelos autores antecedentes.

Para Ricoeur, a explicação é o caminho obrigatório da compreensão e é neste ponto que o autor se desassocia de Gadamer. Quando o discurso autoral se torna escrito, o texto se liberta da intenção de seu autor (em semelhança com Gadamer), mas a libertação é uma alienação positiva, “uma significância que não pode ser reduzida à nuance de declínio que Gadamer tende a dar a ela”⁹³, pois o intérprete não busca o estado psicológico do autor por detrás do texto, mas à frente dele, buscando um mundo habitável por ele, intérprete, via texto. Há então um excesso de significação naquele texto que precisa ser recepcionado pelo leitor.

O núcleo da teoria de Ricoeur separa a compreensão do texto da intenção e da congenialidade do autor, porque a obra possui independência autoral: “Compreender um autor melhor do que ele a si próprio se poderia entender”, disserta Ricoeur, “é exhibir o poder de desvelamento implicado no seu discurso para além do horizonte limitado da sua própria situação existencial”⁹⁴.

interpretação do documento escrito, que possui significação transbordante se comparado ao evento da fala.

⁹¹ RICOEUR, *op. cit.*, p. 38.

⁹² *Ibidem*, p. 104.

⁹³ SCHMIDT, *op. cit.*, p. 219.

⁹⁴ RICOEUR, *op. cit.*, p. 130.

O texto trafega pela história independentemente dos acontecimentos que o sucedem e da vontade limitadora do autor que o redigiu, a exemplo dos versículos de Paulo, não menos dirigidos a nós do que o eram aos Romanos, aos Gálatas, aos Coríntios e aos Efésios, pois o sentido de um texto está sempre aberto a quem o pretenda ler, conforme Ricoeur.

Ao escrever, o autor liberta seu discurso e o insere em um mundo de possibilidades do intérprete: “A superação da intenção pelo sentido significa precisamente que a compreensão tem lugar num espaço não psicológico e apropriadamente semântico, que o texto revelou ao separar-se da intenção mental do seu autor”⁹⁵.

Ricoeur concorda com Schleiermacher sobre o processo divinatório, de adivinhar os significados transpostos pelo autor no texto. Primeiro, adivinha-se; depois, compreende-se. Isto porque não é possível saber de antemão todas as intenções do autor quanto da redação do texto⁹⁶. Sabe-se, porém, que por meio das palavras por ele escolhidas, há limitação semântica de significação⁹⁷. Concorda, ainda, que a interpretação gramatical schleiermacheriana corresponde ao processo explicativo, composto pelas regras de validação.

No procedimento de validação, Ricoeur traça hierarquia entre as interpretações possíveis de determinado texto, devendo uma interpretação ser, além de provável, mais provável que outra. A hierarquia será possível porque o texto possui um campo limitado de construções: o limite semântico.

No círculo hermenêutico, o limite semântico se baseia na objetividade do significado, pois “compreender um texto é seguir seu movimento do sentido à referência: daquilo que ele fala, para aquilo sobre o que fala”⁹⁸. O objetivo final da hermenêutica é a apropriação (no sentido de “tornar próprio”), pelo leitor, daquilo que foi externado pelo escritor e ainda é estranho a ele:

(...) o conceito de apropriação precisa de um componente crítico para evitar três concepções erradas. Primeiro, aquilo que é apropriado não é a intenção

⁹⁵ RICOEUR, *op. cit.*, p. 107.

⁹⁶ “Apesar do significado de palavras e códigos literários restringir a leitura inicial, a compreensão errônea é possível, e é por isso que precisamos primeiro adivinhar o significado de um texto. Não há regras para adivinhar o significado verbal, mas há regras de validação que é o processo explicativo”. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 221.

⁹⁷ A limitação semântica é elemento crucial neste trabalho. Como se verá, a proposta originalista de interpretação jurídica baliza a compreensão do hermeneuta na esfera de significação razoável que o texto pode apresentar.

⁹⁸ RICOEUR, *op. cit.*, p. 122.

do autor, mas o significado do texto, ou seja, o mundo da obra à frente do texto. Ricoeur propõe que esta compreensão do texto está próxima do conceito de Gadamer da fusão de horizontes. Segundo, a hermenêutica não é governada pelo receptor original do texto – “o significado do texto está aberto a qualquer um que saiba ler” [TI: 93], o que teria sido demonstrado convincentemente por Gadamer. Terceiro, a apropriação do significado de um texto não é determinada subjetiva ou relativamente apenas pelo leitor, que é o problema que Ricoeur encontra no conceito de aplicação de Gadamer. Em vez disso, o que se “torna próprio” é “o projeto de um mundo, a proposição de um modo de ser no mundo que o texto abre à frente de si mesmo através de suas referências não ostensivas” [TI: 94].⁹⁹

O modelo de apropriação da experiência interpretativa se consolida naquilo que Ricoeur chama de “distanciamento”, isto é, a interpretação “objetivada” e “desistoricizada”, pondo-se o leitor alheio à historicidade e à intuição carregadas pelo texto, selecionando-o como objeto de mediação entre ele e o leitor¹⁰⁰. Com tal prudencial distanciamento, o processo explicativo atinge o que ele chama de “poder referencial do texto” a partir da “autonomia semântica do discurso escrito”.

O texto distanciadamente interpretado tem a capacidade de fazer o intérprete vivenciar a experiência do significado além das limitações autorais, embora balizado pelo escopo semântico da obra. Ciente de tal condição, o texto consegue referir-se devidamente àquilo que pretende – e referindo-se corretamente haverá a verdadeira compreensão. Mas “o que é que num texto se deve compreender?”, indaga o autor. A resposta não é senão o resumo de sua teoria:

Não é a intenção do autor, que se encontra supostamente oculta por detrás do texto; não é a situação histórica comum ao autor e aos seus leitores originais; não são as expectativas ou sentimentos desses leitores originais; nem sequer a compreensão que de si tinham como fenómenos históricos e culturais. Aquilo de que importa apropriar-se é o sentido do próprio texto, concebido de um modo dinâmico como a direcção do pensamento aberta pelo texto. Por outras palavras, aquilo de que importa apropriar-se nada mais é do que o poder de desvelar um mundo, que constitui a referência do texto.¹⁰¹

⁹⁹ SCHMIDT, *op. cit.*, p. 223-224.

¹⁰⁰ Jean Grondin melhor explica o esforço de distanciamento proposto por Ricoeur: “Uma consciência crítica deve desconfiar da evidência imediata do sentido que ela entende e da qual se apropria naturalmente. Ela deve aceitar que esse sentido possa ser posto à distância pelo desvio decapante de uma explicação que denuncie as ilusões da consciência”. GRONDIN, *op. cit.*, p. 103. É possível inferir, a partir dessa explicação, que o distanciamento proposto por Ricoeur tem razão de ser semelhante à detecção dos preconceitos internalizados de Gadamer, considerando que o intérprete possui intuições imediatas que devem ser evitadas (Ricoeur), intuições essas que podem ter sido fixadas pela transmissão de preconceitos ilegítimos (Gadamer).

¹⁰¹ RICOEUR, *op. cit.*, p. 129.

O caminho transitado por Ricoeur mais se coordena com a perspectiva de Dilthey, no sentido de que a hermenêutica é a teoria da interpretação “nas manifestações vitais fixadas por escrito”¹⁰². O texto possui crucial relevância, porque a transmutação do discurso oral em símbolos (escrita) amplifica a possibilidade de decifração *correta*. Para Ricoeur, citado por Grondin, a interpretação “é o trabalho de pensamento que consiste em decifrar o sentido oculto no sentido aparente, em desdobrar os níveis de significação implicados na significação literal”¹⁰³.

A dialética entre compreensão e explicação, qualificada pelo distanciamento crítico do intérprete e pela consciente limitação semântica do objeto interpretado, constitui vertical influência no futuro deste trabalho, na medida em que a hermenêutica jurídica se debruça essencialmente sobre textos legislados escritos – cenário ainda mais agravado na interpretação da lei penal, apelando para o rigor na limitação semântica do enunciado e exigindo consciente postura de distanciamento do intérprete frente à obra.

1.7 A hermenêutica até aqui: “compreender um texto é seguir seu movimento do sentido à referência”

Dos primórdios até o final do século XX, o pensamento hermenêutico variou da mera exegese de textos específicos – como uma cartilha de estudos de determinados setores, cada qual com sua metodologia interpretativa – para um gênero expandido que antecede o fenômeno do conhecimento, auferindo ares de epistemologia propriamente dita, especialmente a partir de Schleiermacher e Dilthey, para quem a hermenêutica não se trata tão somente de escavar o documento escrito, mas se conectar com o pensamento autoral para descobrir o significado original tencionado daquele conjunto de dizeres.

Posteriormente, com a chegada de Heidegger na discussão hermenêutica, aquilo que variara entre a metodologia¹⁰⁴ e a epistemologia (ou gnoseologia¹⁰⁵)

¹⁰² Apesar de suas críticas a Dilthey, que teria separado compreensão e explicação, Ricoeur enxerga na escrita espécie de monumento digno de deferência, assim como fazia Dilthey. O discurso, entre fala e escrita, guarda maiores possibilidades no segundo modelo.

¹⁰³ GRONDIN, *op. cit.*, p. 96-97.

¹⁰⁴ Tanto como “conjunto de procedimentos técnicos de averiguação ou verificação à disposição de determinada disciplina” e como “disciplina filosófica relativamente autônoma e destina à análise das técnicas de investigação empregadas em uma ou mais ciências”. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 669.

atingiu o patamar de ontologia¹⁰⁶, transferindo a hermenêutica de meio para fim, giro¹⁰⁷ esse que se seguiu em Gadamer, quando o pensamento hermenêutico sofre importante estremecimento quanto ao aspecto intencionalista do verbo, deixando para trás a vontade do escritor como foco da interpretação e instituindo o esforço fusionista, de diálogo entre os gênios autor-leitor por meio da comunhão de seus horizontes e filtragem das pré-compreensões do intérprete. Compreender, então, “não é produto de um procedimento (método) e não é um modo de conhecer. Compreender é, sim, um modo de ser, porque a epistemologia é substituída pela ontologia da compreensão”¹⁰⁸.

Adiante, a hermenêutica moderna encontra em Ricoeur uma voz crítica que interpõe sobre o *status quo* da discussão o problema da explicação: não basta fundir experiências de autor e leitor no aguardo do entendimento posterior à filtragem dos preconceitos, é necessário que se explique a compreensão efetuada e só assim haverá a correta apropriação do sentido do objeto interpretado.

Isto porque a linguagem não é mero elo entre o ser e o objeto, mas a essência inexorável dessa relação sem a qual não há compreensão. Antes de se descrever o objeto já houve compreensão. Antes de se pensar nele já se compreendeu, ainda que precariamente, seus entes constitutivos. E da mesma forma se dá com o texto:

Tudo o que nós vemos e/ou apreciamos ocorre sempre a partir de uma *posição prévia* – o *lugar* que, efetivamente, estamos ocupando no tempo e no espaço, quando do evento cognitivo – do que nos resultam uma *visão prévia* e uma *concepção prévia* sobre a “coisa” objeto de nossa investigação. Rigorosamente, não vemos a *coisa em si (nômeno)*, mas apenas como ela aparece ou se apresenta para nós (*fenômeno*).¹⁰⁹

¹⁰⁵ Também em sentido amplo, tanto um problema cujo “conhecimento é uma ‘categoria’ do espírito, uma ‘forma’ da atividade humana ou do ‘sujeito’, que pode ser indagada em universal e em abstrato, isto é, prescindindo dos procedimentos cognoscitivos particulares de que o homem dispõe fora e dentro da ciência” e como “objetivo imediato do conhecimento”. ABBAGNANO, *op. cit.*, p. 183.

¹⁰⁶ A metafísica como ontologia, nesses termos, representa os estudos dos caracteres fundamentais do ser, aqueles que sem os quais o ser deixa de o ser e não pode, portanto, deixar de tê-los. ABBAGNANO, *op. cit.*, p. 666.

¹⁰⁷ Ainda sobre o giro ontológico heideggeriano, acrescenta Streck que “o sujeito não é mais o fundamento do conhecimento. Ele não é maior o senhor dos sentidos. A partir da virada hermenêutica, estamos em um mundo no qual quando perguntamos sobre como o compreendemos, já chegamos tarde para responder a essa indagação com um fundamento último. Já estamos desde sempre em um mundo que se antecipa ao momento em que teorizamos sobre como o compreendemos”. STRECK, *op. cit.*, p. 125.

¹⁰⁸ STRECK, *op. cit.*, p. 133.

¹⁰⁹ COELHO, *op. cit.*, p. 76.

O *status quaestionis* hermenêutico atual se interpõe entre a extração ou reprodução de significado – ou reprodução de sentido (*auslegung*) – e a atribuição ou apropriação de sentido (*sinngebung*). Ou o processo hermenêutico visa extrair o significado do documento escrito mediante métodos determinados ou determináveis, ou se apropria da significação atualizada do texto, mediante entreechoque cultural autor-intérprete, respeitando-se sobretudo o limite semântico dos verbetes concatenados.

A linguagem é a base da compreensão, e quando solidificada e perpetuada em documento escrito, extrapola a significação originária ou intencional do seu autor, possibilitando um horizonte de compreensões incontroláveis, mas necessariamente limitado pela autonomia do próprio texto. Para se conhecer um texto é preciso deixar-se conhecer por ele. A mesma acepção é inteiramente válida aos textos legislados, ora objeto de investigação.

Como se verá adiante, a hermenêutica jurídica pouco absorveu da pretendida hermenêutica universal de Schleiermacher e Dilthey; também não considera o giro ontológico suscitado por Heidegger e continuado por Gadamer na consciência dos preconceitos do agente; tampouco se fundamenta na dialética entre compreensão e explicação teorizada por Ricoeur. A hermenêutica jurídica tradicional, em geral, mantém-se fixada na metodologia científica – o texto é um objeto a ser conhecido mediante fórmulas organizadas (exegese).

Mas quando faz variações não-metodológicas, a hermenêutica jurídica trilha o caminho dos juízos alternativos, fundados nos esquemas diversificados do pós-positivismo, como o neoconstitucionalismo, a ponderação de valores, a leitura principiológica dos textos etc. Nessa linha de pensamento, o texto legal é uma base de trabalho que deve ser manuseada pelo intérprete assim como um artista plástico trabalha e molda a escultura argilosa. Ou seja, diverso daquilo que aqui se propõe em nossa linha de trabalho. A nós a escultura já está petrificada e o intérprete deve apreciá-la como tal.

Este trabalho irá primordialmente considerar a interpretação como apropriação de significado, o mote a ser perseguido. Importa fixar que o agente interpretativo é sobretudo o ser já conhecedor de um sem-número de informações e dados que virtualmente irão incidir sobre a cognição do texto antes mesmo de se raciocinar sobre ele. Por outro lado, permitir que o texto diga o que ele é (Gadamer), respeitando-se seus limites semânticos (Ricoeur) em um exercício de autocontenção

interpretativa, é a tarefa primordial deste estudo, porque se combina, como se verá, com a corrente originalista de hermenêutica jurídica.

Mas para chegarmos até ela, é necessário compreender como a hermenêutica jurídica evoluiu da mera exegese metodológica ao subjetivismo discricionário do aplicador jurídico.

2 A HERMENÊUTICA JURÍDICA

Decorrem do conceito de direito adotado pela jusfilosofia elementos necessários à reta interpretação jurídica das normas positivadas pelo legislador, na medida em que *conceituação* é “todo processo que torne possível a descrição, a classificação e a previsão dos objetos cognoscíveis”¹¹⁰. Uma das funções do conceito é “organizar os dados da experiência de modo que se estabeleçam entre eles conexões de natureza lógica”¹¹¹, ou seja, é de dependência a relação entre conceito e interpretação do direito, como bradou Miguel Reale: “dize-me como conceituas a norma jurídica, e eu direi como a interpretas”¹¹².

O acessório segue o principal, do contrário haverá ruptura na dimensão da eficácia, dado que o conceito e a interpretação do direito são temas imbricados:

Esses dois temas (o da norma e o da interpretação) constituem, em verdade, duas faces de uma mesma moeda (a determinação do Direito): **a)** de um lado, o tema da *nomogênese* diz respeito à determinação do Direito em clave *ontológica*, isto é, num sentido *constitutivo*: aquele que produz normas jurídicas gerais e abstratas *determina* (= estabelece, impõe) conteúdos deonticos que se tornam exigíveis a todos os Cidadãos de uma mesma comunidade jurídico-política; e **b)** de outro lado, o tema da *interpretação* diz respeito à determinação do Direito já em clave *metodológica*, isto é, num sentido *inspeccional* ou *declaratório*: aquele que aplica normas jurídicas gerais e abstratas deve *determinar* (= mensurar, aferir) o que já foi – se é que já foi – determinado pelas fontes jurídicas autorizadas.¹¹³

Se interpretar é extrair o significado, conforme o verbete dicionarizado deste verbo, ou atribuir significado, conforme a moderna filosofia hermenêutica, então é possível considerar, ainda preliminarmente, que o ato de interpretar busca extrair informações verdadeiras ou dar-lhes sentido sobre o objeto interpretado – suas significações, isto é, as referências à coisa referida. Não pode a mesma interpretação produzir inferências contraditórias ou infinitas a ponto de inexistir um significado minimamente delimitado. A amplitude de significação pode resultar a ausência dela. Por isso, *interpretar é determinar*.

A restrição de significação, por sua vez, obriga o intérprete a considerar que a extração de múltiplos significados pode indicar erro metodológico na investigação.

¹¹⁰ ABBAGNANO, *op. cit.*, p. 168.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 168.

¹¹² REALE, Miguel. Para uma hermenêutica jurídica estrutural, *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 72, n. 1, p. 81-91, 1977.

¹¹³ SABBAG NETO, *op. cit.*, p. 27.

Ou pode ainda indicar que o objeto analisado não possui significado conclusivo, devendo ser ele refeito ou relegado à indeterminação.

Os textos jurídicos são objetos interpretativos de considerável complexidade, seja porque detêm enunciados de difícil compreensão pelo senso comum, seja porque exigem métodos de concatenação por vezes ocultos ao leitor leigo. Interpretar um dispositivo normativo exige até mesmo que o leitor saiba de antemão os significados estruturantes da ordenação do texto – código, estatuto, título, capítulo, seção, artigo, inciso e parágrafo – e que precedem o próprio enunciado da norma.

O jurista do sistema romano-germânico, acostumado à lei escrita, busca no texto a fórmula que precisa para extrair a norma pesquisada. Mas há método nessa diligência? Há possibilidade de falseamento na pesquisa efetuada? Quer-se, por outro lado, inicialmente responder à pergunta de Michel Villey: o que se exige do intérprete? E o filósofo francês responde: “Que discirna em quais casos deverá prevalecer a interpretação literal, e em qual outros devemos buscar a intenção do legislador”¹¹⁴.

Vimos no capítulo precedente que a mera intenção do autor (legislador, no direito) não basta para se efetuar a legítima hermenêutica, porquanto trata-se de difícil tarefa retroagir às circunstâncias que motivaram a intenção do escritor, sem se esquecer que ele pode até mesmo ter se expressado mal, ou seja, ter reduzido a termo conteúdo divergente da pretensão inicial.

Por outro lado, na interpretação puramente jurídica é necessário obter respostas conclusivas, considerando que a norma existe para produzir efeitos modificativos na estrutura social que lhe compete. Não pode o intérprete poeticamente titubear diante da dúvida: para resolver determinada pretensão, a regra jurídica deve se fazer clara e manifesta.

A interpretação da norma jurídica por vezes acompanhou o desenvolvimento da hermenêutica universal, saindo da mera metodologia científica e chegando em concepções epistemológicas e ontológicas e, outras vezes, teve trajetória particular, que se confundiu com o próprio conceito de direito, ora enfraquecendo o conteúdo

¹¹⁴ VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 444. O jusfilósofo diz seguidamente que à Dialética antiga caberia responder à questão, porque era da sua arte distinguir os textos jurídicos, tal como distinguia as conclusões teóricas do direito natural e as criações arbitrárias do legislador.

semântico do texto para dar vazão a princípios axiológicos gerais e abstratos, ora resplandecendo seu rigor pela reta subsunção.

Para este estudo corretamente posicionar a abordagem hermenêutica originalista no campo jusfilosófico, indispensável conhecer, em perspectiva horizontal, as perspectivas teóricas que situaram a ciência jurídica no curso histórico, até o desenvolvimento do originalismo como tese de bloqueio à excessiva discricionariedade interpretativa-aplicativa do direito. Passa-se a se analisar esse desenvolvimento até que se atinja o movimento que deu à luz a esta pesquisa: o originalismo como abordagem para a determinação do direito.

2.1 Precedentes da era positivista

Antes de se adentrar mais propriamente na era positivista – que fornece base teórica para a hermenêutica –, é pertinente abordar alguns precedentes de ordem jusfilosófica e histórica, até para situar cronologicamente a perspectiva que, no fim da Idade Moderna, estruturou a criação do Estado Nacional-Constitucional ancorado na representação popular.

Foi no mundo greco-romano¹¹⁵ que a hipótese do direito natural ganha velocidade, legitimidade e, depois, hegemonia. O filósofo Heráclito de Éfeso (535-470 a. C.) e o escritor Sófocles¹¹⁶ (494-406 a. C.) são os primeiros gregos a defenderem essa concepção ancorada na ideia de existir leis morais que transcendem e antecedem a vontade do soberano, por serem imanentes à

¹¹⁵ “Para os gregos, a lei sem dúvida se afirmou a princípio como lei escrita. No entanto, eles também reconheciam a existência de regras com finalidade político-social que não estavam formuladas em nenhum texto escrito e exerciam forte influência, seja porque eles a vinculavam à autoridade divina, seja porque decifravam nelas a expressão de um ideal ético. Em ambos os casos, essas regras não escritas indicam a insuficiência ou os limites das leis escritas”. GOYARD-FABRE, Simone. *Fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 9.

¹¹⁶ Em “Antígona”, Sófocles narra a estória da protagonista de mesmo nome, ansiosa em sepultar seu falecido irmão conforme os preceitos religiosos cabíveis, apesar de impedida de honrá-lo por Creonte, o então rei que fora contestado pelo *de cuius* enquanto em vida. Não se pode sepultar um traidor, define Creonte. Antígona, inconformada, age para enterrar dignamente seu irmão quando é surpreendida por autoridades. Em sua defesa, Antígona alega ser lícito descumprir as regras estabelecidas por Creonte para cumprir as regras não escritas dos deuses, porque superiores e imutáveis. Simone Goyard-Fabre melhor explica: “Em Sófocles, é indubitável que a preferência dada à lei divina não escrita deve ser compreendida como uma atitude profundamente religiosa. Mas tem também um sentido moral que implica referência tanto aos costumes ou aos usos como às exigências éticas. Moral e religião, devido à sua fundação transcendental, são, na escala de valores, superiores à política”. *Ibidem*, p. 11.

humanidade¹¹⁷. É nesse cenário de contradição entre o direito transcendente e o direito estabelecido que se desdobram os debates que povoaram a filosofia helênica nos séculos vindouros.

Do mundo grego, o estudo do conhecimento do ser (epistemologia) – desenvolvido sob o escopo de se contraditar primeiro o discurso sofista, e, depois, desenvolver inumeráveis correntes de pensamentos de arte filosófica – desembarcou no mundo romano, desta feita para solucionar controvérsias relacionadas ao arbítrio do magistrado atuante, o Pretor Urbano (*Proetor Urbanus*), para quem o édito promulgado pelo soberano poderia ser facilmente modificado, flexibilizado ou revogado sem sobreaviso ao cidadão-jurisdicionado – o romano –, feito que fomentou reclamos de toda sorte¹¹⁸.

Do descontentamento da aplicação casuísta da norma se criou o “édito perpétuo”, expressão que traduzia a inalterabilidade da norma enquanto a autoridade pretoriana ocupasse o cargo. Ocorre que, com a substituição do ocupante do cargo, modificava-se a legislação emanada pelo antecessor, prolongando-se a insegurança e o abuso. A edição do direito pretoriano como acúmulo das normativas da época facilitou, mas não extinguiu os problemas então existentes, que só encontraram verdadeiro adversário nas ascensões imperiais de Constantino e Justiniano, cada um tencionado em fixar o rigor exegético das disposições normativas e minorar a autonomia interpretativa dos magistrados e jurisconsultos¹¹⁹. Daí a pretensão de Justiniano¹²⁰ em cercar o *Corpus Juris Civilis*

¹¹⁷ O eixo jusnaturalista do mundo antigo pode ser subdividido em três: a) o convencionalismo da sofística é alvo de combate porque não mais é tido como mero artificialismo retórico, mas como um institucionalismo de conteúdo hedonista implícito cujo apego ao agradável e ao útil deve ser preterido em favor do bem comum; b) nova ontologia: “o bem do homem é na verdade *o que convém à sua natureza*. Mas, para determinar o que convém à sua natureza, é preciso situar o homem no seu lugar certo na ordem imanente do *cosmos*. Disso decorre que a vida boa regida por boas regras é aquela que é conforme à ordem natural: o direito positivo da cidade só cumpre sua função exprimindo a justiça e o direito naturais”; c) é preciso que o direito se enraíze na ordem natural do mundo via política, esta como campo onde se manifesta a excelência humana, isto é, a superioridade ontológica do homem hierarquicamente superior devido à sua inteligência *sui generis*. GOYARD-FABRE, *op. cit.*, p. 35.

¹¹⁸ MAXIMILIANO, *op. cit.*, p. 44-45.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 45-46.

¹²⁰ “Outro fato marcante, que recaiu sobre o *Corpus Iuris Civilis*, foi a proibição textual do imperador, com enérgica imposição de punições, contra os comentários do *Corpus Iuris Civilis*, pois pretendia ter em seu domínio o poder de determinar o direito e evitar a degeneração, perversões que ocasionariam confusões. A permissão do imperador consistiu em traduções palavra por palavra, índices dos textos e remissões relacionados às compilações. Não obstante as pesadas punições, surgiram diversos comentários famosos da compilação *justiniana*. Esse corpo de direito serviu, também, para a prática dos juízes e para o ensino do direito que era cultivado por escolas atuantes na região”. MASSAU, Guilherme Camargo. *A Fé e o Direito: a Escola dos Glosadores (o início da ciência do Direito)*.

de fórmulas interpretativas predeterminadas – a própria norma estabeleceria como ela deveria ser interpretada –, como até hoje se formaliza perante a chamada “interpretação autêntica”¹²¹.

O direito justiniano fincado no fabuloso compilado do *Corpus Juris Civilis*¹²² persevera e se sobrepõe à queda romana ocidental, encontrando prestígio no império de Constantinopla sob a ambição de resgatar os louros da velha Roma, acabando por atravessar os primeiros séculos do Medievo, momento em que a interpretação jurídica efetivamente se inicia nos séculos XII e XIII¹²³.

Coube primeiramente aos glosadores medievais iniciar a interpretação em escala mais organizada, começando-se por Imerio (1060-1125), fundador da *Scuola di Diritto*, da Universidade de Bologna, até Accursio (1184-1263). Os glosadores buscaram, por meio da análise do *Corpus Juris Civilis*, formular interpretações sem exato rigor científico. A síntese da obra era a averiguação do conteúdo jurídico de cada disposição das fontes jurídicas, para traduzir o trabalho em formato de glosas (*glossas*), isto é, anotações que o jurista agregava ao seu exemplo do texto com a intenção de que fossem conservadas, copiadas e difusas. A glosa era uma atividade exegética, “pois ela tem objetivo de esclarecer o significado, a substituição de uma palavra ou do texto em breves palavras (a *littera*) – observando uma lógica de

Revista Razão e Fé, v. 8, n. 2, 2006, p. 6. Fenômeno posterior à queda de Roma Ocidental foi o da “vulgarização do direito”, originada na ruralização das sociedades romanas, mesclada com a miscigenação étnica provocada pelas invasões bárbaras, na qual o direito romano hígido perde prestígio e torna-se subsidiário frente às normas consuetudinárias da nova época.

¹²¹ Rubens Limongi França lista em latim algumas das máximas de Justiniano dignas de nota, traduzidas livremente por este trabalho a fim de demonstrar que tais brocardos, embora antiquíssimos, não estão de todo ultrapassados: i) “na dúvida, siga sempre o que é mínimo” (*semper in obscuris, quod minimum est, sequimur*); ii) “sempre que seja dúbia a interpretação referente à liberdade, a favor desta deve ser o pronunciamento (*quotiens dúbia interpretativo libertatis est, secundum libertatem respondendum erit*); iii) “no caso de dúvida prefira as soluções mais benignas (*semper in dubiis benigniora praeferenda sunt*); iv) “sempre que uma mesma expressão possuir dois sentidos, deve ser aceito o mais adequado à matéria” (*quotiens idem sermo duas sententias exprimit: ea potissimum excipiat, quae rei gerendae aptior est*); v) “o todo inclui a parte” (*in toto et pars continetur*); vi) “nos casos obscuros, siga o que é mais verossímil ou o que geralmente acontece” (*in obscuris inspicere solere, quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet*); vii) “o especial está sempre incluído no geral” (*semper specialia generalibus insunt*); viii) “aquilo cujos efeitos beneficiam a todos, suas partes também pertencerão a todos” (*cujus effectus omnibus prodest, ejus et partes ad omnes pertinent*); ix) “nas causas penais deve se interpretar mais benignamente” (*in poenalibus causis benignius interpretandum est*); x) “sempre que não puder investigar sem causar prejuízo, deve-se escolher o que seja menos desfavorável” (*quotiens nihil sine captione investigari potest, eligendum est quod minimum habeat iniquitatis*). FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 40.

¹²² O *Corpus* é a compilação normativa de diplomas também compilados e esparsos, conhecidos como *Institutas*, o *Digesto* ou *Pandecta*, o *Codex* e as *Novellae*.

¹²³ SAVIGNY, Friedrich von. *Metodologia jurídica*. Campinas: Edicamp, 2001, p. 22.

conceito, princípio ou instituto”¹²⁴. Eram sobretudo anotações divididas em *interlineares* (interpostas abaixo das linhas) e *marginalis* (colocadas rente à margem do corpo textual). A função dos glosadores, em última instância, era restaurar e revalidar o *Corpus* na sociedade bolonhesa¹²⁵.

A seguir, a hermenêutica jurídica não prosperou grandes modificações, tendo passado pelo período dos comentadores (séculos XIV-XV) e pelos humanistas, em sua maioria franceses (séculos XV-XVI), carecendo todos eles de algum rigor científico, pois “não se pensava em considerar a jurisprudência como um sistema, não se procurava sistema algum”. A exegese era feita por digressões, destacando-se alguns juristas holandeses na obra de edições, consideradas incompletas pela ausência de críticas¹²⁶.

Também a Holanda dos séculos XVII-XVIII foi território fértil para a formação de filólogos, dos quais Antonius Schulting (1659-1734) é um dos mais meritorios em virtude de sua *Jurisprudèntia antejustiniana*, de erudição reconhecida, embora sua interpretação “não é uma verdadeira interpretação”, pois ele “trabalhou mais para dar instruções ao leitor de como fazer a sua própria interpretação do que para entregá-la feita”¹²⁷. Era um pedagogo, sobretudo.

Foi na obra do Jakob Gothofred (*Jacobus Gothofredus*, 1587-1652), que a interpretação jurídica ganha alguma organização em território teutônico. Escreveu o *Quattuor fontes juris civilis* e ganhou considerável repercussão com sua obra *post mortem*, o *Codex Theodosianus*¹²⁸. Nos seus escritos, também direcionados a comentar o direito romano, divide a jurisprudência em noções exegética: a)

¹²⁴ MASSAÚ, *op. cit.*, p. 66.

¹²⁵ Para tanto, assim como os escolásticos, faziam uso de preceitos aristotélicos: “Os glosadores entendiam a *interpretatio* no sentido de esclarecimento, da correção, da ampliação e da delimitação da *littera*; apegada ao texto a atividade dessa escola, nos primeiros momentos, não existiam critérios precisos de hermenêutica. A vinculação nas afirmações de Justiniano em sua *consonantia*, a *concordia*, os *priores* e os *posteriores* das *leges* levam em conta a unidade e a sistematicidade do *Corpus*, esquemas disponíveis cuidam da harmonia das normas de uma interpretação sistemática, que parte das ligações interiores do arcabouço sistemático. Dessa forma, a utilização de esquemas de deduções lógicas e de categorias aristotélicas evidenciam-se nas seguintes formas: *causae materialis*, *finalis*, *efficiens* e *formalis*; além do mais constata-se figuras escolásticas como: *causa proximas* e *remota*, *propria* e *impropria*, as determinações de gêneros (*genera*) e de espécies (*species*, *specialiter*) e ainda de determinados processos, quais sejam: *distinctio*, *divisio* e *subdivisio*. Com a escolástica tardia algumas dessas figuras serão esquecidas”. *Ibidem*, p. 68.

¹²⁶ SAVIGNY, *op. cit.*, p. 23-24.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 24-25.

¹²⁸ Savigny chama o *Codex* de “a única amostra de uma perfeita interpretação”. SAVIGNY, *op. cit.*, p. 26.

casuística¹²⁹, ou seja, interpretação exegética, introdução à interpretação da lei mediante a exposição do caso; *b*) teoria da unificação de contradições aparentes; *c*) introdução ao conteúdo das fontes; *d*) introdução ao conhecimento dos livros de direito¹³⁰. Gothofredus, como se vê, dava linhas iniciais a uma metodologia interpretativa, mas já antevia a dificuldade produzida pela existência de lacunas.

É perceptível que os primeiros ensaios interpretativos se deram em comunhão com a legislação presente e possível dos quinze primeiros séculos cristãos, ou seja, debruçavam-se sobre o direito romano e seus fósseis. Mesmo a formação do direito germânico, na Europa central, respeitou o legado romano: “acredita-se que o alemão prosseguiu a partir do ponto em que o romano se deteve”¹³¹.

Não existia, até a formação dos estados nacionais modernos, perspectiva de se legislar novas e duradouras codificações respectivas a cada localidade: os usos e costumes, próprios do direito consuetudinário, casados com a jurisprudência romana, incidiam sobre a sociedade europeia tal como receitas culinárias, transmitidas de geração em geração, cabendo aos intérpretes tão somente reforçar e alumiar as antigas instituições que projetaram noções jusnaturalistas e jurisprudenciais no período que precedeu especialmente a modernização estatal e sua crítica iluminista.

A partir daí, mas especialmente com o mote revolucionário francês do fim do século XVIII, a legislação ganha outra e notável importância: a lei positiva passa a ser uma segurança contra a vontade do soberano; passa a ser, acima de tudo, a vontade do povo sobre o soberano. Os direitos naturais seriam válidos não como abstrações, mas como regras escritas e oponíveis às autoridades. Inicia-se a era positivista, e com ela, a escolarização da hermenêutica jurídica.

2.2 O positivismo legalista (formalismo exegético)

¹²⁹ No verbete dicionarizado, “casuística” é termo equívoco, podendo significar tanto a noção pejorativa de utilização da racionalidade para encobrir interesses de conveniência, em artifício de coonestação, como também pode simbolizar o dogmatismo de aceitação e subordinação às regras previstas. Gothofredus está falando sobretudo deste segundo caso. CASUÍSTICA. In: AULETE, Caldas. *Novíssimo Aulete Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Lexikon, 2011, p. 298.

¹³⁰ SAVIGNY, *op. cit.*, p. 27.

¹³¹ SAVIGNY, *op. cit.*, p. 31. Savigny aponta haver um erro nessa compreensão, geralmente cometido pelos penalistas de seu tempo. Crê que a fusão entre o legislador romano e o legislador alemão dificulta a pesquisa profunda do direito.

A busca pela interpretação oficial, cabível ao soberano ou aos seus delegados, perseverou por séculos até sofrer consistente reflexão a partir da França revolucionária e da publicação do Código Civil Napoleônico, marco legislativo que simbolizou o início de uma era codificadora de plenitude de poderes aos parlamentos, conforme Luis Recaséns Siches:

A raíz da publicação do Código Civil de Napoleão, a ideia de onisciência e omnicompreensão da lei escrita, bem como a concepção mecânica da função judicial, atingiram um grau de apoteose frenética. Para este resultado contribuíram vários fatores, alguns de cunho político, outros baseados na convicção de que aquele Código era a expressão perfeita do autêntico direito natural, e, também e sobretudo, a projeção que se fez do culto à aplicação da razão matemática e da lógica dedutiva formal para o campo jurídico.¹³²

O novo Código Civil francês tencionou não apenas positivizar os direitos naturais-rationais e regulamentar todos os aspectos da vida cotidiana, como evitou a manutenção de legislações que com ele pudessem colidir. Daí que todas as ordenações, normativas e demais atos normativos foram solenemente revogados a fim de se executar o mote revolucionário: a vontade geral do povo está traduzida em lei generalizada e igualitária, descabendo aos interesses particulares aplicar regras de teor privativo que contradigam a recente codificação¹³³.

Consequência disso foi o advento do formalismo jurídico exacerbado, de caráter eminentemente legalista, ou pré-positivista metodológico, ou ainda positivista primitivo. *Formalista*, porque dedicado a se submeter inteiramente às formas que validam a proclamação das normas jurídicas via processo legislativo, impedindo qualquer outra fonte jurídica disponível senão a lei vigente, em histórica oposição à

¹³² Tradução livre: “A raíz de la publicación del Código Civil de Napoleón, la idea de la omnisciencia y de la omnicomprensión de la ley escrita, así como la concepción mecánica de la función judicial, alcanzan un grado de frenética apoteosis. A este resultado contribuyeron varios factores, algunos de tipo político, otros que fincaban en la convicción de que aquel Código era la expresión perfecta del auténtico Derecho natural, y, también y sobre todo, la proyección que se hacía del culto de aplicación de la razón matemática y de la lógica formal deductiva al campo jurídico”. SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. ed. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 1973, p. 193-195. O autor espanhol diagnostica o estado de coisas havido naquela França pós-revolução: o novo código civilista era mais do que uma ampla legislação, era a expressão máxima do direito natural em comunhão com princípios racionalistas despertados no período iluminista: quis-se constituir um diploma que corrigisse os erros do passado, especialmente para “matar o príncipe e substituir seu reinado pelo império do princípio, isto é, pelo império dos princípios racionais (tradução livre: “matar al príncipe y sustituir su reinado por el imperio del principio, esto es, por el imperio de los principios racionales”).

¹³³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 277-278.

vontade abstrata e hesitante do monarca absoluto e superior ao povo; *legalista*, porque atribui à norma jurídica positiva a única fonte legítima para a execução do poder e para a disciplina dos atos da vida cotidiana, extirpando qualquer outro ventre jurídico de produção de efeitos (costume, princípio) com o fito de assegurar um sistema fechado, oponível a qualquer tentativa de restauração do *Ancien Régime*.

O positivismo formalista-legalista substancia-se em algumas diretrizes que se desdobraram logicamente na interpretação jurídica. São elas: a) o legislador exerce a vontade soberana do povo, finalmente em posição de igualdade, sendo única autoridade legítima para confeccionar as regras de convivência social e estruturação estatal; b) as regras produzidas no processo legislativo são cogentes e oponíveis a todos aqueles que as desafiarem, porquanto o desafio à ordem jurídica é inexoravelmente desafio à soberania popular e tributo ao despotismo de outrora; c) a interpretação e a aplicação das normas produzidas pelo legislador não podem, sob nenhum aspecto, contrariar a intenção do legislador (*mens legislatoris*), sob pena de se contrariar, conseqüentemente, a vontade popular expressa na letra do mandatário.

Estabelecidos tais preceitos, passa-se a compreender melhor o porquê de os códigos civis produzidos no século XIX terem centenas de dispositivos (artigos, parágrafos, incisos): a sincronia da época era justamente a de prever e regular todas as situações sociais possíveis e não se permitir inovações extrajurídicas que pudessem suplantar a legitimidade do legislador. Combatendo-se a lacuna, combatia-se a potencial usurpação de poder, sintoma do trauma daquela geração que se chocou com os beneficiários do Estado Moderno despótico.

A coincidência temporal da criação dos códigos robustos e a necessidade de se perseverar os ideais revolucionários e iluministas antiabsolutistas estimularam a formação de outras categorias de juristas, talhados a interpretar e aplicar a lei positiva, destacando-se, nesse rumo, escolas de hermenêutica jurídica.

Coube então aos intérpretes do estatuto napoleônico sistematizar o método aplicável à extração do significado dos dispositivos positivados, movimento que acabou por inaugurar a chamada Escola da Exegese (*École de l'Exégèse*), para a qual "o primeiro dever do intérprete é analisar o dispositivo para captar o seu pleno valor expressional"¹³⁴.

¹³⁴ REALE, 2002, p. 279

Fortemente formalista, a *École* difundiu na Europa seu rigor metodológico, providenciando à interpretação jurídica seu caráter predominante declarativo¹³⁵, ancorado em uma proposta dedutiva-silogística¹³⁶ de declaração do conteúdo normativo. Disso resultaram dois métodos principais, sendo o gramatical e o lógico-sistemático os mais relevantes quanto à natureza da abordagem.

A interpretação gramatical é uma perquirição filológica¹³⁷. Filológica porque se estuda cientificamente o conteúdo dos textos, mediante alocação dos seus vocábulos gramaticalmente posicionados, em termos de sintaxe e concordância, extraindo a significação de cada um deles em harmonia com o todo do enunciado e em conformidade com a evolução semântica e fonética datada do escrito.

O modelo de interpretação gramatical exige do agente “conhecimento perfeito da língua empregada no texto, isto é, das palavras e frases usadas em determinado tempo e lugar; propriedades e acepções várias de cada uma delas; leis de composição; gramática”¹³⁸, e mais dados a respeito da experiência prévia e autêntica do autor do texto.

Não se trata impreterivelmente de extrair o significado imediato e desfigurado do enunciado lido¹³⁹, mas de obter dele sentido conforme seus verbetes vernaculares em sintonia:

¹³⁵ Nas escolas formalistas, o pronunciamento do aplicador jurídico era eminentemente declarativo, em oposição a qualquer outra hipótese de pronunciamento extensivo ou restritivo, por exemplo. Savigny descreve tais operações como “erros de sistema” causados pelo desvio silogístico tendente a complementar a norma que se aparenta equívoca. SAVIGNY, *op. cit.*, p. 40-41.

¹³⁶ A função jurisdicional no positivismo legalista é praticamente burocrática, declarativa e subsuntiva: pratica o silogismo puro e simples: averigua-se quais regras podem ser aplicadas (premissa maior), analisa-se o fato concreto (premissa menor) e aplica-se a regra sobre o fato (conclusão), como se obtém da rudimentar declaração de que, havendo regra de usucapião após o transcurso decenal, seguida de fato de permanência suficiente em terra não reclamada, tem-se proclamação da nova propriedade.

¹³⁷ “Filologia *lato sensu* é o estudo científico de uma forma de língua atestada por documentos escritos. Desde logo se deu que onde não há documentos escritos não pode haver Filologia. Não terá sentido uma expressão como ‘Filologia Carajá’, por exemplo. Além disso, cumpre ressaltar que a Filologia é uma ciência aplicada, dado que seu escopo, sua finalidade específica é fixar, interpretar e comentar os textos. De modo que o conhecimento científico da língua funciona como meio, como instrumento para que a ciência atinja seu fim próprio”. MELO, Gladstone Chaves de. *Iniciação à filologia e à linguística portuguesa*. 5 ed. Rio de Janeiro: Livraria Acadêmica, 1975, p. 7.

¹³⁸ MAXIMILIANO, *op. cit.*, p. 88.

¹³⁹ A *interpretação literal* do texto legal não equivale à *literalidade* por vezes mal utilizada em discursos figurados. Por exemplo: o sujeito dizer que “está morrendo de fome” não deve ser compreendido como diagnóstico de famélico – a fome seria tanta que o estaria matando por inanição. Quer-se dizer que a fome atual do sujeito relembra sensação mortífera – está faminto e não desnutrido. Por outro lado, não é próprio dos textos legais o uso de figuras de linguagem, exceto nos casos em que o recurso é prontamente explicado ou indicado como tal, em tributo à interpretação autêntica (formulada expressamente pelo próprio legislador a pretexto de vincular o intérprete).

O método literal ou gramatical leva em consideração o texto da norma, ou melhor, o conteúdo semântico das palavras que a compõe. Ela representa o ponto de partida de qualquer processo interpretativo, uma vez que o texto da norma consiste em seu substrato. São utilizadas nesse método as regras gramaticais, dando-se especial valor à pontuação e à sintaxe. Busca-se alcançar o real sentido, ou melhor, o significado de cada vocábulo utilizado pela norma jurídica.¹⁴⁰

O alcance do real sentido é o que opõe à interpretação gramatical maiores críticas, porquanto o significado imediato do texto isoladamente considerado pode não ser o real sentido da norma projetada pelo legislador¹⁴¹.

A variação de sentidos para um mesmo vocábulo (polissemia); a regionalização de certas significações; a superação do próprio significado pelo tempo (linguagem em constante movimento), enfim, diversas circunstâncias enfraquecem a interpretação gramatical (literal) como método preponderante, especialmente se se considerar que um determinado verbete pode, com o tempo, perder significado ou até mesmo significar o seu inverso originário.

Como atenuante às críticas, impôs-se à gramaticalidade atuação conjunta com o método dito lógico-sistemático¹⁴². Desta feita a interpretação vernacular dos elementos constitutivos do enunciado se daria de modo holístico, inventariando-se todo o sistema jurídico envolto, a fim de se estabelecer (e evitar) antinomias, mas sobretudo para bem situar topograficamente o dispositivo estudado antes de se passar a compreendê-lo.

A interpretação dos exegetas franceses fiéis ao Código de Napoleão era simples, mas metódica: *simples*, porque não exigia do intérprete estudos aprimorados além da filologia da língua francesa; *metódica*, porque estabelecia um padrão de averiguação escalonado, silogístico e logicamente dedutivo¹⁴³. Não se

¹⁴⁰ BASTOS, *op. cit.*, p. 57.

¹⁴¹ A exegese exclusivamente gramatical é generalizadamente criticada por toda a doutrina jurisprudencial, a começar por Carlos Maximiliano, para quem: "A exegese filológica atinge, apenas, o caso típico, principal; o núcleo, explícito, lúcido, é cercado por uma zona de transição; cabe ao intérprete ultrapassar esse limite para chegar ao campo circunvizinho, mais vasto, e rico de aplicações práticas". O autor parafraseia Vico, etiquetando o exegeta literal como mero pragmático, longe de ser jurista. MAXIMILIANO, *op. cit.*, p. 92.

¹⁴² Segundo Miguel Reale, os mestres da Escola da Exegese distinguiam a interpretação lógica da sistemática, cuidando aquela do valor lógico das frases e esta apenas sanaria as dúvidas subsistentes após a interpretação gramatical e lógica. Conforme Reale, o cisma proposto carece de fundamento, dado que interpretar logicamente um texto legal é sobretudo situá-lo na ordem jurídica, posicionado as regras no estado de dependência mútua pelo nexos explicado pela *ratio juris*. REALE, 2002, p. 279-280.

¹⁴³ São diversas as críticas a esse proceder hermenêutico, causador de pelo menos duas distorções: a) "[o] reducionismo com que os fatos e o direito são tratados no contexto de encadeamento de conclusões lógicas intermediárias, ligadas por elos de necessidade e imperatividade e dos

abria espaço para maiores elucubrações: subsuma-se a norma ao fato, na sua singela literalidade.

A complexidade das relações sociais no início da era industrial que se seguiu à publicação do Código Civil Napoleônico exigiu dos intérpretes não uma ruptura com os exegetas da escola clássica, mas renovação dos métodos utilizados.

Friedrich von Savigny (1779-1861) esteve imbuído de contraditar o legado dos exegetas franceses. Sua obra se desenvolveu na chamada Escola Histórica do Direito, e, na seara da interpretação jurídica, foi profícuo em adicionar ao elemento gramático-sistêmico aportes daquilo que veio a se chamar de “interpretação histórica”, em oposição à ideia de que o legislador ordinário seria imperativo e totalitário¹⁴⁴.

Na perspectiva historicista, intérprete legal deve identificar o espírito popular histórico que possibilitou a formulação da lei (o legislador é eleito ou ao menos tolerado por aquele povo num dado momento histórico) e ainda o contexto em que ela deverá ser aplicada, porquanto o direito é uma criação histórica.

Porém, ao contrário do que se possa imaginar, a interpretação histórica de Savigny não efetuava atualizações cronológicas da lei positiva, como se pudesse adaptar o texto legislado às novas movimentações sociais antes imprevistas. O autor tem justamente outra perspectiva, a de não promover qualquer repaginação na interpretação diante das novas circunstâncias.

Pretendeu Savigny, isso sim, fazer uso da historicidade do momento em que a lei entrava em vigência, a fim de extrair seu correto significado. Não bastaria, portanto, auferir as significações vocabulares dos componentes do enunciado e observá-lo no todo sistêmico. O intérprete, além de observar o texto ordenadamente posicionado deve ter em conta o elemento histórico da ciência jurídica:

(...) a afirmação de historicidade era um elemento na busca de uma interpretação objetiva, historicamente determinada pelo momento em que a lei havia sido elaborada. Não se tratava, pois, de um historicismo atualizador ou prospectivo, mas de um historicismo retrospectivo e conservador, que ligava o direito às raízes históricas de sua criação,

quais resulta uma conclusão final reconhecida como a única correta e viável”; b) “fato de a estrutura de motivação silogística encobrir as escolhas interpretativas, cognitivas e os juízos de valor subjetivos que informam a realidade da tomada de decisão”. SILVA, Maria Eduarda, COSTA NETO, João. As limitações do silogismo lógico-dedutivo e do recurso à subsunção na argumentação jurídica. *Argumenta Journal Law*, n. 38, 2022, p. 466.

¹⁴⁴ *Totalitário* no sentido de se prever regramentos na totalidade das situações fáticas possíveis e demonstráveis.

impedindo as tentativas de adaptar as soluções jurídicas às condições históricas do momento da aplicação do direito.¹⁴⁵

O mote era oposição às inovações revolucionárias e napoleônicas, objetivando aferir o mais “verdadeiro sentido da lei”, tendo por base, ainda, a real intenção do legislador, mas sempre e historicamente considerado. Para Savigny, quem interpreta uma lei deve investigar seu conteúdo e reconstruí-lo do ponto de vista do legislador, para reproduzir aquilo que ele deliberou à época da positivação.

A vinculação da interpretação histórica à interpretação gramático-sistemática é patente. A regressão do intérprete à época do legislador para entendê-lo, tendo por base o estudo dos seus textos oficialmente prescritos, denota apego ao elemento textual-literal, ainda que com aportes cronológicos, tendo em vista que “a lei é dada em um momento determinado, a um povo determinado; é preciso conhecer, pois, essas condições históricas para captar o pensamento da lei”¹⁴⁶.

A toada da formação da hermenêutica jurídica seguiu seu curso na Europa e encontrou nos pandectistas¹⁴⁷ alemães continuidade às sementes plantadas pelos historicistas, porém com menor apego aos textos legais¹⁴⁸, haja vista a inexistência de codificação civil naquele recente agrupamento nacional. Os pandectistas valorizavam o legado do direito romano para se obter a *ratio legis* do direito aplicável, isto é, averiguava-se o recorte histórico-cultural das tradições germânico-romanas a fim de se estabelecer padrões de juridicidade – estabelecia-se, enfim, conceitos jurídicos uniformizados pelo legado romano e pelo costume germânico, naquilo que se também chamou de Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*).

Por outro lado, os pandectistas contrariaram Savigny e defenderam que a legislação, uma vez promulgada, descola-se dos seus autores, podendo ser ela mais sábia que os próprios. Caberia ao intérprete investigar o texto legal em perspectiva histórica *ex nunc*, sem se apegar à época da vigência, acertando o significado às

¹⁴⁵ COSTA, *op. cit.*, p. 203-204.

¹⁴⁶ SAVIGNY, *op. cit.*, p. 10.

¹⁴⁷ A expressão se origina das *Pandectas*, os textos organizados pelo imperador romano Justiniano, que, agrupados, consolidaram as normativas da época, edição mais comumente conhecida como *Digesto*.

¹⁴⁸ “Por meio da escola histórica, a teoria alemã ergueu-se contra a concepção naturalista e legalista que lhe buscava suprimir toda relevância e ofereceu como resposta um imenso desprezo pela lei, a tal ponto que o código prussiano passou a ser quase ignorado enquanto fonte do direito, embora ele tenha sido vigente durante praticamente todo o século XIX”. COSTA, *op. cit.*, p. 203.

vicissitudes do momento em que a norma deve ser subsumida. A isso se daria o nome de interpretação histórico-evolutiva.

O prolongamento da discussão se deu com Rudolf von Lhering (1818-1892), que lançou bases para aquilo que se chamou de Jurisprudência dos Interesses (*Interessenjurisprudenz*): os interesses particulares são tutelados pelas normas de direito objetivo, e, para tanto, estas possuem razão de ser em virtude daquilo que se lhes prestam.

Para Lhering, “o sentido literal da lei deve ceder o passo a sentido outro, ditado pela necessidade de se satisfazerem os interesses contidos no caso concreto”¹⁴⁹. Institui-se, assim, o método teleológico, que considera, para sucessos interpretativos, os fins desejados pelas normas jurídicas, isto é, descobrem-se os preceitos jurídicos da norma por meio da compreensão dos fins a que ela se destina¹⁵⁰.

A tradição hermenêutica até então girava em torno da vontade do legislador (*voluntas legislatoris*), fosse essa vontade aferível pela gramaticalidade do texto, fosse ela aferível pela experiência histórica ou pela finalidade intrínseca à regulação do fato social subjacente. Poderia até mesmo ser aquilo que o legislador deveria ter legislado se fosse racional, estando inserido naquela circunstância que lhe propiciara legislar.

Mas entre o que o legislador desejou e o que ele deveria ter desejado há uma infinidade de conjeturas possíveis, inclusive aquelas que fariam a tradição se afastar de suas bases iniciais e prosseguir para caminhos alternativos¹⁵¹.

A idealização do legislador racional fez retrair a concepção de interpretação jurídica como extração da vontade do legislador e avançou ao patamar da obtenção da vontade da própria lei (*voluntas legis*).

¹⁴⁹ RAÓ, *op. cit.*, p. 500.

¹⁵⁰ Se se quer punir o furto como injusto de expropriação patrimonial, dele não se compreende que a subtração de um pão por mera satisfação famélica consistirá na mesma extrapolação da norma. O fim é distinto, porque forma de proteção a um interesse palpável (a real propriedade privada). Embora o exemplo retrate modo de aplicação da norma jurídica, é conveniente explicitar, pela lei penal, situações em que o legislador pareceu englobar uma infinidade de casos, pela via gramatical, mas foi balizado pelo critério finalístico.

¹⁵¹ “(...) em vez de se buscar a vontade real do legislador histórico, passou-se gradualmente a buscar a vontade racional de um legislador fictício. Tratava-se, evidentemente, de uma construção demasiadamente artificial, pois chamar de *legislador* uma figura idealizada a esse ponto não passava de uma forma argumentativamente palatável de retirar do centro do pensamento hermenêutico as referências à vontade do legislador”. COSTA, *op. cit.*, p. 226.

Inicia-se aí um primeiro movimento de se substituir as teorias tradicionais da interpretação jurídica, iniciadas com a *École de l'Exegese*, nas quais “a norma é uma realidade pré-existente, posteriormente conhecida mediante interpretação”, para teorias finalistas “segundo as quais a aplicação do direito deve ter em vista antes a sua função teleológica (solução de conflitos), e não a mera subsunção de fatos a comandos previamente definidos”¹⁵².

Passa-se a não mais regredir ao que já foi pensado pelo legislador, mas fixar sentido objetivamente adequado aos verbetes enunciados¹⁵³. Opunha-se o *Code Civil* (1804) da França Napoleônica e seus emissários ao *Bürgerliches Gesetzbuch* (1900) da nova Alemanha unificada e seus consolidadores¹⁵⁴.

Em paralelo às escolas derivadas das codificações implantadas, desenvolveu-se movimento alternativo capitaneado pelo francês François Géný (1861-1959), e, noutros casos, pelo alemão Eugen Ehrlich (1862-1922). Surge então o movimento da Escola da Livre Pesquisa do Direito, repleta de escolásticos que detinham deferência à lei escrita sem, contudo, limitar-se a ela. Queria-se ali conciliar certas posições das escolas clássicas com as necessidades do mundo contemporâneo.

Conforme Géný, o intérprete não poderia deformar a lei para adaptá-la às vicissitudes contemporâneas, posto que a lei só tem a intenção que ditou seu respectivo aparecimento. Se a norma devidamente extraída do texto “não corresponde aos fatos supervenientes, devemos ter a franqueza de reconhecer que existem lacunas na obra legislativa e procurar, por outros meios, supri-las”¹⁵⁵.

Também para Ehrlich e Rudolf Stammler o intérprete poderia promover atividade criadora para suprir lacunas normativas da lei escrita, sem se limitar às analogias típicas e consagradas, bastando que executasse estudos sociológicos aptos a preencher a cavidade.

¹⁵² SABBAG NETO, *op. cit.*, p. 30.

¹⁵³ “Com essa passagem da vontade real do legislador histórico para uma vontade da lei, mantém-se a mesma forma discursiva do pensamento anterior (continua-se a falar na busca de uma intenção ou vontade, permitindo a manutenção de categorias como interpretação extensiva, e restritiva), mas já não temos mais a mesma vontade nem o mesmo legislador nem a mesma lei: a vontade é uma metáfora para referir-se ao sentido sistematicamente adequado, o legislador é uma metáfora para referir-se a um ideal de pessoa racional ou razoável e o sentido da lei resulta de uma construção sistemática feita pela jurisprudência”. COSTA, *op. cit.*, p. 227. Descabe neste trabalho pronunciar-se a respeito, mas a produção de normas mediante a descrição de decisões judiciárias viria a contribuir com aquilo que se chamou “jusrealismo americano”. O direito seria, então, aquilo que os tribunais decidem sê-lo, não sendo frutífero perquirir o direito porquanto incapaz de produzir igual eficácia àquele direito outorgado nas sentenças.

¹⁵⁴ Não é ilícito dizer que cada código civil fomentou o desenvolvimento de escolas aptas a interpretá-lo conforme as tradições intelectuais de cada nação – do iluminismo francês ao idealismo alemão.

¹⁵⁵ REALE, *op. cit.*, p. 284.

A referida corrente influenciou o Código Civil da Suíça que logo em seu primeiro artigo atribuía ao julgador solver as lacunas legais de acordo com o costume e, na falta deste, com a regra que ele próprio estabeleceria como legislador competente¹⁵⁶. O julgador, na posição de intérprete e de aplicador, está vinculado a uma postura subsidiária: aplica-se a norma jurídica pela clássica exegese; na ausência ou incompatibilidade desta, aplica-se o direito consuetudinário; no clarão deste, deve o agente partir para indagações científicas que não podem superar as balizas do próprio sistema jurídico que as instituiu¹⁵⁷.

Nessa mesma fase de compilação de metodologias e acertamento do objeto interpretado, a teoria do direito passou por transformações que mantiveram pontos de contato entre a abordagem exegética e as novas correntes que posicionaram o direito como um fundamento da sociedade e um pilar da legitimidade do Estado, merecendo destaque a ascensão do chamado “novo positivismo”.

2.3 O positivismo jurídico: conceito e validação do direito no pensamento pós-exegético

Para alguns autores como Norberto Bobbio, o estabelecimento da Escola da Exegese no cenário francês e o da Escola Histórica do cenário alemão fomentaram o surgimento ainda que inicial do positivismo jurídico no cenário europeu¹⁵⁸. A teoria do direito então passou por influências que modificaram o objeto (textos positivados) em que a *Ecole* se debruçava para compreender analiticamente. Novos aportes no pensamento pós-moderno fizeram surgir ideias relacionadas ao positivismo jurídico, merecedor de pontuação neste trabalho porque a abordagem originalista, como se verá adiante, por vezes é criticada como *ode ao positivismo retrógrado*.

O positivismo jurídico tratou de dissertar tanto sobre o conceito como a validade do direito posto¹⁵⁹, afastando-o de outras influências que não as fontes formais que o legitimam e compõem. Assim, a separação entre direito e moral, por

¹⁵⁶ Similar postura foi adotada na Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, de 1942, ao estabelecer a gradação lei, costume, analogia e princípios gerais quando se se deparar com lacunas normativas. A lei é lacunosa, mas não o Direito, portanto.

¹⁵⁷ Pode-se ir além da lei, mas sempre por meio dela.

¹⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Edipro, 2022, p. 55-100.

¹⁵⁹ Usar-se a expressão “direito posto” como sinônimo de “lei positiva”, ou seja, a norma criada e aplicada pela intenção e ação humana, distinguindo-se de outras regras que seriam imanentes ao humano enquanto ser, como as de direito natural.

exemplo, foi tema de longa controvérsia hábil a influenciar o pensamento hermenêutico da época, afinal, a *purificação do direito posto* retira do intérprete margem de atuação para descrevê-lo arbitrariamente¹⁶⁰.

É do senso comum apelar contra o positivismo no sentido de estrito legalismo de postura exegética, equiparando-o ao exegetismo do século XIX; ou ainda, brada-se contra o positivismo que supostamente transformaria a norma jurídica em um ato coator neutro, imune a qualquer influência cultural, religiosa, política *etc.* A caricatura ou espantalho do positivismo não passa despercebida. Para conhecê-lo – e futuramente distingui-lo do originalismo – é preciso fazer algumas delimitações e detalhar alguns conceitos preliminares.

O novo positivismo jurídico surge com o gênero do positivismo científico fundado pelo francês Augusto Comte:

O positivismo como paradigma filosófico e científico teve suas bases assentadas por Augusto Comte (1798-1857), que também cunhou este termo. Para Comte, a realidade, seja natural ou social, deve ser analisada e explicada a partir de suas leis, que seriam as relações abstratas e constantes entre os fenômenos observáveis. Entendia ele que as ciências exatas e naturais já tinham atingido o grau de positividade, servido de parâmetro para as demais ciências. Assim, denominou Física Social o que posteriormente se tornaria a Sociologia. O filósofo compreendia que a história da humanidade era dividida em três períodos: o teológico, o metafísico e o positivo. No primeiro, existe uma busca pelo absoluto, e as respostas às indagações humanas existenciais repousam em explicações mitológicas, supranaturais. No segundo, tem-se um estágio intermediário, em que se continua a perseguir o absoluto e os fins últimos da vida humana, todavia, já com um direcionamento mais racional, isto é, sem depender necessariamente de fundamentos sobre-humanos. No terceiro e conclusivo, os questionamentos perdem sentido. A razão de existir das coisas é substituída pelo modo de sua existência. O objetivo passa a ser descobrir as leis que regem os fenômenos, que eram entendidos apenas como aqueles que poderiam ser observados e mensurados. O positivismo de Comte sofreu consideráveis modificações nas mais diversas áreas que influenciou, inclusive no Direito. Assim, podemos apresentar, em linhas gerais, como influxos dessa tradição ao Direito, a valorização de discursos de validade em detrimento de discursos de legitimação que eram relacionados com o jusnaturalismo; a centralização dos estudos na legislação e/ou precedentes por ser passíveis de observação (o que realmente importa é o direito posto/positivo e seu funcionamento e não um ideal jurídico); a utilização de métodos lógico-subsuntivos para a obtenção de maior controle e previsibilidade das decisões judiciais, dentre outras. Apesar de Hans Kelsen ser o principal expoente do positivismo jurídico, ele não desenvolveu uma proposta teórica estritamente nos termos propostos do Círculo de Viena e tentou aplicá-lo ao Direito como ciência. Este movimento era formado por vários filósofos e cientistas que se reuniam na primeira metade do século XIX para discutir os problemas dos fundamentos

¹⁶⁰ Pode-se pensar, por exemplo, que o método teleológico é demasiadamente influenciado por incursões morais do hermeneuta, e, portanto, inviável de ser utilizado – o que já representaria uma ruptura com as escolas das codificações.

do conhecimento científico, sobretudo referentes à linguagem. Neste contexto, o Tratado Lógico-Filosófico de Ludwig Wittgenstein (1889-1951) tornou-se uma das obras principais para os membros do Círculo, dos quais se citam: Moritz Schlick, Rudolf Carnap, Otto Neurath, Herbert Feigl, Philipp Frank, Friedrich Waissman, Hans Hahn. Destarte, é equivocada a ideia de que Kelsen tentou aplicar ao direito o mesmo estatuto científico das ciências naturais.¹⁶¹

Embora tenhamos em Hans Kelsen o nome mais conhecido da corrente que aproximou o positivismo científico do positivismo jurídico, este possui uma pluralidade de acepções que nem sempre se assemelham às daquele jusfilósofo.

Na concepção de Norberto Bobbio, o positivismo jurídico divide-se em sete pontos ou problemas, quais: *i)* quanto ao modo de abordar o direito, o positivismo o considera um fato, e não como um valor; *ii)* quanto à definição do direito, o positivismo define o direito em função da coação que a norma proporciona; *iii)* a respeito das fontes do direito, que se derivam da legislação, majoritariamente, e de outras fontes, como o costume e a equidade, conquanto não derroquem aquela; *iv)* quanto à teoria da norma jurídica, o juspositivismo formula o império da norma para estabelecer os destinatários dos comandos jurídicos; *v)* quanto à teoria do ordenamento jurídico, o juspositivismo considera a completude sistêmica das normas vigentes, não se admitindo a pulverização aleatória das normas e nem mesmo lacunas em sua unidade; *vi)* quanto ao método da ciência jurídica, pelo problema da interpretação, o juspositivismo sustenta que a atividade interpretativa *lato sensu* é basicamente declarativa, e não criativa; *vii)* quanto à teoria da obediência, há um conjunto de posições que afirmam a submissão do destinatário da norma pela norma, em caráter absoluto¹⁶².

Pondo-se tais problemas na ordem de discussão, Bobbio acaba por subdividir o juspositivismo em três abordagens (ou aspectos, segundo o próprio): o ideológico

¹⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 34-35. Michel Villey é mais crítico: a ele, o positivismo jurídico não passa de uma doutrina das fontes do direito – “toda solução deve decorrer da lei *posta* pelo príncipe”. Seus senões são mais em relação ao positivismo científico propriamente dito: “Mas todos sabem que Auguste Comte dotou a palavra *positivismo* de um sentido novo, mais geral e filosófico; que este novo *positivismo científico* se define pelo propósito de aplicar a todas as questões, mesmo às humanas, às morais, às sociais, os métodos científicos modernos, por se ater ao estudo dos *fatos*. O positivismo científico, introduzido no direito levou, num primeiro momento, a restringir o direito aos textos: ‘O direito é o conjunto das leis existentes’. Mais tarde, livramo-nos do preconceito do legalismo, que nada justificava cientificamente. A ciência do direito estendeu-se a outras espécies de ‘fatos jurídicos’ (jurisprudenciais, de costumes, etc.). Mas recusa-se a considerar os *fins* do ofício judiciário”. VILLEY, *op. cit.*, p. 183.

¹⁶² BOBBIO, *op. cit.*, p. 156-158.

(uma certa ideologia direito); o teórico (uma certa teoria do direito) e o metodológico (um certo modo de abordar o estudo do direito)¹⁶³.

2.3.1 O positivismo ideológico e teórico

O positivismo ideológico tem forte nexos com o sétimo ponto firmado por Bobbio quanto à obediência da norma, naquilo que o autor diz se sintetizar no aforismo alemão *Gesetz ist Gesetz* (lei é lei)¹⁶⁴. A obediência da norma torna-se um imperativo moral inafastável, razão pelo qual Bobbio o apelida de “positivismo ético”¹⁶⁵. Nessa senda, o destinatário da norma nutre dela comando pelo qual não pode opor qualquer resistência física ou mental. Cumprindo-se a norma, comporta-se em conformidade ao ordenamento jurídico. A lei, portanto, deve ser cumprida tão somente por ser válida, independentemente de ser justa, vez que o será se for formalmente válida¹⁶⁶.

Nas palavras de Norberto Bobbio, a obediência irrestrita ao apelo da norma se traduz propriamente em um dever de consciência que impele o destinatário da norma assim como o faz a mais convicta obrigação moral:

O caráter absoluto ou incondicionado da obediência à lei também significa, para a ideologia positivista, outra coisa: significa que a obrigação de obedecer à lei não é só *obrigação jurídica*, mas também *obrigação moral*. Isto significa que o homem deve obedecer às leis não só por motivos externos, mas por motivos internos, isto é, não só porque a tanto obrigado, mas porque está convencido de que tal obediência é uma coisa intrinsecamente boa: *obediência não por imposição, mas por convicção*. Podemos também dizer que este dever é sentido não como obrigação heterônoma, mas como obrigação autônoma, porque a lei se transforma numa normal moral, por cuja observância respondo diante de mim, de minha consciência: portanto, *dever de consciência* de obedecer às leis.¹⁶⁷

Na concepção do Estado ético, o poder estatal é a manifestação divina na história, atuando como agente missionário para levar à sociedade o dever ético de cumprir determinadas condutas, que, dado seu espírito superior, são indissociavelmente portadoras da razão jurídica e moral, pela qual devem os súditos

¹⁶³ FONTELES, Samuel Sales. *Hermenêutica constitucional*. 5. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 84.

¹⁶⁴ BOBBIO, *op. cit.*, p. 158.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 264.

¹⁶⁶ FONTELES, *op. cit.*, p. 86.

¹⁶⁷ BOBBIO, *op. cit.*, p. 265.

se comprometer sob pena de profanar o soberano estatal¹⁶⁸. Daí surge a crítica jusnaturalista de que o juspositivismo ideológico forte opta pela rendição da natureza para se albergar na coação estatal¹⁶⁹.

Esse aspecto ideológico do positivismo é o que comumente se seleciona para caricaturá-lo e expô-lo intelectualmente como um pensamento insensato e extremista, por se tratar da vertente mais vulnerável da teoria¹⁷⁰. Não é, porém, o único possível dentro da abordagem ideológica¹⁷¹. Fala-se ainda em um positivismo ideológico moderado, para o qual o Direito não tem um valor finalístico, senão instrumental¹⁷².

Norberto Bobbio disserta que o positivismo ideológico moderado (ou fraco) arrefece a crítica jusnaturalista de que sua vertente extremada induziria à idolatria do poder estatal e ao totalitarismo político. Ao filósofo italiano, a consecução da ordem social e da segurança jurídica, aspectos que o positivismo ético moderado tende a

¹⁶⁸ BOBBIO, *op. cit.*, p. 268.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 277-278.

¹⁷⁰ FONTELES, *op. cit.*, p. 86. “O problema do ‘positivismo ideológico’ é que ele confunde uma tese descritiva (definir o direito válido) com uma tese prescritiva de obediência moral acrítica ao direito e gera uma concepção incongruente e equivocada: obediência e aplicação ‘cega’ da lei. Entretanto, esta postura é mais uma caricatura do positivismo que serve muito bem aos críticos que usam da ‘falácia do espantalho’ do que realmente assumida pelos pensadores positivistas. A partir da leitura atenta dos grandes clássicos do positivismo jurídico do século XX, observou-se que os próprios positivistas nunca sustentaram tal teoria”. FROELICH, Charles Andrade. *A diferenciação entre direito e moral na tradição do positivismo jurídico*. 2017. 163 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2017.

¹⁷¹ O autor faz remissões a respeito do conceito de “ideologia” que convém reproduzi-las. Para Bobbio, uma teoria “é a expressão da atitude puramente *cognoscitiva* que o homem assume perante uma certa realidade e é, portanto, constituída por um conjunto de juízos de fato, que têm a única finalidade de *informar* os outros acerca de tal realidade”. Já a ideologia, ao revés, “é a expressão do comportamento *avaliativo* que o homem assume face a uma realidade, consistindo num conjunto de juízos de valores relativos a tal realidade, juízos estes fundamentos no sistema de valores acolhido por aquele que o formula, e que têm escopo de *influir* sobre tal realidade”. BOBBIO, *op. cit.*, p. 261-262. Percebe-se que a aproximação de Bobbio com o positivismo jurídico coaduna com seu distanciamento aos programas políticos ascendentes de sua época (fascismo e comunismo), cujas afirmações diziam ser “tudo ideológico”, vislumbrando encontrar no juspositivismo e no neopositivismo lógico alguma neutralidade alternativa, possivelmente desaguando na sua defesa de uma terceira via governamental. OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. *Fundamentos da teoria jurídica em Norberto Bobbio*. 1991. 297 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1991. A nosso ver, em síntese, à teoria cabe a descrição objetiva da realidade e à ideologia cabe a interpretação subjetiva da realidade.

¹⁷² “O positivismo ético forte ou extremista encara o Direito como um fim em si mesmo. Diferentemente, para o positivismo ético moderado, o Direito é apenas um meio. Qual o fim colimado por este meio? Resposta: a ordem. Ou seja, o positivismo ideológico moderado considera o respeito ao Direito como um meio para a realização de um importante valor, qual seja, a instauração da ordem social. Para além disso, sustenta que a lei é a forma mais perfeita de Direito, porque é genérica e abstrata”. FONTELES, *op. cit.*, p. 86.

desenvolver, são elementos mais próprios da pretensão liberal do que da condição estatizante, e equiparáveis às reivindicações iluministas contra o despotismo¹⁷³.

Prefere-se o direito à anarquia como escolha ideal, porque a consecução da ordem social equivale a solicitar que as relações sociais se deem com observância a determinadas regras comuns às categorias que compõem a sociedade: a ordem “é o resultado da conformidade de um conjunto de acontecimentos a um sistema normativo”¹⁷⁴. A ordem é a eficácia da norma garantida pela sanção.

Mas o fim do direito é tão somente a ordem? Respondendo a indagação, Norberto Bobbio recorda brocardos romanos que dialogam com a doutrina juspositivista sem fazê-la perder sua ideologia da eticidade:

Poder-se-ia objetar que o fim próprio do direito não é a *ordem*, mas um fim superior: a *justiça*; ou, em outros termos, que o fim do direito não é uma ordem qualquer, mas a ordem justa. Pode-se, porém, responder que no sentido tradicional, mais comum e mais apropriado deste termo, a justiça não significa nada além de *legalidade*, isto é, respeito e correspondência à lei, portanto, ordem: *ação justa* significa ação conforme à lei (e *homem justo* é o que adapta o próprio comportamento à lei, em contraposição ao *homem ético*, que é o que age com base em escolha livre escolha responsável). Esta concepção da justiça resta válida mesmo quando se fala não mais de *justiça da ação* (como conformidade à lei), mas de *justiça da própria lei*: lei justa é aquela conforme a uma lei superior (natural ou divina). Neste sentido podem-se interpretar as duas máximas fundamentais da justiça enunciadas pelos juriconsultos romanos: *suum cuique tribuere* e *neminem laedere*. O *suum cuique tribuere* significa atribuir a cada qual o que lhe cabe segundo certo sistema normativo e, deste modo, instaurar a ordem; o *neminem laedere* significa não ultrapassar os limites postos à conduta humana pelo sistema normativo, não invadir a esfera que este reserva aos outros e, deste modo, não destruir a ordem constituída pelo direito. *Instaurar a ordem* e *não destruir a ordem* – eis o significado destes dois princípios. Assim, a afirmação segundo a qual a função própria do direito é garantir a ordem não é aberrante em relação à que considera a justiça como o fim próprio do direito porque, pelo menos com base em certa concepção, a justiça se identifica com a ordem.¹⁷⁵

A realização da ordem tendo a lei jurídica como fonte preponderante do direito se revela, então, em duas propriedades possuídas pela lei e despossuídas pelas demais fontes: generalidade e abstração. A primeira fornece subsídio para a igualdade formal, considerando que a norma é generalizada, não se tratando de um comando individual, devendo ser cumprida, inclusive, pelo ente coator; a segunda retrata antecipadamente a pluralidade de ações possíveis, subsidiando o destinatário da norma de certeza a respeito de sua conduta.

¹⁷³ BOBBIO, *op. cit.*, p. 277-278.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 270.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 270-271.

Já na abordagem teórica do juspositivismo, seguindo a fórmula de Bobbio, o direito é confundido com a lei formal, editada pelo poder legislativo competente. O texto é igual à norma¹⁷⁶. A distinção do positivismo ideológico/ético para o teórico se resume ao aspecto moral: para aquele, a eficácia da normatividade finda por quitar a obrigação moral do destinatário, enquanto este exclui o dilema moral da relação jurídica: o sistema normativo uno, completo e lógico ocasiona a ordem e realiza sua finalidade última. “A conclusão é científica, não ideológica”¹⁷⁷.

A predominância da norma jurídica como fonte do direito – capaz de disciplinar o uso da coerção pelo ente legítimo, inserida em um sistema uno, coerente e hermético, capaz de surtir efeitos na sociedade em que atua de forma a instituir deveres passíveis de sanções – é a essência do positivismo teórico, desfalcado tão somente do componente moral que dá intensidade ao positivismo ideológico. O direito, como coação organizada, é então o meio mais eficiente para a constituição da ordem capaz de balancear a convivência em um ambiente contencioso.

2.3.2 O positivismo metodológico: Austin, Kelsen e Hart

Diverso é o positivismo de abordagem metodológica, ainda na classificação de Norberto Bobbio. Também chamado de positivismo conceitual ou descritivo, reforça o caráter preponderantemente analítico do juspositivismo, desassociando de qualquer pretensão propositiva. Quer-se sobretudo descrever o objeto – a norma fincada no texto – e não prescrever cenários desejáveis à normatização. Assim, “o positivista metodológico descreve o direito como um fato real, não ideal”¹⁷⁸.

Equivalente a um exame pericial do direito, comparável à profissão de um perito que analisa um cadáver resultado do homicídio independentemente de sua repulsa à violência, o juspositivismo metodológico constantemente é confundido com o exegetismo do século XIX, já dissertado antes, em especial quanto à predominância da interpretação gramatical. A imputação não procede se se cogitar

¹⁷⁶ STRECK, 2017, p. 46.

¹⁷⁷ FONTELES, *op. cit.*, p. 87.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 88.

que essa abordagem positivista considera até mesmo que a discricionariedade judicial é fatalmente inevitável em determinadas ocasiões¹⁷⁹.

Poder-se-ia defender, nesse ponto, que um problema jurídico pode deter muitas respostas também jurídicas, sem que haja interferência de valores na condução dessa resolução, conforme o juspositivismo.

Hans Kelsen (1881-1973) não era um positivista ideológico de forte intensidade, mas um afiliado metodológico de considerável sofisticação. Kelsen ratifica que o positivismo é um sistema de sucessivas validações, a partir de normas do escalão superior, legitimando e vinculando normas do escalão inferior, tal como a constituição (superior) valida a legislação (inferior) e a legislação (superior) valida a sentença judiciária (inferior)¹⁸⁰. A hierarquia, portanto, depende do referencial.

Havendo hipótese de pluralidade de significados sobre a norma, em dilema hermenêutico, ou havendo antinomia real ou aparente, qualquer decisão tomada pelo juiz será válida e legítima se dentro da “moldura” proposta pela norma do escalão superior, conforme sua *Teoria Pura do Direito*:

A jurisprudência tradicional crê, no entanto, ser lícito esperar da interpretação não só a determinação da moldura para o ato jurídico a pôr, mas ainda o preenchimento de uma outra e mais ampla função – e tem tendência para ver precisamente nesta outra função a sua principal tarefa. A interpretação deveria desenvolver um método que tornasse possível preencher ajustadamente a moldura prefixada. A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses apenas *uma única* solução correta (ajustada), e que a “justeza” (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo.¹⁸¹

Para Kelsen, a escolha de uma das possíveis decisões igualmente válidas como a unicamente correta se equipara à escolha política, feito indisponível ao

¹⁷⁹ Os positivistas metodológicos até compreendem que, na ausência de norma clara para disciplinar determinado fato, ou na pluralidade de normas cabíveis à aplicação legal, a discricionariedade judicial é inafastável. FONTELES, *op. cit.*, p. 89. Fonteles ainda aduz que o positivismo metodológico vaticina, de certa forma, o relativismo, em contrário àquilo que, como se verá adiante, apregouo Ronald Dworkin em sua busca a uma única resposta certa. A univocidade é dispensada por Kelsen como desnecessária e até mesmo improvável.

¹⁸⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 390.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 391.

cientista jurídico, que deve, por ocasião de sua função, descrever todas elas sem qualificá-las como equívocas ou perfeitas.

A pureza da teoria de Kelsen é justamente opor a ciência do direito à aplicação do direito. Aquela, pura, se limita a descrever analiticamente a realidade da norma posta, em todas as suas (im)possibilidades¹⁸². Já a aplicação do direito, de fins práticos, é naturalmente impura, porque permite ao aplicador – defensor, acusador ou julgador, mas especialmente este – optar por uma resposta possível dentro dos limites prefixados, sendo compreensível que o faça influenciado por vieses outros como o ideológico, o religioso, o partidário, o sectário etc.

O jusfilósofo, ao contrário dos positivistas ideológicos e teóricos, não vincula a realização do direito à realização da ordem (justa), arguindo que diversas normatizações válidas padecem de realização da justiça como valor universal, decaindo em asserções demasiado subjetivas¹⁸³. A lubrificação do sistema kelseniano é autorreferente: o direito se realiza em cumprimento às normas que não contrariem outras normas de hierarquia superior, até que a retroação atinja a “norma hipotética fundamental” – a norma constitucional, instituída por um poder de fato (o poder constituinte), que, antes de constituí-la, não se poderia falar em “estado de direito”¹⁸⁴.

O sistema de mútua validação normativa proposto por Kelsen, até como consequência lógica, não admite lacunas: aquilo que a lei não veda ou não disciplina propriamente está implicitamente permitido. Os chamados “vácuos de liberdade” são condutas permitidas pelo ordenamento, e não lacunas jurídicas¹⁸⁵:

Como ordem social que estatui sanções, o Direito regula a conduta humana não apenas num sentido positivo – enquanto prescreve uma tal conduta ao ligar um ato de coerção, como sanção, à conduta oposta e, assim, proíbe esta conduta – mas também por uma forma negativa – na medida em que não liga um ato de coerção a determinada conduta, e, assim, não proíbe esta conduta nem prescreve a conduta oposta. Uma conduta que não é juridicamente proibida é – neste sentido negativo – juridicamente permitida. Visto que uma determinada conduta humana ou é proibida ou não o é, e que, se não é proibida, deve ser considerada como permitida pela ordem

¹⁸² “O projeto juspositivista de Hans Kelsen, portanto, consiste naquilo que o denomina de uma metaciência do direito: ele busca apresentar o melhor método para obtenção do conhecimento jurídico, sem conferir ao seu objeto qualquer conteúdo prévio”. BRAGA, Ana Luiza de Moraes Rodrigues. *O relativismo moral em Hans Kelsen*. Londrina: Thoth, 2023, p. 33.

¹⁸³ KELSEN, *op. cit.*, p. 55.

¹⁸⁴ FONTELES, *op. cit.*, p. 97-98. Ao contrário dos jusnaturalistas, para quem a juridicidade precede a instituição formal do poder estatal e jurídico. Estes compreendem, portanto, que o poder constituinte não é fático, mas já o é jurídico.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 98.

jurídica, toda e qualquer conduta de um indivíduo submetido à ordem jurídica pode considerar-se como regulada – a num sentido positivo ou negativo – pela mesma ordem jurídica. Na medida em que a conduta de um indivíduo é permitida – no sentido negativo – pela ordem jurídica, porque esta não a proíbe, o indivíduo é juridicamente livre.¹⁸⁶

A multiplicidade de respostas corretas e válidas repercute na interpretação jurídica, em Kelsen, para quem inexiste método ideal de compreensão da norma, sob pena de se incidir politicamente sobre o assunto. Para o autor, a interpretação feita pelo aplicador da norma é sempre autêntica, porque ela cria o direito ainda que aplicável a apenas um caso concreto. É o caso da interpretação aplicadora, diferente da interpretação científica. Kelsen entende ser legítimo que o aplicador contabilize muitas possibilidades normativas e escolha uma delas como ideal para a subsunção do fato social colocado em destaque, mas repudia que o mesmo se faça pela interpretação científica. Esta deve sobretudo descrever aquelas múltiplas possibilidades sem apontar uma delas como a (única) correta¹⁸⁷. “A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica”¹⁸⁸, diz ele.

Kelsen chega a desprezar a discussão entre *voluntas legis* e *voluntas legislatoris* suscitada por diversos hermeneutas:

Todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o

¹⁸⁶ KELSEN, *op. cit.*, p. 46.

¹⁸⁷ Alguns autores criticam Kelsen pelo comentário sobre a moldura normativa, que contrastaria com a linha positivista (científica) do Círculo de Viena: “Cabe à Ciência do Direito, segundo Kelsen, formular proposições que identificassem as possíveis interpretações da norma jurídica e não a única interpretação verdadeira. Diferentemente da metodologia professada pelo Círculo de Viena, à Ciência do Direito não caberia a formulação de proposições verdadeiras, mas apenas a formulação de proposições com sentido, ou de proposições eu apresentassem os possíveis sentidos abrangidos pelo texto legislativo (dentro da mesma perspectiva dos sentidos polissêmicos das palavras, à luz do segundo Wittgenstein, em suas *Investigações Filosóficas*)”. GUERRERA, Sérgio Ricardo Menezes. *Teoria do direito no pós-positivismo: interpretação e aplicação da norma jurídica*. 2007. 169 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007, p. 42.

¹⁸⁸ KELSEN, *op. cit.*, p. 395. O comentário de Kelsen interessa ao presente estudo porque a hermenêutica que aqui se propõe é justamente aferir, com alguma precisão e retidão, o sentido da norma – da norma penal mais especificamente – que por sua vez, em termos de segurança jurídica, não pode ter pluralidade de significações, dado o interesse social pela certeza jurídica dos mandados de criminalização. A insegurança jurídica fica mais exposta na seguinte afirmação de Kelsen: “Se um indivíduo quer observar uma norma que regula a sua conduta, quer dizer, pretende cumprir um dever jurídico que sobre ele impende realizando aquela conduta a cuja conduta oposta a norma jurídica liga uma sanção, esse indivíduo, quando tal conduta não se encontra univocamente determinada na norma que tem de observar, também tem de realizar uma escolha entre diferentes possibilidades. Porém, esta escolha não é autêntica. Ela não é vinculante para o órgão que aplica essa norma jurídica e, por isso, corre sempre o risco de ser considerada como errônea por este órgão, por forma a ser julgada como delito a conduta do indivíduo que nela se baseou”.

único correto. Fixar-se na vontade presumida do legislador desprezando o teor verbal ou observar estritamente o teor verbal sem se importar com a vontade – quase sempre problemática – do legislador tem – do ponto de vista do Direito positivo – valor absolutamente igual. Se é o caso de duas normas da mesma lei se contradizerem, então as possibilidades lógicas de aplicação jurídica já referidas encontram-se, do ponto de vista do Direito positivo, sobre um e o mesmo plano. É um esforço inútil querer fundamentar “juridicamente” uma, com exclusão da outra.¹⁸⁹

A interpretação da norma, para os positivistas, depende do que eles têm como premissa fundamental do conceito de direito admitido, porque da premissa derivarão as descrições possíveis da lei positiva.

Prosseguindo ainda no positivismo metodológico (ou conceitual), tem-se em John Austin (1790-1859) maior referência quanto a ideia de que o direito se funda na sanção, ou seja, não haveria norma sem sanção que penalizasse o seu descumprimento, conferindo compulsoriedade ao comando original sob pena de malefício àquele que o descumprisse. Em Austin, sempre que o comando normativo for emanado pela autoridade comumente obedecida – ainda que de maneira costumeira ou habitual, isto é, houver determinação por quem habitualmente produz determinações eficazes –, então haverá direito nessa relação autoridade-destinatário. A crítica ao jurista inglês do século XIX se deu especialmente em Ronald Dworkin¹⁹⁰, para quem o positivismo de Austin suscita dúvidas se haveria direito legítimo na relação entre ordenantes e obedientes efetuada na clandestinidade, ou se seria fácil constatar quem exerce a legítima soberania¹⁹¹.

Ciente de tais apontamentos, coube a Herbert Hart (1907-1992) reformular as ideias de Austin. Hart posiciona o direito como regra de reconhecimento por uma dada comunidade em uma sucessiva validação: a constituição, aceita pela comunidade, confere poderes legislativos a uma autoridade que por si legisla com legitimidade. Hart divide as normas em primárias e secundárias: as primárias detêm conteúdo tipicamente material, de disciplina de conduta, enquanto que as secundárias versam sobre formalidades na confecção das próprias normas. Afere-se daí que a norma secundária tem potencial de lei fundamental (constitucional), como

¹⁸⁹ KELSEN, *op. cit.*, p. 392.

¹⁹⁰ Para Dworkin, o conceito de Austin leva a crer que o “o direito é uma questão de decisões históricas tomadas por aqueles que detêm o poder político”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 42.

¹⁹¹ FONTELES, *op. cit.*, p. 99.

regra de reconhecimento, pois “estipula quem elabora o Direito e como essas regras deverão ser editadas”¹⁹².

Assim, a obrigatoriedade de uma norma, no juspositivismo hartiano, deriva da aceitação expressa ou tácita da comunidade, como o direito consuetudinário, ou da conformidade com as regras de formatação das próprias regras oriundas da norma primária (lei fundamental ou regra de reconhecimento).

Hart difere de Austin na medida em que este simplifica a obrigatoriedade na sanção ofertada ao soberano¹⁹³. Hart compartilha com Kelsen a ideia de que, em indeterminações normativas pela equivocidade do enunciado ou pela aparente contradição entre normas aplicáveis, pode o intérprete escolher discricionariamente uma forma dentro da “moldura” normativa predisposta – movimento semelhante ao de Kelsen quando o intérprete-aplicador deve mapear e inteligir as normas cabíveis para depois, em ato discricionário-casuístico, selecionar a que pode adequadamente resolver o litígio. Para Hart, a impossibilidade de se antever todas as ocasiões e reduzi-las sob o formato normativo, problema comum nos sistemas jurídicos, causa o que ele chama de “textura aberta”:

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, o quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. Seja como for, a vida do direito traduz-se em larga medida na orientação, quer das autoridades, quer dos indivíduos privados, através de regras determinadas que, diferentemente das aplicações de padrões variáveis, *não* exigem deles uma apreciação nova de caso para caso. Este facto saliente da vida social continua a ser verdadeiro, mesmo que possam surgir incertezas relativamente à aplicabilidade de qualquer regra (quer escrita, quer comunicada por precedente) a um caso concreto. Aqui, na franja das regras e no campo deixado em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais preenchem uma função criadora de regras que os organismos administrativos executam de forma centralizada na elaboração de padrões variáveis. Num sistema em que o *stare decisis* é firmemente reconhecido, esta função dos tribunais é muito semelhante ao exercício de

¹⁹² FONTELES, *op. cit.*, 102.

¹⁹³ “Para Austin de que o limite máximo de velocidade na Califórnia é 90 quilômetros é verdadeira apenas porque os legisladores que promulgaram tal lei estavam então no poder; para Hart é verdadeira porque o povo da Califórnia aceitou, e continua aceitando, o sistema de autoridade usado nas Constituições estaduais e nacionais. Para Austin, a proposição de que os motoristas negligentes devem indenizar as mães que sofrem danos morais na cena de um acidente é verdadeira na Grã-Bretanha porque as pessoas que têm poder político fizeram dos juizes seus representantes e, tacitamente, adotam os comandos deles como se fossem seus. Para Hart, essa proposição é verdadeira porque a regra de reconhecimento aceita pelo povo inglês transforma as declarações dos juizes em direito sujeito ao poder de outras pessoas – os legisladores – de revogá-lo quando quiserem”. E embora persevere dúvida sobre no que consistiria a aceitação na chamada “regra de reconhecimento”, o litígio não impediu o sucesso intelectual de Hart nos meios jurídicos. DWORKIN, *op. cit.*, p. 42-44.

poderes delegados de elaboração de regulamentos por um organismo administrativo. Em Inglaterra, este facto é muitas vezes obscurecido pelas aparências: porque os tribunais frequentemente negam qualquer função criadora desse tipo e insistem em que a tarefa apropriada da interpretação da lei e do uso do precedente é, respectivamente, procurar a “intenção do legislador” e o direito que já existe.¹⁹⁴

No cômputo geral do positivismo anterior ao século XXI, é lícito dizer que o objeto de estudo dos jusfilósofos antenados no tema foi a lei positiva – a não a lei natural, nem a lei divina, mas a lei positiva, posta pela ação humana para vigorar sobre uma sociedade estabelecida em determinado território.

Para juspositivistas como Austin, Kelsen, Hart e até mesmo Bobbio, o conceito e a validade do direito independem da eficácia da justiça. A separação entre direito e moral, por exemplo, consagra a ideia de método: quer-se saber qual é o direito, não como ele deveria ser hipoteticamente em um cenário idealizado. Assim, o que “é” o direito deve ser examinado no campo da jurisprudência, enquanto o “dever ser” é matéria afeta ao estudo da ética¹⁹⁵.

Natural que o positivismo pós-exegético e metodológico demande da hermenêutica coerência e observância com as diretrizes comuns aos seus teóricos, para que elas tenham validade lógica, em especial: **i)** delimitação da lei legislada como fonte primordial do direito; **ii)** exclusão de vieses alheios ao fenômeno jurídico no momento da análise do objeto pelo cientista jurídico; **iii)** separação entre ciência do direito e teoria da justiça, podendo a *applicatio* ser ou não justa, mas devendo ser correta em conformidade à pluralidade de pareceres inscritos no ordenamento.

2.3.4 A interpretação jurídica no positivismo pós-exegético

Ao ambicionar construir uma ciência jurídica hermética e um ordenamento jurídico completo, o positivismo aponta para direções que o intérprete preferencial da

¹⁹⁴ HART, Herbert. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 148-149. A “função criadora de regras”, pelos tribunais, nos moldes da regulamentação administrativa permitida pela legislação, é tudo o que se visa combater na seara penal, como a introdução deste estudo já delineou, porque se é verdade que o legislador não consegue antecipar todos os eventos futuros e incertos, a ponto de discipliná-los em norma, também é verdade que a exagerada discricionariedade do julgador, o intérprete principal do direito, pode confeccionar regramentos até então inimagináveis por quem devesse segui-los ao tempo da conduta. Pode-se, sobretudo, fazer com que normas penais malélicas retroajam por criação judiciária.

¹⁹⁵ MONTEIRO, Jaber Lopes Mendonça. *Direito e interpretação na tradição do positivismo jurídico: uma análise de John Austin, H. L. A. Hart e seus críticos*. 2012. 86 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia Moderna e Contemporânea) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 29.

norma jurídica (o magistrado) deve prosseguir no intento de realizar o conjunto de regras estipuladas pela fonte legítima – dando-lhes validade e eficácia.

Seguindo-se os conceitos positivistas acima expostos, deve o hermeneuta conciliar sua possibilidade de interpretação ao sistema que o circunscreve, ou seja, em se tratando do positivismo kelseniano, deverá o intérprete escolher discricionariamente por uma das opções sistematicamente viáveis, inscrita dentro da moldura legal, uma vez que o jusfilósofo defende “uma tese de *relativa indeterminação* dos enunciados legais e uma correspondente tese de que o ofício jurisdicional é caracterizado por uma *relativa discricionariedade* e por algum grau de *criatividade normativa*”¹⁹⁶.

Diverge Kelsen do formalismo exegético anterior em que o Estado-juiz faria uma simples intelecção dos dizeres da norma jurídica e lógico-dedutivamente aplicaria o comando sobre o fato social analisado, em um encaixe único e providencial, descartando qualquer outro porque equivocado (e desencaixado) e afastando qualquer gestão demasiado subjetiva da causa por ele apreciada, porque desnecessária e inconveniente. Ao contrário: para Kelsen, “não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra”¹⁹⁷, podendo o intérprete desvincular-se de respostas únicas e corretas contanto que se mantenha amoldurado¹⁹⁸.

Kelsen exclui a questão da interpretação jurídica da teoria do direito, portanto, relegando-a a um busílis de política jurídica, distinguindo-se de outros autores para quem a resposta do processo de criação e a interpretação jurídica “pode ser considerada como o único problema teórico-jurídico realmente sério, pois o Direito

¹⁹⁶ SABBAG NETO, *op. cit.*, p. 42.43.

¹⁹⁷ KELSEN, *op. cit.*, p. 391.

¹⁹⁸ A interpretação “correta” não é um problema na jusfilosofia de Kelsen, tema segundo ele afeto à política do direito: “A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como na Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas”. KELSEN, *op. cit.*, p. 393. E ainda: “A sua afirmação central aí – cujo endereço declarado é o cognitivismo interpretativo oitocentista e a sua pretensão de univocidade – está na caracterização do direito aplicável (‘anzuwendende Recht’) como uma moldura (‘Rahnen’) dentro da qual são admissíveis várias possibilidades de aplicação (‘innerhalb dessen mehrere Möglichkeiten der Anwendung’). Vale dizer: dentro da qual são admissíveis várias possibilidades de aplicação *igualmente corretas* do ponto de vista do sistema normativo”. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 29.

não serve a outro fim que não o de justamente resolver problemas mediante aplicação de normas”¹⁹⁹.

A jusfilosofia de Kelsen sofreria modificações no curso do tempo, pendendo para a maior discricionariedade judicial e aproximação com a concepção cético-voluntarista do direito²⁰⁰. Mas, de modo geral, é possível constatar que, para o positivismo metodológico kelseniano, em se tratando de interpretação e aplicação do direito, temos: a) o mister judicial é constituído pela *intelecção* das normas postas no ordenamento jurídico e pela *volição* da aplicabilidade delas pelo magistrado, podendo ele se basear em influências outras que não exclusivamente jurídicas (moral, religião, ideologia, sociabilidade etc.); b) não se pode afirmar que exista uma única resposta correta inscrita na moldura normativa, e, portanto, todas as demais igualmente inscritas também têm grau de correção à luz do direito positivo, podendo sofrer óbice quanto à conveniência política de sua aplicação ou pelos critérios firmados na escolha do juiz; c) os enunciados normativos são excepcional e fatalmente indeterminados, intencionalmente ou não (pelo legislador), e dão margens disputadas sobre seu teor, fomentando a pluralidade de respostas corretas²⁰¹.

Apesar de sua oposição ao positivismo legalista do formalismo exegético anterior, Kelsen finaliza sua obra magna apelando para que a doutrina jurídica instrua o poder legislativo para que este tenha parcimônia e legisle com precisão suficiente a reduzir restringir o diagnóstico da ciência jurídica:

É que uma tal interpretação científica pode mostrar à autoridade legislativa quanto longe está a sua obra de satisfazer à exigência técnico-jurídica de

¹⁹⁹ SABBAG NETO, *op. cit.*, p. 42.

²⁰⁰ Conforme Sabbag Neto: “(...) em sua obra póstuma (*Teoria Geral das Normas*), Kelsen reestrutura sua teoria de forma mais radical, aproximando-se bastante do voluntarismo próprio do realismo jurídico, ao estabelecer que o objeto da Teoria do Direito se limita estritamente aos comandos individuais: somente a partir de um ato volitivo-decisório que imponha uma norma individual é que nasceria aquilo que o Direito realmente é; assim, Kelsen deixou de definir o Direito como um conjunto de normas, gerais e individuais, criadas pelos órgãos de criação, para defini-lo, mais restritivamente, como o conjunto de normas individuais construídas pela adjudicação”. *Ibidem*, p. 44. A flexibilidade de Kelsen não foi isenta de crítica: “Isso significa que o sistema normativo deixa de ser um sistema de normas gerais para ser um sistema de normas individuais reconstruídas, o que aproxima Kelsen do ceticismo e simplesmente implode a concepção do direito como um sistema que regula previamente o comportamento ao solucionar casos individuais a partir de regras gerais. A solução de Kelsen é insatisfatória porque deixa de explicar a racionalidade prática da atividade de legislação e leva ao irracionalismo. Afinal, qual seria a diferença dada pela promulgação de uma lei geral se cada um somente estaria obrigado ao comportamento legislado diante de sua imposição concreta pelo juiz?”. MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 93.

²⁰¹ SABBAG NETO, *op. cit.*, p. 45-46.

uma formulação de normas jurídicas o mais possível inequívocas ou, pelo menos, de uma formulação feita por maneira tal que a inevitável pluralidade de significados seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica.²⁰²

A interpretação em Herbert Hart tem peculiaridades que rememoram acepções gademerianas de hermenêutica. Segundo Hart, toda proposição normativa pressupõe outras normas jurídicas já constituídas antes da aplicação judicial, aqueles enunciados claros, indisputados pela teoria jurídica, servíveis à maioria de litígios judiciais fáceis que se aportam no poder judiciário. Sem as significações claras e constantemente manejadas (pelo costume e pela jurisprudência), tais enunciados seriam inteiramente nebulosos e sua depuração se daria de forma caótica. Essa concepção hartiana deriva da influência da filosofia analítica e da filosofia da linguagem que o autor absorveu²⁰³.

Nessa linha, Hart prega que o sistema jurídico se equilibre na comunhão entre as regras fáceis e claras para a maioria dos casos usuais e comuns (segurança), e as regras nebulosas, que permitam textura aberta para soluções convenientemente casuístas de acordo com a discricionariedade do magistrado (justiça):

De facto, todos os sistemas, de formas diferentes, chegam a um compromisso entre duas necessidades sociais: a necessidade de certas regras que podem, sobre grandes zonas de conduta, ser aplicadas com segurança por indivíduos privados a eles próprios, sem uma orientação oficial nova ou sem ponderar as questões sociais, e a necessidade de deixar em aberto, para resolução ulterior através de uma escolha oficial e informada, questões que só podem ser adequadamente apreciadas e resolvidas quando surgem num caso concreto. Em alguns sistemas jurídicos, em certos períodos, pode ser que demasiadas coisas sejam sacrificadas à certeza, e a interpretação judicial das leis ou do precedente seja demasiado formal e assim não consiga responder às semelhanças e diferenças entre casos que só são visíveis quando consideradas à luz das finalidades sociais. Noutros sistemas ou em outros períodos, pode parecer que demasiadas coisas sejam tratadas pelos tribunais como casos perenemente em aberto ou susceptíveis de revisão nos precedentes, e atribui-se demasiado pouco respeito aos limites que a linguagem legislativa, não obstante a sua textura aberta, apesar de tudo fornece. A teoria jurídica tem nesta matéria uma história curiosa; porque está apta, quer a ignorar, quer a exagerar as indeterminações das regras jurídicas. Para escapar a esta oscilação entre os extremos, precisamos de nos recordar que a incapacidade humana para antecipar o futuro, que está na raiz desta indeterminação, varia em grau nos diferentes campos de conduta e que os

²⁰² KELSEN, *op. cit.*, p. 396-397.

²⁰³ PICCOLO, Carla Henriete Bevilacqua. *A moral e o conceito de direito em H. L. A. Hart*. 2011. 129 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

sistemas jurídicos providenciam quanto a esta incapacidade através de uma variedade correspondente de técnicas.²⁰⁴

Hart refere-se à “zona de franja” sobre a parcela de indeterminismo da norma de textura aberta que não é possível ser aplicada por meio do óbvio silogismo pretendido pelos formalistas, tanto porque o evento analisado era imprevisível ao legislador quanto pela má comunicação exalada pelo enunciado normativo, por vezes obscuro, impreciso e incerto²⁰⁵. O jusfilósofo não compreende a “zona de franja” como a parcela majoritária do sistema jurídico, mas se atenta às ocasiões em que a dedução norma-fato restará comprometida diante da indeterminação, em especial na ocasião dos casos difíceis (*hard cases*)²⁰⁶.

Um dos exemplos usados por Hart para demonstrar que mesmo regras claras e óbvias podem suscitar conflitos e incertezas é o da proibição de se conduzir veículos em um parque²⁰⁷. Embora em primeira vista o comando seja cristalino, formam-se questionamentos ao redor do núcleo proibicionista: crianças pedalando triciclos estão incluídas na vedação? E bicicletas? Podem os jardineiros decepar as gramíneas do jardim pilotando cortadores mecanizados?

A incerteza da regra a qualifica como “textura aberta” e constitui a “zona de franja” que obscurece as respostas buscadas pelo hermeneuta no sistema jurídico hartiano. Considerando que o legislador é limitado assim como é limitada a

²⁰⁴ HART, *op. cit.*, p. 143.

²⁰⁵ O jusfilósofo tem razão quando se refere à limitação do legislador e à obsolescência da proposição normativa. Tomemos o exemplo da Lei dos Crimes de Responsabilidade (Lei Federal nº 1.079/1950): o diploma, datado dos anos 1950, não conseguiu se antecipar às violações cometidas pelas autoridades do alto escalão em território digital, como o tipo de “proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo”. Desenhado para disciplinar o mandatário como figura pública, seria cabível imputar a ele tal incompatibilidade por se desordenar em ambiente digital, considerando que o legislador quarentista sequer imaginava o desdobramento da internet décadas depois?

²⁰⁶ Como Kelsen, Hart se posiciona entre o formalismo conceitual do passado e o ceticismo voluntarista atual, sem deixar crer na existência de normas anteriores à decisão judicial e legitimadas pela aceitação social: “A ideia de que as normas jurídicas seriam precisas de tal forma a ajustar qualquer evento futuro a um padrão convencional passado não sobrevive a análise de que, por um problema de comunicação e linguagem, é impossível criar normas o suficiente para prever todo e qualquer problema porvindouro. Elevar esse problema ao máximo, afirmando que não há direito algum que regula o futuro, também não é adequado, pois o Estado e os cidadãos cotidianamente se comportam por acreditarem que há uma força obrigatória nas regras, executando atos posteriores conforme prescrições anteriores”. COLONTONIO, Carlos Ogawa. *A questão da racionalidade jurídica em Hart e em Dworkin*. 2011. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 36.

²⁰⁷ HART, *op. cit.*, p. 139.

linguagem que ele usa para criar a norma²⁰⁸, como resolver a questão dos *hard cases* que assim o são por serem imprevisíveis e indeterminados?

Não pela hermenêutica. Hart aponta que os mecanismos de interpretação também têm suas zonas de franja e atribuir à hermenêutica jurídica a solução de casos difíceis seria apenas deslocar o problema de setor.

A textura aberta existe, exatamente, porque devido à insuficiência da expressão linguística da regra não se pode encontrar um acordo acerca de que direito e deveres emanam do padrão. As palavras utilizadas na legislação ou no precedente não são exatas para levar a um consenso sobre qual o uso (ou significado) delas. As palavras são dúvidas (ou são colocadas de formas dúbias) o bastante para que haja uma divergência séria sobre o que elas realmente querem dizer.

(...)

Quando há essa dúvida, o direito posto não é suficiente para responder a questão. O direito posto criou a controvérsia, já que sua expressão verbal da lei ou do precedente não é suficiente para que haja uma concordância de que direitos ou deveres existem. Aqui, o jurista deve ir além do próprio corpo da legislação ou do precedente. Certamente haverá uma série de alternativas que se apresentarão para responder a questão e, dessas, uma será escolhida pela autoridade, que decidirá em favor de uma das opções.²⁰⁹

A solução se dá pela discricionariedade judicial, prega Kelsen. O austro-húngaro, porém, adota maior apelo à moldura normativa: as respostas serão corretas se se enquadrarem no arcabouço legalmente admitido e validado pela norma fundamental. Já para o jusfilósofo britânico, as respostas possíveis são apenas respostas – sem maiores adjetivos²¹⁰.

Diante de um caso difícil, ou seja, um caso em que *i)* o silogismo lógico-dedutivo entre norma e evento não é possível; *ii)* a expressão verbal da norma não prescreve comando adequado para solucionar o litígio; *iii)* a margem de indeterminação normativa é tanta que as variadas respostas devem ser contabilizadas pela autoridade decisória e uma delas deve ser selecionada como a preferencial, deverá o intérprete-aplicador instituir ato discricionário que não se afaste do núcleo central da norma de textura aberta²¹¹.

²⁰⁸ COLONTONIO, *op. cit.*, p. 41.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 41.

²¹⁰ HART, *op. cit.*, p. 165.

²¹¹ Essa é a defesa de Hart contra a crítica que o acusa de advogar pelo arbítrio decisório e pela irracionalidade jurídica: para que sua decisão seja legítima, o intérprete-aplicador deve fazer uso da discricionariedade sem se afastar do sentido de fundo da norma. Assim, sendo proibida a condução de veículos nas fronteiras do parque, não pode o julgador inferir que somente os carros estão vedados, possibilitando que motocicletas em agrupamento desfilem pelos gramados: “É importante que os poderes de criação que eu atribuo aos juízes, para resolverem os casos parcialmente

No geral, há semelhanças no positivismo metodológico ou conceitual de Kelsen e Hart quanto à interpretação, pois a norma oferece várias possibilidades para que o juiz escolha uma delas, “o que torna o seu ofício inevitavelmente dotado de algum grau mínimo e ineliminável de discricionariedade, maior ou menor a depender de cada caso particular”²¹². O intérprete aplicador do positivismo kelseniano-hartiano, assim, é como um cliente que se depara com um cardápio de restaurante de culinária vegetariana: pode ele solicitar inúmeros pratos ali descritos, só não será legítimo que ordene a vinda de um assado de entrecôte.

A hipótese da discricionariedade como meio legítimo para a seleção de respostas a problemas jurídicas não foi isenta de críticas; tampouco o foi o formalismo anterior, que reduzia a tarefa judicial a uma conduta meramente subsuntiva de extração praticamente mecanicista de significados da norma exclusivamente produzida pelo legislador. Coube ao marco filosófico do pós-positivismo fazê-lo.

2.4 O pós-positivismo axiológico

O advento da Segunda Guerra Mundial reacendeu discussões a respeito da construção de um ordenamento jurídico que não se reduzisse às regras formalizadas por autoridades competentes e legitimadas a confeccioná-las. Passou-se a demandar que tais autoridades tivessem seu ofício vinculado a determinados

deixados por regular pelo direito, sejam diferentes dos de um órgão legislativo: não só os poderes do juiz são objecto de muitos constrangimentos que *estreitam a sua escolha*, de que um órgão legislativo pode estar consideravelmente liberto, mas, uma vez que os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos. Por isso, os seus poderes são *intersticiais*, e também estão sujeitos a muitos constrangimentos substantivos. Apesar disso, haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correcta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitrária: isto é, ele deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores. Mas se ele satisfizer estas condições, tem o direito de observar padrões e razões para a decisão, que não são ditadas pelo direito e podem diferir dos seguidos por outros juízes confrontados com casos difíceis semelhantes”. HART, *op. cit.*, p. 336.

²¹² SABBAG NETO, *op. cit.*, p. 55. Em se tratando de questões de cunho penal e processual penal, a discricionariedade encontra obstáculos relevantes: a pluralidade de respostas a demandas judiciais é reduzida muitas vezes à unidade em virtude da incidência do princípio do *favor rei*; da mesma forma impede-se interpretações analógicas que ampliem demasiadamente conceitos indeterminados ou demasiadamente genéricos. Não é lícito ao aplicador penal mapear as soluções possíveis e escolher aquela que mais se aproxima de valores morais ou ideológicos plausíveis: o sistema de autocontenção penal impede que ele assim o faça, demonstrando que o positivismo conceitual ora analisado carece de densidade jurídica quando oposto a *hard cases* criminais.

conteúdos morais materiais, em um ensaio de aceno às acepções jusnaturalistas (sem, contudo, retornar às suas concepções metafísicas) combinado com o movimento codificador dos positivismo conceituais pretéritos: os outrora direitos naturais pré-estatais passariam a ser formalmente normas jurídicas fundamentais (na concepção kelseniana) que irradiariam influência sobre as demais normas ordinárias.

No pós-positivismo é possível detectar maior influência do reposicionamento ontológico da norma: não bastaria descrevê-la em detalhes, atentando-se às suas especificações de ordem semântica e sistêmica, mas dever-se-ia, também, ater-se ao seu fim – não “fim” no sentido de seu exaurimento fenomênico, mas naquele que traduz sua própria razão existencial. O giro ontológico do pós-positivismo veio a reboque de marco filosófico maior²¹³.

A combinação de forma e matéria produziu efeitos nas ciências sociais aplicadas, reaproximando o direito da moral e superando a cisão que o positivismo científico apregoava como método para se descontaminar o objeto analisado. Surge assim o diálogo entre a ciência do direito e a teoria da justiça, justificando tal conexão como meio de superação das decisões judiciais submissas à pureza da norma formal e alheias ao conteúdo moral do justo:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de

²¹³ “No início do século XX, a Ontologia Fundamental, na tentativa de resgatar as indagações filosóficas originais, que teriam sido desvirtuadas e esquecidas ao longo da história da filosofia, acrescentou a ideia de ‘finalidade’ as noções de ‘utilidade’ ou de ‘funcionalidade’. Um ente não é, ou não seria suficientemente definido apenas mediante a descrição de sua constituição material e formal (conteúdo e forma), mas uma compreensão ontológica mais abrangente reclamaria fosse revelada a sua razão existencial, a sua utilidade ontológica, o seu destino funcional. A ideia de ‘fim’ não se referiria, originariamente, apenas à noção de ‘término’ ou de ‘extinção’ das coisas, mas estaria associada à ideia de noção de ‘conclusão de um objetivo’, de uma tarefa ou de um ‘projeto’ que constituiria a ‘razão existencial do (existe)ente’. Um martelo, por exemplo, como coisa pertencente ao domínio da técnica, não seria suficientemente definido pela mera descrição da sua forma geométrica e de sua composição material, mas só seria passível de uma compreensão ontológica mais abrangente na medida em que revelado para que serve ao homem, para que finalidade fora criado (assentar pregos para a afiação de objetos uns aos outros), e qual a sua relação com outras coisas que com ele fazem parte do mundo do homem (os pregos, as habitações, as embarcações, os brinquedos artesanais e tudo o mais cuja criação exija a utilização de um martelo)”. GUERRERA, *op. cit.*, p. 68.

uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.²¹⁴

Nesse contexto, a jusfilosofia se adequou àquele momento e apresentou novas formas de conceituação, interpretação e aplicação do direito, partindo das bases do positivismo jurídico e procurando mostrar uma outra forma de compreensão do direito calcada especialmente na supremacia constitucional e na constitucionalização de direitos e princípios fundamentais²¹⁵.

Dentre as características principais do pós-positivismo temos a superação do legalismo e a argumentação como critério de correção de aplicação (fim do silogismo lógico-dedutivo), sem se rejeitar propriamente a posituação das normas²¹⁶.

A ascensão das constituições como normas fundamentais robustas, contendedoras de regras que extravasem o desenho institucional do processo legislativo, acaba por fortalecer o constitucionalismo nos Estados nacionais, mas não aquele mesmo constitucionalismo pré-guerra, fundado em textos sintéticos e objetivos, mas em declarações de direitos fundamentais inalienáveis. A este novo

²¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, 2005, p. 4–5. Curioso notar que Barroso renega ao pós-positivismo seu aspecto voluntarista usualmente criticado nas denúncias contra o ativismo judiciário. O autor, no trecho citado, impugna a aplicação da norma como ato de vontade – ou voluntarismo –, embora sua subsequente defesa da normatividade dos princípios traduz, para alguns críticos, elemento deformador da autoridade legislativa e fomentador de personalismos que extravasam a prescrição da norma, conforme: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; ALMEIDA, João Lucas de Oliveira; MACHADO, Lucas Silva. Ativismo judicial: o caminho da racionalidade jurídica ao argumento político. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos. (Orgs). *Supremos Erros: decisões inconstitucionais do STF*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2020, p. 161-190.

²¹⁵ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 4. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023, p. 231-232. O autor nomeia essa fase como “neopositivismo”, ou seja, um novo positivismo que sucede o antigo e ultrapassado positivismo separatista da ética e da teoria da justiça. Outros autores como Alexandre Araújo Costa (COSTA, *op. cit.*) usam semelhante expressão como rótulo para a era do positivismo pós-exegético (ou pós-legalista ou formalista). Parece-nos, contudo, que o termo neopositivismo guarda mais inovações em relação ao positivismo metodológico do que este em relação ao exegético. De toda forma, este trabalho usará “pós-positivismo” como termo preferencial a simbolizar a verve intelectual que validou a ciência jurídica à consecução de elementos de moral constitucionalizados nas cartas promulgadas a partir de 1945.

²¹⁶ “O positivismo não pode ser superado por meio da renúncia ao Direito positivo ou à positividade do direito. Contudo, a positividade do direito não se confunde com o legalismo. As Constituições modernas, ao ocuparem o lugar dos Códigos, acabam por superar a identificação plena do direito com a lei (legalismo), fruto da concepção liberal do direito. O princípio da supremacia da lei não mais prevalece, uma vez que a lei não é mais vista como produto perfeito e acabado, submetendo-se à Constituição e devendo ser conformada pelos princípios constitucionais e justiça e pelos direitos fundamentais”. CAMBI, *op. cit.*, p. 233.

constitucionalismo antenado com os marcos filosóficos do pós-positivismo deu-se o nome de neoconstitucionalismo.

2.4.1 O neoconstitucionalismo e o protagonismo do princípio

Conhecer do neoconstitucionalismo importa para nossa tarefa porque a partir dele à constituição foram atribuídas funções até então inexistentes sob o aspecto hermenêutico. Embora alguns autores digam que o neoconstitucionalismo não é unívoco, devendo-se falar em “neoconstitucionalismos”²¹⁷, é importante defini-lo em linhas gerais:

(...) o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.²¹⁸

A constitucionalização do direito, a partir da hipertrofia do conteúdo das normas constitucionais e sua respectiva eficácia engendrada pela jurisdição, é então fator determinante para o nascimento de uma nova modalidade hermenêutica que contrasta com o método interpretativo dos positivismos anteriores, porque passa a considerar, como elemento influenciador, a filtragem da legislação ordinária pelo direito posto e pressuposto contido na carta política.

²¹⁷ CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trota, 2003.

²¹⁸ BARROSO, *op. cit.*, 2005, p. 11-12. O marco filosófico do pós-positivismo é reforçado pelo autor como superação do positivismo apartado das demais ciências humanas quando da análise da teoria jurídica: “Nesse ambiente em que a solução dos problemas jurídicos não se encontra integralmente na norma jurídica, surge cultura jurídica pós-positivista. Se a solução não está toda na norma, é preciso procurá-la em outro lugar. E, assim, supera-se a separação profunda que o positivismo jurídico havia imposto entre o Direito e a Moral, entre o Direito e outros domínios do conhecimento. Para construir a solução que não está pronta na norma, o Direito precisa se aproximar da filosofia moral — em busca da justiça e de outros valores —, da filosofia política — em busca de legitimidade democrática e da realização de fins públicos que promovam o bem comum e, de certa forma, também das ciências sociais aplicadas, como a economia e a psicologia”. BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, 2015, p. 29.

Passa-se, então, a compreender a interpretação sistemática sob novo paradigma: não se averigua a norma correlacionando-a horizontalmente com outras normas coincidentes, mas, além disso, há uma testagem dela sob preceitos constitucionais por vezes abstratos e genéricos, por meio da via argumentativa e ponderativa²¹⁹.

A *moralização* da norma jurídica durante os procedimentos de interpretação e aplicação é resultado lógico do fenômeno da hipertrofia constitucional: superadas as constituições eminentemente sintéticas, à moda americana (vide carta de 1787), as novas constituições do pós-guerra passaram a prescrever preceitos axiomáticos vinculantes, motivadas a evitar a dissecação aética da legislação ordinária.

Consequência disso (das novas constituições analíticas e programáticas), sugere-se nova interpretação constitucional fundada em sincretismo metodológico²²⁰, partindo de novo arcabouço teórico a fim de se valer da nova vontade constitucional²²¹. A partir daí, o texto constitucional seria não só um fator vinculante à edição da legislação normativa, mas também uma baliza para a interpretação de todas as normas infraconstitucionais. A realização da constituição, antes limitada à sua não contrariedade (caráter negativo), passa agora a deter caráter positivo de reaplicação constante:

Com avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao *papel do juiz*, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do

²¹⁹ “Diante da insuficiência da lei para garantir os ideais de justiça exigidos por uma sociedade estigmatizada pela guerra, prega-se a supremacia da Constituição e dos valores nela encarnados. E o instrumental para o triunfo da Constituição e desses valores demanda o crescimento da importância da normatividade dos princípios, que acabam por prevalecer sobre as regras. O método é a ponderação, e não a subsunção kelseniana, pois aquela é mais apta a conjugar diversos valores e interesses insertos nos textos constitucionais”. FRANCO, José Henrique Kaster. *Ativismo judicial e administrativo: aspectos penais*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 31.

²²⁰ “À subsunção acrescentou-se a ponderação de princípios, muitas vezes levada a efeito sem qualquer preocupação com critérios seguros de argumentação”. FRANCO, *op. cit.*, p. 34-35.

²²¹ BARROSO, 2005, p. 8-9. Ao anunciar a novidade, Barroso disserta sobre a interpretação clássica, pontuando que ela detém fonte eminentemente jurídica e natureza silogística, ou seja, a norma abstrata prescreve a hipótese de incidência e o juiz identifica a respectiva norma no ordenamento jurídico para compará-la ao caso concreto e fazê-la incidir sobre ele, solucionando o litígio: “a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato”.

legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.²²²

O intérprete-aplicador (juiz) é descrito como coautor do processo legislativo, aduzindo que a norma é uma operação por vezes incompleta e carente de melhores soluções – em contraste com o hermetismo defendido pelos positivistas, que inadmitem lacunas sistêmicas, embora deem, ao magistrado, prerrogativa de optar por uma decisão dentre as várias juridicamente possíveis.

A filtragem moral do direito pelos valores constitucionais – ou leitura moral da constituição, ou constitucionalização do direito – não foi isenta de crítica, em especial dos opositores do voluntarismo judicial, que imputaram ao modelo neoconstitucional culpa sobre a escalada da “juristocracia”, ou modelo de governo dos juízes, quando a discricionariedade se torna regra e a normatividade traduz mera referência optativa²²³.

Para outros críticos, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a teoria do neoconstitucionalismo em nada representa inovação séria: seria apenas uma deturpação de compreensões anteriores, sob nova roupagem ideológica tencionada a disfarçar pretensões outras que não a imperatividade da norma legislada²²⁴.

Pontua-se ainda que a inclusão de axiomas na construção e interpretação do direito não foram inovações pós-positivistas: já existiam há muito, e por autores diversos:

Ora, outro ponto a salientar é exatamente o fato de que o direito moderno não era cego para valores, nem para a ética. Influente escola alemã da primeira metade do século passado (alemã, *comme il faut*, senão não seria levada a sério) foi a da Filosofia dos Valores (*Wertphilosophie*), prevalente na escola de Baden, também chamada de sudocidental alemã, que, inspirada em Windelband e outros, foi liderada por Gustav Radbruch.

²²² BARROSO, 2005, p. 9.

²²³ FONTELES, *op. cit.*, p. 115-116.

²²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o Direito Constitucional Pós-Moderno, em particular sobre certo Neoconstitucionalismo à brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, 2009, p. 151-167. O autor ainda acusa o neoconstitucionalismo de produzir espantelhos argumentativos para fazer valer suas teses discricionárias de nova hermenêutica: “Esta, por um lado, importaria na rejeição da ideia de que o juiz seria meramente a ‘boca da lei’. Ignora essa posição, ou faz de conta fazê-lo, a posição de inúmeras escolas de interpretação que superaram a escola da exegese. Para o neoconstitucionalismo à brasileira, até hoje somente existiu esta última escola interpretativa, simplificação que muito lhe facilita a argumentação... De qualquer modo, como ainda sublinha o mestre Vedel, o próprio ‘juiz constitucional... é um censor, não um decididor’, ou seja, um aplicador, não um criador do direito”. *Ibidem*, p. 162.

Aponta este, por exemplo, que “o direito é um fato ou fenômeno cultural, isto é, um fato referido a valores” (Radbruch, 1974:51). Mais, para ele, a moral é o fundamento da obrigatoriedade do direito (Radbruch, 1974:132-135).²²⁵

Também Carlos Bastide Horbach denuncia o neoconstitucionalismo como causador do embaralhamento das funções de jurisdição comum, jurisdição constitucional e legislação na medida em que o intérprete impõe sobre a legislação infraconstitucional sua própria noção de conteúdo constitucional, fazendo “com que o direito constitucional deixe de ser uma ciência objetivamente considerada e passe a ser expressão emocional das intenções do intérprete”²²⁶.

Com a afirmação da constituição como ampla carta de direitos (projeto sociológico), os princípios são pilares axiológicos no sistema jurídico, têm força imediata e são fontes primárias do direito²²⁷. Crê-se que os direitos fundamentais constitucionalizados são princípios que conseguem se irradiar por todo o sistema, influenciando a interpretação das normas e possibilitando uma leitura moral do direito.

As regras favorecem a segurança jurídica, enquanto que os princípios favorecem a promoção da justiça. Um sistema jurídico ideal equilibra regras e princípios. Porém, em determinadas ocasiões (*hard cases*²²⁸), haverá colisão entre as regras e princípios aplicáveis na concretude.

Em Robert Alexy (1945-) é possível detectar que os aspectos importantes do pós-positivismo (constitucionalização do direito, hipertrofia da carta de direitos e a leitura moral da constituição²²⁹) coincidem com a colisão entre normas e a

²²⁵ FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 159.

²²⁶ HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do Direito Constitucional: Neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. *Revista dos Tribunais*, v. 869, 2007, p. 90.

²²⁷ CAMBI, *op. cit.*, p. 241-250.

²²⁸ Um caso pode ser considerado “*hard*” quando: *i*) quando não há uma única resposta correta, de constatação direta e objetiva; *ii*) quando as formulações normativas são ambíguas ou vagas; *iii*) o direito é incompleto ou inconsistente; *iv*) não há consenso no jurismo sobre a resolução do caso; *v*) o caso não é rotineiro ou de aplicação mecânica da lei; *vi*) requer raciocínio jurídico baseado em juízos de ponderação, não sendo suficiente os raciocínios dedutivos; *vii*) a solução envolve juízos éticos ou morais de temas ainda não deliberados pelos legisladores. *Ibidem*, p. 620-621.

²²⁹ A miscigenação entre direito e moral em Alexy tem justificativa no seu conceito de direito como ordem social corretiva: “Para fundamentar sua opção teórica, Alexy aduz que os sistemas jurídicos são caracterizados por possuírem uma pretensão à correção, ou seja, devem possibilitar que suas normas e as decisões tomadas com bases nelas possam ser justificadas, o que ele chama de argumento da correção. Para ele, é defeituoso sustentar argumentativamente a instalação ou a manutenção de uma ordem social sem que os legisladores apresentem raciocínios com vistas à formação do convencimento acerca de suas virtudes. Igualmente uma deliberação judicial apresentará contradição performativa (defeito conceitual) acaso não esteja fundamentada na escoreita aplicação do direito. Para satisfazer tal pretensão à correção, os participantes do sistema jurídico se socorrem de argumentos morais, mesmo quando presente dispositivos legais expressos

normatização dos princípios, exigindo do intérprete novas fórmulas para a resolução de litígios complexos e imprevistos pelo legislador.

Alexy então esquematiza a ideia de ponderação. A inexistência de uma hierarquia entre os direitos constitucionais (horizontalidade) e a pluralidade de novos direitos constitucionalmente positivados passa a exigir do aplicador a acomodação dos bens jurídicos definidos, sem necessariamente optar por um ou por outro num processo de seleção fatalista: ao ponderar, não se quer tanto atribuir significado à norma, senão equilibrá-la com aquela conflitante; verifica-se e tipifica-se os bens constitucionais envolvidos pela ótica da teoria da justiça adotada, sem se enveredar por discricionarismos ou casuísmos²³⁰.

A ponderação surge como modelo subsidiário à tradicional subsunção, quanto a obsolescência desta inviabiliza a manutenção da eficácia de todos os direitos positivados. Não se podendo aplicar uma regra jurídica em detrimento de outra, sob pena de se invalidar a última, pondera-se para que não haja a total exclusão das regras causadoras da colisão.

A ponderação de Alexy se estrutura em uma sequência procedimental consistente em: i) identificar as regras conflitantes (se são regras ou princípios²³¹); ii) examinar o caso concreto para averiguar quais serão suas repercussões sobre as regras aplicáveis; iii) apurar as consequências das decisões possíveis.

A colisão de princípios importa mais porque inexistente hierarquia entre eles quando positivados na constituição²³². Em linhas gerais, conforme Alexy, a antinomia entre normas-princípios requer o sopesamento (ou balanceamento) entre eles mediante uma “relação de precedência condicionada”, isto é, um princípio precederá

que possam fundamentar suas decisões, de modo a demonstrar a existência de uma conexão necessária entre Direito e Moral”. SALES, Patrícia. *Positivismo jurídico e hermenêutica: a busca do justo*. 2019. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

²³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1110-1111.

²³¹ No pensamento de Alexy e de autores se associam a ele, tanto as regras quanto os princípios são normas jurídicas (normas-regras e normas-princípios), embora distintas. CAMBI, *op. cit.*, p. 241-250.

²³² O nexa entre sua principiologia e a aplicação da proporcionalidade em sentido lato é prescrito por Alexy como decorrência lógica e imanente à ideia de princípio: “Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza”. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 117.

o outro caso haja condição extraível do caso concreto analisado²³³. A finalidade é aplicar a norma de maneira proporcional²³⁴, em sentido amplo. Isso pode ser feito por um método cronológico de aferição de três etapas: i) adequação; ii) necessidade; iii) proporcionalidade em sentido estrito.

Os princípios também seguem protagonistas em Ronald Dworkin (1931-2013), para quem o direito está inscrito na moralidade política, que por sua vez está inscrita na moral pessoal, em um esquema de círculos concêntricos. O direito dworkiano, porém, goza de autonomia e não possui qualquer subordinação à moral²³⁵, embora com ela dialogue por meio dos princípios.

Dworkin dissentiu tanto de Hart quanto de Alexy²³⁶. Para Dworkin, o sistema jurídico é composto tanto por regras quanto por princípios, havendo aproximação entre moral e direito e sendo exigível do magistrado a resposta única e correta para a solução do litígio. Dworkin combate a discricionariedade judicial com veemência e vê na jusfilosofia de seu mestre Hart o melhor exemplo positivista a ser desafiado, porque demasiadamente discricionário²³⁷.

A resposta certa guarda centralidade na jusfilosofia de Dworkin, que se vale da metáfora do “juiz Hércules” para defendê-la. O hercúleo magistrado seria, então, um jurista sobre-humano de múltiplas valências (sabedoria, paciência, capacidade etc.) que realizam o projeto jurídico dworkiano de integridade²³⁸.

²³³ FONTELES, *op. cit.*, p. 125-126.

²³⁴ Conforme Virgílio Afonso da Silva, intérprete de Alexy, a proporcionalidade pode ser definida como: “A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito - no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais -, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições.”. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, vol. 798, 2002, p. 24.

²³⁵ FONTELES, *op. cit.*, p. 168.

²³⁶ “Dworkin foi um teórico de difícil classificação nas grandes taxonomias justeóricas, parecendo não se encaixar bem em nenhuma delas, nem mesmo nos grandes grupos do juspositivismo e do jusnaturalismo. Autor dotado de intuições muito originais – quando não idiossincráticas –, Dworkin revelou-se como um ponto fora de curva: defendeu convictamente teses bastante contraintuitivas (como a tese da única resposta correta) e, embora contrário ao realismo jurídico, também dava, como ele, centralidade ao Judiciário em sua análise descritivo-prescritiva do Direito. Além disso, assim como Hart, esgrimiou argumentos contra várias escolas ao mesmo tempo, isto é, combateu simultaneamente em vários *fronts* da dialética jusfilosófica, rejeitando de um só golpe as propostas fundamentais do positivismo (legalista e reformado), do realismo e do pragmatismo”. SABBAG NETO, *op. cit.*, p. 56.

²³⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35.

²³⁸ “O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo

Há mais divergências entre Dworkin e os positivistas: estes creem que o direito (como ciência a que se consulta para compreensão das normas), descontaminado da moral, impede inovações coerentes com o estágio atual da causa, porque reduzidos a “disputas sobre quais regras são aplicáveis aos casos, ou sobre qual é exatamente o conteúdo semântico dessas regras aplicáveis”²³⁹. Ao se impedir desacordos e adequações, o positivismo fornece poucas saídas à solução dos *hard cases* imprevistos na norma.

A tônica da jusfilosofia de Dworkin é atribuir ao direito coerência e integridade. Com o represamento de discussões que possam causar divergência a precedentes fundados na asséptica ciência jurídica positivistas, represa-se, por consequência, adequações necessárias à jurisprudência que forneceriam decisões judiciais inerentes à finalidade social do direito²⁴⁰. Sem tais adequações, a decisão judicial padecerá de coerência e integridade, porque fornecerá ao caso concreto resposta padronizada e desajustada²⁴¹.

Os princípios jurídicos são protagonistas na jusfilosofia de Dworkin porque compõem válvulas de abertura do direito para a moral²⁴². Dworkin advoga pela leitura moral da constituição, para quem as cláusulas nela contidas que versem sobre direitos individuais devam ser tratadas como princípios morais que devem orientar o ofício jurisdicional.

O guiamento judicial por princípios abstratos de realização do direito como justo é alvo de críticas antirrelativistas, como já se podia esperar, muito embora Dworkin seja um convicto antidiscricionarista. Além disso, critica-se a colocação do

que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios”. DWORKIN, 1999, p. 291.

²³⁹ SABBAG NETO, *op. cit.*, p. 57.

²⁴⁰ A realização do direito em Dworkin é atrelada à realização da filosofia política defendida por ele: o liberalismo igualitário, que institui as liberdades públicas em comunhão com as liberdades sociais numa perspectiva substancialista de igualdade material.

²⁴¹ A jusfilosofia de Dworkin atribui importância majoritária à figura do magistrado – daí o “juiz Hércules” – por ser ele o responsável por aplicar o direito após o processo interpretativo. Dworkin, porém, não é um pensador filiado ao realismo jurídico. STRECK, 2021, p. 436.

²⁴² GUERRERA, *op. cit.*, p. 76. “(...) Dworkin, na tentativa de estabelecer uma vinculação entre Moral e o Direito, acaba, em linhas gerais, chegando a conclusões muito próximas acerca da relação entre a Moral e o Direito, (...) para as quais o modo de conceber a relação do Direito à Moral pode ser radicalmente distinto da maneira de ver as antigas teorias jurídicas de viés anti-positivista, e aponta, inclusive, para uma conciliação parcial entre concepções positivistas e não positivistas, sem reduzir, todavia, o Direito à Moral, mas, ao contrário, reduzindo uma porção da Moral ao Direito. E é por isso que não é de todo incorreto pretender inserir Dworkin nesse rol de autores cuja concepção de princípio é a de norma jurídica interna ou internalizada no sistema”.

poder judiciário como superego da sociedade, foro no qual todas as respostas morais se dariam de forma definitiva, apesar da ausência de batismo eleitoral²⁴³.

Não se duvida que o emaranhado entre direito e moral esteja presente em Dworkin e se manifeste pelo protagonismo da positivação-constitucionalização dos princípios. Mas para Dworkin, os princípios se afastam de qualquer concepção utilitarista para se abraçar à dimensão moral inerente à realização do direito. São, portanto, padrões idealizados: “Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”²⁴⁴.

A adoção dos princípios como padrões de razões formatadas para aprimorar a resolução de antinomias é exercício, de fato, digno do “juiz Hércules”. O desafio é justamente não se render ao discricionarismo que o autor anuncia reprimir²⁴⁵: quer-se uma resposta certa, mas se conduz o magistrado a um emaranhado de influências axiológicas difícil de se ordenar.

Dworkin redige sua preferência interpretativa de tipologia construtiva²⁴⁶, conforme explicado em sua obra “O Império do Direito”: “(...) a interpretação

²⁴³ “Ronald Dworkin é expressão plena do pensamento dominante de que direito e moral não podem ser separados na atividade jurisprudencial. Segundo ele, as perspectivas morais e os princípios são imanentes ao conceito de direito, mesmo quando não encontram apoio no texto legal, e devem orientar desde o início o trabalho decisório judicial. A razão pela qual tal teoria — a despeito de suas melhores intenções — é capaz de encobrir moralmente um decisionismo judicial situa-se não só na extrema generalidade da ótica da moral, em oposição às normas jurídicas, mas também na relação indeterminada entre a moral atribuída ao direito e as convicções morais empíricas de uma sociedade. Assumindo o pressuposto explícito de que nenhum grupo social possui mais do que os juizes a capacidade moral de argumentação, Dworkin está convencido de que se pode resolver o dilema fazendo do próprio entendimento do juiz acerca do que seja o conteúdo objetivo da moral social (‘community morality’) o fator decisivo da interpretação jurídica. Deste modo, porém, a moral que deve dirigir a interpretação do juiz torna-se produto de sua interpretação. A inclusão da moral no direito, segundo este modelo, imuniza a atividade jurisprudencial perante a crítica à qual originariamente deveria estar sujeita. Ela dispõe sempre de um conceito de direito que é produto da extensão de suas ponderações morais. Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática.”. MAUS, Ingebord. Judiciário como superego da sociedade - O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”, *Novos Estudos*, CBRAP, n. 58, 2000, p. 186-187.

²⁴⁴ DWORKIN, 2002, p. 36. E exemplifica: “Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio”.

²⁴⁵ Eis mais uma divergência com Robert Alexy. Para o alemão, a discricionariedade é inexorável diante da pluralidade de ponderações admissíveis; para o americano, ela traduz baixo índice de sopesamento e argumentação jurídicos.

²⁴⁶ Dworkin subdivide a interpretação em dois tipos: “a) de um lado, a interpretação *conversacional*, que: *i*) é adequada a contextos comunicacionais nos quais a mensagem (uma fala, uma carta *etc.*) só vale na medida em que efetivamente veicule as informações que o orador pretende transmitir ao seu ouvinte; *ii*) tem, por isso, como critério determinante de aferição de sentido a *intenção do orador*; e *iii*)

construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam. (...) Do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto”²⁴⁷.

Dworkin subdivide a interpretação em três estágios: i) pré-interpretativo; ii) interpretativo e iii) pós-interpretativo. Na sua própria lição, o autor os explica resumidamente:

Analiticamente, portanto, pode-se entender que a interpretação envolve três estágios. Primeiro, interpretamos as práticas sociais quando individualizamos essas práticas: quando nos supomos envolvidos na interpretação jurídica, e não na interpretação literária, por exemplo. Interpretamos, em segundo lugar, quando atribuímos um conjunto de objetivos ao gênero ou subgênero que identificamos como pertinente; e interpretamos, em terceiro lugar, quando tentamos identificar a melhor realização desse conjunto de objetivos numa ocasião particular.²⁴⁸

É pertinente afirmar, até o presente estudo, que Dworkin foi o autor que mais aproximou a hermenêutica jurídica da hermenêutica filosófica – o que mais deu

é relativamente *passiva, perceptiva e empírica*, já que a intenção do orador encerra uma *questão de fato* (ainda que se trate de um fato psíquico); e b) de outro lado, a interpretação *construtiva* (ou *criativa*), que: *i)* é adequada a contextos não-comunicacionais nos quais o objeto criado (uma lei, uma peça de teatro *etc.*) desprende-se de seu criador e de suas motivações criativas, para se submeter a um processo contínuo de interpretação no qual os seus diversos intérpretes tentarão, a cada vez, atribuir-lhe o melhor sentido que ele possa ter à luz dos fins a que seu gênero se inclina, o que ocorre sobretudo nos domínios da Arte e da Política (sendo que, em Dworkin, o Direito integra o domínio da Política); *ii)* tem, por isso, como critério determinante o *melhor sentido* que se pode atribuir à coisa interpretada; e *iii)* é marcadamente *ativa, argumentativa e valorativa*, já que esse melhor sentido encerra uma *questão de valor* (ainda que de um valor controvertido)”. SABBAG NETO, *op. cit.*, p. 62-63.

²⁴⁷ DWORKIN, 1999, p. 63-64. A “atribuição de propósito” de Dworkin se assemelha com a perspectiva hermenêutica de Gadamer: atribuindo-se o melhor sentido para que haja comunhão de horizontes e o brilho do entendimento. Dworkin chega a fazer menção a expressões semelhantes: *in its best light*.

²⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 199-120. Mais explicadamente, tem-se: “a) a *pré-interpretativa*, na qual são identificados e reconhecidos os padrões ou paradigmas da prática em questão; embora essa etapa já seja integrada por algum grau de interpretação, é natural que haja grande coeficiente de consenso social quanto à identificação de padrões ou paradigmas de uma determinada prática (no âmbito jurídico, por exemplo, trata-se de identificar as regras e princípios aceitos preteritamente, dialogando com o passado institucional daquela comunidade jurídica); b) a *interpretativa* propriamente dita, na qual o intérprete, argumentativamente, estabelece uma justificativa geral para os exemplares da prática colhidos na etapa anterior, justificativa essa que deverá adequar-se (*fit*) não necessariamente a todos os elementos da prática, mas no mínimo a um bom número deles, sob pena de não se estar mais propriamente interpretando a prática, mas substituindo-a por outra de sua própria criação (no âmbito jurídico, trata-se de, por exemplo, encontrar razões que justifiquem moral e politicamente os materiais jurídicos levantados na etapa anterior); e, finalmente, c) a *pós-interpretativa*, na qual o intérprete ajusta a sua compreensão daquilo que a prática efetivamente exige para cumprir otimamente a justificativa encontrada na etapa interpretativa”. SABBAG NETO, *op. cit.*, p. 64.

sinais de permanente diálogo com os filósofos do continente europeu que desenvolveram o pensamento hermenêutico inserido na genealogia epistemológica.

2.4.4 A interpretação jurídica no pós-positivismo

Embora sejam marcos distintos, o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo se entrelaçam quando se trata de hermenêutica jurídica: o novo constitucionalismo, hipertrofiado de normas que consagram direitos naturais, geracionais e princípios de teoria da justiça, tem no pós-positivismo seu refúgio mais oportuno: a reaproximação entre direito e moral, seja na abordagem científica, seja na *applicatio*, guarda relação de ordem material com a proposta do neoconstitucionalismo. Isto porque as novas normas constitucionalizadas que ampliaram o escopo das cartas políticas são compostas de indubitável conteúdo valorativo, tal como o rol de objetivos fundamentais e princípios democráticos constante na Constituição do Brasil.

No pós-positivismo, o princípio é protagonista. A leitura moral da constituição e a filtragem constitucional da norma após a moralização constitucional surte efeitos necessários e inexoráveis ao processo interpretativo, que se abre ainda mais à influência da subjetividade.

Embora Alexy e Dworkin compreendem as normas-regras como enunciativas, declarativas e subsuntivas, em um jogo de perde-ganha (ou se aplica, ou não se aplica), atraindo, de certa forma, interpretações típicas do formalismo exegético, é fato que a ascensão dos princípios como mandados de otimização, para o primeiro, e como *standards* morais, para o segundo, como meio hábil para se proceder à integração normativa e resolver conflitos gerados por vácuos de indeterminação dos modelos normativos infraconstitucionais. Resolve-se as lacunas ou os desacordos subsuntivos por meio de ponderação principiológica.

O pós-positivismo cria tensões hermenêuticas: a) possibilidade de interpretação alternativa ao direito posto, sem que haja negação ou invalidação de suas normas, mas ponderação entre elas; b) possibilidade de invalidação abstrata de normas jurídicas por antinomia a outras normas superiores, tal como no controle concentrado de constitucionalidade, que pode fulminar a norma antes mesmo dela ser subsumida a um caso concreto, vide controle difuso; c) possibilidade de invalidação da aplicação de norma vigente ao caso concreto, por descabimento subsuntivo; e) possibilidade de afastar a aplicação de norma-regra, por violação a

finalidade jurídica superiormente estabelecida por norma-princípio, havendo ou não adequação de subsunção.

Como é possível inferir, o hermeneuta pós-positivista, alexyano ou dworkiano, tem ofício redobrado: deve conhecer a ordem jurídica positivada, apreender a ordem moral que vigora no ambiente escolhido para a produção de efeitos das normas legisladas e precisa ter em mente a finalidade teleológica que a eficácia da produção de direito deve resultar sobre aquela ordem social, para que, ao fim, a *applicatio* seja justa, íntegra e coerente. Não à toa definiu-se tal mister como olímpico-hercúleo.

2.5 A hermenêutica jurídica até aqui: “dize-me como conceituas a norma jurídica, e eu direi como a interpretas”

A relação de dependência entre teoria do direito e teoria da hermenêutica conduziu a hermenêutica jurídica desde a transição havida do jusnaturalismo para o positivismo durante a formação do estado moderno e, depois, no advento das codificações. Como principal fonte do direito admitida sendo a norma jurídica positivada, as razões que a fundamentam também seriam as razões que fundamentariam a sua respectiva abordagem interpretativa.

Transpostos (mas não superados) o jusnaturalismo e a metafísica dos direitos que precedem o ente estatal, por imanência à essência humana, coube ao positivismo formalista – ou legalismo, ou exegetismo – fornecer a tônica de transição: a norma unicamente válida, a jurídica, agora formalizada, compilada e reduzida a termo para conhecimento público, obra do soberano, deve ser compulsória e subsuntiva: enquadra-se a ação na previsão e proclama-se o resultado sancionatório ou laudatório. A interpretação é baseada na morfologia da linguagem normativa.

Sucessivamente, novas filosofias e ideologias desdobradas no século XIX influenciaram o pensamento jurídico-filosófico por outros caminhos diversos da já tradicional exegese da *École* francesa. O desenvolvimento de um novo positivismo – ou neopositivismo – de marca preponderantemente teórica-metodológica surge no cenário europeu para consagrar a cisão entre ciência jurídica e ciência moral: é-se positivista porque a norma jurídica formalmente válida deve ser isoladamente considerada para estudo descritivo. Não pode o intérprete valer-se de elementos outros que não aqueles que já estão embutidos na própria norma, sob pena de

contaminar sua conclusão com aportes de ciências diversas. A validação da norma se dá por hierarquia (Kelsen) ou por aceitação (Hart), e sua aplicação, pelo ente julgador, só traduz correção se reproduz opções interna e sistemicamente admitidas na ordem jurídica (moldura, para Kelsen; penumbra, para Hart). A interpretação confunde-se com sua metodologia.

No pós-positivismo, a reaproximação entre ciência jurídica e ciência moral foi fator determinante para que o legislador positivasse em grau constitucional normas jurídicas de caráter moral objetivo, transformando as antigas cartas políticas em uma proclamação de direitos individuais fundamentais, visando sobretudo impedir que a exegese da norma infraconstitucional ficasse limitada ao enquadramento do preceito normativo sobre o substrato fático, independentemente de apreciações valorativas do justo. A lei é formalmente válida, mas deve ser aplicada observando-se padrões de qualidade material a fim de se evitar o constrangimento de direitos indisponíveis, ainda que para isso tenha-se que balancear regras antinômicas por meio de abstrações impassíveis de controle formal e falseamento científico. A interpretação torna-se um misto de axiologia e retórica.

Mas a razão de ser da norma jurídica é sua própria substância, e seu significado se dá somente em razão de seus fins – ou de seu sentido principiante: “Fim da lei é sempre um valor, cuja preservação ou atualização o legislador teve em vista garantir, armando-o de sanções, assim como também pode ser o fim da lei impedir que ocorra um desvalor”²⁴⁹.

Estruturando a hermenêutica de cunho valorativo-finalístico, Reale traça as seguintes diretrizes: *a)* toda interpretação jurídica é de natureza teleológica (finalística) fundada na consistência axiológica (valorativa) do Direito; *b)* toda

²⁴⁹ REALE, 2002, p. 290. Reale chama atenção para o fato de que o processo interpretativo, ao contrário do que os exegéticos mais vulgares previam, não obedece à captação mecânica de significados parciais para a somatória final do todo, pelo contrário: “representa antes uma forma de captação do valor das partes inserido na estrutura da lei, por sua vez inseparável da estrutura do sistema e do ordenamento”. Exemplo disso é a retirada de determinado dispositivo legal de um diploma e inserido em outro. Pode inexistir mudança de significação do texto isoladamente considerado, mas o sentido da norma se alterará, porque sua ambientação também se alterou. Pensemos na alocação do artigo 49 do Código Penal, que versa sobre a pena de multa, no capítulo concernente às disposições gerais dos contratos, no Código Civil. A multa penal, antes considerada como sanção prevista em sentença penal condenatória, agora pode ser estranhamente interpretada como item de cláusula penal negocial, causando severo ruído no leitor mais desatento. A extirpação do dispositivo e seu enxerto em diploma normativo diverso fê-lo perder substância que dava sentido à sua indissociável finalidade.

interpretação jurídica dá-se numa estrutura de significações, e não de forma isolada; c) cada preceito significa algo no todo do ordenamento jurídico²⁵⁰.

Do “trabalho construtivo de natureza axiológica” do intérprete, defendido por Reale em oposição à reducionista e passiva adaptação do texto a um substrato fático, decorrem problemas que novamente nos remetem ao personalismo discricionário do hermeneuta. Ora, se se pode concluir o processo interpretativo de forma rigorosamente distinta àquela moldada pela gramaticalidade do enunciado, estaríamos em plena interpretação *contra legem*, mas pró-finalismo? Seria possível que o desacordo entre enunciado e finalidade fosse tão robusto a ponto de a hermenêutica conceder protagonismo ao segundo em detrimento do primeiro? Seríamos governados por enunciados subentendidos²⁵¹?

O trâmite interpretativo pós-positivista torna permanente a valoração da norma (axiologia) em compasso com sua finalidade (materialidade), pressupostos de sua existência. O ato de vontade do legislador (motivo determinante) é reiteradamente reinterpretado e adequado tanto para os fins que ele propõe quanto para o contexto fático que superou temporalmente a vigência do dispositivo legal.

O desacordo principal que se coloca é: como obter a *melhor* hermenêutica (raciocínio qualitativo-valorativo) da norma tendo como premissa a validade legitimadora do texto legislado (condição de vigência e existência) e a perspectiva realizadora do sentido finalístico do comando (condição de eficácia)?

Enfim verticalizando o tema nuclear deste estudo, competirá à abordagem originalista de segunda onda (*original public meaning*) posicionar-se na tensão entre a legitimidade democrática de *determinar* no texto da norma jurídica válida e a capacidade tecnocrática de *funcionalizar* as normas jurídicas para que atinjam seus fins existenciais por meio da aplicação.

²⁵⁰ REALE, 2002, p. 291. A estruturação proposta por Reale tem proximidades com o gênero pós-positivista, especialmente quando considerada a verve culturalista do jusfilósofo. Distancia-se, porém, da concepção neoconstitucionalista que provê conceitos indeterminados e os adéqua às particularidades do caso concreto durante a triagem moral-constitucional da norma infraconstitucional. A ele, a axiologia e a finalística estão presentes no *iter* interpretativo, mas não se equivalem aos modelos de discricionarietà típica do ativismo judiciário.

²⁵¹ A tensão que se forma entre a projeção valorativa sobre o enunciado legislado e a não contrariedade a ele também é visualizada por Emílio Betti, embora o jurista italiano igualmente perceba o potencial criativo e mantenedor do hermeneuta: “(...) a lei precisa de uma série de operações – de adaptação e de adequação, de integração e de desenvolvimento complementares –, que, continuamente renovadas, fazem com que a norma não permaneça letra morta, mas se mantenha viva e vigente na órbita da ordem jurídica a que pertence”. BETTI, *op. cit.*, p. 10.

3 A HERMENÊUTICA JURÍDICA NA ABORDAGEM ORIGINALISTA

Adentrando mais especificamente no tema central deste trabalho, compete à pesquisa descrever o surgimento, a evolução e o conteúdo do originalismo como abordagem hermenêutica viável, para, em seguida, testar sua adequação sobre o direito penal brasileiro.

Em primeiro lugar, é importante esclarecer que o originalismo é um enfoque *originalmente* talhado para interpretar o direito constitucional, nos EUA e nos demais países onde foi detectada sua manifestação. Sua *inicial* deferência à interpretação psicológica (para se usar da expressão de Schleiermacher) é inerente ao objeto interpretado: as constituições são documentos que abrigam vontades políticas manifestas, não sendo honesto (para um originalista tradicional) que a exegese de seu texto contradiga o *mens legislatoris* a ponto de tangenciar aquela vontade fundadora do próprio estado de direito. Ora, se a norma fundamental estabelecida pelo constituinte originário é flexível e relativa, não há nada que lhe qualifique como fundamental, diria um *old school originalist*.

Apesar disso – da natureza constitucional da abordagem – sua plataforma pode ser transponível para outras áreas da ciência jurídica. É sobre essa adaptação que trataremos mais adiante.

É lícito falar em “originalismos”, no plural, considerando a existência, nos Estados Unidos da América (EUA), de pelo menos duas *ondas* originalistas relevantes. Em comum a ambas seu pertencimento ao interpretativismo, movimento que se forjou em oposição à noção de *living constitution*, isto é, a Constituição de 1787 seria um organismo vivo, relativo e ajustável à contemporaneidade, independentemente de reforma legislativa. Ou seja, sua modificação se dá por meio da interpretação criativa dos juízes²⁵².

²⁵² Lawrence Solum prescreve várias formas de “constitucionalismo vívido”: plural, moral, popular, extranacional, polissêmico, antiteórico *etc.* A nós interessa mais o terceiro, o “*popular constitutionalism*”, que empodera juízes a modificar a norma sem alterar o texto, assim definido por ele: “Esta é a opinião de que ‘Nós, o Povo’ podemos legitimamente mudar a Constituição através de procedimentos de ‘nomeações transformadoras’ que não alteram formalmente o texto. Diferentes versões desta teoria estão associadas aos professores Bruce Ackerman, Barry Friedman e Larry Kramer” (tradução livre). O mesmo autor coloca Dworkin debaixo da árvore do *living constitution*, com o galho do “*moral reading*” (leitura moral), assim definido: “Esta é a visão de que o direito constitucional é o resultado daquela interpretação construtiva dos materiais jurídicos que torna o direito o melhor que ele pode ser” (tradução livre). SOLUM, Lawrence B. Originalism Versus Living Constitutionalism: The Conceptual Structure of the Great Debate. *Northwestern University Law Review*, vol. 113, n. 6, 2019, p. 1272.

Buscando inicial e especialmente o *significado original da constituição*, o interpretativismo foi um movimento reativo: reagiu contra a chamada “Corte de Warren” (1953-1969), período em que o magistrado (*chief justice*) Earl Warren presidiu a Suprema Corte dos EUA e produziu diversos julgamentos tachados negativamente como demonstrações ilícitas de ativismo judicial²⁵³.

A nascedouro do originalismo é, portanto, a interpretação da norma constitucional americana, formalizada na Carta de 1787, de conteúdo breve, complexo e rígido. *Breve*, em termos quantitativos, porque contém somente 7 artigos (alguns subdivididos em seções típicas de paragrafação) e 27 emendas (11 delas também subdivididas em seções); *complexo*, porque embora curto, o texto comporta contingencialmente inúmeros comandos que não são cognoscíveis de plano, pela imediata leitura, demandando do intérprete percepção de seus desdobramentos; e *rígido*, porque dificulta enormemente a alteração de suas cláusulas.

A baixa probabilidade de reformas textuais via emendas constitucionais pode ser considerada um fato propulsor do intenso debate hermenêutico que envolve a Constituição de 1787: sendo necessários 2/3 de votos em cada uma das casas legislativas do parlamento federal (*House* e *Senate*)²⁵⁴, a alteração dispositiva demandaria um amplo consenso entre as ideologias que têm assento no Capitólio (parlamento federal), feito inexecutável considerando-se a intensificação das rivalidades político-partidárias a partir do pós-Guerra Fria²⁵⁵.

Busca-se então mudar a constituição (norma) sem alterar seu texto. Para tanto, a abordagem hermenêutica é o mecanismo escolhido: deve a constituição ser reformada ou atualizada? Deve o aplicador jurídico adequar o texto às mudanças da

²⁵³ De acordo com Elival da Silva Ramos, ativismo judicial é “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 324.

²⁵⁴ Há outros meios de se emendar a constituição, tão difíceis quanto a obtenção do duplo terço parlamentar federal, vide Artigo V da Carta 1787: “O Congresso, sempre que dois terços de ambas as Casas julgarem necessário, proporá emendas a esta Constituição, ou, a pedido das Legislaturas de dois terços dos diversos Estados, convocará uma Convenção para propor Emendas, e que, em ambos os casos, serão válidas para todos os efeitos e propósitos como parte desta Constituição, quando ratificadas pelas legislaturas de três quartos dos vários Estados, ou pelas convenções em três quartos deles, conforme um ou outro modo de ratificação possa ser proposto pelo Congresso” (tradução livre). Veja-se que, quando vigente este dispositivo, o país dividia-se em treze estados, bastando que 10 deles ratificassem a proposição de emenda. Hoje, seriam necessários 38 de 50 estados para endosso legislativo, daí a se considerar como rígida a Lei Maior americana.

²⁵⁵ Não à toa a última emenda constitucional (número XXVII) é datada de 1992.

da moral social ou deve preservá-lo conforme suas significações originárias e atualizadas? *Law and Equity*²⁵⁶ significa agora o que significava antes?

O originalismo americano formulou respostas variadas a problemas determinados, porque sua primeira versão era *psicológico-historicista* (a norma significa aquilo que a seu tempo significava para o legislador) e sua segunda e atual versão é *semântico-historicista* (a norma significa aquilo que o texto razoável e contingencialmente permite que ela signifique). Mas as ondas originalistas advieram de um pensamento anterior e globalizante: o interpretativismo.

3.1 O pensamento interpretativista no jurismo americano

A rígida concisão da Constituição dos EUA de 1787 fomentou escolas constitucionalistas de variados matizes, mas que didaticamente podem se subdividir em duas: *não-interpretativismo* e *interpretativismo*²⁵⁷.

O não-interpretativismo admite que a aplicação das normas constitucionais pode variar para além do seu texto – *living constitution* –, não restringindo a atividade judiciária de preocupações de ordem eminentemente gramática ou histórica em referência ao tempo em que foram positivadas²⁵⁸. Quer-se, por um lado, respostas que privilegiem resultados coletivamente desejáveis, ainda que fundadas em critérios extrajurídicos ou em indeterminações conceituais imprevisíveis. Seu adversário teórico é o interpretativismo.

O interpretativismo tem aparente apelo à simplicidade. Segundo John Hart Ely, vale-se da perspectiva na qual “*that judges deciding constitutional issues should*

²⁵⁶ Artigo III, Seção, II, da Carta de 1787: “O Poder Judiciário se estenderá a todos as causas, em Direito e Equidade, decorrentes desta Constituição, das Leis dos Estados Unidos e dos Tratados feitos, ou que serão feitos, sob sua autoridade; a todos os Casos que afetem embaixadores, outros ministros públicos e cônsules; a todos os casos de almirantado e jurisdição marítima; às controvérsias das quais os Estados Unidos serão parte; às controvérsias entre dois ou mais Estados; entre um Estado e cidadãos de outro Estado; entre cidadãos de diferentes Estados; entre cidadãos do mesmo Estado que reivindicam terras sob concessões de diferentes Estados, e entre um Estado, ou seus cidadãos, e Estados, cidadãos ou súditos estrangeiros” (tradução livre).

²⁵⁷ “Aqueles que argumentam que a intenção original é crucial fazem-no para traçar uma linha nítida entre o poder judicial e a autoridade democrática. Sua filosofia é chamada de intencionalismo ou interpretativismo. Aqueles que atribuem um papel cada vez maior aos juízes são chamados de não intencionalistas ou não interpretativistas” (tradução livre). BORK, Robert H. *The Constitution, Original Intent, And Economic Rights*. *San Diego Law Review*, n. 823, 1986, p. 824.

²⁵⁸ “(...) [Não-interpretativismo] é a visão de que os tribunais deveriam ir além desse conjunto de referências e aplicar normas que não podem ser descobertas nos quatro cantos do diploma” (tradução livre). ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 1. Disponível em: <<https://doi.org/10.2307/j.ctv102bj77>>. Acesso em: 25 set. 2023.

*confine themselves to enforcing norms that are stated or clearly implicit in the written Constitution*²⁵⁹. O princípio interpretativista é a vinculação do julgador ao cumprimento da norma, prevista ou *claramente* implícita no texto, em oposição à discricionariedade que extravasa sua competência funcional. A tese de fundo é a dupla preservação: da tripartição dos poderes constituídos e da lei como expressão da soberania popular eleitoralmente legitimada²⁶⁰.

A propensão judicial de invadir competências legislativas tem na “Corte de Warren” seu apogeu, mas a ela precede: deu-se em 1857 a primeira crítica ao ativismo judicial, no caso *Dred Scott v. Sandford*, quando a Suprema Corte, amparada na cláusula do *due process of law* (devido processo legal substantivo), declarou inválida (inconstitucional) lei que concedida automática liberdade a todo escravo que ingressasse em território onde a escravidão tivesse sido abolida. Alegou-se, com base no *due process of law*, que o direito de propriedade (escravocrata) estava tutelado na norma da Emenda V (1791)²⁶¹. Depois, no caso *Lochner v. New York*, em 1905, invocou-se a mesma cláusula para invalidar lei que limitava a jornada laboral diária de padeiros sob o argumento de que tal regra privava os cidadãos da liberdade de firmar contratos privados²⁶².

²⁵⁹ Tradução livre: “(...) que os juízes que decidem questões constitucionais devem limitar-se a fazer cumprir as normas que estão declaradas ou claramente implícitas na Constituição escrita”. ELY, *op. cit.*, p. 1.

²⁶⁰ Não se pode ignorar a discussão engendrada por Jeremy Waldron, que opõe o constitucionalismo político ao constitucionalismo jurídico, em fortalecimento ao Poder Legislativo como entidade capaz de reunir multidões e deliberar desacordos em grau superior ao das turmas judiciais reduzidas. Waldron, porém, não é partidário do controle constitucional exclusivo e concentrado nos tribunais superiores: “Além do caráter democrático e diversificado oferecido pelas instituições parlamentares, Waldron argumenta que o processo de produção legislativa que se dá nos parlamentos tem a característica de ser feito publicamente dedicado a isso. Nesse ponto, o autor quer dizer que as cortes também são instituições de criação e modificação do direito via interpretação. No entanto, somente os legislativos são configurados para realizar essa tarefa e a clareza de função mostra-se importante para a democracia (...)”. LIMA, Jairo Neia. *Democratização do controle de constitucionalidade: análise das emendas constitucionais no Brasil pós-1988*. 2018. 238 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 31. Embora a ordem jurídica americana atribua à Suprema Corte a tarefa majoritária de controle constitucional, a premissa originalista é que, para ser legítimo, o julgamento das causas deve ser vinculado ao produto da obra legislativa.

²⁶¹ Na íntegra: “Nenhuma pessoa será detida para responder por um crime capital ou de outra forma infame, a menos que seja apresentada ou indiciada por um Grande Júri, exceto em casos surgidos nas forças terrestres ou navais, ou na Milícia, quando em serviço efetivo em tempo de Guerra ou perigo público; nem qualquer pessoa estará sujeita, pelo mesmo delito, a ter duas vezes colocada sua vida ou integridade física em risco; nem será obrigado em qualquer processo criminal a testemunhar contra si mesmo, nem será privado da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem a propriedade privada será tomada para uso público, sem justa compensação” (tradução livre).

²⁶² MORALES, Cesar Mecchi. *Originalismo e interpretação constitucional*. 2011. 283 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 33. Oscar Vilhena Vieira explica que aquela tendência ativista da Suprema Corte resultou no apelido de “Era

Os dois casos usualmente servem de exemplo para demonstrar o mau uso de uma cláusula constitucional e para apontar que a corrente interpretativista não é inerentemente restritiva a direitos moralmente aprovados; tampouco o ativismo judicial legitimado pelo não-interpretativismo é único mecanismo apto a conceder benefícios também moralmente desejados. A questão moral passa ao lado em ambos: o que o interpretativismo demanda é a vinculação do julgador à norma historicamente considerada, independentemente dos juízos de valor (consequências) da sentença proferida.

O interpretativismo, que pode se confundir com o originalismo de primeira onda, “não é, portanto, um novo método de interpretação constitucional, mas uma variante peculiar do método histórico, adaptado às condições peculiares da evolução constitucional norteamericana”²⁶³. Já a outra espécie interpretativista também privilegia a contemporaneidade da edição da lei, mas ao invés de se apoiar na intenção psicológica do legislador (*mens legislatoris*), segura-se no sentido objetivo do texto vigente (*mens legis*)²⁶⁴.

3.2 Por que e qual “originalismo”?

A polissemia do termo “originalismo” pode gerar confusões prejudiciais ao projeto deste estudo, importando esclarecer alguns aspectos atinentes à nomenclatura. De pronto é viável afirmar: pode-se falar em um plural de *originalismos*, todos de conceitos não estáticos e sob contínuo desenvolvimento²⁶⁵.

Lochner”: “(...) seria possível afirmar que a expansão da autoridade judicial começou a ser detectada, já no início do século passado, pelos realistas nos Estados Unidos, a partir de uma série de decisões liberais da Suprema Corte, no que se convencionou chamar de era Lochner. Nesse período, a Corte passou a tomar decisões que substituíam a vontade do legislador, por intermédio da doutrina do devido processo legal substantivo. Por essa doutrina, a Corte não apenas se limita a verificar a constitucionalidade formal de um ato normativo, mas também a sua razoabilidade face aos princípios da constituição. No caso Lochner, a Corte invalida legislação de cunho social, produzida pelo Estado de Nova York, em face de princípios implícitos pretensamente na Constituição”. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia. Revista Direito GV*, vol. 2, n. 4, São Paulo, 2011, p. 441-463.

²⁶³ MORALES, *op. cit.*, p. 32.

²⁶⁴ FONTELES, *op. cit.*, p. 145.

²⁶⁵ Cass Sustein ventila a intensa mudança intergeracional que passa o originalismo: “É claro que existe uma literatura volumosa sobre o originalismo e, em particular, sobre o que ele implica. Pessoas razoáveis, comprometidas com o originalismo em abstrato, discordam sobre a melhor forma de compreender esse compromisso. Nos últimos anos, tem havido uma enxurrada de trabalhos esclarecedores sobre o tema. O originalismo de hoje não é o originalismo do seu avô, nem mesmo o do seu pai, e provavelmente nem o originalismo da sua irmã mais velha”. SUNSTEIN, Cass R. *Originalism. Notre Dame Law Review*, vol. 93, 2018, p. 1673.

É comum que se nomeie como “originalismo” as duas correntes historicistas do interpretativismo. A primeira onda adota um peculiar *mens legislatoris* chamado, em língua inglesa, de “*original intent*”. A segunda onda, escorada no também peculiar *mens legis*, é traduzida como “*original public meaning*”²⁶⁶. A primeira onda é composta por originalistas em sentido estrito. A segunda onda é composta por originalistas-textualistas, ou apenas textualistas. Mas também é lícito chamar os *textualistas* de *originalistas*, considerando a atual preponderância do *original public meaning* no debate jurídico americano.

Fala-se ainda em originalismo dos métodos originais (*original methods*), modelo pelo qual o intérprete “deve valer-se dos métodos interpretativos contemporâneos à promulgação da Constituição, tidos como majoritários pelos juristas”, embora essa modalidade possa conduzir aos dois originalismos usuais (intenção original e significado público original)²⁶⁷.

Em todos, como se percebe, há algum tipo de remissão à época do processo legiferante (aspecto cronológico): psicológica, gramática ou metódica. O fato é que todos se autodefinem pelo adjetivo “*original*” – e daí sua natural nomenclatura acidentalmente criada pelo crítico Paul Brest²⁶⁸. A adjetivação, porém, precede a discussão hermenêutica atual, havendo menção a “*original meaning*” e a “*original intention*” desde os anos 1930²⁶⁹.

Apesar do originalismo da intenção original ser usualmente abordado como exemplo único da abordagem originalista, este trabalho optou por adotar o termo “originalismo” como sinônimo do originalismo de segunda onda – o *original public meaning* –, e a expressão que dá nome à pesquisa também se refere ao textualismo de matriz constitucionalista americana, sem ignorar a utilidade da primeira.

²⁶⁶ Alguns falam em “*original understanding*” – entendimento original. MORALES, *op. cit.*, p. 42.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 155.

²⁶⁸ Segundo Randy E. Barnett, a expressão surge pela vez de Paul Brest em 1980, ocasião em que este autor criticava a interpretação constitucional pelas originais intenções dos constituintes: “O termo ‘originalismo’ foi na verdade cunhado em 1980 em um artigo de revista jurídica do então professor de Direito de Stanford, Paul Brest, no qual ele criticava estudiosos e outros que afirmavam que o texto da Constituição deveria ser interpretado de acordo com as intenções originais de seus redatores. que são chamados de ‘os criadores’. Então, em 1985, num discurso altamente publicitado e controverso perante a Ordem dos Advogados Americana, o procurador-geral de Ronald Reagan, Edwin Meese, defendeu vigorosamente o que chamou de ‘uma Jurisprudência de Intenção Original’” (tradução livre). BARNETT, Randy E. Scalia restored right to bear arms. *USA Today*, 2016. Disponível em: <<https://www.usatoday.com/story/opinion/2016/02/17/randy-barnett-antonin-scalia-new-originalism-heller-second-amendment-column/80450446/>>. Acesso em: 25 set. 2023.

²⁶⁹ SOLUM, Lawrence B. What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory. *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, n. 1353, 2011, p. 3.

3.3 A primeira onda do originalismo: *original intent*

Das reações ao ativismo judicial que variaram do minimalismo de Cass Sunstein ao pragmatismo de Richard Posner, o originalismo da intenção original foi uma abordagem que alcançou considerável repercussão como técnica de *judicial restraint* (construção judiciária).

Reagindo especificamente contra a Corte de Warren²⁷⁰, e, em seguida, contra a Corte de Burger²⁷¹, os trabalhos acadêmicos de Robert Bork e Raoul Berger, publicados nos anos 1970, somados à nomeação de William Rehnquist como *chief justice* da Suprema Corte, em 1986, deram velocidade ao debate hermenêutico constitucional contrário ao alargamento da discricionariedade judicial pela via interpretativa dos textos legais.

Embora em aparente paradoxo, o originalismo proposto por Bork, Berger e Rehnquist não era de todo “original”, mas tratava-se de uma reafirmação de compreensões históricas que se remetiam aos séculos XVIII e XIX²⁷². Exemplo disso é o argumento de Alexander Hamilton no *Federalist Paper* número 78:

Que os tribunais devem declarar o sentido da lei, é coisa indubitável: ora, se eles estivessem dispostos a exercitar vontade em lugar de juízo, em qualquer ocasião poderiam substituir as suas intenções às do corpo legislativo. (...) Até que o povo por um ato legal e solene tenha anulado a forma [constitucional] estabelecida, não há pretexto [judicial] que o desligue de obedecer-lhe, quer individual, quer coletivamente; e nem presunção, nem conhecimento dos seus sentimentos pode autorizar os seus representantes a desviar-se dela antes desse ato.²⁷³

²⁷⁰ Em referência a Earl Warren (1891-1974), *chief justice* (presidente) da Suprema Corte dos EUA no período 1953-1969, nomeado pelo presidente Dwight Eisenhower. No caso emblemático de sua gestão (*Brown v. Board of Education* - 1954), Warren foi quem liderou a superação do precedente.

²⁷¹ Em referência a Warren Earl Burger (1907-1995), *chief justice* (presidente) da Suprema Corte dos EUA no período 1969-1986, nomeado pelo presidente Richard Nixon. Apesar de levar seu nome, a “Corte de Burger” não contou com os votos do *chief justice* em todas as ocasiões comumente criticadas pelos antiativistas, vide *Furman v. Georgia* (1972). Contudo, ele manifestou apoio à causa mais emblemática de sua gestão, *Roe v. Wade* (1973), embora tenha revisto sua posição no mesmo tema em *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists* (1986).

²⁷² MORALES, *op. cit.*, p. 36. O autor faz menção ao caso *South Carolina v. United States* (1905) e cita trecho didático do julgado: “A Constituição é um documento escrito. De tal modo, seu sentido não se altera. O que significava quando adotada, é o que significa atualmente”.

²⁷³ HAMILTON, Alexander. *O Federalista*, tomo terceiro. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve & C., 1840, p. 160-162.

Pode-se dizer provisoriamente que a primeira onda originalista – *original intent* – tem viés restaurativo: quis-se reaver a hermenêutica implicitamente fundada junto das premissas dos *Founding Fathers*²⁷⁴.

3.3.1 O originalismo intencionalista de Bork

O pensamento de Robert Bork (1927-2012) é usualmente referido como estandarte do pensamento originalista, e sua reprovação para *justice* da Suprema Corte americana foi considerada como o sepultamento da teoria interpretativa que advogava²⁷⁵. Essa conclusão é precipitada: Bork foi por dias escrutinado pelo Senado americano, ocasião que ficou conhecida pelas ricas discussões jurídico-acadêmicas que ali ocorreram. A circunstancial rejeição da nomeação de Bork²⁷⁶, tamanha sua importância, chegou a se tornar figura de linguagem verbal: “*to bork*” (ser obstruído após difamado)²⁷⁷.

Biografia à parte, Bork publicou em 1971 um artigo que traçou iniciais considerações originalistas que seriam adiante e melhor desenvolvidas. Em “*Neutral Principles and Some First Amendment Problems*”, Bork diagnostica, no debate jurídico americano, ausência de uma teoria constitucional robusta que estabeleça critérios à hermenêutica constitucional, ao invés de esperar que o direito

²⁷⁴ Fundadores dos EUA, assim chamados aqueles que, de alguma forma, concorreram como protagonistas tanto na Revolução Americana (1776-1784) quanto na redação e manutenção da Constituição de 1787, valendo mencionar George Washington, John Adams, Thomas Jefferson, James Madison, Alexander Hamilton, John Jay e Benjamin Franklin. Também são chamados de *Framers*.

²⁷⁵ Posterior à reprovação de Bork, vários outros originalistas foram nomeados pela presidência e aprovados pelos senadores, vide: Clarence Thomas (1991), Samuel Alito (2006), Neil Gorsuch (2017) e Amy Coney Barret (2020). O originalismo, então restrito a Bork, Rehnquist e Scalia ocupou diversas cadeiras na *Supreme Court* após o veto ao primeiro.

²⁷⁶ A desaprovação a Bork deu-se não por sua adesão ao originalismo, mas por suas convicções político-ideológicas: “(...) a leitura das transcrições das audiências de confirmação de Bork mostra que a oposição dos senadores deveu-se não à filosofia originalista – mesmo porque esta prestigia a decisão política do legislador – mas sim ao radicalismo do então candidato em relação ao reconhecimento do direito constitucional à privacidade e à sua falta de habilidade política, respondendo em termos estritamente acadêmicos, e com excessiva franqueza, a todos os questionamentos formulados. (...) É fato notório que em todas as posteriores sabinas para a Suprema Corte os candidatos sistematicamente esquivaram-se de responder às questões mais polêmicas (...). Um outro componente que muito pesou para a rejeição foi a sistemática distorção das opiniões lançadas pelo candidato, que foi apresentado à opinião pública como obscurantista, medieval, ‘inimigo’ das mulheres e dos negros, entre outras colocações inteiramente inapropriadas”. MORALES, *op. cit.*, p. 39-40.

²⁷⁷ Verbete já dicionarizado: “*Obstruct (someone, especially a candidate for public office) by systematically defaming or vilifying them*”. BORK. In: OXFORD. *English Oxford Living Dictionaries*. Oxford: Oxford University Press, 2023. Disponível em: <<https://web.archive.org/web/20170827140430/https://en.oxforddictionaries.com/definition/bork>>. Acesso em: 25 set. 2023.

constitucional mude com a mudança subjetiva na composição da Suprema Corte²⁷⁸. Ao longo do texto, Bork faz considerações críticas à supremacia judicial²⁷⁹; à tirania da maioria: “*Majority tyranny occurs if legislation invades the areas properly left to individual freedom*”²⁸⁰; e à tirania da minoria: “*Minority tyranny occurs if the majority is prevented from ruling where its power is legitimate*”²⁸¹. O cerne do artigo de Bork é contestar a pretensão de se conferir à Suprema Corte o poder de derivar ou restringir direitos baseada em princípios abstratos (daí sua preferência pela neutralidade principiológica no título do texto). Bork chega a estabelecer duas formas de extrair direitos da Constituição:

A primeira é retirar do documento valores bastante específicos que o texto ou a história mostram que os autores realmente pretendiam e que são capazes de ser traduzidos em regras de princípio. Podemos chamar esses direitos específicos. O segundo método deriva direitos de processos governamentais estabelecidos pela Constituição. Estes são direitos individuais secundários ou derivados.²⁸²

Mas foi em outro artigo que Bork traçou linhas mais decisivas sobre sua concepção sobre interpretação pela intenção original. Em “*The Constitution, Original Intent, and Economic Rights*”, o jurista americano reforça a premissa que institui o problema constitucional americano, chamado por ele de “*Madisonian problem*”²⁸³: os tribunais devem ser enérgicos em proteger os direitos individuais, mas também devem ser escrupulosos o suficiente para não interferir no direito da maioria governar, o que na democracia americana significa “governar editando leis”²⁸⁴.

Bork então estabelece alguns pontos de partida: a) a Constituição de 1787 é uma lei, e isso quer dizer que suas palavras restringem juízos assim como restringem legisladores, executivos e cidadãos²⁸⁵; b) os direitos individuais previstos

²⁷⁸ BORK, Robert H. Neutral Principles and Some First Amendment Problems, *Indiana Law Journal*, vol. 47, n. 1, 1971, p. 1.

²⁷⁹ “Se o judiciário é supremo e capaz de ordenar quanto e como, então a sociedade não é democrática” (tradução livre). *Ibidem*, p. 2.

²⁸⁰ “A tirania da maioria ocorre se a legislação invade as áreas devidamente deixadas à liberdade individual” (tradução livre). *Ibidem*, p. 2-3.

²⁸¹ “A tirania minoritária ocorre quando a maioria é impedida de governar onde o seu poder é legítimo” (tradução livre). *Ibidem*, p. 2-3.

²⁸² *Ibidem*, p. 17.

²⁸³ O dilema apontado por James Madison (*founding father*, foi também presidente) na fundação dos EUA era como estabelecer o equilíbrio entre governo da maioria e liberdade da minoria.

²⁸⁴ BORK, 1986, p. 824.

²⁸⁵ Indaga: “Se a Constituição não é lei, porque é que a autoridade do juiz é superior à do Presidente, do Congresso, das forças armadas, dos departamentos e agências, dos governadores e legislaturas dos estados, e de todas as outras pessoas na nação? Nenhuma resposta existe”. *Ibidem*, p. 825.

nas cláusulas constitucionais são amplos, mas não totais, pois se limitam àquilo que pretendem versar sobre, tal como o *free speech* das liberdades da primeira emenda, que não engloba, por exemplo, o *free sex*; c) se juízes pudessem governar sem estarem constrictos por cláusulas constitucionais, então não haveria lei alguma senão a vontade deles; d) é justamente por ser uma lei que a Constituição permite o controle de constitucionalidade; e) a única maneira de a Constituição restringir juízes é se eles interpretarem seus textos de acordo com as intenções daqueles que os escreveram.

A seguir, Bork explica que o originalismo intencionalista não se trata de exigir dos juízes aplicação legal mediante as circunstâncias vivenciadas pelos legisladores – em especial porque os constituintes americanos vivam em tempos remotos e distintos dos atuais, sendo impossível exigir deles previsões sobre ocasiões futuras e inimagináveis:

Em suma, tudo o que um intencionalista exige é que o texto, a estrutura e a história da Constituição lhe proporcionem não uma conclusão, mas uma premissa principal. Essa premissa afirma um valor fundamental que os autores pretendiam proteger. O juiz intencionalista deve então fornecer a premissa menor, a fim de proteger a liberdade constitucional em circunstâncias que os autores não poderiam prever. Os tribunais desempenham esta função o tempo todo. Na verdade, é a mesma função que desempenham quando aplicam um estatuto, um contrato, um testamento ou, na verdade, uma opinião da Suprema Corte a uma situação que os autores desses documentos não previram.²⁸⁶

Ao jurista, o texto constitucional estrutural e historicamente considerado deve fornecer ao intérprete não uma conclusão imediata, mas uma premissa silogística maior, que fornecerá escopo lógico para o complemento da premissa menor, possibilitando, ao fim, conclusão logicamente considerada de anuência com as razões daquele constituinte que não podia prever novas situações fáticas futuras ao tempo em que rascunhou o texto.

O *original intent* borkiano é sobretudo um misto de método exegético com interpretação analógica. A exemplo dado por ele, assim foi possível considerar que a Primeira Emenda²⁸⁷, com redação que abriga o *free press clause* (que na época,

²⁸⁶ BORK, 1986, p. 826.

²⁸⁷ Primeira Emenda (1791): “O Congresso não fará nenhuma lei para estabelecimento de uma religião ou proibindo o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito do povo de se reunir pacificamente e de solicitar ao Governo a reparação de queixas” (tradução livre).

1791, reduzia-se à imprensa escrita) pudesse ser analogicamente ampliado às mídias eletrônicas.

A teoria defendida por Bork é a *hermenêutica do confinamento*. O juiz²⁸⁸ borkiano deve confinar-se nos “princípios” introjetados pelo constituinte no texto constitucional. A exigência por autocontenção judicial é severa, mas é sobretudo ônus para seu proporcional bônus: o *judicial review* (controle de constitucionalidade). Insiste o autor: “*If it is not good enough, judicial review under the Constitution cannot be legitimate*”²⁸⁹.

Bork não impede que juízes façam raciocínios de índole moral, contanto que o façam sob as premissas constitucionais estabelecidas, porquanto o *Bill of Rights*²⁹⁰ confere “grandes premissa e não conclusões específicas”, e, não sendo anacrônico (porque tais direitos são atemporais, imanentes), deve ser aplicado em novas circunstâncias imprevistas na fonte. Para tanto, o fundamento decisório deve se ater a uma interpretação completa, justa e razoável do significado textual²⁹¹.

Em linhas gerais, o enfoque intencionalista de Bork exige do intérprete duas posturas – autocontenção como sinal de respeito ao governo popular e distanciamento prudencial do texto – e dois métodos – revolvimento histórico-psicológico dos legisladores via pesquisa historiográfica e uso moderado de abstrações analógicas sob confinamento nos significados textuais máximos.

3.3.2 Crítica ao originalismo intencionalista

Algumas críticas foram endereçadas ao originalismo intencionalista. Uma das primeiras – “por que deveríamos respeitar os textos sob a vontade dos redatores se

²⁸⁸ Usa-se “juiz” por ser ele o protagonista da interpretação jurídica final, o típico intérprete responsável por apropriar e aplicar a norma. Essa é a noção adotada por Bork, inclusive.

²⁸⁹ “Se não for suficientemente bom, o controle de constitucionalidade junto à Constituição não pode ser legítimo” (tradução livre). BORK, 1986, p. 827.

²⁹⁰ A Carta dos Direitos dos Estados Unidos ou Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos (“*United States Bill of Rights*”) são as dez primeiras emendas à Constituição de 1787, promulgadas em 1791.

²⁹¹ BORK, 1986, p. 827. Bork diz que o julgador que se furta a impedir uma grave ameaça a um valor constitucional estabelecido falha em sua missão profissional. Contudo, a expressão “*value*”, usada por ele, não é necessariamente idêntica à ideia de “valores” adotada, por exemplo, pelos neoconstitucionalistas. Valores contidos na Constituição dos EUA são propriamente contingências da *ratio* dos direitos individuais positivados. O autor ainda alerta para que não haja demasiada abstração a ponto de se sonegar o significado do direito: “Obviamente, valores e princípios podem ser declarados em diferentes níveis de abstração. Ao enunciar o valor a ser protegido, o juiz não deve enunciar-lo com tanta generalidade a ponto de transformá-lo. Quando isso acontece, o juiz priva indevidamente a liberdade da maioria democrática”.

todos eles estão mortos há tempos, enquanto nós, vivos?” – é complementar àquela que aponta para a fossilização da Constituição – pois o originalismo levaria à petrificação da jurisprudência. Ambas foram absorvidas por Bork e respondidas prontamente por ele:

A questão nunca é colocada sobre o corpo principal da Constituição, onde realmente somos governados por homens há muito mortos em questões como os poderes do Congresso, do Presidente e do Judiciário. Em vez disso, a questão é colocada sobre as alterações que garantem as liberdades individuais. A resposta a essas alterações é que não somos governados por homens há muito falecidos, a menos que desejemos reduzir essas liberdades, o que o autor da pergunta nunca faz. Somos inteiramente livres para criar todas as liberdades adicionais que desejarmos através da legislação, e a nação tem feito isso com frequência. O que o questionador realmente quer dizer é por que os juizes, não o público, mas os juizes, deveriam ser obrigados a proteger apenas as liberdades realmente especificadas pela Constituição. A objeção subjacente à questão não é ao governo dos homens mortos, mas ao governo das maiorias vivas.²⁹²

A resposta segue a premissa originalista de tributo à tripartição dos poderes e à soberania popular eleitoralmente constituída: cabe aos vivos produzir novas normas válidas e há meios previstos para tanto; enquanto não o fizerem, as normas vigentes, embora antigas, são igualmente válidas e devem ser eficazmente aplicadas sem subterfúgios que contornem o *mens legislatoris*. Deve-se respeitar o processo legislativo, portanto, sem conceder aos julgadores espaço para aperfeiçoamento legal à sua própria imagem e semelhança ou vontade.

Bork ainda oferece exemplos contrários à crítica da fossilização. O jurista cita que a Quarta Emenda (1791)²⁹³, que proíbe buscas e apreensões arbitrárias, foi formulada por legisladores que não previram a era eletrônica, e nem por isso se equivocam os juizes que aplicam o “valor central” (*core*) da emenda nos casos de devassa eletrônica da privacidade do cidadão²⁹⁴.

²⁹² BORK, 1986, p. 827. Tradução livre.

²⁹³ Quarta Emenda (1791): “O direito das pessoas de estarem seguras em suas personalidades, casas, papéis e pertences, contra buscas e apreensões injustificadas, não será violado, e nenhum mandado será emitido, mas mediante causa provável, apoiada por juramento ou afirmação, e descrevendo particularmente o local a ser revistado e as pessoas ou coisas a serem apreendidas” (tradução livre).

²⁹⁴ BORK, Robert H. *The Tempting of America: the political seduction of the Law*. New York: Touchstone, 1991. p. 167-168. Morales adiciona: “De fato, essa crítica deixa de levar em conta a diferenciação entre o núcleo essencial de um conceito e sua possível (aliás, necessária) aplicação a situações não originalmente previstas, seja por analogia, seja por interpretação extensiva. As ciências da linguagem estabelecem clara diferença entre o *signo* (ou *enunciado*) e o *referente*, definido este como ‘o objeto do mundo’ designado pelo primeiro”. MORALES, *op. cit.*, p. 43.

Outra crítica provém do jurista Paul Brest, para quem o originalismo é impraticável e a escolha sobre a aplicação de um princípio ou valor constitucional é arbitrária. O autor exemplifica seu ponto: o princípio geral da equidade²⁹⁵ é aplicável a todos os casos, como à igualdade racial atinente aos negros, ou seria necessário um outro princípio, mais específico ou de generalidade, em que a equidade racial fosse nuclear? “*The fact is that all adjudication requires making choices among levels of generality on which to articulate principles, and all such choices are inherently non-neutral*”²⁹⁶, alerta Brest.

Bork o responde dizendo que o problema dos patamares de generalidade pode ser resolvido pela omissão na escolha de qualquer patamar acima da interpretação das palavras, estrutura e história a que a Constituição justamente suporta: “*That result follows from the principle of acceptance of democratic choice where the Constitution is silent*”²⁹⁷.

A crítica mais comum se atenta à impossibilidade de se conhecer a real intenção dos legisladores (especialmente os constituintes americanos do século XVIII). A crítica foi feita até mesmo pelos originalistas que, influenciados por Bork, desenvolveram o *original public meaning*: se não se pode conhecer perfeitamente a *forma mentis* do legislador, é possível conhecer, mediante pesquisas legislativas e filológicas, o entendimento original das palavras utilizadas à época.

Ainda assim, no caso das constituições, é de se ressaltar que os textos geralmente contam com ampla discussão no foro das assembleias, até para que haja correspondência entre a redação da carta legal e o desejo do eleitorado. De toda forma, no caso americano, há vasta bibliografia que possibilita pesquisa historiográfica a respeito das volições legisladoras (por exemplo, os escritos políticos dos *Framers* ou a obra *Federalist Papers*)²⁹⁸.

²⁹⁵ Artigo III, Seção II, da Constituição dos EUA.

²⁹⁶ “O facto é que toda a adjudicação exige escolhas entre níveis de generalidade para articular princípios, e todas essas escolhas são inerentemente não neutras” (tradução livre). BREST, Paul. *The Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship*. *Yale Law Journal*, n. 90, 1981, p. 1091-1092.

²⁹⁷ “Esse resultado decorre do princípio da aceitação da escolha democrática onde a Constituição é omissa” (tradução livre). BORK, 1986, p. 828. Sobre o exemplo da questão racial, Bork rebate dizendo que um intencionalista pode concluir que deve ser ratificada a igualdade racial, mas sem que o julgador estabeleça patamares de generalidade.

²⁹⁸ “Nem se trata de conferir autoridade vinculante a uma inescrutável subjetividade do constituinte, mas sim à ‘intenção’ objetivada, registrada claramente no processo de formação da norma constitucional”. MORALES, *op. cit.*, p. 42.

3.4 A segunda onda do originalismo: *original public meaning*

Também chamado de *original understanding* ou de “neo-originalismo”, o originalismo de segunda onda (ou originalismo reformado, em nossa concepção) é um aprimoramento do originalismo intencionalista. Não há necessária sucessão cronológica entre um e outro, uma vez que o originalismo textualista não tardou muito para ser desenvolvido entre os anos 1970 e 1980. Aliás, enquanto o patrono do *intentionalism*, Robert Bork, estava sendo sabatinado no Senado americano em meados de 1987, postulando ocupar cadeira vaga na Suprema Corte, Antonin Scalia já patrocinava seu *textualism* como *justice* desde 1986.

Nessa abordagem, o originalismo se desloca da vontade do legislador para a significação objetiva do texto legal, preferindo se aproximar da realidade objetiva do *quadro* do que vasculhar o projeto imaginativo do *pintor*. A intenção a ser buscada na interpretação jurídica não é aquela subjetivada na vontade do legislador, mas a (intenção) objetivada na norma válida²⁹⁹.

É lícito dizer que o originalismo reformado abandona a tese central do *mens legislatoris* (e seus métodos peculiares para se obtê-lo) para estabelecer-se no *mens legis* sob alguns argumentos importantes: *i)* é despiciendo rastrear a intenção legisladora se a norma-regra é claríssima e de fácil apropriação; *ii)* pretender a aplicação de normas não escritas e implícitas no texto a fim de dar vazão à vontade não positivada do legislador é permitir que o direito produza efeitos imprevistos pelo texto, na contramão da segurança jurídica; *iii)* o governo das normas expressamente escritas é propriamente o governo das leis, não o governo das intenções mal reproduzidas por quem as editou (governo dos homens); *iv)* o significado original proporciona maior vinculação temporal do juiz ao direito positivado; *v)* o significado original possibilita melhores atualizações do aspecto comunicacional do texto.

Para o originalista reformado, o significado original se conserva no tempo, mas disso não se deve supor qualquer fossilização vernacular. O originalista-textualista sabe que a língua é mutável, especialmente quando se transcorrem décadas entre a vigência do diploma normativo e a questão jurídica presente. Mas há distinções entre *significado* original e *alcance* original: o constituinte brasileiro considerou inviolável o asilo chamado de “casa” (significado original: moradia,

²⁹⁹ FONTELES, *op. cit.*, p. 150.

residência, própria ou alugada), mas não poderia imaginar que, 35 anos depois, pessoas estivessem morando em cápsulas-dormitório, ou ainda que haveria um sistema digital de inquilinato temporário de imóveis operado via aplicativo de telefone celular, alheio ao regime legal das locações. A inviolabilidade se estende a essas novas ocasiões? Qualquer originalista responderia que *sim*, porque o núcleo³⁰⁰ de significação da norma continua preservado: tutela-se a morada, ainda que a norma da época tenha pretendido resguardar as moradas típicas de 1988.

É por essa capacidade de atualização que o (neo)originalismo se distingue da interpretação literal dos exegetas. Mas ela possui limites: os limites semânticos do próprio texto. Ainda no exemplo anterior, não poderia haver preceito de inviolabilidade a um automóvel usado temporariamente como abrigo, porque um veículo comum, sem adaptações, embora compartimentado, não tem essência (*core*) de morada, consubstanciando-se em coisa própria para deslocamento territorial.

Jeffrey Goldsworthy enumera algumas proposições que sustentam o originalismo do entendimento original: *i*) uma constituição, como qualquer outra lei, tem necessariamente um significado que preexiste à sua interpretação judicial; *ii*) o significado da lei é parte (ou o todo) do que ela é, e, assim, mudar o significado da lei é mudar a própria lei; *iii*) o significado original da constituição não é nem seu significado literal original (chamado de “significado sentenciado” por filósofos), nem seu significado originalmente pretendido (“significado do orador”), mas é seu “significado enunciado”, que é determinado por uma gama restrita de evidências, tanto extratextuais como textuais, do que os legisladores pretendiam que significasse; *iv*) ao prever que só pode ser modificada por um processo legislativo específico, uma constituição vincula juízes assim como o faz com outros agentes públicos, não podendo o juiz modificar a constituição (isto é, seu significado) alegando interpretá-la; *v*) qualquer juiz que violar o processo legislativo irá desprezar a constituição, a regra da lei, o princípio democrático e o princípio federalista; *vi*) ao interpretar a constituição, o primeiro dever judicial é revelar e elucidar seu significado preexistente, e, quando esse significado for indeterminado para resolver o caso concreto, o segundo dever será o de suplementá-lo sem deformá-lo; *vii*) embora os

³⁰⁰ Os originalistas usam a expressão “*core*”, de “âmago”. A fixação do significado no tempo é o âmago da teoria originalista. O significado está fixo na data da vigência da lei, isto é, a interpretação deve partir da significação daquela data, e não partir da data atual, em movimento retroativo, por exemplo.

juízes não devam alterar deliberadamente a constituição, existem pelo menos quatro maneiras³⁰¹ pelas quais o direito constitucional pode evoluir legitimamente ao longo do tempo; *viii*) a aplicação consistente de qualquer teoria constitucional, incluindo o originalismo, pode levar a graves injustiças num caso particular, podendo os juízes serem moralmente obrigados a desobedecer a constituição enquanto fingem obedecê-la, mas uma teoria que justifica nobres desvios ocasionais sobre o que a constituição significa não é uma teoria sobre o que ela realmente significa³⁰².

Goldsworthy sintetiza em proposições os elementos tipicamente originalistas: a) a norma coincide existencialmente com o seu significado; b) o significado da norma preexiste à sua interpretação; c) a interpretação que se desassocia do significado enunciado nuclear subverte o processo legislativo; d) a violação ao processo legislativo solapa o princípio democrático que legitima a ordem jurídica.

As proposições de Goldsworthy, nominadas como “*the best argument for originalism*”, são abordadas por vários outros autores, cada um ao seu estilo. Um deles, Antonin Scalia, precedente dos demais, detalhou os argumentos originalistas e passou a difundir o *original public meaning* por meio daquilo que ele chamou de interpretação *razoável*.

3.4.1 O originalismo-textualismo de Scalia

É na obra de Antonin Scalia que o originalismo-textualismo encontra sua maior referência³⁰³. *Associated justice* da Suprema Corte no período 1986-2016, Scalia contribuiu para o aprimoramento da transição entre o interpretativismo genérico do *original intent* e o do *original understanding*. No livro “*A matter of*

³⁰¹ São elas: *i*) pela suplementação judicial de preceitos legais ambíguos, vagos, inconsistentes ou parcialmente indeterminados, sem perder o *core* do enunciado (prerrogativas típicas do *common law* opostas por Scalia); *ii*) pela operação de superação do princípio do *stare decisis*, que por vezes perpetua erros judiciais sob escusa de tutelar a estabilidade jurisprudencial; *iii*) pela “atualização” do texto que permite o abandono de sua denotação por sua nova conotação, uma vez que o *original public meaning* não é o mesmo que *original literal meaning*; *iv*) pela diferenciação entre denotação e conotação (ou entre sentido e referência), desdobramento da forma anterior, que permite dizer que a denotação de um termo é composta por todas as coisas no mundo às quais ele se refere, enquanto que sua conotação consiste nos critérios ou na função que determinam sua denotação.

³⁰² GOLDSWORTHY, Jeffrey. The Case for Originalism. In: The Challenge of Originalism; Theories of Constitutional Interpretation, *Monash University Faculty of Law Legal Studies Research Paper*, n. 2011/46, 2011, p. 42-43.

³⁰³ SOLUM, Lawrence B. What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory. *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, n. 1353, 2011, p. 15. “Já em 1986, Scalia fez um discurso exortando os originalistas a ‘mudar o rótulo’ de Doutrina da Intenção Original para Doutrina do Significado Original” (tradução livre).

interpretation” (Uma questão de interpretação), o jurista estabelece suas premissas para a reta hermenêutica dos textos legais, e, decisivamente, renega a adoção do *mens legislatoris* típico do originalismo intencionalista³⁰⁴.

Scalia tece críticas ao sistema de *common law* que prevalece na jurisdição estadual americana. Alega que o *civil law*, mais praticado na jurisdição federal, é mais harmônico com o princípio democrático, porque o “direito desenvolvido por juízes” (*common law*) não possui o mesmo grau de compulsoriedade (o termo usado é “autoritativo”) presente no *civil law*, franqueando aos juízes se equipararem aos governantes e redesenharem a realidade a seu próprio feitio³⁰⁵.

A preocupação de Scalia com a legitimidade democrática é uma constante. A democracia é o autogoverno popular por meio das leis. E para que as leis surtam os efeitos pretendidos (plano da eficácia), a interpretação delas demandaria uma doutrina robusta, mas ainda inexistente (à época) nos EUA³⁰⁶.

A lacuna hermenêutica e o avanço do *common law* geram dois problemas combatidos por Scalia: *i*) a ausência de doutrina referencial concede aos intérpretes-juízes maior discricionariedade na formulação do direito consuetudinário; *ii*) a discricionariedade avança sobre a interpretação constitucional, unindo o *common law* ao *living constitution*: a Carta de 1787 deixa de ser somente um documento escrito para ser símbolo aglutinador de novas vontades não legisladas e incorporadas por decisões judiciais alegadamente fundadas na evolução do costume³⁰⁷.

³⁰⁴ SCALIA, Antonin. *Uma questão de interpretação: os tribunais federais e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2021b.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 7-14.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 21-22. Nesse trecho Scalia colaciona trecho da obra “*The Legal Process*”, de Henry Hart e Albert Sacks, ambos processualistas para quem “(...) tribunais americanos não têm uma teoria de interpretação de leis que seja inteligível, geralmente aceita e aplicada de forma consistente”.

³⁰⁷ A inicial antipatia de Scalia com o *common law* é mais compreensível quando se constata sua diferenciação com a jurisdição romano-germânica civil, na qual os juízes têm ainda menos discricionariedade, conforme: “Nessa conceituação de ativismo judicial, ressalva Elival Ramos, deve ser observado que o papel dos juízes é diferente na tradição romano-germânica e na tradição anglo-saxônica. Nesse sentido, o conceito amplo de ativismo judicial decorre de uma concepção anglo-saxônica de direito, em que a atuação dos juízes já é, de certa forma, mais abrangente, dada a importância dos precedentes para a configuração do direito. Nesse caso, o ativismo se manifesta tanto como um exercício regular da função jurisdicional, quanto como uma violação dos limites impostos pelo legislador. Em uma tradição civilística, dada a primazia da lei, esse ativismo judicial se apresenta como um dilema à teoria da separação dos poderes, dada a distinção mais clara das funções legislativa e judiciária (em comparação com a *common law*)”. BORGES SOUZA, Elden; SALES PINHEIRO, Victor. Uma análise sobre o originalismo no contexto do ativismo judicial brasileiro. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 14, n. 42, p. 535–554, 2020. p. 540.

Passa-se então a criticar o ativismo judicial por meio das teses interpretativistas. Primeiro, o originalismo intencionalista não agrada a Scalia. A intenção do legislador, diz Scalia, sugere que o texto legal possui significações não expressas, intenções subjacentes, que então governariam o povo sem que ele pudesse conhecê-las de maneira transparente: “(...) é incompatível com o governo democrático (...) ter o significado da lei determinado por aquilo que o legislador pretendia dizer, não pelo que o legislador promulgou. (...) Os homens podem pretender o que quiserem; porém, é apenas as leis que eles promulgam que nos obrigam”³⁰⁸.

Nota-se que a crítica de Scalia ao intencionalismo não é exatamente aquela que adverte ser impossível conhecer o subjetivismo do autor-legislador: ele se atenta para a maior ilegitimidade da proposta, e alarma para situações irreversivelmente discricionárias que ela pode criar dentro da perspectiva do *common law*.

Na realidade, contudo, se aceitarmos o princípio e que o objetivo da interpretação judicial é determinar a intenção do legislador, vincular-se a uma intenção legislativa genuína, mas não expressa, em vez de estar vinculado à própria lei, é apenas a *ameaça teórica*. A *ameaça prática* é que, sob o disfarce ou mesmo o autoengano de buscar intenções legislativas implícitas, juízes do *common law* de fato buscarão seus próprios objetivos e desejos, estendendo, do *common law* para o campo das leis, suas inclinações para criar normas. Quando você é chamado a decidir, não com base no que o legislador disse, mas baseado naquilo que ele pretendeu dizer, e tem certeza de que não há uma conexão necessária entre as duas coisas, sua melhor chance de descobrir a intenção do legislador é perguntar para si mesmo quais deveriam ter sido as pretensões de uma pessoa sábia e inteligente. E isso seguramente o levará à conclusão de que a lei significa o que você pensa que ela deveria significar – que é precisamente como juízes decidem as coisas no *common law*.³⁰⁹

O *mens legislatoris* pode dar espaço à discricionariedade que se combate no ativismo judicial, portanto. Para Scalia, a interpretação legítima não deve buscar a intenção subjetiva do legislador, mas a *intenção objetivada* – “a intenção que uma

³⁰⁸ SCALIA, 2021b, p. 24-25.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 25. Está claro para Scalia que o *common law* é um problema de ordem democrática e de ordem jurídica, especialmente numa república onde os agentes oficiais não são emissários da coroa, como é o caso da Grã-Bretanha. O avanço da plataforma do *common law* sobre a jurisdição do *civil law*, nos EUA, constrange a norma legislada e escrita, aos modos do direito comum, segundo o autor.

pessoa razoável extrairia do texto da lei, considerada quanto ao restante do *corpus juris*³¹⁰.

Para exemplificar sua oposição ao intencionalismo, Scalia cita o caso *Church of the Holy Trinity v. United States* (1892), tendo o *voluntas legislatoris* saído vencedor. Naquele processo, uma igreja sediada em New York contrata um pastor britânico para promover cultos junto a seu público. Aventou-se, na época, que a contratação violaria lei federal que proibia quem auxiliasse ou incentivasse a migração de estrangeiro para os EUA a pretexto de contrato ou acordo de trabalho celebrado antes do deslocamento territorial³¹¹. Após o Tribunal de Apelações de New York considerar ilegal a conduta da igreja, o caso chegou à Suprema Corte, que reverteu a condenação anterior sob o argumento de que, embora punível pelo texto legal, a sanção não estava coerente com o espírito da lei, ou seja, com a intenção do legislador. Trecho da decisão chegou a dizer que “algo pode estar contido na letra da lei e ainda assim não estar contido nesta mesma lei”³¹².

A coincidência entre lei e significado então surge no comentário peremptório de Scalia sobre o caso *Holy Trinity*: “é claro que penso que estava contida na letra da lei e, portanto, também estava contida a própria lei: caso encerrado”³¹³. Scalia faz a concessão de que pode ser mesmo que o espírito daquela lei fosse outro; ou pode ser que o resultado da decisão tenha sido mais justo ou desejável. Ocorre que o teor do acórdão manifestamente abre mão do texto, e “o texto é a lei”³¹⁴.

O apego ao texto faz de Scalia um “textualista”, como ele próprio se autodescreve. Renega que seu modelo originalista seja simplório ou restrito: “Um

³¹⁰ SCALIA, 2021b, p. 24.

³¹¹ A lei punia quem patrocinasse a contratação de alienígena, mas não proibia a contratação de pessoa estrangeira que já estivesse abrigada em solo americano por outro motivo.

³¹² FONTELES, *op. cit.*, p. 151. A conclusão da Suprema Corte é aberrante se se considerar que, no corpo da decisão, os juízes mencionaram que a lei era detalhista o suficiente para não permitir interpretações restritivas: queria-se vedar a importação de mão-de-obra estrangeira, de qualquer natureza, sob qualquer circunstância. Ao fim, o acórdão faz uso de argumentos extrajurídicos e referenda a contratação alegando que o intento da norma era o de vetar trabalhadores braçais, não sendo adequado, para uma nação religiosa como os EUA, vetar sacerdotes.

³¹³ SCALIA, 2021b, p. 28. Scalia, é bom que se diga, tem apreço ao brocardo *in claris legis cessat interpretatio*, amplamente criticado nos dias de hoje por aqueles a quem até a clareza é interpretável. Não há desacordo quanto a isso, mas impõe-se manter a clareza longe de obscuridades fictícias. Como verbaliza Scalia: “O Congresso pode editar leis tolas, assim como sábias, não cabendo aos tribunais distinguir umas das outras para reescrever as primeiras”.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 30-31. Sem ignorar o debate sobre texto e norma – o texto é a fonte da norma, mas não é exatamente a norma. Scalia refere-se ao texto querendo se referir à norma extraível do texto. O autor conclui o capítulo citando Oliver Wendell Holmes Jr., ex-juiz da Suprema Corte (1902-1932), citado por sua vez em *Schwegmann Bros. v. Calvert Distillers Corp.* (1951): “Nós não inquirimos o que o legislador pretendeu dizer, apenas perguntamos o que a lei significa”.

texto não deve ser interpretado de maneira estrita, tampouco de maneira leniente; deve, isto sim, ser interpretado de maneira razoável³¹⁵, de modo a contemplar tudo aquilo que, de maneira justa, ele significa”.

A seguir, concede um exemplo de caso em que foi voto vencido na Suprema Corte: o tribunal julgou uma lei que previa a elevação de pena ao crime de narcotráfico quando o agente o cometesse munido de arma de fogo. No fato analisado, o réu havia trocado a arma de fogo por entorpecente. A Suprema Corte deferiu a majoração da pena, mas Scalia divergiu: a ele (e a um textualista que se preze) as expressões textuais da norma – “durante e em relação (...) a um crime de tráfico de drogas (...) usa uma arma de fogo” – informavam que o uso da arma de fogo requerido pela lei era o seu uso funcional, como artefato bélico, e não como moeda de troca: “Como mencionei no meu voto de divergência, quando perguntamos a alguém, ‘você usa bengala?’, não estamos indagando se esta pessoa pendurou a antiga bengala do seu avô como um ornamento no corredor”³¹⁶.

O originalismo scaliano não é adepto da interpretação literal, que rendeu maior condenação ao réu possuidor da arma do parágrafo anterior, tampouco é niilista (expressão usada por ele). Mas é um formalista orgulhoso: se a um homicida confesso, flagrado com sangue das mãos, testemunhado e filmado por seus vizinhos, concede-se o devido processo legal antes da efetiva penalização, é porque o formalismo tem estrita função garante no governo legal³¹⁷.

Para se atingir a correta interpretação originalista de significado original enunciado, Scalia avaliza o uso de alguns cânones clássicos. Um deles é *expression unius est exclusion alterius* (a expressão de um é a exclusão de outro), isto é, “se você vir um aviso que diz que crianças abaixo de doze anos têm direito à entrada gratuita, não há necessidade de indagar se a sua [criança] de treze anos precisa pagar”. Afinal, os elementos não explicitados da norma também fazem parte dela³¹⁸.

³¹⁵ O significado de “razoável” usado por Scalia – do inglês *reasonable* – não tem a conotação informal típica do idioma português, no sentido de “sensato” ou de “moderado”. O substantivo da língua inglesa mais se aproxima da ideia da racionalidade, de usar da razão. Também não se confunde com a razoabilidade jurídica usada por vezes como carta-coringa em argumentações jurisprudenciais.

³¹⁶ SCALIA, 2021b, p. 32-33. No exemplo oriundo do caso *Smith v. United States* (1993), Scalia dá contornos ao seu textualismo: o significado original da norma está intimamente associado com a gama limitada de significações das palavras utilizadas no enunciado, sem descuidar das possibilidades finalísticas concedidas por essas significações.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 34-35.

³¹⁸ “As limitações de um texto legal – o que uma lei escolhe não dizer – são tão parte de sua intenção como suas disposições afirmativas”.

Outro brocardo é o *noscitur a sociis* (conhece-se pelos seus pares): o significado de uma palavra pode ser conhecido pelo das palavras próximas: “se você me diz: ‘peguei uma manga da árvore’, eu entendo que ‘manga’ significa uma coisa (...), já quando você me fala: ‘rasguei a manga da camisa’, eu compreendo que a mesma palavra significa algo diverso”. Outro cânone citado por Scalia é o *eiusdem generis* (da mesma classe). Se um determinado texto enumera diversas coisas, e uma expressão genérica é inserida no bojo das específicas, deve-se entender que a genérica está contextualizada nas específicas: “se alguém menciona usar ‘tachinhas, parafusos, pregos, grampos e outras coisas’, a expressão genérica ‘outras coisas’ certamente refere-se a outros fixadores”³¹⁹. Os cânones são usados por Scalia para facilitar a apropriação do significado, e não para mecanizar o *iter* interpretativo.

Na hermenêutica constitucional de prioridade originalista, “o contexto é tudo”. E o contexto da Carta de 1787, segundo Scalia, direciona o intérprete para que ele não se perca em detalhes irrelevantes, mas se atente às palavras e frases em sentido expansivo, não restrito, sem impor significações que a linguagem positivada não possa suportar. A título de exemplo, Scalia menciona a Primeira Emenda³²⁰, que proíbe a limitação da liberdade de expressão ou de imprensa. Scalia diz que o enunciado da emenda não enumera taxativamente “a completa gama de expressões que designam as liberdades comunicativas”. É mais um caso em que o *significado original* supera o *alcance original*. O alcance, em 1791, data da emenda, era o de proteger vozes civis e jornais. O significado original, expansivo e conotativo, alcança muito além: cartas manuscritas, revistas, livros, mensageiros digitais *etc.* Conforme Scalia, nesse contexto constitucional, “expressão” e “imprensa”, as duas formas comuns de comunicação, “formam uma espécie de sinédoque³²¹ que se refere ao todo”. É a “interpretação razoável (racional)”, segundo Scalia³²².

³¹⁹ SCALIA, 2021b, p. 36-37. Os cânones, para Scalia, não *indicações de significado*, que podem episodicamente se chocar com outros cânones, demonstrando que eles não são imperativos ou absolutos. Nesse raciocínio, o famigerado *in claris legis cessat interpretatio* tem condição de sobrevida teórica na hermenêutica scaliana.

³²⁰ Primeira Emenda (1791): “O Congresso não fará nenhuma lei para estabelecimento de uma religião ou proibindo o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito do povo de se reunir pacificamente e de solicitar ao Governo a reparação de queixas”.

³²¹ “Quando um falante, intencionalmente, em particular por motivos de ordem literária, ou uma comunidade linguística, inconscientemente, atribuem a uma palavra um conteúdo mais amplo que seu conteúdo usual, ocorre a *sinédoque*: *vela por barco* (a parte pelo todo), o *homem pela espécie humana* (o particular pelo geral). Existe igualmente sinédoque quando, por um processo inverso,

A fórmula do originalismo scaliano pode ser sintetizado nos seguintes exercícios: a) na busca ao significado original do texto, este é compreendido como aquele que respeita as limitações da gama de significações de cada palavra por meio da tradução limitada dos verbetes utilizados (exercício de filologia); b) a leitura do dispositivo legal deve ser praticada mediante cânones que indicam o caminho para o reconhecimento do significado ambientado, quando obscuro (exercício de contextualização); c) após, deve-se apropriar, a partir da limitação do texto, a finalidade que a norma *pode* produzir sem violar o âmago da significação enunciada.

Em breve comentário, Scalia pondera sobre as limitações do originalismo, sem descuidar de sua inafastável premissa (busca pelo significado original fixado cronologicamente):

Há situação para quais um originalista simplesmente não terá a resposta. É difícil saber o que *Framers* tinham em mente em certas situações. Um exemplo clássico é o caso chamado *New York v. Saia*. Nos anos 1920, a cidade de Nova Iorque adotou uma lei municipal vedando o uso de carros de som depois de dez da noite. Eles não queriam que as pessoas fossem mantidas acordadas depois das dez. O que os *Framers* pensavam sobre o uso de carros de som depois das dez da noite? Não faço a menor ideia. Mas você tem que imaginar a trajetória do raciocínio deles. Não tinham carros de som, mas tinham leis contra perturbar a vizinhança [*nuisance laws*] que abrangiam ruídos – e teriam dito que a primeira emenda não protege esse tipo de coisa. Às vezes, especialmente quando se trata de novas tecnologias, é preciso adaptar o sentido original, mas sempre se guiando pelo que os *Framers* decidiram e não decidiram. Isso é o que serve de orientação.³²³

Scalia faz uma concessão retórica: talvez os originalistas não estejam completamente certos em todas as suas leituras legais; talvez haja resultados melhores em outras abordagens superiores; ou talvez haja desacordos originalistas sobre questões concretas postas em discussão, impedindo qualquer unanimidade.

toma-se o todo pela parte: *o Brasil em vez de a equipe brasileira*". SINÉDOQUE. In: DUBOIS, Jean [et. al.]. *Dicionário de Linguística*. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2014, p. 518.

³²² SCALIA, 2021b, p. 50-53. O autor aponta que a divisão teórica da interpretação constitucional não é entre intencionalistas e textualistas, mas entre textualistas – do significado original – e não-interpretativistas do "significado atual", adeptos do *living constitution* e da mutação constitucional (a constituição muda sem alteração praticada pelo processo legislativo): "Não se pode dizer, por certo, que uma constituição naturalmente sugere mutabilidade; pelo contrário, todo o seu propósito é impedir a mudança – incorporar certos direitos de tal maneira que as futuras gerações não possam suprimi-los facilmente".

³²³ GRANDCHAMP, Marcio Soares; RODRIGUEZ, Caio Farah. Teorias contemporâneas da interpretação constitucional: entrevista com o ministro Antonin Scalia, da Suprema Corte os EUA, *Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas*, n. 898, 2009, p. 15-25. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/27046>>. Acesso em: 22 out. 2023.

Mas o trunfo do originalismo, segundo o jurista, é que o hermeneuta textualista ao menos sabe o que está procurando: o significado original do texto.

3.4.2 Novos pensamentos originalistas americanos

Outros autores alinhados ao originalismo reformado americano contribuíram com o aperfeiçoamento das proposições de Scalia³²⁴.

Lawrence Solum explica que a crítica direcionada ao originalismo intencionalista estimulou o desenvolvimento do *original understanding*, assim compreendido como “*the theory that the original understanding of those who wrote and ratified various constitutional provisions determines their current meaning*”³²⁵. Para ele, o caso *Heller v. District of Columbia* (2008)³²⁶ traduz, em curta passagem, o cerne da filosofia originalista: “*In interpreting this text, we are guided by the principle that [t]he Constitution was written to be understood by the voters; its words and phrases were used in their normal and ordinary as distinguished from technical meaning*”³²⁷.

Para Solum, a variedade de correntes originalistas (intencionalismo dos *Framers*, intencionalismo dos ratificadores, textualismo, metodismo *etc.*) não implica ausência de senso comum entre todos eles, qual seja: todos eles creem no mesmo marco temporal que fixado quando há o significado:

Originalistas das intenções originais concordam que as intenções relevantes são aquelas dos redatores ou ratificadores de cada disposição da Constituição: assim, o significado original da Constituição de 1787 foi fixado por fatos sobre as intenções do período que começa com a abertura da

³²⁴ Na Suprema Corte americana, Clarence Thomas e Samuel Alito são contemporâneos de Scalia e com ele se alinharam na defesa da tese originalista. Scalia foi substituído por outro originalista, Neil Gorsuch. Após, Brett Kavanaugh passou a integrar o tribunal, na companhia de Amy Coney Barrett, esta que foi assessora (*clerk*) de Scalia. É possível dizer que a atual composição da Suprema Corte americana é, hoje, em maior ou menor grau, majoritariamente originalista.

³²⁵ “(...) a teoria de que o entendimento original daqueles que escreveram e ratificaram várias disposições constitucionais determina o seu significado atual” (tradução livre). SOLUM, *op. cit.*, p. 10.

³²⁶ O caso tratou da Segunda Emenda (1791), que diz: “Uma Milícia bem regulamentada, sendo necessária para a segurança de um Estado livre, e o direito do povo de manter e portar armas, não serão infringidos” (tradução livre).

³²⁷ “Na interpretação deste texto, guiamo-nos pelo princípio de que a Constituição foi escrita para ser compreendida pelos eleitores; suas palavras e frases foram usadas em seu significado normal e comum, diferenciado do significado técnico” (tradução livre). SOLUM, *op. cit.*, p. 24. O significado público original tem como premissa o conteúdo semântico contextualizado da norma, ou seja, como a linguagem era majoritariamente utilizada no debate público ao tempo em que a norma foi promulgada. A cronologia temporal é uma premissa básica de comunicação. Em uma passagem, diz o acórdão: “Na época da fundação, como agora, *suportar* significava *carregar*” (tradução livre).

Convenção de Filadélfia e termina quando o processo de ratificação foi concluído. Os originalistas do significado público original concordam que o significado semântico convencional das palavras e frases também deveria ser determinado pelos fatos linguísticos no momento em que cada disposição constitucional foi elaborada e ratificada. E uma conclusão semelhante se aplica aos originalistas dos métodos originais. Este padrão de acordo sugere que a maioria ou quase todos os originalistas concordam que o significado original foi fixado ou determinado no momento em que cada disposição da constituição foi elaborada e ratificada” (tradução livre).³²⁸

O originalismo, tradicional ou reformado; intencionalista, textualista ou metodista, qualquer que seja ele, nunca é anacrônico. A *tese da fixação* não se confunde com a fossilização. A fixação é temporal, não material. Se “*free press*” de 1791 significava³²⁹ liberdade de imprensa, sem limitações, para fazer o mesmo conceito surtir efeitos mais de duzentos anos depois deverá partir daquele distante ano de 1791, podendo ou não ser ampliado, mas certamente não poderá ser deformado³³⁰.

Para Solum, o originalismo se estabelece no binômio “tese de fixação mais tese de constrição”, sendo a somatória da fixação temporal ao dever de vinculação da doutrina ao significado original³³¹.

Randy Barnett adiciona ao debate a distinção entre interpretação e construção, conferindo a primeira o dever de identificar o significado semântico do uso particular da linguagem contextualizada, e a segunda o dever de aplicar tal significado em particulares e factuais circunstâncias³³². É a diferença entre interpretação e aplicação.

Barnett coloca que a atividade de determinação do “significado semântico” ao tempo de sua edição é sobretudo empírica, não normativa. Não há ato de vontade na fixação dos significados:

Embora possamos escolher usar as palavras como quisermos, como Alice descobriu no País das Maravilhas, o significado linguístico social ou interpessoal das palavras é um fato empírico além da vontade ou do controle de qualquer falante (que foi o ponto defendido pelo autor de Alice

³²⁸ SOLUM, *op. cit.*, p. 29.

³²⁹ Para um originalista, o significado de 1791 continua significando, agora no presente. Não *significava* em 1791, mas *significa em 1791*, porque está *fixado* naquele ano.

³³⁰ A leitura do dispositivo deve ser feita “de trás para frente”, isto é, da significação crônica para o presente, ao invés do típico movimento retroativo, de considerar os vocábulos do texto sob compreensão atual, e somente após atentar-se para a hipótese de, à época, haver dissonância semântica.

³³¹ SOLUM, *op. cit.*, p. 32.

³³² BARNETT, Randy E. Interpretation and Construction. *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper*, n. 12-034, 2011, p. 66.

no País das Maravilhas). Embora o significado objetivo das palavras por vezes evolua, as palavras têm um significado social objetivo em qualquer momento que é independente das nossas opiniões sobre esse significado, e esse significado pode normalmente ser descoberto através de investigação empírica. Conduzir tal investigação não é mais uma atividade normativa para chegar a conclusões que nos agradam do que descobrir o que é considerado boas maneiras numa determinada sociedade.³³³

Ou seja, as palavras têm um significado social objetivo e independente de volições acerca de seu significado, podendo este ser descoberto por meio de experimentos empíricos. Conduzir tal investigação não é uma *atividade construtiva* para chegar a conclusões desejadas. A atividade é unicamente interpretativa, no sentido exegético de extração de significado.

Barnett reitera Scalia sobre a resolução de dificuldades hermenêuticas: nos casos havendo ambiguidade (mais de um sentido possível à palavra ou à frase), o contexto ou o entorno revelará o sentido mais adequado. Nos casos de indeterminação (vagueza semântica), o intérprete pode se enveredar pela “construção” do significado cientificamente adequado, sem, contudo, extrapolar os limites máximos a que o texto dito vago suporta. A discricionariedade *controlada*, nesse caso, é admitida: “Uma constituição com um certo grau de imprecisão delega algumas decisões de aplicação ao julgamento de futuros atores, desde que essas decisões não entrem em conflito com as informações fornecidas pelo texto” (tradução livre).³³⁴.

A noção de construção é inicialmente elaborada por Keith Whittington, para quem as construções constitucionais “*realizam um trabalho importante ao preencher lacunas no significado constitucional e fornecer orientação sobre como os atores políticos devem se comportar quando o significado constitucional original é indeterminado*” (tradução livre). A discricionariedade “controlada” também está presente em Whittington: o processo de construção permite que os aplicadores se

³³³ BARNETT, *op. cit.*, p. 66-67. O autor exemplifica usando a palavra “automóvel”: determinada pessoa pode se referir a automóvel *literalmente* (figuradamente, talvez) como uma máquina do tempo, mas ela não pode esperar que as pessoas compreendam outra coisa senão um veículo de transporte de passageiros. A comunicação social evidentemente falhará.

³³⁴ “Uma constituição com um certo grau de imprecisão delega algumas decisões de aplicação ao julgamento de futuros atores, desde que essas decisões não entrem em conflito com as informações fornecidas pelo texto” (tradução livre). *Ibidem*, p. 69-70. O originalismo, segundo Barnett, admite lacunas na ordem jurídica, ainda que sob o título de “vagueza semântica” das palavras.

afastem do significado constitucional conhecido, sem, contudo, violar o significado constitucional original³³⁵.

O modo de construção da discricionariedade é motivo de dissenso entre os originalistas³³⁶. Eles concordam, porém, que a decisão não pode extrapolar o núcleo semântico do texto-base. Neil Gorsuch, substituto de Scalia na Suprema Corte, elabora um iter que o judiciário deve seguir:

Quanto interpretando leis, a tarefa do juiz é discernir o que uma pessoa nativa de língua inglesa familiar com os costumes legais poderia entender da lei ao tempo de sua publicação. Em vez de começar-se com a história legislativa ou perquirir-se acerca das consequências econômicas e sociais, um textualista inicia o trabalho a partir das definições do dicionário, das regras gramaticais e do contexto histórico em que a lei foi adotada para descobrir o que sua linguagem significa para aqueles que adotaram a lei. Neste diapasão, textualismo oferece uma metodologia conhecida e cognoscível para que os juízes possam determinar e fixar de forma imparcial o que a lei é, não simplesmente declarar o que ela deveria ser – um método para discernir o conteúdo da lei sem julgamentos de valor estranhos sobre pessoas ou políticas (tradução livre)³³⁷.

Gorsuch não abandona o contexto histórico, mas o enfoque é sobretudo semântico: deve-se buscar o significado dicionarizado, em primeiro lugar³³⁸.

Na prática, a divergência genérica entre interpretativistas e não-interpretativistas é que estes estão em permanente rejeição ao significado público original (aquele obtido ao tempo da promulgação da norma via investigação filológica) para privilegiar o evolucionismo textual – textos antigos são meras referências caducas – que aprimora empírica e discricionariamente a norma.

³³⁵ WHITTINGTON, Keith E., Originalism: A Critical Introduction. *Fordham Law Review*, Forthcoming, 2013, p. 36.

³³⁶ “Pode-se esperar que os originalistas que fundamentam o seu compromisso com o originalismo em noções de soberania popular favoreçam princípios de construção que reflitam este compromisso normativo. Da mesma forma, aqueles que defendem o originalismo como um meio de proteger os direitos de fundo retidos pelo povo provavelmente irão favorecer regras de construção que protejam os direitos” (tradução livre). BARNETT, *op. cit.*, p. 70. O autor ainda fala que uma das possibilidades de construção discricionária é a de tentar refazer o percurso do legislador, para descobrir como ele melhor legislaria ao tempo da deliberação se soubesse que os termos vagos causariam incompreensão futura. Tal investigação não é intencionalista-historicista, uma vez que o legislador se omitiu, não havendo como escavar sua psicologia à moda originalista tradicional. É uma construção meramente especulativa, portanto.

³³⁷ GORSUCH, Neil. *A Republic, if you can keep it*. New York: Crown Forum, 2019, p. 131-132.

³³⁸ Conforme Silva Filho: “(...) independente da utilidade atual de uma lei, seu significado é fixo no tempo, estabelecido quando da publicação. O sentido dos termos empregados, em caso de dúvidas, devem ser buscados em dicionários da época”. O autor ainda cita frase de Scalia: “uma das funções principais das nossas cortes é agir como um dicionário vivo e autorizado (...) em seu trabalho como lexicógrafos em tempo parcial, os juízes têm ocasião de consultar o trabalho de lexicógrafos profissionais com frequência”. SILVA FILHO, Ernando Simião da. *Originalismo americano*. 2020. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 92.

Em linhas gerais, os autores posteriores a Scalia estabilizaram a noção de significado original como aquele remissivo à época da promulgação da lei, caso tenha havido suficiente divergência semântica entre a data da edição do diploma e a data da interpretação dos seus dispositivos – é a tese da fixação. O significado original obriga a doutrina a persegui-lo e a se vincular a ele, como consequência da soberania popular exarada no governo legal – tese da constrição. Por outro lado, há alguma divergência entre os autores sobre como se deve resolver os casos em que o texto é potencialmente lacunoso por vagueza ou indeterminação. Fala-se em menor ou menor grau de discricionariedade controlada, isto é, o juiz-intérprete pode construir o significado que circunstancialmente for melhor adequado, sem extrapolar a significação máxima que o próprio texto pode suportar.

O originalismo textualista – reformado, de segunda onda, neo-originalismo – é o modelo mais adequado a uma hermenêutica jurídica que pretende, por princípio, dar vazão à autoridade do texto, consubstanciada na legitimidade do legislador como representante popular. E, em se tratando da interpretação de normas infraconstitucionais, o *original public meaning* é mais apropriado que seu concorrente intencionalista, porquanto as leis infraconstitucionais são costumeiramente menos justificadas documentalmente que as normas constitucionais, estas em virtude da repercussão que as assembleias constituintes geralmente têm, sobrepujando o impacto investido ao legislador ordinário comum.

3.5 O originalismo em outros países

Apesar de protagonista nos EUA, o originalismo não se limitou àquele país, sendo possível mencioná-lo em outras nações como Austrália, Japão, Itália, Espanha, Portugal, Argentina e Chile³³⁹, comprovando que a abordagem não se criou apenas em países que adotam o sistema *commom law*, como a Austrália, mas também foi percebido em nações praticantes do *civil law*, permitindo considerar que a abordagem não é exclusiva e inerentemente anglossaxã.

A Austrália possui sistema semelhante ao americano, exceto pelo fato de se tratar de uma monarquia. Sua antiga constituição remonta ao ano de 1900, ocasião em que foi instituída a *High Court*, tribunal equiparável à *Supreme Court* dos EUA.

³³⁹ MORALES, *op. cit.*, p. 108-109.

As manifestações originalistas australianas, embora mais moderadas, são existentes de longa data: a) em 1904 a *High Court* declarou que o significado de um termo constitucional era aquele originalmente previsto pelos constituintes; b) em 1920 um juiz do tribunal declarou que dar plenitude à intenção do constituinte era a pedra fundamental da interpretação constitucional; c) em 1972, decidindo o caso *King v. Jones*, o *chief justice* proferiu voto histórico dizendo³⁴⁰:

As palavras da Constituição devem ser lidas no sentido natural que tinham nas circunstâncias da sua promulgação pelo Parlamento Imperial em 1900. Esse significado permanece, fora do alcance de qualquer Parlamento Australiano, sujeito apenas a alteração pelos meios fornecidos pelo dispositivo 128 da Constituição. A conotação das palavras empregadas na Constituição não muda, embora a mudança de eventos e atitudes possa, em algumas circunstâncias, ampliar a denotação ou o alcance dessas palavras. Estas proposições estão plenamente documentadas nas decisões relatadas deste Tribunal, que tem a tarefa de decidir de forma definitiva e oficial tanto a conotação como a denotação da linguagem da Constituição.³⁴¹

Dos julgamentos mais interessantes da *High Court* australianas foi o que envolveu o veredito do júri popular. Em *Cheatle & Another v. The Queen* (1993), a questão discutida pelo tribunal era se as decisões dos jurados deveriam ser unânimes ou poderiam ser majoritárias, considerando inexistir previsão constitucional específica sobre. Os juízes buscaram compreender as origens da instituição do júri popular – de inspiração americana – e concluíram que os constituintes quiseram reproduzir na Austrália o modelo americano de unanimidade³⁴².

O originalismo não encontrou grande ressonância em cenário europeu, exceto na Itália, onde noções originalistas se encontram inclusive positivadas, tal como o

³⁴⁰ MORALES, *op. cit.*, p. 49-50.

³⁴¹ Tradução livre. Disponível em: <<http://www8.austlii.edu.au/>>. Acesso em: 26 set. 2023. A técnica de atualização do texto constitucional pelo binômio conotação-denotação, que mantém a conotação das palavras e amplia sua denotação, pode ser vista a exemplo australianas: o dispositivo constitucional que conferia competência para legislar sobre comércios e negócios, redigido em 1900, não previu que décadas depois a humanidade estaria fazendo negócios por meio aeronáutico. Mas entendeu-se que haveria competência para legislar sobre transporte aéreo, porque a conotação de *comércios e negócios* não havia mudado, mas sua denotação, sim. *Ibidem*, p. 51-52.

³⁴² Trecho do acórdão: “Resulta do que foi dito acima que a história do julgamento criminal por júri na Inglaterra e neste país até a época da Federação estabelece que, em 1900, era uma característica essencial da instituição que um acusado não pudesse ser condenado a não ser por acordo ou consenso de todos os jurados. Está bem estabelecido que a interpretação de uma constituição como a nossa é necessariamente influenciada pelo facto de as suas disposições serem formuladas na linguagem do direito consuetudinário inglês e deverem ser lidas à luz da história do direito consuetudinário” (tradução livre). Disponível em: <<https://jade.io/article/67775>>. Acesso em: 26 set. 2023.

artigo 12 do Código Civil: “*Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore*”³⁴³. Além disso, a Corte Constitucional italiana tem amplo acervo jurisprudencial que faz remissões aos trabalhos constituintes que finalizaram o texto da Carta de 1946, demonstrando reiterado apego à corrente intencionalista³⁴⁴.

Na Argentina, a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* instituída em 1853 pela Carta Magna tem historicamente variado seus critérios hermenêuticos, sem se importar com a coerência entre eles, mas não raro adotou enfoque chamado de “voluntarista”³⁴⁵, de teor muito aproximado ao intencionalismo borkiano. A interpretação voluntarista à moda argentina consiste na coincidência entre o *espírito da lei* e a *intenção do legislador*. A Corte Suprema já proferiu julgamentos nitidamente originalistas-intencionalistas em algumas ocasiões, vide o caso *Martínez, Raúl M. c/ Caja de Jubilaciones de la Marina Mercante Nacional (Fallos 200:165)* de 1944³⁴⁶.

Em Portugal, assim como no cenário europeu já citado, o originalismo é diminuto, especialmente pelas peculiaridades institucionais portuguesas: a Corte Constitucional não se filia ao Poder Judiciário, sendo uma instituição política apartada, composta por treze ministros de mandato fixo competentes para realizar o controle de constitucionalidade da Carta de 1977, que por sua vez prevê em seu próprio texto hipótese de autorrevisão quinquenal. Ou seja: Portugal não possui grandes problemas relacionados à obsolescência constitucional produtora de ativismos, porque pode revisar a constituição de tempos em tempos. A intenção contemporânea do constituinte, portanto, está sempre muito próxima do

³⁴³ “Na aplicação da lei, nenhum outro significado pode ser atribuído a ela senão aquele que fica claro pelo próprio significado das palavras de acordo com sua conexão e pela intenção do legislador” (tradução livre).

³⁴⁴ Chiara Tripodina localizou 58 decisões da Corte Constitucional com elementos originalistas, ainda que não únicos: “Das 58 sentenças em que ocorre o argumento psicológico, em 31 ele é utilizado para interpretar o parâmetro constitucional; 22 para interpretar o objeto; em 5 para interpretar o parâmetro e o objeto” (tradução livre). TRIPODINA, Chiara. *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*. Paper presented at Lavori preparatori ed original intent del legislatore nella giurisprudenza costituzionale, Catania, p. 2.

³⁴⁵ MORALES, *op. cit.*, p. 82.

³⁴⁶ Constando na ementa: “A finalidade primordial do intérprete é dar pleno efeito à vontade do legislador, e a primeira fonte de interpretação da lei são as suas palavras, que devem ser entendidas para serem implementadas no seu verdadeiro sentido naquilo que valem na vida cotidiana, a partir de cujas bases não são supérfluas até que tenham sido implementadas com algum propósito, seja para ampliar, limitar ou corrigir os conceitos”. ARGENTINA, *Corte Suprema de Justicia de La Nación*. *Martínez, Raúl M. c/ Caja de Jubilaciones de la Marina Mercante Nacional*, 1944. Disponível em: <<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/>>. Acesso em: 02 out. 2023.

conhecimento do julgador. Apesar disso, há julgamentos que se aproximam de investigações dos trabalhos constituintes no processo legislativo como fonte interpretativa³⁴⁷.

O originalismo também pode ser encontrado em julgamentos brasileiros, embora sem quaisquer rótulos que remetam à linhagem americana. No capítulo seguinte, serão elencados acórdãos demonstrativos que prestigiaram as duas teses originalistas – tese da fixação e tese da constrição.

4.2 Precedentes aparentemente originalistas no Brasil

Embora sem qualquer nomenclatura, padrão ou movimento intelectual organizado e sistematizado, é possível detectar nuances originalistas em alguns juristas brasileiros do passado, alguns deles refletidos em sentenças e acórdãos relevantes. Tais nuances compõem alguns desvios aos métodos tradicionais.

Fala-se aqui na existência de pareceres e julgados conferindo respeito à nomogênese original e “reconhecendo a relevância de elementos históricos, como as intenções reveladas pelo andamento dos trabalhos preparatórios, ou ainda conferindo prevalência ao entendimento com que a norma foi recebida ao tempo de sua edição”³⁴⁸, em aparente semelhança ao originalismo de primeira onda.

A plataforma originalista-intencionalista pode ser encontrada na história jurídica brasileira, especialmente se se considerar que o binômio fixação-constrição também alicerça a vertente originalista-intencionalista, bem mais popular nos procedimentos nacionais e tradicionalmente celebrado por alguns constitucionalistas do passado.

Em seguida, enunciaremos alguns julgamentos e pareceres teóricos que esboçam aparente recepção da plataforma originalista no Brasil, ainda que sem haver qualquer rotulação nesse sentido. Como se verá, o jurismo brasileiro já fez menções em respeito ao *original intent*, mas ainda carece de aproximação com o *original public meaning*.

³⁴⁷ MORALES, *op. cit.*, p. 71-80. Cita-se como referência originalista portuguesa os recentes julgamentos: acórdãos n. 743/1996 e n. 399/2010.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 110.

3.6.1 Panorama histórico-constitucional

O desafio de se perceber um padrão hermenêutico de interpretação jurídica é o fato de o Brasil ter possuído diversas constituições desde seu processo de independência. Cada uma das cartas magnas dava determinado tom ao sistema judiciário, ora enfraquecido (1824)³⁴⁹, ora empoderado (1988)³⁵⁰. No regime de 1824, a interpretação (autêntica) das leis e a guarda constitucional eram missões do Poder Legislativo, cabendo ao Poder Judiciário a interpretação doutrinal (*applicatio*)³⁵¹. Nesse conceito, somente era legítimo para interpretar a lei quem também foi legítimo para confeccioná-la, sugerindo robusta noção de tripartição dos poderes, sintoma de uma época detectado na exegese de José Antônio Pimenta Bueno, jurista do Império, à Carta de 1824, em considerações típicas de um originalista tradicional:

Interpretar a lei por via de autoridade ou via legislativa, por medida geral, abstracta ou authentica, termos que são equivalentes, é determinar legítima e competentemente qual o verdadeiro sentido ou disposição que a lei encerra, e que deve ser observada sem mais dúvida ou hesitação, é em summa estabelecer o direito. (...) Primeiramente é visível que nenhum outro poder é o depositario real da vontade e intelligencia do legislador. Pela necessidade de aplicar a lei deve o executor ou o juiz, e por estudo póde o jurisconsulto, forma sua opinião a respeito da intelligencia dela; mas querer que essa opinião seja infallível e obrigatoria, que seja regra geral, seria dizer que possuía a faculdade de adivinhar qual a vontade e o pensamento do legislador, que não podia errar, que era possuidor dessa mesma intelligencia e vontade; e isso seria certamente irrisório. Depois disso é também óbvio que o poder a quem fosse dada ou usurpasse uma tal faculdade predominaria desde logo sobre o legislador, inutilisaria ou alteraria como quizesse as attribuições deste ou disposições da lei, e seria o verdadeiro legislador. Basta refletir por um pouco para reconhecer esta verdade, e ver que interpretar a lei por disposição obrigatoria, ou por via de autoridade, é não só fazer a lei, mas é ainda mais que isso, porque é predominar sobre ella.³⁵²

³⁴⁹ Artigo 153 da Carta de 1824: “Art. 153. Os Juizes de Direito serão perpetuos, o que todavia se não entende, que não possam ser mudados de uns para outros Logares pelo tempo, e maneira, que a Lei determinar”.

³⁵⁰ Artigo da Carta de 1988: “Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II – inamovibilidade (...); III – irredutibilidade de subsídio (...)”.

³⁵¹ Conforme artigo 15 da Carta de 1824: “E’ da attribuição da Assembléa Geral: (...) VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as”.

³⁵² BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve & C., 1857, p. 69-70.

O reconhecimento do protagonismo do legislador, como já visto, era sinônimo de deferência à soberania popular legitimada no parlamento, ante o regime absolutista contestado no século anterior, e “guardava absoluta coerência com o constitucionalismo liberal dos séculos XVIII e XIX, tempo em que o legislador era considerado como ‘o povo em assembleia’”³⁵³.

A seguir, a Constituição de 1891 possibilitou amplo acervo de pesquisa sobre os anais da assembleia constituinte que a redigiu, facilitando a missão do hermeneuta de viés mais historicista³⁵⁴. A consulta às fontes primárias da deliberação do texto contava com o entusiasmo de juristas como Ruy Barbosa, Felisbello Freire e Alfredo Varela³⁵⁵.

Mas foi em Carlos Maximiliano que a Carta de 1891 encontrou sua maior referência de cariz intencionalista (*mens legislatoris*). Na obra “Comentários à Constituição Brasileira de 1891”, o jurista deixa claro seu ponto: “A intenção dos constituintes, demonstrada pelas palavras por eles proferidas dentro, ou fora, do Congresso, é chave para interpretar o estatuto básico”³⁵⁶. Maximiliano se antecipava àquilo que os originalistas americanos reforçariam e sistematizariam a partir dos anos 1970: o método de escavação dos documentos históricos para que eles fornecessem subsídios à pesquisa da vontade contextualizada do legislador.

Maximiliano não se limitou ao intencionalismo autoral, tendo por vezes atendido a um textualismo mitigado: nos casos em que não se era possível averiguar com transparência as razões do legislador, ou se estas não estavam satisfatoriamente documentadas, prevaleceria o poder do texto: “(...) mesmo que se apurasse, com segurança, o intuito dos constituintes, este não prevaleceria contra a letra expressa da lei”³⁵⁷.

O jurista brasileiro versava sobre interpretação constitucional, vertente que exige do hermeneuta amplo conhecimento de ciência política e historiografia, porque as cartas magnas são, sobretudo, decisões políticas de uma nação em determinada

³⁵³ MORALES, *op. cit.*, p. 188. Nesse sentido, não é errado considerar que a doutrina de Pimenta Bueno guarda princípios semelhantes àqueles que estruturaram a Escola da Exegese na França, porque filhos de uma mesma geração conceitual.

³⁵⁴ No sentido de a norma possuir significado historicamente fixado.

³⁵⁵ MORALES, *op. cit.*, p. 119-120. Varela manifestava preocupação com os intérpretes que, discordantes do novo regime republicano que se impunha, pudessem conferir sentido não-republicano aos dispositivos constitucionais, motivo pelo qual ele reforçava a necessidade da interpretação ser historicamente intencionalista.

³⁵⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial, 2005, p. 101.

³⁵⁷ MAXIMILIANO, 2011, p. 101.

época³⁵⁸. Daí sua abertura a uma “atualização” na interpretação, ao invés de se optar por uma imediata declaração de inconstitucionalidade, em semelhança ao modelo australiano já visto: “Cumpra ao legislador e ao juiz, ao invés da ânsia de revelar inconstitucionalidades, mostrar solicitude no sentido de enquadrar na letra do texto antigo o instituto moderno”³⁵⁹. E nas referências na mesma página: “Até mesmo aqueles que ainda reduzem a exegese a uma pesquisa de vontade, não mais procuram saber só o que o legislador quis; acham dever cumprir-lhe também saber o que ele quererá, se vivesse na atualidade e se lhe deparasse a hipótese em apreço”³⁶⁰.

Tanto a Constituição de 1934 quanto a de 1946 foram privilegiadas por trabalhos legislativos fortemente documentados e serviram de fonte para pesquisa histórica, embora a duração de ambas não tenha superado as cartas do século anterior, impedindo que seus dispositivos sofressem transcurso temporal que dificultasse a interpretação. Já as Cartas de 1937 e 1967, por terem sido (majoritariamente) outorgadas³⁶¹, não detiveram acervo suficiente o bastante para alimentar o ofício do decodificador.

A Constituição de 1988 garante enorme volume para pesquisa dos trabalhos constituintes, consistindo, a um só tempo, em uma facilidade e uma dificuldade. A facilidade se forja na existência de farto material disponível; a dificuldade é que esse mesmo material é extremamente volumoso, dificultando conclusões terminativas do escavador³⁶². Além disso, o extenso texto constitucional promulgado em 1988 já conta também com 1312 emendas³⁶³.

Por outro lado, a Carta de 1988 foi votada às pressas, não havendo exata coincidência entre aquilo que foi debatido nos gabinetes de deliberação e os

³⁵⁸ Isto porque “as normas constitucionais formam o documento político-jurídico fundador de uma nova sociedade política e estabelecem a estrutura, os princípios e os direitos fundamentais regentes da vida coletiva futura daquela comunidade”. LIMA, *op. cit.*, p. 9.

³⁵⁹ MAXIMILIANO, 2011, p. 253.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 253. Como esse trecho demonstra, o autor não se reduzia a um intencionalista, posição que ele enxergava minimizar a amplitude da exegese. O originalismo que se criou nos EUA tampouco o faz atualmente, como já visto. A proposta de especular o querer do legislador, se ainda fosse vivo, para suprir lacunas, é similar àquela divulgada por alguns originalistas quando se deparam em ocasiões de discricionariedade controlada.

³⁶¹ Há divergência sobre a efetiva vigência da Constituição de 1937 e sobre a outorga da de 1967. Alegam os divergentes que a segunda foi, sim, promulgada, embora sem processo constituinte originário (por meio de assembleia exclusiva), restando ao parlamento apenas deliberar sobre o texto enviado pela presidência da república. Adiante, a de 1969, considerada por muitos uma outra constituição, foi inteiramente projetada pelo governo federal, inexistindo dúvida sobre sua unilateral outorga – omitindo, por consequência, as razões que se reduziram ao texto positivado.

³⁶² MORALES, *op. cit.*, p. 149.

³⁶³ Até a presente data: 28 de abril de 2024.

discursos proferidos na tribuna parlamentar. Pior ainda a notícia de que houve inclusão ardilosa de dispositivos não votados na redação final, fato ainda não devidamente esclarecido, porém especulável diante da prolixidade do texto, que facilitava o desconhecimento de sua íntegra pelos constituintes³⁶⁴.

Ainda assim, há algumas remissões despretensiosamente originalistas na interpretação constitucional da Carta de 1988, todas elaboradas pelo Supremo Tribunal Federal³⁶⁵. Três delas merecem menção: uma sobre o conceito constitucional de racismo, outra sobre a Lei de Anistia e outra ainda sobre a Lei de Imprensa.

3.6.2 O caso do “racismo” constitucionalmente previsto

No primeiro caso, havido no bojo do julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.424/RS, o tribunal apreciou condenação por crime de racismo praticada por autor que publicava livros antissemitas. Dentre vários outros assuntos discutidos³⁶⁶ havia o conceito de racismo, que hipoteticamente não englobaria o povo judeu, porque alheio à caracterização de “raça” no sentido dado pelo artigo 5º da Constituição de 1988. Discutiu-se então se o racismo se resumia à discriminação da característica biológica ou se também transbordava para noções históricas, antropológicas, culturais, políticas e outras.

Na oportunidade do julgamento, Moreira Alves aventou que a noção científica de raça, que hoje se reduz à “raça humana”, em virtude dos conhecimentos genéticos publicamente obtidos a partir do ano 2000, não poderia ter sido aquela empregada pelo constituinte em 1988, carente dessa informação:

Uma vez que a Carta Magna não conceituava o racismo, pareceu-me que se deveria restringi-lo à ideia de raça como comumente entendida – ou seja, a branca, a negra, a amarela e a vermelha –, até para não se tornar inteiramente aberto o tipo penal discriminatório a ele relativo e qualificável, com base no texto constitucional, como imprescritível. Conceito esse que

³⁶⁴ MORALES, *op. cit.*, p. 150. Consta que Nelson Jobim, então vice-presidente da Câmara dos Deputados, José Afonso da Silva e Jarbas Passarinho já se referiram a dispositivos incluídos no texto final pela comissão redatora que não foram votados na deliberação final, podendo então existir disposições textuais sequer debatidas e tampouco rastreadas.

³⁶⁵ Morales cita alguns julgamentos relevantes: Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4-7/DF (sobre tabelamento dos juro), Ação Direta de Constitucionalidade n. 981-9/PR (sobre revisão constitucional e plebiscito) e Mandado de Injunção n. 107 (sobre o respectivo remédio). *Ibidem*, p. 151-176.

³⁶⁶ Liberdade de expressão e seus limites; imprescritibilidade penal; reavaliação probatória em ação de *habeas corpus*, etc.

leva em consideração as diferentes características físicas que podem ser transmitidas hereditariamente que não apenas a cor. E conceito que afasta a objeção de que, sendo a raça fundada apenas na cor, a Constituição, ao distinguir a raça da cor, teria adotado outro entendimento do que fosse raça. Com efeito, raça e cor se distinguem, porquanto esta se aplica, em virtude da miscigenação racial, aos pardos, mulatos, cafuzos, mamelucos, que não são raças qualquer o sentido que se dê a raça.³⁶⁷

Apesar de sua compreensão sobre o tema, o ministro informou que a interpretação do dispositivo constitucional deveria se remeter à intenção do constituinte, que, na ocasião, *quis ver* o racismo como estrito ato discriminatório à população negra/preta, de acordo com os debates constituintes:

O elemento histórico – que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstância novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele – converge para dar a “racismo” o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra. (...) Ninguém estava discutindo se “raça” dizia respeito a grupos culturalmente diferentes, ou se era tomada em seu conceito tradicional, mas, estando em causa o negro em geral, o racismo dizia respeito à tradicionalmente dita raça negra. (...) Como se vê, a emenda de que resultou o texto constitucional visou à discriminação da raça negra – raça no sentido comum da palavra (...).³⁶⁸

Moreira Alves conclui que o judaísmo não está inscrito no conceito de raça adotado pela Carta de 1988, por ausência de intenção constituinte, até porque há severa divergência, inclusive nos meios israelitas, sobre a categorização do povo judeu como raça, etnia ou cultura religiosa³⁶⁹. O ministro concedeu o *habeas corpus* para considerar prescrito o crime em tela. No entanto, o tribunal, por maioria de votos (8 a 3), negou a ordem.

No mesmo caso, outros dois ministros manifestaram acolhimento ao elemento histórico e concederam a ordem, embora por motivos diversos³⁷⁰: Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio Mello, este chegando a afirmar ter se debruçado sobre os anais dos

³⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 82.424. Relator: Moreira Alves - Pleno. Diário de Justiça, Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>>. Acesso em: 25 set. 2023.

³⁶⁸ *Ibidem*.

³⁶⁹ O ministro cita em seu voto uma fala do rabino Samuel M. Stahl: “A verdade é que os judeus não constituem uma raça. Autenticamente, a maioria dos judeus é caucasiana. Todavia, nós judeus somos representados em toda a grande comunidade racial”. De se dizer, ainda, que o judaísmo admite a filiação de pessoas nascida fora de sua cultura religiosa, ou seja, não traduz necessária hereditariedade para ostentação da qualidade judia. BRASIL, 2004.

³⁷⁰ Carlos Ayres Brito concordou com a limitação conceitual de racismo, mas concedeu a ordem de ofício para absolver o paciente por atipicidade da conduta denunciada. Marco Aurélio Mello acompanhou o voto de Moreira Alves.

trabalhos constituintes: “Não encontrei, na análise dos Anais da Constituinte, qualquer menção, única que fosse, ao povo judeu quando fora discutido o racismo. (...) e, paralelamente, há folhas e mais folhas de manifestações acerca da vedação do racismo contra o negro (...)”³⁷¹.

Por fundamentação diversa, o tribunal entendeu que a norma constitucional – “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível” – não se resumia à identidade bioétnica negra. O caso traz à tona a hipótese de atualização de significação assumida pelos originalistas, inclusive e especialmente os textualistas: se é verdade que o conceito de racismo quando da promulgação da constituição era o de tutelar exclusivamente a raça negra (cor, bioetnia), e considerando a fixação de significado datado, seria possível que a conotação da palavra “racismo” tenha se alterado de 1988 para os dias de hoje? Seria possível haver atualização ampliativa da significação, por transformação da própria linguagem?

Para os originalistas, isso somente é possível se o âmago – núcleo essencial – da norma não for adulterado. Ou seja: o *racismo* fixado em 1988 e positivado como tutela inibitória da discriminação da população negra não pode deixar de resguardar os mesmos beneficiários, trocando-os por outros; ou ainda, não pode deixar de significar a tutela da “raça bioétnica” para tutelar exclusivamente outro aspecto. Não poderia deixar de significar “discriminação contra o negro” para significar somente “discriminação contra o indígena”, por exemplo.

Conforme o vernáculo, “racismo” tem significado plural:

(...) 1 Tratamento desigual e injusto ou violência contra pessoas que pertencem a grupo, etnia, cultura etc. diferentes 2 Postura de desprezo e/ou discriminação em relação a um desses grupos 3 *Antq.* Teoria fisiológica e política que, baseada no conceito de raça, admitia a superioridade e o domínio de uma raça pura sobre s demais [F.: *raça* + *-ismo*].³⁷²

³⁷¹ BRASIL, 2004.

³⁷² RACISMO. *In*: AULETE, *op. cit.*, p. 1148. E ainda: “A moderna contestação do conceito de raça, como aplicado, antigamente, ao conjunto de características étnicas, mudou também o significado do termo racismo. Teoricamente, não existiria tal preconceito, uma vez que estaria relacionado com entidade não existente; ou seja, se não existe uma ‘raça negra’, como poderia ser ‘racista’ aquele que tem preconceito contra os negros, ou afrodescendentes? O termo racismo adquiriu, então, conotação genérica, referindo-se a preconceito contra minorias, ou ‘diferentes’ (quanto a etnia, religião, origem, hábitos sexuais etc.)”. A obra complementa que a significação de “racismo”, hoje, pode até mesmo incluir noções que ultrapassam características tipicamente fisiológicas, fazendo incluir grupos religiosos e sexuais. A nosso ver, tal noção corrói o âmago da norma e faz o texto se tornar tão ampliativo a ponto de abarcar quase todas as hipóteses de classificação humana. Tal generalidade não é suportada nem pela semântica do texto expresso, nem pela ideia de taxatividade jurídico-penal. No caso, para se incluir tais grupos na norma em comento, deve o constituinte legislar e ampliar o rol de verbetes tidos como inafiançáveis e imprescritíveis. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, o STF consagrou que a expressão “racismo” prevista

Note-se que, nesse caso específico, a palavra “racismo” modernamente *suporta* a ampliação de significação, porque não desconstituiu seu núcleo essencial – seu *core* protegido pelos originalistas: o elemento cor/etnia negra/afro continua contemplado, mas a anterior conotação de escopo exclusivista sofreu modificações substantivas que permitem a abrangência de outras categorias sociais ligadas à ideia de raça fisiológica, étnica e cultural: brancos, indígenas, amarelos, judeus etc.

Por outro lado, ampliar a significação de verbetes de um enunciado de teor penal (situado na constituição, mas de natureza penal), à revelia da fixação semântica original, pode representar uma indesejada mutação que se entrecruza com o princípio da legalidade, na medida em que o mesmo enunciado, sem alterações legislativas, possuía um sentido em 1988 e, agora, possui outro, mais ampliado e em detrimento da condição penal/processual do jurisdicionado.

No referido julgamento de ação de *habeas corpus*, preponderou a tese de que o “racismo” modernamente possui significação extravagante em relação àquele que foi constitucionalmente positivado na origem. No caso, o crime praticado contra a comunidade judaica foi considerado imprescritível e a pena, mantida.

3.6.3 O julgamento da Lei da Anistia pelo STF

O julgamento da constitucionalidade da Lei da Anistia “constitui o mais eloquente e significativo caso de adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, de um enfoque interpretativo originalista”³⁷³.

O *bus liti* julgado cingiu-se à extensão da anistia prevista nos primeiros dispositivos do diploma³⁷⁴. O pedido da ação ajuizada pela Ordem dos Advogados

constitucionalmente também pode significar “homofobia” e “transfobia”, isto é, atos discriminatórios contra pessoas de orientação homossexual ou transgênero, independentemente da etnia ou cor. O julgado atraiu críticas no sentido de que o tribunal estava, por consequência lógica, tipificando condutas penais via orientação jurisprudencial, em grave ofensa ao direito fundamental à legalidade penal e em violação à proibição da analogia *in malam partem*, traduzidos em “manobra interpretativa”. GIACOIA, Gilberto; SENTONE, Andressa Tanferri. O ponto cego legislativo e a criminalização da homofobia. *Revista Videre*, [S. l.], v. 12, n. 24, p. 26–51, 2020.

³⁷³ MORALES, *op. cit.*, p. 220.

³⁷⁴ Lei Federal n. 6.683/1979: “Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. § 1º - Consideram-se conexos, para

do Brasil visava justamente restringir sua amplitude, porque considerada não recepcionada pela Carta de 1988 em virtude de sua condescendência com práticas não anistiáveis (tortura, repressão). A norma impugnada anistiava todos aqueles que haviam cometido “crimes políticos ou conexo com estes” no período 1961-1979, considerando-se conexos “os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”, mas excetuando-se “os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal”, em geral, os opositores mais radicais ao governo federal.

Mais adiante, a matéria da Lei da Anistia foi constitucionalizada na Emenda Constitucional n. 26/1985, que aumentou ainda mais a amplitude do perdão e retirou exceções que antes desabonavam os opositores do regime vigente. Perdoou-se “torturadores e guerrilheiros” em grau de equivalência. Em resumo, o constituinte derivado das Cartas de 1967-1969, majoritariamente eleito no pleito de 1982, ratificou e expandiu a concessão do legislador infraconstitucional de 1979.

No curso do julgamento, alguns ministros manifestaram voto com teor predominantemente originalista-intencionalista. Quanto à hipótese do conceito de “crimes conexos” ter sido positivada de maneira atécnica (tese sustentada na ação), e, portanto, de incabível aplicabilidade no regime da Carta de 1988, assim verbalizou o ministro Eros Grau: “Essa expressão, *crimes conexos a crimes políticos*, conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. Sempre há de ter sido assim”³⁷⁵.

O ministro Gilmar Mendes também votou para julgar improcedente o pedido, mantendo-se hígida a anistia, e rememorou em seu voto uma fala do então senador Paulo Brossard, que em tom irônico deu a perspectiva daquilo que estava sendo consciente e dolosamente votado: “Estejam tranquilos os torturadores. O caráter

efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. § 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal”.

³⁷⁵ A referência à “conotação” do texto possui especial importância se rememorarmos o que já foi dissertado a respeito do originalismo australiano no capítulo anterior. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153. Relator: Eros Grau – Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 29 abr. 2010. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2644116>>. Acesso em: 25 set. 2023. Ou seja, “esse sentido havia de ser buscado no passado, na *intenção* do legislador (*original intent*) e na *compreensão* dessa norma pelos contemporâneos (*original understanding*)”. MORALES, *op. cit.*, p. 236-237.

bilateral da anistia os beneficiou: estão eles a salvo da lei penal pelos crimes que tenham cometido”³⁷⁶.

O ministro Cezar Peluso também acompanhou a maioria e chamou atenção a conceitos inerentes que não podiam ser apartados da causa: a ideia de anistia pressupõe bilateralidade suficiente a ensejar a pacificação pretendida. Não se poderia, por um lado, perdoar alguns criminosos em hipótese e, por outro, considerar imperdoáveis criminosos aqueles que cometeram os mesmos delitos em concurso de outros, por conexão material: “(...) a pretensão não poderia ser acolhida (...) porque a interpretação em tema de anistia é sempre ampla, expansiva, nunca restrita; é sentido de generosidade”³⁷⁷.

O entendimento do STF, prevalecente por maioria de votos, declarou que o trecho contestado da lei havia sido recepcionado pela ordem vigente e traduzia efetivo intento do legislador oitentista, ancorado na vontade social de pacificação política e prosseguimento da história nacional sem remorsos impeditivos.

3.6.4 Outras manifestações aparentemente originalistas no STF

Em outro caso eminentemente processual, o ministro Celso de Mello decidiu sobre recurso de agravo regimental contra decisão que negou provimento a recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão que por sua vez negou seguimento a recurso extraordinário entendendo o tribunal que recursos excepcionais que versem sobre princípios do devido processo legal e amplitude de defesa ofendem apenas reflexamente o direito constitucional vigente, inexistindo, portanto, repercussão geral. Para fazê-lo, o ministro pontuou:

Ninguém ignora que a lei nada mais é do que a sua própria interpretação, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...). Em suma: a lei vale por aquilo que nela se contém e que decorre, objetivamente, do discurso normativo nela consubstanciado, e não pelo que,

³⁷⁶ BRASIL, 2010. A anistia tão ampla, geral e irrestrita detém coerência com uma “constituição sem vencedores”, definição de José Rodrigo Rodriguez sobre o texto da Carta de 1988: “Um texto Constitucional que acolheu todos os conflitos sociais brasileiros sem decidir nenhum deles com a finalidade de oferecer à sociedade instrumentos para mediar suas disputas mediadas por meio do direito, mas sem conceder a vitória final a nenhum grupo social”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. Originalismo democrático como modelo interpretativo da Constituição brasileira. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 11, n. 3, 2019, p. 468.

³⁷⁷ BRASIL, 2010. O ministro Cezar Peluso ainda menciona em seu voto que, mesmo se julgada procedente a ação, todos os fatos supostamente criminosos e merecedores de condenação por sentença penal estariam prescritos. Assim, o objeto da ação estaria perdido de pronto.

no texto legal, pretendeu incluir o legislador, pois, em havendo o divórcio entre o que estabelece o diploma legislativo (“*mens legis*”) e o que neste buscava instituir o seu autor (“*mens legislatoris*”), deve prevalecer a vontade objetiva da lei, perdendo em relevo, sob tal perspectiva, a indagação histórica em torno da intenção pessoal do legislador.³⁷⁸

A abordagem escolhida pelo ministro, ainda que circunstancial, mais se assemelha ao originalismo de cariz textualista: o elemento histórico é importante, mas não pode ser unicamente confiável se a escavação da psicologia do legislador não é satisfatória para esclarecer todas as suas nuances. Nesse caso, prepondera a força objetiva do texto, pois o texto *cicatriz*a a obra do legislador, importando mais o quadro por ele pintado do que a imagem mental que ele pretendeu transferir à tela.

Em julgado já citado (Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 1.344), Moreira Alves fez rara menção sobre a capacidade de sentido do texto, de maneira a limitar a interpretação conforme à Constituição às possibilidades embutidas no enunciado legal:

(...) esse preceito visa a alcançar indistintamente todas as vantagens e gratificações de qualquer natureza que excedam a teto nele referido, não é possível dar-se-lhe outra interpretação, para reduzir o seu alcance, e, assim, torná-lo conforme à Constituição Federal, porque a técnica da interpretação conforme só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco, como sucede no caso presente.³⁷⁹

Em outro julgado emblemático, o ministro Luís Roberto Barroso lecionou sobre as formas de exegese admitidas. No Mandado de Segurança n. 32.326/DF, um deputado federal pediu ao STF fosse reconhecido que a perda do mandato parlamentar após condenação criminal definitiva não estivesse sujeita a decisão do Plenário da Casa, mas a mera declaração da Mesa Executiva da Câmara dos Deputados. Em decisão liminar concessiva, o ministro entendeu não se tratar de *hard case*, mas de questão facilmente resolúvel por todos os tipos de interpretação exegética possível: gramatical, histórica, sistemática e teleológica. Mas sobre as duas primeiras, Barroso fez colocações que merecem destaque:

³⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 401.337. Relator: Celso de Mello – Segunda Turma. Diário de Justiça, Brasília, 02 dez. 2005. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2033764>>. Acesso em: 25 set. 2023.

³⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.344. Relator: Moreira Alves - Pleno. Diário de Justiça, Brasília, 19 abr. 1996. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346988>>. Acesso em: 08 jan. 2023.

A interpretação *semântica*, também referida como gramatical, literal ou filológica, é o ponto de partida do intérprete, sempre que exista uma norma expressa acerca da matéria que lhe caiba resolver. Embora, naturalmente, o espírito e os fins da norma sejam mais importantes que a sua literalidade, é fora de dúvida que o sentido mínimo e máximo das palavras figuram como limites à atuação criativa do intérprete. Do contrário, a linguagem perderia a capacidade de comunicar ideias e se transformaria em mero brinquedo a serviço de qualquer objetivo.

(...)

Confirma-se, então, que, ainda que a inspiração originária do autor da ideia pudesse ser limitativa, o debate constituinte a tornou ampla. E, mais que isso, o texto aprovado é inequivocamente abrangente. Em suma: não é possível afirmar que a intenção subjetiva de um constituinte corresponda ao sentido histórico da norma, mormente quando ela não tenha sido dominante nos debates. Ainda que assim não fosse, é pacífico em doutrina que a interpretação histórica, por si só, desempenha um papel secundário, coadjuvante. Isso porque, uma vez posta em vigor, uma norma se liberta da vontade subjetiva que a criou e passa a ter uma existência autônoma, um sentido próprio, determinado pela objetividade de seu texto. Que, no caso em exame, repita-se, é inequívoco e taxativo.³⁸⁰

Veja-se que Barroso referenda duas hipóteses pertinentes ao enfoque do originalismo de segunda onda, ou textualismo: *a)* o sentido das palavras são limites à atuação do intérprete; *b)* a norma se liberta da vontade do legislador e é determinada pela objetividade de seu texto³⁸¹.

Barroso considera haver parcela de vontade e criação na interpretação, mas recomenda parcimônia ao hermenêuta para que não se presuma muito de si mesmo, usurpando a atribuição parlamentar. E ainda conclui seu voto reforçando a competência funcional de cada poder constituído: “(...) se o texto inequívoco da norma não funcionar como limite ao intérprete, o Direito se diluirá na política, e os tribunais perderão o seu papel de árbitros imparciais”³⁸².

No capítulo anterior foi possível tornar evidente a simpatia de Barroso ao neoconstitucionalismo, restando demonstrado que o magistrado brasileiro é um fiador daquela tese jurídica, sendo ele inclusive um de seus mais notáveis elaboradores em território brasileiro, tornando ainda mais curioso que faça

³⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 32.326/DF. Relator: Luís Roberto Barroso. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 03 set. 2013. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4456613>>. Acesso em: 25 set. 2023. Ao fim, o ministro concedeu a medida liminar por entender que o caso concreto de fundo, uma condenação à reclusão de alta monta, incidia na exceção à regra, que por sua vez impunha automática perda de mandato a parlamentar que não conseguirá concluir o mandato antes de progredir do regime prisional fechado para o semiaberto, impossibilitando-se fisicamente de exercer qualquer resquício de diploma eletivo.

³⁸¹ Há algum grau de parentesco nessa conclusão com aquela conclusão de Paul Ricoeur vista no capítulo primeiro: o texto supera o autor e se desprende dele.

³⁸² BRASIL, 2013.

digressões que agradariam originalistas-textualistas, especialmente porque o *originalist movement* brota justamente como reação ao ativismo judiciário fundado nas ideias neoconstitucionalistas.

3.7 A hermenêutica jurídica originalista até aqui: “são as previsões legais e não as preocupações do legislador que nos governam”

Por se voltar contra o ativismo judicial da Suprema Corte dos EUA entre os anos 1950 e 1970, o movimento originalista instaura sua convicção na noção de governo das leis por meio do processo democrático, preceito que necessariamente deve constranger a discricionariedade do intérprete-aplicador na hermenêutica sobre a norma positivada.

Essa noção de tutela ao governo legal, oriunda dos *Framers* americanos, permeia todas as teses originalistas: extrapolar o texto positivado da norma é extrapolar o governo legal; extrapolar o governo legal é espezinhar a soberania popular; espezinhar a soberania popular é indício de autocracia. Governa-se por meio de leis, e as leis são legítimas porque elaboradas por representantes regularmente eleitos em sufrágio livre (validade por meio de procedimento). Fora isso, não há que se falar em Estado Democrático de Direito.

Tanto o originalismo intencionalista quanto o originalismo textualista concordam com o binômio que estabiliza sua abordagem hermenêutica a que o interpretativismo é *gênero*: o resultado do significado é fixo, ou seja, é remetente à época da edição da norma (tese da fixação); o significado original fixado do texto vincula o intérprete-juiz no plano da eficácia (tese da constrição). É sobretudo a reconciliação entre texto e norma.

A divergência entre intencionalistas e textualistas é sobre a *fonte* da significação do texto: para os primeiros, ela deve ser a psicologia do legislador. Deve-se escavar a intenção do autor para saber o que ele quis dizer com aquelas palavras no contexto em que as explicitou. Para os segundos, vale o significado original do texto à época de sua expressão, porque o texto limita a vontade do legislador que, bem ou mal, reproduziu-a de forma manuscrita. O texto vem à tona,

mas se desprende do seu autor, passando a consistir naquilo que sua carga semântica admite transmitir ao leitor, que dela se apropria sem deformá-la³⁸³.

Em se tratando de interpretação constitucional, falar em *original intent* do legislador constituinte é um enfoque legítimo. As assembleias constituintes deixam rastros consistentes dos debates que permearam seus trabalhos, facilitando a pesquisa do intérprete. Além disso, dar vazão aos discursos dos tribunos sobre um texto fundador do Estado de Direito pode ser politicamente conveniente e esclarecedor.

Diferentemente, no caso das normas infraconstitucionais, por vezes elaboradas sumariamente pelos parlamentos, interpretá-las pelo *original public meaning* parece medida mais acertada. O texto fixado, dentro das suas possibilidades semânticas e topográficas, fornece significação suficiente ou determinável. Se não o fizer, o ímpeto discricionário do intérprete-aplicador deve ser o de perseguir os elementos finalísticos concretos da norma, sem desbordar das máximas permitidas pela semântica empregada. A discricionariedade, nesse caso, é “controlada” pela amplitude semântica do texto³⁸⁴. Se se fala em “violência ou grave ameaça à pessoa”, o substantivo “pessoa”, embora possa significar tanto um nacional quanto um estrangeiro, não pode significar um animal.

O originalismo sabe que a linguagem é mutável e que a literalidade pode induzir ao erro. Por vezes o significado original é até mesmo oposto ao significado literal empregado na norma. Embora minoritária, tal ocasião é possível. A interpretação literal se reduz à definição imediata, enquanto que a interpretação originalista extrai a literalidade da época da edição do texto para averiguar se aquela denotação pode ser ampliada a outras conotações atualizadas.

É por isso que o originalismo não é apenas um “neolegalismo” que refaz a trajetória dos antigos exegetas: quer-se sobretudo dar razão à soberania popular expressada no texto legal, semântica e contextualmente considerado, descabendo a

³⁸³ Há pontos de contato entre a hermenêutica ricoeuriana e o originalismo scaliano. O autor do texto não é seu proprietário prolongado, e nem é possível pesar sobre ele interpretação psicológica profunda para diagnosticar seus preconceitos e suas preferências. O que se sabe dele é o que ele estabilizou fisicamente em manuscrito (registro textual). E o que este manuscrito vai significar dependerá justamente da apropriação de significações empreendida pelo leitor íntegro e autocontido, limitado à capacidade semântica máxima do texto: “Vou-me embora para Pasárgada” tem escopo semântico limitado: o sujeito não está em êxodo de Pasárgada, mas a caminho dela porque a preposição “para” assim o conduz.

³⁸⁴ A discricionariedade nas questões duvidosas é assunto admitido por Kelsen e Hart, dois positivistas reformados, como já visto no capítulo anterior. O originalismo, a seu modo, segue a mesma linha, mas impõe ainda mais restrições à opção do juiz que os dois autores mencionados.

outras autoridades não eleitas consertar suas indeterminações ou suas obscuridades. O texto não pode ser separado da norma – noção que se opõe ao jusrealismo atualmente presente na doutrina jurídica.

Por outro lado, conclui-se que o enfoque neo-originalista preenche e valida as duas plataformas buscadas nesta pesquisa: conservar a segurança jurídica, dando efetividade ao princípio da legalidade (círculo de previsibilidade), elencado como direito fundamental pela ordem constitucional brasileira, e balizar a atuação do intérprete-aplicador na superação de lacunas ou quase-lacunas textuais (brecha de discricionariedade), rastreando e eventualmente falseando seu percurso hermenêutico.

Afinal, “são as previsões legais e não as preocupações do legislador que nos governam”. Tampouco as do julgador.

4 A HERMENÊUTICA JURÍDICA NA ABORDAGEM ORIGINALISTA DA NORMA PENAL BRASILEIRA

Encerrado o vasculhamento das teorias que permeiam a interpretação jurídica, da generalidade da filosofia da hermenêutica até o específico enfoque originalista sobre os textos legais, já é possível analisar o modelo originalista a partir dos dispositivos normativos brasileiros, para aferir conclusivamente duas hipóteses subsequentes: *i)* se o originalismo é transplantável para a realidade jurídica brasileira; *ii)* se o originalismo produz respostas adequadas à interpretação da norma penal brasileira, decodificando com sucesso o significado enunciado original.

Para tanto, serão traçadas premissas que constringem o intérprete penalista no Brasil, sejam elas legalmente explícitas ou implícitas, valendo-se principalmente do chamado princípio da legalidade como verdade fundante da exegese criminal, sem a qual não há que se falar em norma penal.

Após, serão feitos esclarecimentos a respeito de julgados americanos de teor exemplarmente originalista, a pretexto de se extrair deles a lógica originalista concretamente aplicada, no intuito de, no subcapítulo seguinte, transplantá-la para a ordem jurídico-penal brasileira.

Por fim, munido da *ratio* originalista americana e das balizas da ordem penal brasileira, verificaremos a interpretação originalista nas questões penais atualmente divergentes entre dogmática e jurisdição, para obter respostas ao problema firmado no estudo.

4.1 Preliminares para a interpretação da norma penal brasileira

O direito penal é matéria *sui generis* dentro da ciência jurídica, porque sobre ele recaem princípios de ordem lógica e constitucional que limitam a atividade interpretativa sobre a norma. Diz-se que há constrangimentos lógicos a partir da própria conceituação do direito penal, como “parte do ordenamento jurídico que fixa as características da ação criminosa, vinculando-lhe penas ou medidas de segurança” (Welzel), e como “conjunto de normas jurídicas que regulam o exercício

do poder punitivo do Estado, associando ao delito, como pressuposto, a pena como consequência” (Mezger)³⁸⁵.

Já os constrangimentos de ordem constitucional são variados e incisivos, destacando-se a reserva de legalidade e a irretroatividade da nova norma penal maléfica, que exigem do hermenêuta permanente alerta sobre a leitura do texto positivo³⁸⁶.

Para iniciar uma testagem interpretativa originalista, antes é necessário conhecer algumas balizas hermenêuticas próprias do penalismo, à medida em que a interpretação penal não é livre, ou seja, ela sofre aportes inerentes e exógenos da natureza do direito penal, sem os quais a interpretação carece de completude.

4.1.1 O fator balizador do princípio da legalidade

É o princípio da legalidade o aporte mais robusto que incide sobre a interpretação da norma penal, restringindo a obra do exegeta. Além disso, é através da reserva de legalidade que o modelo originalista mais pode surtir efeito, sobretudo porque a proposta de interpretação histórico-semântica está fortemente calcada no modelo de taxatividade pressuposto no preceito da legalidade penal.

O direito brasileiro não define claramente o conceito de delito adotado pela legislação, mas define duplamente (no Código Penal e na Constituição de 1988) a condição de existência de um dado tipo penal: “não há crime sem prévia lei que o defina”. Nesse ponto, a interpretação penal é limitada porque vinculada ao direito penal também limitado por nascença: “Fica, pois, esclarecido o caráter limitado do direito penal, sob duplo aspecto: primeiro, o da subsidiariedade de sua proteção a bens jurídicos; segundo, o dever estar condicionada sua intervenção à importância ou gravidade da lesão, real ou potencial”³⁸⁷.

³⁸⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 1.

³⁸⁶ “O constitucionalismo vai representar o alicerce fundante do Direito Penal, pois os princípios penais fundamentais estão postos na categoria de direitos fundamentais apriorísticos, positivados nas constituições como irrenunciáveis e inalienáveis, refratários a qualquer mudança por parte do poder punitivo”. MELLO, Sebastián Borges Albuquerque de; SANTOS, Natália Petersen Nascimento. A legalidade penal como concretização da dignidade da pessoa humana, *Revista Jurídica da Presidência*, v. 20, n. 122, 2018, p. 683.

³⁸⁷ TOLEDO, *op. cit.*, p. 14. O autor pontua sobre a conexão entre o direito penal e a moral social, porquanto as ideias de subsidiariedade e lesividade devem se fazer presentes como critério para a elaboração normativa. Sem ambas, não se falaria em direito penal, em tese. Muito embora seja possível a tipificação de condutas não lesivas, descabe inicialmente à hermenêutica penal corrigir problemas inerentes ao processo legislativo e ao controle de constitucionalidade.

O princípio da legalidade (ou reserva legal) fixa o escopo do direito penal e condiciona sua validade jurídica³⁸⁸. A reserva legal é, portanto, uma premissa que constrange tanto o legislador quanto o hermenêuta, à medida que:

O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da “previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado”, que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do “sentimento de segurança jurídica” que postula Zaffaroni. Além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta na lei.³⁸⁹

Coloca-se ainda que o princípio da legalidade exclui as penas ilegais e determina as penas legais, num caráter eminentemente *constitutivo*³⁹⁰. Daí ele poderia ser decomposto em quatro funções: proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*), proibir a criminalização de conduta não escrita (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*), proibir analogias deletérias na aplicação da lei (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*) e proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*)³⁹¹.

A lei penal inserta no princípio da legalidade deve ser, em suma, anterior, escrita e estrita. Se assim não o for, não possui validade constitucional, nem lógica. *Lógica* porque, conforme Luigi Ferrajoli, o princípio da legalidade que rege o sistema penal possui natureza que transcende a ordem jurídica e condiciona o legislador a produzir obra certa, clara e concisa:

Este princípio, que configuramos mais acima como a primeira e fundamental garantia de um sistema penal cognitivo, pode ser caracterizado agora como uma regra semântica metalegal de formação da linguagem legal, que prescreve ao legislador penal: a) que os termos usados na lei para designar as figuras de delito sejam dotados de extensão determinada, por onde seja

³⁸⁸ Em Radbruch a legalidade é o cumprimento literal da lei: “À disposição do Código Penal: ‘Pena somente se expressamente prevista em lei’ opõe-se, assim, a disposição do Código de Processo Penal: ‘Pena também *sempre*, onde o fato previsto se realizar’. Podemos resumir sob o nome de princípio da legalidade ambas as disposições que prescrevem à jurisdição penal o caminho bem definido do cumprimento da lei ao pé da letra”. RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 121.

³⁸⁹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 65.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 66.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 66-81. Poder-se-ia compreender que a vedação à analogia está embutida na proibição da vagueza (*lex certa*). Parte da doutrina assim compreende, motivo pelo qual também acompanhamos essa noção.

possível seu uso como predicados "verdadeiros dos" fatos empíricos por eles denotados; b) que com tal fim seja conotada sua intensão com palavras que não sejam vagas nem valorativas, mas o mais claras e precisas possível; c) que enfim sejam excluídas da linguagem legal as antinomias semânticas ou, pelo menos, que sejam predispostas normas para sua solução.³⁹²

Do ponto de vista hermenêutico, o aspecto da *certeza descritiva do enunciado* mediante *extensão determinada* é o que mais atrai atenção para o exegeta: proíbe-se que a legislação criminal seja confusa ou obscura, pois “formular tipos penais ‘genéricos ou vazios’, valendo-se de ‘cláusulas gerais’ ou ‘conceitos indeterminados’ ou ‘ambíguos’ equivale teoricamente nada formular”³⁹³.

Luigi Ferrajoli vai além: os signos *indeterminados* são problemáticos, mas potencialmente *determináveis*. Ocorre que o legislador ainda faz uso de signos completamente *indetermináveis*, como aqueles repletos de conteúdo axiológico variado e subjetivo:

Existem ainda, contudo, termos não apenas vagos, mas também valorativos - como "bom", "mau", "feio", "obsceno", "pudico", "abjeto", "fútil", "perigoso" e similares - cuja extensão é, além de indeterminada, igualmente indeterminável, dado que não conotam propriedades ou características objetivas, senão que exprimem, melhor, as atitudes e as avaliações subjetivas de quem as pronuncia. As proposições nas quais aparecem não são, por isso, verificáveis nem refutáveis, ao não terem qualquer valor de verdade (ou denotação) e ao serem por tudo mais argumentáveis com referência a outros valores.³⁹⁴

O princípio da legalidade, como preceituado na Constituição do Brasil, ao exigir que seja tornada clara e manifesta a conduta proibida, realiza funções norteadoras ao legislador, à medida que “(...) é correto extrair-se do texto constitucional brasileiro (‘lei anterior que o defina’) um direito subjetivo público de conhecer previamente o crime, correlacionando-o a um dever do Congresso Nacional de legislar em matéria criminal sem contornos semânticos difusos”³⁹⁵.

Por outro lado, a presença de *contornos semânticos difusos*, no dizer de Zaffaroni (citado por Batista), pode se ser exemplificada em três tipos de

³⁹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 99.

³⁹³ BATISTA, *op. cit.*, p. 74-75. O autor rememora que o prévio conhecimento, pelo cidadão, dos exatos compartimentos da norma proibitiva tem origem liberalista, no sentido de que a pena tem caráter preventivo geral e intimidatório, e, portanto, ao tomar ciência da ameaça, o cidadão pode se dissuadir da conduta: “Em sua origem histórica, a clareza do texto legal estava associada ao princípio liberal da autodeterminação da conduta a partir do conhecimento da lei (intimidação).

³⁹⁴ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 98.

³⁹⁵ BATISTA, *op. cit.*, p. 74-75.

manifestações legislativas: a) ocultação do núcleo do tipo (o verbo que exprime a ação pode estar oculto ou pode ocultar-se em outro verbo)³⁹⁶; b) emprego de elementos do tipo sem precisão semântica (ausência de um sistema de referências que permita um nível aceitável de certeza sobre o tipo)³⁹⁷ e c) tipificações abertas e exemplificativas (“formulações típicas ou majorantes de pena que se valem da enunciação descritiva de alguns elementos, seguida de uma cláusula de caráter analógico”)³⁹⁸.

A consecução da reserva legal por meio da taxatividade da norma penal é matéria sobretudo de segurança jurídica, porque quanto mais descritivo for o enunciado, menor o campo de interpretações heterodoxas (brechas de discricionariedade). Sobre isso, reflete Welzel:

Somente por meio da matéria de proibição podem o *cidadão* e o *juiz* conhecer quais formas de conduta estão proibidas. Para o Direito Penal, tem importância especial que se limite o conteúdo da proibição. Porque apenas por meio da indicação concreta da matéria de proibição são satisfeitas as exigências do *princípio nulla poena sine lege*. Por isso, o Direito Penal deve se preocupar, mais que os restantes setores do ordenamento jurídico, em obter uma descrição objetiva, o mais exata possível, de sua matéria de proibição; deve ser um Direito Penal “substancial” (vide *Probleme*, p. 101). A importância maior, para o Direito Penal, de uma matéria de proibição descrita de modo concreto, foi reconhecida pela moderna Ciência do Direito Penal a partir de Belling (*Lehre vom Verbrechen*, 1906), por meio do requisito da “tipicidade” da conduta punível. O “tipo” é a matéria de proibição das disposições *penais*; é a descrição objetiva, material, da conduta proibida, que deve se realizar com especial cuidado no Direito Penal.³⁹⁹

A cognição ideal da norma pelo cidadão e pelo juiz exige do processo legislativo atenção quanto às enunciações prescritas em lei. Isto porque “a lei tem que ser escrita de forma escoreita, mas em uma linguagem compreensível por todos”⁴⁰⁰. Diz-se “ideal” porque não é possível assegurar que todos os cidadãos de um país continental e desigual, como o Brasil, apreenderão de forma medianamente equilibrada as significações dispostas numa dada norma. Apesar disso, o postulado

³⁹⁶ A título de exemplo, tem-se o artigo 149 do Código Penal: “reduzir alguém à condição análoga à de escravo”. Segundo Batista, tal equívoco legislativo se dá em virtude de se construir um tipo inteiramente sobre o resultado a que se pretende tutelar. *Ibidem*, p. 79.

³⁹⁷ Exemplo clássico do crime de ato obsceno (artigo 233 do Código Penal), mais adiante testado sob a perspectiva originalista.

³⁹⁸ BATISTA, *op. cit.*, p. 81.

³⁹⁹ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 48.

⁴⁰⁰ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 61.

da legalidade taxativa pode se configurar a partir de algumas etapas de racionalização descritas por Karl Hübner, citado por Tavares:

(...) pode-se entender que uma ordem jurídica racional exige a presença, pelo menos, dos seguintes requisitos: a) a edificação de conceitos que, por sua clareza, possam ser identificados por qualquer pessoa; b) a disciplina de fatos de modo a possibilitar a compreensão de seus elementos constitutivos; c) a sistematização de normas que obedecem a uma sequência lógica; d) a fundamentação da criminalização apenas sobre condutas e seus desdobramentos causais sensíveis; e) a subordinação das normas às características empíricas da conduta e às condições de seu autor, segundo suas possibilidades e participação no processo de elaboração legislativa.⁴⁰¹

Buscar pela clareza e pela organização dos enunciados normativos são os principais deveres da hermenêutica penal, do contrário a legislação criminal não se realizaria tendo por base sua natureza e acepção constitucional.

Muitas vezes, porém, o postulado da legalidade-taxatividade não é devidamente cumprido, devendo ao hermeneuta penal destrinchar o enunciado normativo para atribuir a ele significação compreensível. Se não o fizer por impossibilidade lógico-jurídica, deverá anunciar tal impossibilidade e recomendar sua declaração de inconstitucionalidade.

Este ato é o ato principal da práxis interpretativa penal de ordem originalista: apropriar os significados possíveis do enunciado, a partir da cronologia semântica das palavras utilizadas, chegando-se a uma conclusão razoavelmente apropriada para a consecução de seu preceito finalístico.

4.1.2 A leniência (*favor rei*) como cânone interpretativo latente

Aporte substancial à interpretação penal, usualmente incidente em desacordos finais sobre a extensão da norma, é a regra da leniência – para alguns,

⁴⁰¹ TAVARES, *op. cit.*, p. 63. Na alínea “d”, o autor faz menção às normas penais em branco preenchidas por normas inferiores. As normais incompletas são um problema hermenêutico porque “a complementação de lei penal em branco por norma de cariz inferior (usualmente oriunda de órgãos secundários do poder executivo) opõe-se ao conteúdo material do princípio da legalidade, qual seja, a previsibilidade da intervenção do poder punitivo e a segurança jurídica do cidadão, que se encontra, dessa forma, completamente à mercê e absurdamente vinculado ao arbítrio de agentes estatais”. ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rego Monteiro. A legalidade penal constitucionalmente filtrada: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, [S. l.], v. 11, n. 21, 2020, p. 191. Se o povo não decide majoritária e proporcionalmente o conteúdo da norma, então dele não poderia se exigir pleno conhecimento legal.

princípio do *favor rei*⁴⁰² –, cânone hermenêutico por vezes inserido no direito fundamental à presunção de inocência (artigo 5º da Constituição de 1988)⁴⁰³, mas também oriundo da reserva legal como “limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais”⁴⁰⁴. Se o poder punitivo é limitado e a norma incriminadora deve ser taxativa, consequência disso é que a dúvida sobre a subsunção ou não da regra deve militar em favor do acusado:

A Constituição Federal de 1988 pressupõe o estado de inocência civil *favor rei* (art. 5º, LVII). Logo, é ônus do autor vencer essa pressuposição constitucional. Cabe a ele despender energia para superar *in concreto* essa “barreira de ativação” instituída *in abstracto*. Enfim, cabe-lhe transpor ou forjar uma *transição de estado*: de um *estado-de-inocência* para um *estado-de-culpabilidade* (*inocência* e *culpabilidade* aqui tomados em amplíssimo sentido suprapenal) (obs.: sob certo prisma, o processo serve para *garantir* que essas transições de estado – de pressuposição a suposição, de suposição a posição – não se façam pelo Estado-juiz e maneira arbitrária). Em suma: é ônus do autor provar o fato constitutivo do seu direito.⁴⁰⁵

Para Bettiol, o *favor rei* é sobretudo uma regra de leniência interpretativa – leniência em favor da decisão que mais beneficia utilitariamente a posição do réu, ou seja, aquela que menos reduz suas liberdades em virtude da punição almejada do Estado. Deve o princípio “constituir uma regra fundamental voltada à interpretação”, uma vez tratar-se de “princípio geral de inspiração que, em concreto, deve encontrar sua manifestação em normas legais particulares”⁴⁰⁶.

A regra de leniência constitui referência segura para a decisão final do intérprete sobre ampliação ou restrição do preceito legal que se quer interpretar. Por outro lado, sofre críticas dos originalistas, por eventualmente elevar a imprevisibilidade, quando não a arbitrariedade⁴⁰⁷. Ao invés de fixarmos

⁴⁰² O *favor rei* é mais amplo que o princípio do *in dubio pro reo*. Este guarda limitação com a valoração de provas processuais pendentes de certeza, afastando decreto condenatório que não tenha espancado todas as dúvidas sobre a autoria culpável e a materialidade do fato: “Por outro lado, não é admissível que o processo penal, quanto à decisão final que realizará o juízo de mérito sobre a imputação, adote um *standard* de prova rebaixado. Em se aceitando a premissa de que a garantia da presunção de inocência implica *in dubio pro reo*, a adoção de *standards* probatórios que representam inegavelmente estados de ‘dúvida’, como é o caso da ‘mera preponderância’ ou mesmo a ‘prova clara e convincente’, implicaria clara violação à presunção de inocência”. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 245.

⁴⁰³ Inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

⁴⁰⁴ TOLEDO, *op. cit.*, p. 21.

⁴⁰⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Processo e garantia*. Thoth: Londrina, 2021, p. 65.

⁴⁰⁶ BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, S. A., 1977, p. 263.

⁴⁰⁷ Scalia é um dos críticos. Para ele, “todas essas presunções e regras preferenciais representam inúmeros problemas. Já é bastante difícil fornecer uma resposta bastante objetiva e uniforme à

entendimentos antecipados, deveríamos permitir que o texto nos explicitasse suas significações sem obstáculos que podem, a depender da vontade, serem mais ou menos inseridos a fim de se obter resultados também pré-determinados.

4.1.3 A interpretação da lei penal conforme a Constituição

Outro aporte que pode recair sobre a interpretação da norma penal é a filtragem constitucional proposta especialmente por alguns neoconstitucionalistas.

Há dois modos de se compreender a interpretação da norma penal conforme a Constituição: *i)* analisá-la sob a perspectiva do controle de constitucionalidade formal, isto é, se o dispositivo penal viola cláusulas constitucionais, tornando-se, por consequência inconstitucional; *ii)* interpretar o dispositivo constitucional de maneira com que ele se conforme aos “valores” constitucionalmente admitidos, amoldando-se o conteúdo do texto penal infraconstitucional às normas da Lei Maior⁴⁰⁸.

O primeiro modo é ínsito ao direito constitucional estabelecido, posto que a lei penal não pode contrariar normas regentes da Carta Maior (por exemplo, cominando penas perpétuas enquanto a norma constitucional veda expressamente punições sem prazo determinado).

O segundo modo causa mais problemas, porque a mera declaração de inconstitucionalidade dá lugar à flexibilização hermenêutica que “permite que uma norma ambígua seja mantida no ordenamento com o sentido que lhe for atribuído

questão sobre se uma lei, de modo geral, razoavelmente significa mais uma coisa do que outra. Mas é quase impossível esperar objetividade e uniformidade quando, sobre um lado ou outro da balança, um polegar de peso indeterminado é acrescentado. Quão ‘restrita’ é a interpretação restrita com a qual certos tipos de lei devem estar de acordo? Quão clara deve ser uma intenção mais ampla para que se possa escapar dela? Toda lei que vem a ser objeto de litígio é, em alguma medida, “ambígua”. Quão ambígua deve ser a ambiguidade para que se aplique a regra da leniência (...)?”. SCALIA, 2021b, p. 39.

⁴⁰⁸ “(...) a interpretação conforme a Constituição é uma técnica interpretativa caracterizada por fundamentos específicos, dentre os quais estão a distinção entre texto e norma, a unidade da Constituição e a presunção de constitucionalidade. Em primeiro lugar, a distinção entre texto e norma revela que o ato de interpretar distancia-se de uma atividade meramente declaratória e passiva do intérprete. A norma é o resultado do processo interpretativo, que considera não apenas o texto da norma, mas as circunstâncias fáticas e jurídicas relevantes. Em segundo lugar, a unidade da Constituição presume a interdependência entre as disposições constitucionais e a integração hierárquica das normas infraconstitucionais aos ditames constitucionais. Em terceiro lugar, a presunção de constitucionalidade estabelece o princípio geral de conservação da norma, pelo qual as leis são, em regra, constitucionais, tendo aquele que arguiu a inconstitucionalidade o ônus de prová-la”. AQUINO, Sara de Assis. *A interpretação conforme a Constituição de leis penais pelo Supremo Tribunal Federal*. 2023. 237 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2023, p. 83-84.

pelo Judiciário”⁴⁰⁹. O problema no horizonte é: admitindo-se que uma norma penal pode ser ambígua, o Poder Judiciário fixa uma das interpretações possíveis como a verdadeira, imperativa, porque supostamente conformada às normas constitucionais. Ocorre que essa mesma versão fixada judicialmente pode se conformar, mas simultaneamente extrapolar o sentido do texto fixado pela redação legislativa.

Exemplo de interpretação da norma penal conforme a Constituição se deu na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 (aborto anencefálico)⁴¹⁰. Na ocasião, fixou-se que a norma incriminadora do abortamento, nas muitas hipóteses que poderiam recair sobre o agente, não incidiria naquelas condutas que objetivassem a interrupção da gravidez de feto anencefálico, porque tal aplicabilidade legal violaria a norma constitucional que tutela a dignidade da pessoa humana. As outras aplicações possíveis (residualmente, todos os fetos não anencefálicos) estariam em conformidade constitucional. Nesse caso, ao invés de se reduzir o texto, criou-se “texto oculto”⁴¹¹, qual seja, nova forma de excludente de punibilidade (artigo 128 do Código Penal⁴¹²).

Tirante problemas que podem se avizinhar, em geral, mantendo-se hígido o texto promulgado pelo Legislativo, ao invés de excluí-lo total ou parcialmente na interpretação conforme a Constituição, o Poder Judiciário traça balizas obrigatórias para a aplicação do comando normativo posto em análise, com o fim expresso de se fazer cumprir o direito constitucional, reduzindo o escopo de incidência da norma. Para tanto, deve o texto permitir ao julgador tal arrumação⁴¹³, isto é, das muitas interpretações possíveis ao enunciado, exige-se que pelo menos uma delas se combine com a norma constitucional em parâmetro, traduzindo-se em seguida na única interpretação possível e compatível com a ordem constitucional.

⁴⁰⁹ AQUINO, *op. cit.*, p. 68-67.

⁴¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Marco Aurélio - Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 30 abr. 2013. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2023.

⁴¹¹ Esse oxímoro é uma das demonstrações do problema criado pela decisão do Supremo Tribunal Federal.

⁴¹² Artigo 128, Código Penal: “Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

⁴¹³ No julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 1.344, o ministro Moreira Alves entendeu que a lei estadual capixaba *sub judice*, que possibilitava a extrapolação do teto remuneratório constitucional pelos servidores públicos, não podia se conformar à Lei Maior, porque o texto constitucional era unívoco. A referida decisão é vista como barreira paradigmática à prática da interpretação conformadora. AQUINO, *op. cit.*, p. 71.

Este trabalho, porém, não pretende reinterpretar a norma penal à luz da Constituição, mas tão somente apropriar-se dos sentidos possíveis e penderes no texto positivado, com o fim de trazer à luz o significado original da norma isoladamente considerada.

4.1.4 Usos tradicionais de interpretação da norma penal no direito brasileiro

A interpretação da norma penal tradicionalmente praticada no direito brasileiro se remete à metodologia exegética de vieses (meios), cada um aplicado conforme estilo e decisão do hermeneuta, especialmente quando se faz necessário dirimir ambiguidades e polissemias que prejudicam a compreensão do texto⁴¹⁴.

A doutrina penal brasileira encampa a operação subsuntiva de lógica-dedução da norma sobre o fato. Em geral, divide-se a interpretação quanto às fontes (autêntica, jurisprudencial, doutrinária), quanto aos meios (métodos gramatical, sistemático, histórico, teleológico)⁴¹⁵ e quanto aos resultados (declarativo, extensivo, restritivo).

A interpretação penal por fontes tem fins meramente pedagógicos, embora se reconheça que, a depender do sujeito, pode haver relativa antecipação de significado diversa da que se haveria acaso o mesmo sujeito estivesse em posição distinta⁴¹⁶. Dito isso, nota-se que a “fonte autêntica” nada mais é do que o próprio

⁴¹⁴ “A interpretação *literal* é uma aplicação especial da abordagem semântica, cujo objetivo é esclarecer o significado da linguagem escrita da lei, que pode ser empregada em sentido *comum* ou em sentido *técnico* na norma jurídica; a *interpretação sistemática* tem por objetivo esclarecer o significado da *norma isolada* no contexto do *sistema de normas* respectivo, que estrutura os *conceitos* e os *institutos* jurídicos; a *interpretação histórica* tem por objetivo esclarecer a *intenção do legislador* no processo de criação da norma jurídica, mediante análise dos debates parlamentares, dos anteprojetos de lei e das exposições de motivos que caracterizam o processo legislativo; a *interpretação teleológica* tem por objetivo esclarecer a *finalidade social* da lei, como realização de proibições, mandados e permissões prescritas pelo legislador”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal – Parte Geral*. 5 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 58-59.

⁴¹⁵ Basileu Garcia subdivide os meios em apenas dois: gramatical e lógico. A ele, os aspectos histórico, sistemático e teleológico são desdobramentos da lógica legislativa: “A interpretação lógica (...) penetra agora o hermeneuta no texto da lei por todas as vias que possam iluminar-lhe as obscuridades ou indecisões”. GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, vol. 1, tomo 1. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1976, p. 158. Nelson Hungria substitui o lógico pelo teleológico, porque os preceitos finalísticos da norma embutem nela a logicidade de sua aplicação. HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, vol. 1, tomo 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 80.

⁴¹⁶ “(...) com o advento da jurisprudência de interesses de Lhering, levantou-se a importância de analisar as formas de interpretação não só quanto às técnicas ou meios de interpretação, mas também quanto aos sujeitos que as realizam e quanto aos resultados, reconhecida aqui a interferência dos sujeitos na determinação da interpretação”. BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*, vol. 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 281.

legislador explicando os significados da norma⁴¹⁷, vide artigo 327 do Código Penal: “Considera-se *funcionário público*, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”. De toda forma, sobre esse enunciado também recai interpretação, o que nos remeteria a uma interpretação da interpretação da fonte autêntica. As demais (jurisprudencial, doutrinária) diferem unicamente pelo potencial de vinculação: a jurisprudencial detém imperatividade, enquanto a doutrinária é meramente consultiva, embora sirva de subsídio à jurisprudencial.

Para Cirino dos Santos, a interpretação da norma penal se dá pela leitura do texto conforme suas particularidades linguísticas: a) semântica, “que define o significado isolado das palavras da lei”; b) sintática, “que define o significado conjunto das palavras nas frases empregadas na lei”; c) pragmática, “que define a adequação prática do significado da lei”⁴¹⁸.

Superada a leitura imediata do texto⁴¹⁹, em caso de incompreensão ou impasse, técnicas tipicamente exegéticas são utilizadas para desembargar qualquer aspecto textual obscuro, produzindo determinados resultados que podem eventualmente espezinhar o princípio da legalidade:

A aplicação das *técnicas de interpretação* para esclarecer o sentido da lei produz resultados (a) *declarativos*, (b) *restritivos* ou (c) *extensivos* do significado da lei, assim explicados: a) resultados *declarativos* indicam correspondência do significado com a linguagem da lei, no sentido de que *lex dixit quam voluit* (a lei disse o que queria dizer); b) resultados restritivos indicam redução do significado da linguagem da lei, no sentido de que *lex dixit plus quam voluit* (a lei disse mais do que queria dizer); c) resultados extensivos indicam ampliação do significado da linguagem da lei, no sentido de que *lex dixit minus quam voluit* (a lei disse menos do que queria dizer) – interpretação proibida pelo princípio da legalidade dos crimes e das penas.⁴²⁰

⁴¹⁷ “Outros aspectos, embora não sejam decisivos, podem ser considerados na *interpretação autêntica*, tais como: os trabalhos das comissões, trabalhos preparatórios – quando publicados, são instrumentos importantes para auxiliar na interpretação do real sentido da nova lei elaborada”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, vol. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020a, p. 427.

⁴¹⁸ CIRINO DOS SANTOS, *op. cit.*, p. 58-59.

⁴¹⁹ Isto porque “toda interpretação de um texto há de iniciar-se com o sentido literal. Por tal entendemos o significado de um termo ou de uma cadeia de palavras no uso linguístico geral ou, no caso de que seja possível constatar um tal uso, no uso linguístico especial do falante concreto, aqui no da lei respectiva”. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 450-451.

⁴²⁰ CIRINO DOS SANTOS, *op. cit.*, p. 61.

O resultado é limitado pela capacidade semântica do texto empregado, porquanto “o legislador define normas penais utilizando palavras para construir a lei penal” e “o juiz decide casos concretos fundado no significado das palavras empregadas pelo legislador para definir a lei penal”⁴²¹. A construção textual dos enunciados normativos é o ponto de partida e o ponto de chegada da interpretação da norma penal⁴²², em deferência ao postulado da legalidade escrita.

Para os originalistas-textualistas, o fato de a lei ter dito menos ou mais do que pretendeu dizer é especulação dispensável à seara da hermenêutica: caso o legislador quisesse ampliar o escopo do comando normativo, deveria tê-lo feito expressa e honestamente, sem subterfúgios verbais. Do contrário, a sociedade estaria sendo governada por matérias ocultas ao conteúdo da legalidade textual. Nesse ponto, o resultado deve ser sempre declarativo, e, como já visto, especificamente na seara penal, deve ser declarativo-estrito, vez que “o sentido literal (...) serve à interpretação, antes de mais, como (...) o limite da interpretação propriamente dita”⁴²³.

Basileu Garcia aponta que a doutrina penalista não pode recusar dar à lei penal sua respectiva significação, ainda que a prescrição do hermeneuta seja inconveniente a terceiros interessados. Por isso, a interpretação não deve ser nem restritiva, tampouco extensiva: deve ser declarativa ou estrita, cabendo ao intérprete “atribuir ao texto toda força que dele resulta, sem excesso nem falta”, pois é mister do hermeneuta “fixar no texto legal o seu verdadeiro sentido, que satisfaça o seu real objetivo e promane sua exata força – quer prejudique, quer favoreça o réu”⁴²⁴.

Hungria fornece ao leitor fundamentos em defesa da busca pelo preceito finalístico da norma, a que ele chama de *ratio legis* (o espírito da lei conforme o fim perseguido), explicando não se tratar, sob nenhuma forma, de *occasio legis* (motivos

⁴²¹ CIRINO DOS SANTOS, *op. cit.*, p. 62.

⁴²² Leiria chega a mencionar a possibilidade de atualização do texto, em semelhança àquilo que os originalistas apregoam, contanto que se limite a capacidade semântica máxima do verbete pesquisado: “Pesquisa-se a evolução dos vocábulos através dos tempos, para situá-los em função de uma terminologia técnica ou vulgar. Como notas que simbolizam o pensamento, tendo em vista as variações semânticas, procura-se estabelecer a harmonia entre as palavras que se concentram no texto legal. Estuda-se o relacionamento lógico que as palavras da lei guardam entre si, para fazer valer o direito”. LEIRIA, Antonio José Fabrício. *Teoria e aplicação da lei penal*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 55.

⁴²³ Larenz complementa dizendo que o leitor usual do texto normativo capta o sentido da norma de acordo com sua compreensão atual da linguagem “de maneira que não lhe acontece nada que não tenha sido de alguma maneira presumido se puser esse sentido de ora em diante como base de interpretação”. LARENZ, *op. cit.*, p. 456-457.

⁴²⁴ GARCIA, *op. cit.*, p. 159-160.

ocasionais que militaram na formação da lei mediante a política legislativa). Nesse ponto, Hungria abre mão do argumento intencionalista, de remissão ao contexto e ao comportamento do legislador originário, para dar razão ao *voluntas legis*: “[a norma] Destaca-se dos motivos que originariamente guiaram o legislador e pode sobreviver a eles, continuando a servir, em toda a plenitude de sua vontade imanente, ao fim superior de direito que o seu texto consagra”⁴²⁵. E pela via sistemática, o intérprete harmoniza o dispositivo normativo junto ao sistema geral de direito, para localizá-lo e ambientá-lo a fim de compreender a *ratio legis* pela *ratio juris*⁴²⁶.

O referido autor se afasta do binômio originalista (fixação-construção) para dar tração à hermenêutica evolucionista (criticada por Scalia). Embora o autor demonstre em diversas passagens preocupação com o arbítrio judicial, chegando ironizar o juiz que se mete a “filósofo reformista, a santo incipiente ou a sociólogo de gabinete, para pretender corrigir a lei segundo a sua cosmovisão, a sua mística ou o seu teorismo”⁴²⁷, ainda assim ele expressamente critica a ideia de fixação e advoga pela flexibilização da exegese:

Na verdade, se em alguns casos é proveitoso averiguar-se a *intenção do legislador* (ainda que sem identificá-la com a vontade real ou objetiva da lei), em outros casos, entretanto, dada a divergência de pontos de vista e as controvérsias travadas entre os formadores da lei, o que se encontra através dos trâmites da gestação desta, é a maior confusão e perplexidade. Além disso, há no bojo da lei *possibilidades* que escaparam inteiramente à vontade subjetiva do legislador. *Vontade da lei* não é o mesmo que *vontade do legislador*. Costuma-se dizer, e com acerto, que a lei, às vezes, é mais sábia ou mais providente que o legislador. Ainda mais: a lei não pode fixar inflexível e perpetuamente ancorada nas ideias e conceitos que atuaram na sua gênese. Não se pode recusar, seja qual for a lei, a denominada interpretação *evolutiva* (*progressiva, adaptativa*). A lógica da lei, conforme acentua Maggiore, não é estática e cristalizada, mas dinâmica e evolutiva. “Se o direito é feito para o homem e não o homem para o direito, o espírito que vivifica a lei deve fazer dela um instrumento dócil e pronto a satisfazer, no seu evoluir, as necessidades humanas”. No estado atual da civilização jurídica, ninguém pode negar ao juiz a faculdade de afeiçoar a rigidez da lei ao progressivo espírito da sociedade, a fim de atenuar os contrastes que acaso surjam entre ele e a cambiante realidade. Já passou o tempo do

⁴²⁵ HUNGRIA; FRAGOSO, *op. cit.*, p. 83-85. Hungria aproxima-se do pensamento de Paul Ricoeur, na medida em que o texto, após sua consolidação material, destaca-se do seu autor, podendo surtir significações diversas da pretendida. Ricoeur, no entanto, constrange a capacidade de significação do texto ao seu potencial semântico. Em se tratando de normas jurídicas, essa capacidade é minimizada à medida em que à regra é inerente o elemento da taxatividade.

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 86. O autor atenta para a importância das rubricas da lei, pois “quase sempre informam a respeito da órbita ou latitude dos preceitos que lhes estão subordinados”. As rubricas são títulos e subtítulos dos diplomas normativos que norteiam a organização do texto, apontando para destinações certas e seguras.

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 88.

rigoroso tecnicismo lógico, que abstraía a lei do seu contato com o mundo real e a consciência social. O juiz pode e deve interpretar a lei ao influxo de supervenientes princípios científicos e práticos, de modo a adaptá-la aos novos aspectos da vida social, pois já não se procura a *mens legis* no pensamento do legislador, ao tempo mais ou menos remoto em que foi elaborada a lei, mas no espírito evoluído da sociedade e no sentido jurídico imanente, que se transforma com o avanço da civilização.⁴²⁸

Conceder ao intérprete-aplicador (juiz, jurista) “a faculdade de afeiçoar a rigidez da lei ao progressivo espírito da sociedade” poderia se aproximar da *atualização* admitida pelos originalistas, não fosse a ausência de menção, por Hungria, das restrições inerentes à capacidade semântica do texto, embora o autor mencione brevemente a “latitude do sentido ou escopo dos textos” e a “amplitude do seu texto”⁴²⁹. Ou seja: o hermeneuta está apto a flexibilizar a norma, contanto que não a negue. Mas isso, em linhas gerais, é permissão de passagem para ações de aperfeiçoamento da atividade legiferante, que não se coadunam com o mister jurisprudencial e jurisconsulto.

Juristas mais recentes endossam a divisão da interpretação por métodos e resultados, em geral, defendendo que a interpretação lógico-gramatical seja declarativa-estrita sobre o preceito finalístico da norma albergada no texto historicamente considerado, tal como Masson⁴³⁰ e Souza⁴³¹. Outros admitem até mesmo a interpretação extensiva, como Nucci⁴³² e Prado⁴³³, mas recusada por Busato⁴³⁴.

Sanches Cunha fala ainda em interpretação *sui generis*, subdivida em *exofórica* e *endofórica*. A primeira “ocorre quando o significado da norma

⁴²⁸ HUNGRIA; FRAGOSO, *op. cit.*, p. 87-88.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 88-89.

⁴³⁰ MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*: parte geral, vol. 1. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 130.

⁴³¹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal*: parte geral, vol. 1. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 129-131.

⁴³² Nucci compreende como extensiva a norma que possibilita, por exemplo, a analogia entre a palavra “restaurante” e a palavra (oculta) “bar”, entre a palavra “hotel” e a palavra (oculta) “pensão”, para fins de imputação do artigo 176 do Código Penal: “Tomar refeição em restaurante, alugar-se em hotel ou utilizar-se de meio de transporte sem dispor de recursos para efetuar o pagamento”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*, vol. 1. 3. ed. São Paulo: Método, 2019, p. 260.

⁴³³ Prado alerta que a extensividade da interpretação deve sofrer pelas barreiras da legalidade taxativa, de teor literal, conforme: “(...) força destacar que toda interpretação encontra limites na letra da lei, de modo que a interpretação extensiva somente deverá ser empregada para incluir no âmbito de um preceito penal comportamentos que o seu teor literal admita”. PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*: parte geral, tomo I. 5. ed. Londrina: THOTH, 2023a, p. 326.

⁴³⁴ O autor não franqueia ao intérprete o resultado mais extensivo: “Evidentemente, diante das restrições do princípio de legalidade, as normas jurídico-penais incriminadoras ou relativas à imposição de penas não podem ser interpretadas de modo a obter resultados extensivos”. BUSATO, *op. cit.*, p. 282-284.

interpretada não está no ordenamento (...) a palavra ‘tipo’, por exemplo, presente no art. 20 do CP, tem seu significado extraído da doutrina (e não da legalidade)”. A segunda ocorre “quando o texto normativo interpretado toma de empréstimo o sentido de outros textos do próprio ordenamento, ainda que não sejam da mesma lei” (vide lei penal em branco)⁴³⁵.

Ainda que seja difícil tarefa orientar-se pelas intenções legislativas, por vezes expressas em relatórios, exposições de motivos e discursos parlamentares que invocam direcionamentos de bancada de legisladores, o grau de objetividade que se sugere, em perspectiva originalista, é que a amplitude do texto, no uso de sua forma semântica e sintática, exponha ao hermeneuta a vontade limítrofe do legislador quando da deliberação da norma, considerando o elemento cronológico da nomogênese para se atingir seu contexto histórico-finalístico.

Daí se dizer que o binômio originalista da fixação-construção se realiza melhormente por meio do método interpretativo filológico-cronológico (histórico-semântico). Para melhor conhecê-lo, investigaremos precedentes americanos a seguir.

4.2 Modelos de interpretações originalistas americanas

A jurisprudência constitucional americana produziu neste século algumas decisões que opuseram visões distintas, esboçadas na rivalidade entre dois gêneros: interpretativismo e não-interpretativismo. Em olhar mais microscópico, poderia até se falar em originalismo *versus* evolucionismo⁴³⁶. Dos precedentes que interessam ao objeto desta pesquisa, escolheu-se descrever e analisar julgados pertinentes às ciências criminais preponderantemente pelo voto de Scalia.

⁴³⁵ SANCHES CUNHA, Rogério. *Manual de direito penal: parte geral* (arts. 1º ao 120). 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 61.

⁴³⁶ A expressão é usada por alguns juristas, como Scalia. Prefere-se o neologismo “mutacionismo”, porque aproximado da principal tese que o originalismo pretende derrotar: a da mutação normativa, que permite a alteração do significado original por outro, sem modificação textual via processo legislativo, competindo à interpretação judicial a ruptura que se pretende em superação à suposta obsolescência do texto positivado. A terminologia remonta ao jurismo alemão, “que pioneiramente distinguiu entre *verfassungsänderung* (emenda constitucional) e *verfassungswandel/verfassungswandlung* (conversibilidades, transformações ou mutações constitucionais)”, distinguindo-se daquela porque “deixa intacto o texto constitucional, sendo uma mudança natural que ocorre pela força normativa dos fenômenos sociais, culturais e políticos, não se originando, no mais das vezes, de uma atividade intencional ou consciente, ainda que isso possa ocorrer, sobretudo quando a mutação nasce da hermenêutica pretoriana”. SIMEÃO, Álvaro Osório; COELHO, Inocência Mártires. Limites da mutação constitucional pela via da interpretação: uma proposta de catalogação e definição. *Revista da AGU*, v. 18, n. 04, p. 75-96, 2019, p. 82.

Embora as decisões tratem de interpretações constitucionais de normas penais e processuais, é possível extrair delas premissas e conceitos úteis para a reprodução do mesmo arquétipo quando confrontadas questões legais brasileiras, a fim de se implantar sobre elas a fórmula originalista já antecipada no capítulo antecedente.

Para isso foram selecionados três casos paradigmáticos que versam sobre temáticas que condicionam o processo decisório no embate originalismo-evolucionismo: a) indeterminação legal; b) alcance original; c) atualização textual. Para tanto, é necessário descrever para compreender as razões de precedentes originalistas julgados pela *Supreme Court* dos EUA para depois adaptá-las às questões dogmático-penais brasileiras, especialmente aquelas que causam algum tipo de dissídio na aplicação jurisdicional. Optou-se principalmente por três julgados que detêm compreensões originalistas – vitoriosas ou não: *Johnson v. United States* (2015), *Roper v. Simmons* (2005) e *Kyllo v. United States* (2001), além de referências a *Maryland v. King* (2013).

4.2.1 Legislação criminal vaga – *Johnson v. United States* (2015)

De acordo com a Lei Criminal da Conduta Armada (*Armed Career Criminal Act*, 1984), um jurisdicionado que possua três condenações anteriores por crime violento ou por narcotráfico (*drug offense*) deveria receber a pena mínima de quinze anos de prisão caso violasse o injusto de posse ilegal de arma de fogo⁴³⁷. Por crime violento entendia-se, à época do julgamento (2015), qualquer crime que causasse “sério risco potencial de lesão física a outra pessoa”.

E foi em *Johnson v. United States* (2015)⁴³⁸ que a Suprema Corte americana analisou se a norma insculpida na lei da *Armed Career* era anterior, certa e taxativa

⁴³⁷ Norma em comento: “No caso de uma pessoa que viola a seção 922(g) deste título e tem três condenações anteriores por qualquer tribunal referido na seção 922(g)(1) deste título por crime violento ou delito grave de drogas, ou ambos, cometidos em ocasiões diferentes entre si, tal pessoa será multada sob este título e presa não inferior a quinze anos, e, não obstante qualquer outra disposição da lei, o tribunal não suspenderá a sentença ou concederá uma sentença probatória a, tal pessoa com relação à condenação sob a seção 922 (g)” (tradução livre). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/924>>. Acesso em: 22 out. 2023.

⁴³⁸Tese fixada: “As leis criminais que impõem melhorias nas penas para crimes violentos são inconstitucionalmente vagas e violam o devido processo se definirem crimes violentos de forma ampla como conduta que apresenta um sério risco potencial de lesão física a outra pessoa” (tradução livre). Por maioria com os votos de: Scalia, Roberts, Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan. Votaram à

– e, portanto, constitucional – se apresentava indeterminação que violava dispositivo da Constituição de 1787.

No feito, o acusado foi processado por portar uma espingarda de cano curto, sem permissão legal, e ostentava antecedentes criminais que potencialmente implicariam em pena majorada (reclusão mínima de quinze anos, segundo a lei). O réu Samuel Johnson era reincidente em “crimes violentos” e seu recurso chegou à Suprema Corte alegando que a lei federal aplicável ao caso feria direito constitucional, mais especificamente o direito ao devido processo legal previsto na Quinta Emenda⁴³⁹.

O julgamento contou com Antonin Scalia para declarar a inaplicabilidade da circunstância qualificadora de pena. O então magistrado entendeu que a indeterminação sobre o conceito de “crime violento” impedia sua total incidência sobre o caso enunciado, fazendo valer a *regra da leniência*, isto é, a regra de tratamento que beneficia o jurisdicionado pelo cânone do *favor rei*:

A Quinta Emenda dispõe que “[n]enhuma pessoa poderá (...) ser privada da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”. Nossos casos estabelecem que o governo viola esta garantia ao tirar a vida, liberdade ou propriedade de alguém sob uma lei penal tão vaga que não dê às pessoas comuns um aviso justo sobre a conduta que pune, ou tão sem padrão que convide à execução arbitrária. A proibição de imprecisão em estatutos criminais “é um requisito bem reconhecido, que se afina tanto com noções comuns de *fair play* quanto com as regras estabelecidas do direito”, e um estatuto que desrespeita tais noções “viola o primeiro elemento essencial do devido processo legal” [*Connally v. General Construction Co.*, 1926]. Esses princípios aplicam-se não apenas aos estatutos que definem os elementos dos tipos penais, mas também àqueles que fixam as sentenças.⁴⁴⁰

O trecho da norma que impõe rigorosa penalidade em complemento ao enunciado típico é chamado de “cláusula residual” por Scalia. A ele, tal cláusula deixa grande incerteza sobre como estimar o risco representado por um crime, bem

parte: Kennedy e Thomas. Dissentiu: Alito. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/13-7120/>>. Acesso em: 22 out. 2023.

⁴³⁹ Quinta Emenda (1791): “Nenhuma pessoa será detida para responder por um crime capital ou de outra forma infame, a menos que seja apresentada ou indiciada por um Grande Júri, exceto em casos surgidos nas forças terrestres ou navais, ou na Milícia, quando em serviço efetivo em tempo de Guerra ou perigo público; nem qualquer pessoa estará sujeita, pelo mesmo delito, a ter duas vezes colocada sua vida ou integridade física em risco; nem será obrigado em qualquer processo criminal a testemunhar contra si mesmo, nem será privado da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem a propriedade privada será tomada para uso público, sem justa compensação” (tradução livre).

⁴⁴⁰ SCALIA, 2021a, p. 326.

como mantém incerto qual é o grau de risco necessário para um delito ser qualificado como “violento”.

Segundo Scalia, “ao combinar a indeterminação sobre como medir o risco representado por um crime com a indeterminação sobre quanto risco leva para o crime ser qualificado como um crime violento, a cláusula residual produz mais imprevisibilidade do que a Cláusula do Devido Processo Legal tolera”⁴⁴¹.

O *due process of law* previsto na Constituição dos EUA é, como se pode notar, mais amplo que o assemelhado previsto na Constituição do Brasil, não se limitando aquela em exigir e prescrever a ordenação prévia dos atos procedimentais, mas indo muito além: a legalidade penal, implicada na comunicação do texto da Quinta Emenda, exige do poder estatal minúcias sem as quais não haverá legitimidade para constranger direitos individuais exaustivamente tutelados (vida, liberdade, propriedade).

A Quinta Emenda americana impõe robusta limitação ao poder punitivo, seja para que o Estado persiga sua pretensão de maneira regular e ordenada (processo), seja prevendo condutas típicas de maneira suficientemente taxativa, a ponto de o texto ser inteligível tanto pelo cidadão-alvo quanto pelo intérprete-magistrado.

Scalia conclui afirmando que o direito é experiência, e invocar uma disposição “tão disforme” para causar uma condenação tão duradoura é incompatível com a garantia do devido processo previsto na Constituição⁴⁴². Ao fim, Scalia compôs o quórum vencedor da votação – 6 votos a 3. Este julgamento demonstra que nem sempre juízes ditos originalistas concordaram entre si: Alito expressou clara divergência, enquanto Thomas votou à parte, sob outro fundamento⁴⁴³.

O caso apresenta importância para os testes que serão feitos a seguir neste trabalho: a interpretação da norma penal, quando se depara com cláusulas abertas, imprecisas ou indeterminadas não deve produzir resultados que prejudiquem o jurisdicionado além de quanto ele poderia ser penalizado se o mesmo texto

⁴⁴¹ SCALIA, 2021a, p. 327.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 327.

⁴⁴³ Alito entendeu que os precedentes sobre o tema não deviam ser superados; entendeu ainda que a circunstância qualificadora não era suficientemente vaga. Para Thomas, a questão poderia se resolver sem confrontação com a cláusula do devido processo legal: “*Concordo com o Tribunal que a sentença de Johnson não pode ser mantida. Mas em vez de utilizar a cláusula do devido processo da Quinta Emenda para anular uma lei do Congresso, eu resolveria este caso por motivos mais comuns. De acordo com os princípios convencionais de interpretação e os nossos precedentes, o crime de posse ilegal de uma espingarda de cano curto não constitui um ‘crime violento’ ao abrigo da cláusula residual da Lei ACCA*” (tradução livre). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/13-7120/>>. Acesso em: 22 out. 2023.

tampouco existisse, ou seja, a violação à taxatividade como elementar da legalidade é causa de invalidade da norma penal. E isso porque a capacidade significativa do texto, nessa seara, importa tanto quanto sua comunicação.

4.2.2 Pena capital a adolescente – *Roper v. Simmons* (2005)

Ventilou-se na Suprema Corte americana a hipótese de se apenar com pena capital (morte) pessoa menor de idade civil (18 anos). O *leading case* envolveu o adolescente Christopher Simmons, com então 17 anos de idade, que juntamente com outros colegas planejou o sequestro e o homicídio de uma mulher crendo que se isentaria de maiores consequências em razão da tenra idade.

Após processado, a pena de morte foi aplicada por um júri popular que julgou a conduta de Simmons grave o suficiente – ele sequestrou a vítima, amarrou suas mãos e pernas, vedou seu rosto e arremessou seu corpo de uma ponte, para que ela se afogasse sem chance de reação –, mesmo após o juiz que presidia a sessão de julgamento ter recomendado que o colegiado considerasse a menoridade do acusado como fator eventualmente atenuante.

A decisão do tribunal do júri passou por apelações até desaguar na Suprema Corte, por hipotética obstrução constitucional à Oitava Emenda. Por 5 votos a 4⁴⁴⁴, o tribunal declarou que a norma constitucional veda a possibilidade de pena capital a menores de 18 anos de idade, à revelia do voto de Scalia.

Roper v. Simmons é um caso emblemático na judicatura de Scalia. Em seu voto vencido, o magistrado pôde contemplar várias abordagens que culminam na reafirmação de suas convicções, em especial a da cláusula democrática, consubstanciada na rigorosa separação de poderes constituídos.

Antes é necessário esclarecer: a Oitava Emenda da Constituição dos EUA proíbe a fixação de penas criminais “cruéis e incomuns”. Seu texto é brevíssimo: “*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*” (1791). Em tradução livre: “Não poderão ser exigidas fianças exageradas, nem impostas multas excessivas ou infligidas penas cruéis e

⁴⁴⁴ Tese fixada: “Condenar um réu à morte por um crime cometido quando ele tinha menos de 18 anos é inconstitucional sob a Oitava Emenda” (tradução livre). Por maioria com os votos de: Kennedy, Stevens, Souter, Ginsburg e Breyer. O’Connor votou à parte. Scalia foi voto vencido na companhia de Rehnquist e Thomas. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/543/551/>>. Acesso em: 23 out. 2023.

incomuns”. É possível que se considere a pena de morte modelo de sanção cruel? A depender de sua aplicação, é possível. Mas uma interpretação originalista da norma afirma que os *Framers* não intencionavam proibir a pena de morte, no final do século XVIII, por um motivo muito simples: previa-se pena capital como máxima sanção na maior parte dos delitos, como explicou Scalia em entrevista:

Então, por exemplo, quando se adotou a Oitava Emenda, que proíbe “punições cruéis e incomuns”, as pessoas não pensavam na época que, com isso, estariam proibindo também a pena de morte. A morte era a única pena prevista para crimes dolosos. Todos os crimes dolosos eram puníveis com a morte, inclusive o furto de cavalos. Portanto, mesmo nos dias de hoje, a pena de morte é constitucional. Claro, pode ser que a pena de morte seja uma péssima ideia. Então, se o povo americano não a quiser, não precisa tê-la. Mas nós podemos resolver isso por meio de legislação infraconstitucional [*statute*]. Não precisamos recorrer à Constituição para proibir essa prática.⁴⁴⁵

Scalia tenta ser o mais claro possível: a Constituição não proíbe a pena de morte, nem a impõe. Ela simplesmente não trata da pena de morte em específico. Por consequência do desenho institucional federalista americano, podem os Estados-Federados legislar a respeito: seja para instituir a pena de morte, seja para proibi-la total ou parcialmente. Dos Estados-Federados que possuem pena capital, quase metade deles proíbe a fixação de morte a menores de idade. Não era o caso do Estado de Missouri, que permitia a imposição de pena de morte a menores de 18 anos de idade – tanto é que o júri popular o fez.

O voto vencedor do julgamento que declarou inconstitucional a pena de morte aplicável a menores de idade na data do fato criminoso baseou-se em alguns fundamentos contestados por Scalia: *i)* a pena de morte a menores de 18 anos é “cruel e incomum”, pois até mesmo Estados-Federados que adotam tal espécie penal já a proibiram quando direcionada contra adolescentes; *ii)* o direito americano exige maioria para atos da vida social cotidiana, não sendo adequado que se puna com pena tão severa quem ainda não auferiu tais condições de sociabilidade; *iii)* o direito internacional recomenda a não adoção da pena capital contra adolescentes.

Os dois primeiros pontos se fundem na autocontenção judicial proposta pelos originalistas: ainda que as percepções morais sociais de determinada época façam juízos de valor distintos da época de promulgação da norma, esta ainda está fixada

⁴⁴⁵ GRANDCHAMP; RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 16.

no ordenamento, cabendo aos mecanismos democráticos, em caso de desacordo, modificá-la no bojo do processo legislativo. Não o fazendo, incabível que o conteúdo normativo fixado no texto seja alterado por mera mutação de fatores extrajurídicos.

Scalia recorda que em um caso anterior – *Stanford v. Kentucky* (1989) – o tribunal já havia decidido que a pena capital a menores de 18 anos, quando prevista na legislação estadual, era constitucional. Considerando que o texto constitucional se manteve inalterado, não haveria motivo de se modificar aquele julgamento, exceto se a Suprema Corte o considerasse equivocado. Não foi o caso: em *Roper v. Simmons*, o tribunal julgou que a norma havia mudado sem alteração legislativa, porque a contemporaneidade exigia nova postura⁴⁴⁶.

A moralização da norma, segundo Scalia, além de ferir a cláusula democrática de separação de poderes, atribui a meros cinco juristas (maioria absoluta da composição da Suprema Corte) poder de interpretação em substituição a toda a nação, sem se pautar em elementos suficientemente objetivos:

Ao determinar que a pena capital para infratores que cometeram homicídio antes dos dezoito anos é “cruel e incomum” segundo a Oitava Emenda, o Tribunal considera primeiro, de acordo com nossa jurisprudência moderna (embora, em minha opinião, equivocada), se existe um “consenso nacional” que as leis que permitem tais execuções violam nossos “padrões de decência” contemporâneos. Nós decidimos que esta determinação deve ser baseada em “indícios objetivos que refletem a atitude pública em relação a uma determinada sanção”, ou seja, “estatutos aprovados por representantes eleitos da sociedade” [*Stanford v. Kentucky*].⁴⁴⁷

A Corte compreendeu que a somatória entre a quase metade dos Estados-Membros – que *prescrevem* a pena de morte e *proscurem* a mesma sanção a pessoas menores de idade – aos demais Estados que simplesmente proíbem qualquer pena capital consistiria numa maioria nacional apta a concluir pela transição de paradigma.

⁴⁴⁶ Conforme trecho da redação da opinião da Corte, redigida pelo justice Kennedy: “A proibição de ‘punições cruéis e incomuns’, como outra linguagem expansiva na Constituição, deve ser interpretada de acordo com o seu texto, considerando a história, a tradição e o precedente, e com a devida consideração pelo seu propósito e função na concepção constitucional. Para implementar esta estrutura, estabelecemos a propriedade e afirmamos a necessidade de nos referirmos aos ‘padrões de decência em evolução que marcam o progresso de uma sociedade em amadurecimento’ para determinar quais punições são tão desproporcionais a ponto de serem cruéis e incomuns” (tradução livre). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/543/551/>>. Acesso em: 23 out. 2023.

⁴⁴⁷ SCALIA, 2021a, p. 313.

Scalia anuía com a hipótese de certos padrões morais serem alterados, mas para que os mesmos surtisse efeito nas decisões judiciais seria necessário que fossem manifestados objetivamente, e o melhor meio para tanto seria produzir legislação que anunciasse a disposição de mudança. Os Estados-Federados que proibiram penas capitais a adolescentes o fizeram, mas tal medida é insuficiente para alterar o significado original da Constituição – tanto por diferença hierárquica entre normas, tanto porque o significado da norma constitucional continua fixado.

O magistrado ainda rebateu o fundamento de que aos adolescentes o direito americano faz exigências típicas da maturidade, e, por suposta coerência, não poderia rebaixar esse padrão para apená-los tão gravemente:

Que “quase todos os Estados proíbem os menores de dezoito anos de votar, servir em júris ou se casar sem o consentimento dos pais” [citando a opinião da maioria] é algo patentemente irrelevante – e é mais uma ressurreição de um argumento decentemente enterrado por este Tribunal em *Stanford [v. Kentucky]*. (...) Como explicamos em *Stanford*, é “absurdo pensar que se deve ter maturidade suficiente para dirigir com cuidado, beber com responsabilidade ou votar com inteligência, a fim de ser maduro o suficiente para entender que matar outro ser humano é profundamente errado e para conformar a conduta de alguém ao mínimo de todos os padrões civilizados”. Participar de um júri e se casar também envolve decisões muito mais sofisticadas do que a simples decisão de não tirar a vida de outra pessoa.⁴⁴⁸

Em seu voto, Scalia entendeu que exigir a omissão de uma conduta homicida era uma requisição bem mais básica do que a de demandar de qualquer cidadão destreza e perícia suficientes para dirigir um automóvel, ou maturidade para cumprir deveres institucionais de um casamento, e, por isso, não se poderia equiparar a capacidade de se votar em um governante, exigida a maiores de 18 anos, com a consciência de não matar dolosamente outra pessoa. Enquanto aquela parte de conhecimentos de cidadania, governança e política partidária, nem sempre disponíveis ao público em geral, esta é comum e genérica, bastando que a pessoa saiba que causar semelhante mal ao próximo é ato imoral, irreversível e punível.

Acerca de se seguir às recomendações do direito internacional – que, segundo a opinião majoritária do tribunal, veda a pena capital a adolescentes nos termos da Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança⁴⁴⁹, não

⁴⁴⁸ SCALIA, 2021a, p. 315.

⁴⁴⁹ Artigo 37: Os Estados Partes devem garantir: que nenhuma criança seja submetida a tortura ou a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não serão impostas a pena de

ratificada pelos EUA –, o autor originalista impugna o argumento com amparo na validade da norma: não caberia à Suprema Corte ratificar norma internacional em substituição ao parlamento e ao presidente. Além disso, Scalia informa que por diversas vezes o tribunal se afastou na tendência mundial e nem por isso houve estranhamento jurídico:

Mais fundamentalmente, no entanto, a premissa básica do argumento da Corte – que o direito americano deve estar em conformidade com os direitos do resto do mundo – deve ser rejeitada de imediato. Na verdade, a própria Corte não acredita nisso. Em muitos aspectos significativos, as leis das maioria dos países diferem das nossas – incluindo não apenas as disposições explícitas de nossa Constituição⁴⁵⁰ (...). O Tribunal deve professar sua disposição de reconsiderar todas essas questões à luz dos pontos de vista dos estrangeiros, ou então deve parar de apresentar os pontos de vista dos estrangeiros como parte da fundamentação de suas decisões. Invocar um direito alienígena quando ele concorda com o próprio pensamento e ignorá-lo nas outras situações não é uma tomada de decisão fundamentada, mas sofisma.⁴⁵¹

No caso especificamente da Oitava Emenda, seria lícito inferir que o texto que projeta a norma exige que a pena, para ser considerada vedada, deve ser a somatória binomial de “cruel” e “incomum”, ante a conjunção aditiva “e” (*and*) que aglutina os adjetivos. Não sendo a pena de morte incomum ao tempo da redação da emenda, poderia ela ser até mesmo cruel? Bem, nesse caso, a interpretação mais originalista seria a de se exigir que, para não ser tida como cruel, devesse ser aplicável tão somente às modalidades de pena capital admissíveis em 1791.

Ou ainda: havendo penas cruéis comumente legitimadas pela prática sócio-forense, estariam elas debaixo do arcabouço constitucional, ainda que não implicassem na morte? Pode-se inferir do texto que o legislador quis proibir inovações punitivas que pudessem causar desacordos morais na sociedade vindoura, ou seja: até 1791, as práticas penais já conhecidas e legitimadas pela ordem jurídica recém instaurada poderiam ter continuidade; novas práticas (penas

morte e a prisão perpétua, sem possibilidade de livramento, por delitos cometidos por menores de 18 anos de idade (...).

⁴⁵⁰ Scalia cita o direito de ser julgado por um júri popular, nem sempre previsto em outras jurisdições, mas considerado garantia fundamental nos EUA. Cita ainda o caso *Roe v. Wade* (1973), que julgou haver direito constitucional ao abortamento até seis meses de gestação (*abortion on demand*) e até ao abortamento tardio (*late term abortion*) apesar dos tratados internacionais recomendarem o contrário. Recentemente em *Dobbs v. Jackson* (2022), o caso foi revertido e considerado que a questão não tem previsão específica na Constituição, cabendo aos Estados legislar sobre. SCALIA, 2021a, p. 316-317.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 316-317.

incomuns) executadas com crueldade⁴⁵² (penas cruéis) estariam vetadas, por não serem de conhecimento prévio ao constituinte e por se tratarem de inovações imprevisíveis ao tempo da promulgação da emenda constitucional.

Veja-se que o legislador poderia fazer uso da conjunção alternativa – ou (*or*) – mas não o fez: “*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and [or] unusual punishments inflicted*”. Para não se restringir exclusivamente à textualidade do enunciado e para tentar esclarecer a potencialmente duvidosa conjunção alternativa, o dever do hermenêuta seria o de investigar as intenções do constituinte, quando da elaboração do *Bill of Rights*.

É intuitivo cogitar que o constituinte americano tenha querido que tanto as penas cruéis quanto as penas incomuns fossem inaplicáveis aos réus considerados culpados na jurisdição criminal; tão mais as penas que são, a um só tempo, cruéis e incomuns⁴⁵³. O que não é intuitivo, porém, é especular que o conceito de “pena cruel” pode ser periodicamente revisado sob argumentos circunstanciais, subjetivos e abstratos. Nesse caso, a significação da norma é flexível, em contraposição à fixação almejada pelos originalistas.

Não há qualquer evidência de investigação filológica ou historicista no acórdão de *Roper v. Simmons*. A atitude da Corte foi menos sofisticada: considerou-se que haveria crueldade na execução de um adolescente julgado culpado por homicídio qualificado pela crueldade. Para isso, buscou-se fundamento para além do texto constitucional, possivelmente porque o enunciado preexistente não resultaria naquilo que a maioria do tribunal pretenderia conferir de antemão, qual seja, invalidar a pena capital a pessoas menores de idade.

O caso *Roper v. Simmons* serve de parâmetro para melhor se conhecer a abordagem originalista na prática constitucional americana. Os elementos

⁴⁵² O verbete “crueldade” é assim dicionarizado: “1 Qualidade ou característica de cruel; Atrocidade; maldade; perversidade; crudelidade: *O estado do corpo mostra a crueldade do crime*. (...) 2 Ação cruel, bárbara, inclemente; barbaridade; crueldade; impiedade; malevolência (...). 3 Rigor, inclemência: *a crueldade do inverno* (...)”. CRUELDADE. In: AULETE, *op. cit.*, p. 422. O substantivo é de difícil constatação, embora não seja de todo impreciso. As circunstâncias fáticas podem diminuir sua intensidade: o que é sofrível para um, pode não ser sofrível para outro. Daí ser indispensável que a hermenêutica vasculhasse o cenário social de 1791, para conhecer os parâmetros adotados pelos *Framers*, que pretenderam manter as penas já praticadas e não proibidas no texto constitucional, bem como vetar inovações punitivas cruéis, ou seja, *mais cruéis* que aquelas que eles estavam legitimando ao tempo do *Bill of Rights*.

⁴⁵³ A hermenêutica originalista scaliana, porém, renega tais intuições. O que se tem na legislação é o uso objetivo da conjunção aditiva, não podendo o interprete especular situação diversa sob pena de substituir o legislador e deformar a norma efetivamente legislada. Mais valeria, nesse caso, a segurança do texto consolidado do que a cogitação do texto eventualmente desejado e não estabelecido.

originalistas dos votos vencidos são exemplares da fórmula intencionalista-textualista: a) o significado original da norma é aquele fixado ao tempo de sua promulgação; b) se o texto se manteve inalterado pelo decurso de dois séculos, o significado pode ser atualizado, mas não pode ser adulterado; c) aquilo que não está incluso textualmente na norma também faz parte dela.

4.2.3 Buscas investigativas irrazoáveis – *Kyllo v. United States* (2001)

Outro caso apto a expor a abordagem originalista sobre questões de ciências criminais foi o julgamento sobre buscas e apreensões em contraste com a previsão da Quarta Emenda. Em *Kyllo v. United States*⁴⁵⁴, Antonin Scalia redigiu a opinião da Corte (acórdão vencedor) para julgar inconstitucional uma busca policial com mandado judicial praticada na casa do recorrente.

Nos fatos conhecidos no processo, agentes federais suspeitavam que Danny Kyllo estava cultivando plantas de maconha dentro de sua residência, e montaram uma campana para tentar rastrear, por meio de sinais térmicos, se o sujeito estava fazendo uso de lâmpadas que simulassem o calor, para acelerar o cultivo do vegetal, de modo semelhante a uma estufa. Por meio de um escâner posicionado dentro de um veículo estacionado na rua, os agentes detectaram sinais de radiação infravermelha típicos das lâmpadas utilizadas para o cultivo de plantas. A varredura levou apenas alguns minutos e as “imagens térmicas” da diligência foram apresentadas a um juiz, que deferiu a busca na residência. Foram encontradas mais de cem plantas ilícitas no local.

Processado oficialmente, Kyllo recorreu à Justiça Federal alegando que a diligência havia violado a Quarta Emenda da Constituição dos EUA. O referido dispositivo diz o seguinte: “O direito das pessoas de estarem seguras em suas personalidades, casas, papéis e pertences, contra buscas e apreensões irrazoáveis, não será violado, e nenhum mandado será emitido senão por causa provável

⁴⁵⁴ Tese: “Onde, como aqui, o Governo utiliza um dispositivo que não é de uso público geral, para explorar detalhes de uma casa privada que anteriormente seriam incognoscíveis sem intrusão física, a vigilância é uma ‘busca’ da Quarta Emenda, e é presumivelmente irracional sem um mandado” (tradução livre). Por maioria com os votos de: Scalia (redator da opinião da Corte), Souter, Thomas, Ginsburg e Breyer. Dissentiram: Stevens, Rehnquist, O’Connor e Kennedy. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/533/27/>>. Acesso em: 23 out. 2023.

amparada por juramento ou afirmação, descrevendo particularmente o local a ser revistado e as pessoas ou coisas a serem apreendidas”⁴⁵⁵.

O julgamento circulou ao redor do conceito de “busca” previsto na norma constitucional. Varrer uma casa à distância, da via pública, por meio de um detector de calor, consiste em uma “busca” – e se consistir, ela está vedada por direito fundamental? Segundo o autor do recurso, a diligência feriu o uma visão histórica de longo prazo conforme o significado original da Constituição. Por 5 votos a 4 a Suprema Corte concordou com ele.

Embora a apreensão tenha ocorrido após a expedição de mandado judicial, o tribunal considerou que a primeira busca efetuada por a varredura à distância praticada pelos agentes governamentais através do escâner de detecção de calor. O caso é representativo porque não existiam mecanismos tão tecnológicos à época da ratificação da Quarta Emenda (1791). Sequer existiam lâmpadas de aquecimento artificial. Assim, a interpretação originalista teria que proceder a uma atualização do texto, sem que o mesmo perdesse seu núcleo semântico (*core*).

Em voto, Scalia recordou o julgamento do caso *Silverman v. United States* (1961): “No cerne [da Quarta Emenda] está o direito de um homem de se recolher em sua própria casa e ficar livre de intrusão governamental irrazoável”. A seguir, o magistrado recorda que a vigilância visual não estava grafada de ilicitude, ainda no século XIX, porque a mera sensação ocular não pode ser “culpada de uma invasão”⁴⁵⁶.

Por outro lado, o avanço tecnológico possibilitou à sociedade capacidade de visão superior àquela que detinham os *Framers* em 1791. Antes não era possível voar através de aeronaves automotores; agora o é, e, portanto, é possível adentrar no quintal das casas das pessoas, fato que antes não era provável, nem previsível de se legislar sobre:

Seria tolice afirmar que o grau de privacidade garantido aos cidadãos pela Quarta Emenda não tenha sido totalmente afetado pelo avanço da tecnologia. Por exemplo, a tecnologia que permite o voo humano expôs à visão pública (e, portanto, já dissemos, à observação oficial) partes descobertas da casa e seu quintal que antes eram privadas. A questão que

⁴⁵⁵ Quarta Emenda (1791): “O direito das pessoas de estarem seguras em suas personalidades, casas, papéis e pertences, contra buscas e apreensões injustificadas, não será violado, e nenhum mandado será emitido, mas mediante causa provável, apoiada por juramento ou afirmação, e descrevendo particularmente o local a ser revistado e as pessoas ou coisas a serem apreendidas” (tradução livre).

⁴⁵⁶ SCALIA, 2021a, p. 274.

enfrentamos hoje é quais são os limites desse poder da tecnologia para reduzir o domínio da privacidade protegida.

Acreditamos que a obtenção, por meio de tecnologia de aumento dos sentidos humanos, de qualquer informação sobre o interior da casa que não poderia ter sido obtida sem o ingresso físico em uma área constitucionalmente protegida constitui uma busca – pelo menos onde (como aqui) a tecnologia em questão não está em uso público geral. Isso garante a preservação daquele grau de privacidade contra o governo que existia quando a Quarta Emenda foi adotada. Com base neste critério, a informação obtida pelo termovisor, neste caso, foi produto de uma busca.⁴⁵⁷

A tutela da privacidade e a proteção da propriedade privada utilizada como morada foram reafirmadas pela Suprema Corte por meio dos mesmos conceitos fixados pelos constituintes: o cidadão tem o direito de não ser espezinhado pelo governo quando estiver dentro de sua residência – seu refúgio contra a vigilância governamental – junto de seus pertences. A proliferação da tecnologia não constrange o âmago desse direito, mas ao contrário, o reafirma: se os agentes governamentais não conseguiram obter as mesmas informações tão somente observando a casa da via pública, do mesmo modo que o fariam em 1791, então o texto constitucional fixado é um óbice a eventuais truques inovadores que possibilitem o vasculhamento alternativo e antinatural.

A abordagem originalista de interpretação prestigiadora do significado enunciado original foi novamente reafirmada em *Kyllo v. United States*. O termo “busca” é polissêmico e poderia ensejar a uma interpretação completamente diversa daquela que o legislador cronológico intentou e fixou no texto da Quarta Emenda. Não seria irrazoável considerar que os agentes federais sequer acessaram compartimentos da residência, já que monitoraram as ondas de calor pela via externa, sem visualizar qualquer aspecto da privacidade do proprietário. Contudo, para que a garantia firmada no *Bill of Rights* produzisse efeitos concretos nos termos desejados pelo constituinte, a razoabilidade não bastaria para a atualização do texto da norma ante o progresso tecnológico.

Afinal, se os agentes suspeitavam da plantação de insumos para entorpecentes e já detinham instrumentos para detectar “imagens térmicas”, então eles poderiam ter requerido ordem judicial antes mesmo de intentarem o escaneamento que fomentou a busca pelo mandado de invasão domiciliar.

⁴⁵⁷ SCALIA, 2021a, p. 274-275.

Outros casos envolvendo garantias penais são dignos de menção na trajetória do juiz Scalia: em *Maryland v. King* (2013)⁴⁵⁸, um sujeito foi preso em 2009 no Estado de Maryland e acusado de agressão. A polícia então usou um cotonete para extrair material genético de Alonzo King, raspando o item por dentro da bochecha do sujeito. Após, conferiu-se que o DNA (ácido desoxirribonucleico) de King era compatível com material genético obtido pelas autoridades anos antes, num caso envolvendo crime de estupro. King foi processado e condenado por agressão sexual cometida em 2003, com base em prova colhida em 2009. Na ocasião, Scalia entendeu que a ausência denexo de causalidade violava a Quarta Emenda da Constituição, porque ela “proíbe a busca por evidências de um crime em uma pessoa, quando não há base para acreditar que a pessoa é culpada do crime ou está na posse de evidências incriminatórias”⁴⁵⁹. Scalia estava vetando a chamada “serendipidade criminal”, pois.

Rebatendo a tese de que o exame de DNA fora feito unicamente para identificar o investigado, Scalia lembrou que a colheita da impressão digital seria o suficiente – e que a extração de material genético detinha fins não previamente estipulados, em semelhança a um mandado de busca e apreensão genérico (e ilegal): “Solucionar crime não resolvidos é um objetivo nobre, mas ocupa, no panteão americano de objetivos nobres, um lugar inferior ao da proteção de nosso povo contra buscas sem fundamento por parte de agentes da lei”⁴⁶⁰.

Em seu voto, Scalia rememora ironicamente que os redatores da Quarta Emenda dificilmente estavam ansiosos para “abrir suas bocas para inspeção pelos agentes do rei”, demonstrando que a busca pelo significado original do dispositivo constitucional de certa forma dialogava entre a capacidade de comunicação do texto e a circunstância que envolvia os legisladores. Em *Maryland v. King*, a Suprema Corte, por 5 votos a 4, referendou a diligência investigativa.

⁴⁵⁸ Tese: “Quando os policiais fazem uma prisão com base em causa provável para detenção por um delito grave e levam o suspeito à delegacia para ser detido sob custódia, coletar e analisar uma amostra do DNA do preso é, assim como tirar impressões digitais e fotografar, um procedimento legítimo de registro policial e isso é razoável sob a Quarta Emenda”. Por maioria com os votos de: Kennedy, Roberts, Thomas, Breyer e Alito. Votos divergentes: Scalia, Ginsburg, Sotomayor e Kagan. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/569/435/>>. Acesso em: 24 out. 2023. Este é mais um julgamento que opôs magistrados que se autoproclamam originalistas: Thomas e Alito estiveram em posições diversas do entendimento de Scalia. A dissonância, como das outras vezes, foi relativa ao resultado da busca do significado original.

⁴⁵⁹ SCALIA, 2021a, p. 277.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 279.

É possível ainda dizer que a ratificação do significado original da Quarta Emenda tenha possibilitado que um potencial narcotraficante tenha se desembaraçado da lei penal por motivo banal, vez que sua residência jamais foi incomodada pelas autoridades antes da obtenção do mandado de busca e apreensão. Poderia ter sido possível, ainda, que um agressor sexual tivesse escapado da sanção porque a abordagem originalista impediria que a produção de uma prova aleatória fosse utilizada para solucionar uma investigação criminal antiga. Dentre as possibilidades que eventualmente desagradariam pelo desfecho, há que se esclarecer, como ônus da interpretação originalista adotada como princípio, que a segurança da consistência do texto pelo seu controle semântico sempre supera eventuais e desejáveis resultados que sua relativização poderia causar.

4.3 Testes interpretativos de questões penais brasileiras por meio do modelo originalista

Após mapear conceitos preliminares e precedentes doutrinários e judiciários de interpretação da norma penal, além de compreender que os métodos interpretativos geralmente utilizados pela doutrina são um misto das escolas exegéticas do positivismo legalista (literal, lógico, histórico, teleológico), com sutis adaptações à seara penal, já é possível expor, a título de exemplo, modelos interpretativos de questões penais sob a abordagem originalista, usando-se a fórmula do originalismo reformado, ou seja, dando ao elemento semântico-textual preponderância finalística e historicamente admitida. É momento de testar a tese originalista sob dispositivos legais complexos e usualmente debatidos pela exegese jurisprudencial e científica.

Para isso foram selecionadas questões que abarcam problemas hermenêuticos rotineiros: cláusulas analógicas, capacidade semântica do enunciado normativo, leitura de ficções legislativas, tipos indeterminados e tipos carentes de atualização semântico-cronológica. Tais questões visam demonstrar que a hermenêutica penal brasileira é, sobretudo, deslastrada e consideravelmente discricionária, reduzindo-se a uma opção de momento do intérprete-aplicador que, sem muitas referências à metodologia utilizada, elege um dos sentidos que pôde se apropriar do enunciado.

Para a dedução da fórmula originalista sobre o dispositivo legal, será necessário entrecortar as compreensões admitidas por fontes diversas (jurisprudência e doutrina) e aquelas que poderiam ser qualificadas como originalistas por submissão às seguintes diretrizes: *i)* rastreamento cronológico das capacidades semânticas do texto (análise filológica ou gramatical⁴⁶¹); *ii)* contextualização do texto para obtenção das possíveis pretensões legislativas com a formação sintática adotada (análise lógica⁴⁶²); *iii)* listagem das variáveis possíveis; *iv)* atualização verbal (ou não) de léxicos antiquados ou defasados.

4.3.1 Cláusulas analógicas: a infinitude das circunstâncias

As cláusulas analógicas são aquelas em que o enunciado legal assinala uma descrição objetiva e exemplificativa seguida e alternada de uma hipótese aberta. Os exemplos mais comuns são as circunstâncias de recrudescimento de pena, tal como o artigo 121, § 2º, do Código Penal: “Se o homicídio é cometido: I - mediante paga ou promessa de recompensa, *ou por outro motivo torpe (...)*”. O legislador descreve dois fatos objetivos – *paga ou promessa de recompensa* – e, a seguir, narra uma generalidade apta a possibilitar a inclusão de outros fatos objetivos assemelhados àqueles primeiros – *outro motivo torpe*.

As cláusulas analógicas estão espalhadas no Código Penal em diversas localidades. Constam no crime de estupro (artigo 226, II: “A pena é aumentada [...] de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima *ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela*”); constam no crime de rufianismo (artigo 230, § 2º: “Se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, fraude *ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima*”); fraude eletrônica (artigo 171, § 2º-A: “[...] se a fraude é cometida com a utilização de

⁴⁶¹ “*Análise gramatical*, exercício escolar pelo qual se descobre ou se mostra, numa frase, a natureza e a função das palavras que a constituem. Assim, na frase *Eles o elegeram deputado*, dar-se-á, na análise gramatical, a natureza (substantivo) e a função (predicativo do objeto *o*) da palavra *deputado*”. ANÁLISE GRAMATICAL. In: DUBOIS, Jean [et. al.]. *Dicionário de Linguística*. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2014, p. 42.

⁴⁶² “*Análise lógica*, *a)* em Ch. Bally, é um processo de análise da frase com fundamento no postulado de que cada um dos enunciados realizados compreende duas partes, uma que é o correlativo do processo, o *dictum*, e a outra pela qual o falante intervém (pensamento, sentimento, vontade) no *dictum*; é a modalidade; *b)* exercício escolar em que, seguindo uma nomenclatura institucionalizada, se identificam membros do enunciado ou, numa frase complexa, se isolam e se classificam orações, indicando-se a sua natureza e função”. *Ibidem*, p. 42.

informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, *ou por qualquer outro meio fraudulento análogo*) e outros.

Também constam no tipo principal de determinados delitos. O crime de estelionato (artigo 171) é exemplo: “Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, *ou qualquer outro meio fraudulento*”. Também no curandeirismo (artigo 284): “Exercer o curandeirismo: (...) II - usando gestos, palavras *ou qualquer outro meio*”. É possível dizer que nos crimes sexuais, em geral, a oração “outro ato libidinoso”, constante nos artigos 213, 215, 217-A, 218-A, 218-B, pode ser incluída nos rol de dispositivos analógicos⁴⁶³.

As cláusulas analógicas são problemas hermenêuticos representativos porque ensejam interpretações extensivas (quanto ao resultado) quando o exegeta não se baliza por uma orientação filológica estrita. A extensividade, nesses casos, violaria o postulado da legalidade taxativa e a regra de leniência.

Exemplificando, tem-se no crime de tráfico de drogas (artigo 33, *caput*, Lei Federal 11.343/2006) enunciado típico exautivamente taxativo: “Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. O legislador foi minucioso até para promover distinção entre “determinação legal ou regulamentar”.

Já no crime de homicídio qualificado as cláusulas analógicas são várias e demasiadas. Para fins de testagem, vejamos o artigo 121, § 2º, IV, Código Penal: “Se o homicídio é cometido (...) com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou *outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum*”.

São pelo menos três cláusulas analógicas em um mesmo enunciado: *a) ou outro meio insidioso; b) ou outro meio cruel; c) ou perigoso a terceiros*.

A doutrina penalista disserta a respeito: o veneno seria um exemplo de meio insidioso; asfixia, tortura e fogo, exemplos de meio cruel; fogo e explosivo também

⁴⁶³ Da mesma forma no crime de perigo de contágio venéreo (artigo 130, Código Penal): “Expor alguém, por meio de relações sexuais *ou qualquer ato libidinoso*, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado”.

podem resultar perigo comum⁴⁶⁴. A fórmula genérica do meio cruel é geralmente assim explicada:

Meio cruel é a forma brutal de perpetrar o crime, é meio bárbaro, martirizante, que revela ausência de piedade, v. g., pisoteamento da vítima, dilaceração do seu corpo a facadas etc.

(...)

São cruéis aqueles meios que aumentam inútil e desnecessariamente o sofrimento da vítima ou revelam brutalidade ou sadismo fora do comum, contrastando com os sentimentos de dignidade, de humanidade e de piedade. Age com crueldade, por exemplo, quem revela, com a sua conduta, particularmente dolorosa, absoluta ausência de qualquer sentimento humanitário.⁴⁶⁵

Não há maiores digressões sobre a construção semântica ou sintática do enunciado normativo. Em regra, a doutrina se remete à Exposição de Motivos do Código Penal, que afirma:

Vem a seguir o "emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso (isto é, dissimulado na sua eficiência maléfica) ou cruel (isto é, que aumenta inutilmente o sofrimento da vítima, ou revela uma brutalidade fora do comum ou em contraste com o mais elementar sentimento de piedade) ou de que possa resultar perigo comum".

A fonte jurisprudencial não diverge da doutrinária. Para o Superior Tribunal de Justiça (STJ), cruel é o homicídio “perpetrado com extrema violência” e que cause “sofrimento físico intenso, atroz e desnecessário”⁴⁶⁶. Em um julgado específico, voto divergente no Supremo Tribunal Federal aponta para a necessária identidade entre as fórmulas casuísticas (asfixia, fogo e tortura) e as hipotéticas fórmulas genéricas:

O próprio Código Penal sinaliza o que se pode entender como meio cruel. Ele o faz de forma exemplificativa, – estou convencido disto: não é de forma exaustiva –, versa a prática do crime mediante veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio idêntico.

(...)

Teria havido o desforço físico e, então, os agentes lançaram mão de um pedaço de madeira e, também, de uma arma branca. Esses dois elementos

⁴⁶⁴ SOUZA, Luciano Anderson. *Direito penal: parte especial*, vol. 2: arts. 121 a 154-A do CP. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 58-59.

⁴⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, vol. 2. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2020b, p. 214-215.

⁴⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 807393. Relator: Ribeiro Dantas – Quinta Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 25 maio 2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202300741667&dt_publicacao=26/05/2023>. Acesso em: 16 jan. 2023.

consustanciam algo que se equipara à utilização de veneno, de fogo, de explosivo, de asfixia, de tortura ou outro meio idêntico?⁴⁶⁷

A dúvida hermenêutica que paira é quão assemelhada deve ser a conduta para ser emparelhada às fórmulas casuísticas do *meio cruel*. A solução desse conflito tem se dado a partir da cognição da descrição fática narrada em âmbito processual, isto é, o conceito de “meio cruel” está vinculado à compreensão, a *posteriori*, de eventos que possam ser qualificados como cruéis:

Como referido, meio cruel é aquele que provoca grave e desnecessário sofrimento à vítima. São infinitas as possibilidades de morte perpetrada por meio cruel (*v. g.*, jogar a vítima na jaula de animais ferozes para que morra devorada por estes, atirá-la no tanque com ácido ou atropelá-la). O número de tiros ou facadas, por si só, apesar de julgados contraditórios a respeito, não configura meio cruel, devendo ser analisada a situação concreta. Assim, *e. g.*, o lento esfaqueamento, em partes não vitais, para se comprazer com a dor da vítima, é meio cruel, mas inúmeras facadas sequenciais em situação de ódio, não.⁴⁶⁸

A aleatoriedade é perceptível. A doutrina ora se refere ao *método* cruel (jogar a vítima na jaula de animais), ora se refere ao *resultado* cruel (lentas facadas para comprazer com a dor da vítima). Talvez seja cruel, do ponto de vista ético e estético, o *método* de aniquilar uma pessoa em uma cadeira de eletrocussão, mas o sofrimento infligido à vítima é diminuído (daí sua opção no rol de penas capital). De outra forma: todo atropelamento é *meio cruel*? E se causar à vítima morte instantânea e imperceptível? Ora, se o *meio* escolhido (dolo) pelo algoz deve ser proporcional e suficiente à causação de intenso sofrimento à pessoa vitimada, dele independeria o resultado naturalístico da conduta⁴⁶⁹.

Uma única facada no abdômen de uma pessoa pode ou não infligir enormes sofrimentos a ela, a depender de onde a lâmina atingir. Assim, tomar-se-á como meio cruel apenas se o resultado do golpe causar dores lancinantes? Então tratar-se-ia de *resultado* cruel, e não de *meio*? Ou então: o meio só será tido como cruel se o resultado também o for?

⁴⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 108.734. Relator: Luiz Fux – Primeira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 29 mar. 2012. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1863313>>. Acesso em: 16 jan. 2023.

⁴⁶⁸ SOUZA, 2021b, p. 60.

⁴⁶⁹ Não faremos qualquer digressão sob a perspectiva da teoria da culpa e do dolo, uma vez que uma determinada conduta pode imprudentemente causar um resultado mais gravoso, fugindo ao escopo da questão suscitada no tópico.

A ausência de regular análise filológica da expressão “meio cruel” possibilita ao intérprete-aplicador variar as cláusulas analógicas *ad infinitum*.

Analisando-se as orações interpostas no enunciado legal – “com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel” –, toma-se que as fórmulas casuísticas são exemplificativas de “meio”, que por sua vez tem a seguinte acepção semântica:

1 Que fica em um ponto médio, à mesma distância de dois outros pontos: *Estamos a meio caminho da padaria*. 2 Que não está, não se realiza ou não se mostra em sua totalidade ou com toda a intensidade; débil; fraco: *Endereçou-lhe um meio sorriso*. [Ant.: *forte, intenso*.] 3 Que tem aproximadamente a metade da quantidade ou duração normal de algo: *Ela trabalha meio expediente*. sm. 4 Ponto situado no centro de algo: *Colocou o vaso no meio da mesa*. [Ant.: *beirada, borda*.] 5 Momento situado aproximadamente à mesma distância do começo e do fim: *Estamos no meio do verão*. 6 Ambiente natural de um ser vivo; âmbito; espaço: *O meio do jacaré é o pântano*. 7 Fig. Esfera social em que se vive ou trabalha; círculo: *Não se adaptou ao meio intelectual do marido*. 8 Aquilo de que alguém serve para atingir um fim; artifício; recurso: *Tentou por todos os meios convencê-lo a estudar*. 9 Modo de procedimento, de ação; forma; jeito: *O meio legal é a melhor forma de resolver esse conflito*. 10 Método, receita, maneira (meio de emagrecer) 11 Objeto, dispositivo ou estrutura que serve para algum propósito (meios de transporte, meios de comunicação). adv. 12 Não completamente; um tanto: *“Ficou meio constrangida de dizer isso...”* (Ana Maria Machado, *A audácia dessa mulher*) [Ant.: completamente, totalmente.] num. 13 Metade da unidade ou de um todo: *Quero meio quilo de carne*. [F.: Do lat. *medius, a, um*.] (...).

O *meio* é léxico polissêmico, variando do substantivo ao adjetivo, podendo ser até numeral. Como substantivo, é adjetivado por “cruel”, isto é:

1 Que é malvado, que maltrata (inimigo cruel); atroz; bárbaro; desumano: *Ele é cruel com os animais; um tirano cruel na forma de tratar os adversários* [Ant.: *benevolente, bondoso, clemente*.] 2 Que causa dor, sofrimento; (vida cruel, destino cruel); doloroso [Ant.: *bom, feliz*.] 3 Terrível, horrível, implacável (doença cruel) 4 Rigoroso, intransigente (patrão cruel; crítica cruel) [Ant.: *indulgente, transigente*.] 5 Que expressa ou denota crueldade (sentença cruel; decisão cruel) 6 Sangrento, cruento (combate cruel) [Pl.: -éis. Superl.: *crudelíssimo, cruelíssimo*.] [F.: Do lat. *crudelis*.]⁴⁷⁰

⁴⁷⁰ CRUEL. In: AULETE, *op. cit.*, p. 422. No da promulgação da norma (1985), a significação de “cruel” era semelhante, ou seja, não houve ampliação ou restrição de sua conotação: “1. Que se compraz em fazer mal, em atormentar ou prejudicar; cruento: *indivíduo cruel*. 2. Duro, insensível, desumano, cruento: *homem de natureza cruel*. 3. Severo, rigoroso, tirano: *juiz cruel*. 4. Que denota crueldade: *ação cruel; lei cruel*. 5. Pungente, doloroso: *Foi-lhe cruel a perda do amigo*, “só depois de cruéis angústias tive o consolo de vê-la recobrar os sentidos” (José de Alencar, *Luciola*, p. 185). 6. Cruento (1): luta cruel. Superl. abs. sint.: *crudelíssimo e cruelíssimo*”. CRUEL. In: HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985, p. 504.

Dada a polissemia da expressão, o potencial semântico de “meio cruel” pode variar desde “recurso intransigente” a “forma dolorosa”.

Em uma abordagem originalista, o método histórico-semântico possui especial relevância a fim de se consagrar o binômio “fixação + constrição”. Assim, a significação textual legal de *meio cruel* é dada pela capacidade semântica dos termos utilizados, somada à perspectiva cronológica-ambiental da promulgação da lei, e nesse caso facilmente aferível na Exposição de Motivos do Código Penal: “que aumenta inutilmente o sofrimento da vítima, ou revela uma brutalidade fora do comum ou em contraste com o mais elementar sentimento de piedade”.

Dessa forma, a conciliação de uma possibilidade semântica – recurso intransigente – ao conteúdo histórico-legislativo da elaboração da norma é dificultoso, vez que a intransigência pode não causar sofrimento suficiente a ensejar maior repressão. Por outro lado, a ideia de *forma dolorosa* como sinônimo de *meio cruel* é mais pertinente a uma hermenêutica amparada no postulado da legalidade estrita.

Com isso é possível consagrar, pela ótica originalista, que a qualificadora do crime de homicídio por meio cruel é “modo, método ou forma dolorosa e sofrida”, ainda que o resultado seja, ao contrário, indolor e imperceptível. A capacidade semântica do texto informa ao hermeneuta que a maneira utilizada pelo homicida deve ser *potencialmente* causadora de intenso sofrimento à vítima, ainda que ela, por outra eventualidade, não sofra o mal próprio daquela instrumentação (por exemplo: vítima que desmaia antes de sofrer queimaduras).

Por outro lado, será incabível a referida circunstância qualificadora se o meio utilizado não for potencialmente cruel, mas o resultado naturalístico da conduta causar intensa dor e aflição à vítima. Exemplo: balear a vítima em parte do corpo sensível à dor, mas de consumação (morte) retardada, causando à pessoa longa jornada de aflição antes do falecimento⁴⁷¹.

A partir dessas considerações, é possível dissentir a respeito da amplitude da cláusula analógica, entre a potencialidade do meio de causação de dor. Haverá quem entenda que a penetração de uma lâmina afiada no corpo humano é instrumento irredutivelmente doloroso; haverá quem compreenda que tal iniciativa

⁴⁷¹ Veja-se que, nesse caso, se o tiro tivesse atingido ponto vital da cabeça da vítima, seu falecimento até poderia se prostrar no tempo, mas a inconsciência forjada pelo ferimento atenua o sofrimento. Por isso o alvejamento por projétil de arma de fogo não é meio *inerentemente* cruel.

não é incomum à natureza da lesão final que se pretende causar. O fato é que, numa interpretação originalista de “meio cruel”, a definição da circunstância *não pode* depender do resultado causado na vítima.

Para tanto, propõe-se que a amplitude seja balizada da seguinte forma: a) o método utilizado pelo agente deve ser potencialmente doloroso à vítima; b) é potencialmente doloroso aquele instrumento capaz de prolongar no tempo o sofrimento da vítima; c) a potencialidade do mecanismo adotado deve se assemelhar às fórmulas casuísticas previstas no dispositivo (asfixia, fogo, tortura), isto é, deve ser potencialmente asfixiante, queimante ou torturante; d) a semelhança deve ser comparável à dimensão comum das três fórmulas, isto é, a duração do sofrimento infligido, vez que a vítima, em regra, não desfalece rapidamente em nenhuma delas.

Tal é a proposta sob perspectiva originalista, valendo-se principalmente do postulado da taxatividade, impedindo assim que a expressão *meio cruel* possa variar a tal a ponto de nada significar objetivamente.

O mesmo raciocínio, portanto, vale às ideias de *meio insidioso* e *meio extensivamente perigoso*. As cláusulas analógicas do homicídio qualificado devem sofrer limitação semântica quanto ao método de execução criminosa empregado, ainda que o resultado fuja da potencialidade da forma utilizada. E devem, sobretudo, se assemelhar às casuísticas veneno e explosivo, respectivamente.

Em outro caso já citado – circunstância majorante dos crimes contra a dignidade sexual –, a norma fala em aumento de pena caso o agente violador seja, em relação à vítima, “ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela” (artigo 226, II, Código Penal). A cláusula é indubitavelmente analógica: permite-se que qualquer agente com autoridade ascendente sobre a vítima, independente da qualificação, sofra o acréscimo penal.

Seria então aplicável ao guia turístico que constrange sexualmente criança ou adolescente a quem era responsável por cuidados durante a visita? A autoridade pode ser transitória? Qual a definição de “tio”⁴⁷² e de “companheiro”? “Preceptor”

⁴⁷² No costume da sociabilidade brasileira, “tio” pode ser o professor, o pai do amigo, o dono da mercearia ou o primo colateral mais velho. Está-se diante de um *tio flexível* ou de um tio legalmente definido pelo Código Civil, isto é, o irmão da mãe ou do pai? Diz a norma cível: “Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade. § 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

equivale a professor em todas as situações? O porteiro do prédio, que exerce poder de vigilância e de locomoção, é um título de autoridade? É possível crer que toda criança é inerentemente submissa a qualquer adulto e que, por essa condição, há aplicação automática do dispositivo majorante nos casos de crimes sexuais contra menores? Como se vê, as cláusulas analógicas atraem problemas que repercutem gravemente na jurisdição criminal.

A solução para tantas perguntas deve se estabelecer na fórmula já mencionada: escavar a filologia de cada verbete utilizado para constituir a fórmula casuística e, após, assimilá-lo conceitualmente à fórmula genérica, tendo como baliza os fatores incisivos do direito penal: taxatividade e leniência.

Assim, só se pode considerar incurso nas penas aumentadas do artigo 226, II, do Código Penal, quem detiver autoridade que se assemelhe àquela prevista casuisticamente (ascendente, padrasto, irmão, cônjuge, tutor *etc.*), considerando-se as definições estritas e legais de cada uma.

4.3.2 Limite semântico: a interrupção da prescrição por acórdão

Em outro teste selecionado, parte-se da interpretação do artigo 117 do Código Penal, a respeito de causa interruptiva de prescrição. Aqui, a exegese mais criticada tem ampliado a denotação do enunciado, para possibilitar maior número de interrupções prescricional, em prejuízo do réu.

Dispõe o enunciado: “O curso da prescrição interrompe-se: (...) IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis”.

O busílis se dá quanto à expressão “acórdão condenatório”. Sem grandes divergências, a doutrina penalista tem interpretado o enunciado de maneira estrita, ou seja: a publicação de acórdão condenatório (reformatório de absolvição) é causa de interrupção da prescrição. Acórdão mantenedor de condenação já ocorrida preteritamente não interrompe a prescrição:

Em relação a acórdão em sede recursal, cumpre salientar que somente se pode taxá-lo de “condenatório” quando a sentença de 1ª instância foi absolutória. Com efeito, o acórdão meramente confirmatório de uma condenação em 1º grau não interrompe a prescrição. Ressalte-se, porém, a

§ 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável”. Se se quer tutelar o parentesco, não há que se falar em aplicação da norma incriminante nos casos de marido da irmã do pai (“tio” por extensão social) ou de tio-avô (irmão do avô).

jurisprudência do STF no sentido de que o acórdão confirmatório da condenação, mas que modifica substancialmente a pena, efetuando o seu redimensionamento, assume o caráter de marco interruptivo da prescrição. Se, todavia, a sentença condenatória foi reformada pelo Tribunal em grau de apelação, absolvendo o réu, mantém-se a interrupção provocada pela publicação da decisão de 1ª instância. Da mesma forma, não afeta a interrupção da prescrição o acórdão confirmatório da condenação, mas que diminui a pena imposta. A sentença anulada não interrompe a prescrição, pois, repita-se, um ato nulo não produz efeitos jurídicos.⁴⁷³

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), enfrentando a questão, assinalou o inverso em sede de julgamento de recursos repetitivos (*precedente*, portanto): qualquer acórdão interrompe a prescrição. Fixou-se a seguinte tese: “O acórdão condenatório de que trata o inciso IV do art. 117 do Código Penal interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório de sentença condenatória, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta”⁴⁷⁴. Há sensível divergência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)⁴⁷⁵, por ora.

Em uma interpretação originalista do referido enunciado de matéria penal, o acórdão meramente confirmatório da sentença condenatória, ou reformatório no sentido de atenuá-la, não interrompe a prescrição da pretensão punitiva. Somente o acórdão que *reforma* e *inverte* sentença originariamente absolutória ou declaratória da extinção de punibilidade detém capacidade interruptiva. A prescrição é interrompida na *primeira* condenação declarada no processo.

Isto porque a capacidade semântica das expressões legais constantes na oração – “pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis” –,

⁴⁷³ MASSON, *op. cit.*, p. 662. De mesma maneira Nucci: “E quanto ao acórdão confirmatório da decisão condenatória? Não foi incluído na alteração. Logo, nesse caso, não se pode utilizá-lo para a interrupção da prescrição. Seria uma interpretação extensiva desnecessária e contrária aos interesses do réu. Olvidou-se boa oportunidade para tê-lo incluído também como causa interruptiva da prescrição. Nem se diga que acórdão condenatório é o mesmo que acórdão confirmatório da condenação. Com a devida vênia, não é. O acórdão condenatório está em contraposição à sentença absolutória de primeira instância. Caso a decisão do colegiado simplesmente mantenha o que foi concretizado em primeiro grau, é acórdão confirmatório, embora substitua a sentença para efeito de cumprimento em execução. (...) Sentença condenatória reformada, diminuindo a pena: não afeta a interrupção da prescrição, pois não se encaixa nas hipóteses legais”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 17. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2017, p. 431-432.

⁴⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 19.200.091. Relator: Jesuíno Rissato – 3ª Seção. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 19 ago. 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1920091>. Acesso em: 16 jan. 2024.

⁴⁷⁵ “É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que o acórdão que confirma ou diminui a pena imposta na sentença condenatória não interrompe a prescrição, e o cálculo da prescrição segundo a pena reduzida pressupõe que não haja recurso da acusação para exasperá-la”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 96.009. Relatora: Cármen Lúcia - Primeira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, 15 maio 2009. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2636557>>. Acesso em: 17 jan. 2024.

tomadas de acordo com a cronologia da promulgação da norma, impede a extensão de sua significação para além da hipótese mais estrita.

“Acórdão” tem significação limitada⁴⁷⁶, mas quando inserida no contexto jurídico, expande-se para alojar outros preceitos:

Na tecnologia da linguagem jurídica, *acórdão*, presente do plural do verbo *acordar*, substantivado, quer dizer a *resolução* ou *decisão* tomada coletivamente pelos tribunais de justiça. A denominação vem do fato de serem todas as sentenças, ou decisões proferidas pelos tribunais, na sua conclusão definitiva e final, precedidas do verbo *acordam*, que bem representa a vontade superior do poder, ditando o seu veredicto. (...) O conjunto de acórdãos dos tribunais forma a sua jurisprudência, que se diz mansa e pacífica, quando se verifica repetida e uniforme para os mesmos casos e iguais relações jurídicas, submetidas a seu veredicto. Acórdão. Também significa acordo e a decisão, ou resolução tomada em caráter unânime.⁴⁷⁷

A substantivação do verbo “acordar” flexionado no presente do plural implica necessariamente na tomada de decisão coletiva – “juízes que acordam sobre determinada questão”. Tal ocasião ocorre por meio de recursos processuais que impugnam decisões tomadas por juízes singulares perante turmas julgadoras⁴⁷⁸. De toda forma, o acórdão é inerentemente “sentença colegiada”, traduzindo-se “acórdão colegiado” de mero pleonismo.

O acórdão é qualificado como “condenatório”, léxico que o adjetiva para de imediato informar que o conteúdo da decisão é desfavorável ao polo passivo da ação penal – ou seja, a pretensão de condenação nas penas almejadas deve estar deferida. *Condenatório* não é termo polissêmico⁴⁷⁹.

Desde logo temos poucas variações na expressão “acórdão condenatório”, todas elas orbitando em um único sentido: decisão judicial colegiada que implique na condenação do acusado.

⁴⁷⁶ Vide: “sm. *Jur.* Sentença final dada por instância superior que passa a funcionar como modelo para solucionar questões análogas [Pl.: -dãos.] [F.: Subtv. de *acordam*, do v. *acordar*, ‘concordar’. Hom./Par.: *acórdão* (sm.), *acordam* (fl. de *acordar*), *acórdão* (sm.).]”. In: AULETE, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁷⁷ ACÓRDÃO. *Ibidem*, p. 35.

⁴⁷⁸ As novas decisões não são necessariamente acordadas por magistrados *ad quem*, dado que o modelo processual penal brasileiro admite a impugnação de sentença monocrática sob decisão de juízes do mesmo escalão nas causas de competência do Juizado Especial Criminal. VASCONCELOS, Mônica Carvalho; BRUNO, Nayara Santana. Atuação dos juízes leigos na turma recursal do Ceará e a eficiência da prestação jurisdicional. *Revista Jurídica*, v. 4, n. 76, 2023, p. 458-483.

⁴⁷⁹ Vide: “1 Que envolve, suscita ou contém condenação (evidência condenatória): ‘...constrangedoras declarações de voto condenatório...’ (O Globo, 01.06.2002) 2 Ref. a condenação [F.: *condenar* + *tório*.]”. CONDENATÓRIO. In: AULETE, *op. cit.*, p. 372.

Por outro lado, o sentido praticamente unívoco da expressão legal contrasta sutilmente com a tese fixada pelo STJ – “O acórdão condenatório (...) interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório de sentença condenatória, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta” –, uma vez que o acórdão *confirmatório* não tem sinonímia com acórdão *condenatório*.

Nesse ponto, *confirmar* uma condenação anterior (aquela proferida por sentença singular) não equivale a *condenar em sobreposição*. Confirmar não é (re)condenar, pois (acórdão) *confirmatório*⁴⁸⁰ difere de (acórdão) *condenatório*. O acórdão condenatório, conforme a capacidade semântica dessa expressão, é mera decisão colegiada que atesta a validade da decisão condenatória impugnada em grau recursal.

Acaso ainda pareça dúvida de que o acórdão mantenedor, isto é, “quando confirmatório de sentença condenatória, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta”, não equivalha a acórdão *condenatório*, conforme análise filológica praticada, a mera interpretação lógico-sistemática (eventualmente inserida no escopo da interpretação histórica, já que a pontual pretensão legislativa se conforma ao texto ao redor⁴⁸¹) é suficiente para eliminar dúvidas remanescentes.

Incisos anteriores do mesmo artigo 117 denotam que o legislador, quando quis fazê-lo, inseriu como causa de interrupção de prescrição acórdão confirmatório de sentença de pronúncia: “O curso da prescrição interrompe-se: (...) III - pela decisão confirmatória da pronúncia”. Pelas palavras utilizadas no texto, não se faz necessário que a decisão referida seja um acórdão (colegiado), basta que seja uma decisão (judicial)⁴⁸². Caso ela confirme a decisão judicial pretérita que tenha declarado pronúncia de réu em crimes de competência do tribunal do júri, o lapso prescricional será interrompido. Isso se estenderia às decisões monocráticas que

⁴⁸⁰ Vide: “Que diz respeito a ou envolve confirmação (exame confirmatório); atestatório; comprobatório; confirmante [F.: *confirmado* (f. rad. *confirmat-*) + *-ório*.]”. CONFIRMATÓRIO. In: AULETE, *op. cit.*, p. 376.

⁴⁸¹ Mais explicitamente, o agir histórico do legislador opera sobre o ordenamento jurídico posto pontual inserção normativa, que deve, por recentidade, causar antinomia com texto anterior que não tenha sido expressamente revogado. O novo texto, ao se conformar com o todo do ordenamento, denota a vontade legislativa de *conformar* a nova ordem à antiga. Daí que a interpretação lógico-sistemática também seja tributária à perspectiva histórico-intencionalista.

⁴⁸² Vide: “O acórdão que exclui qualificadora é, também, confirmatório da sentença de pronúncia, a teor do disposto no art. 117, III, do CP. Daí interromper a prescrição. O marco inicial do prazo prescricional é, pois, a data da publicação do acórdão, não a data da sentença de pronúncia”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus n. 99.292. Relator: Eros Grau – Segunda Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 29 out. 2009. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2680307>>. Acesso em: 17 jan. 2024.

confirmam a pronúncia ao indeferir monocraticamente recurso especial ou extraordinário, nas ocasiões e que os regimentos internos dos tribunais superiores preveem expediente singular do magistrado relator. Tão logo indeferido fosse o recurso, confirmando a pronúncia, interrompida estará a prescrição.

O mesmo não ocorre com o inciso IV do artigo 117. O legislador fez a opção de utilizar palavras unívocas na formulação do atual enunciado, promulgado e vigente desde o ano de 2007. Se pretendesse interromper a prescrição por meio de qualquer acórdão, deveria tê-lo feito expressamente: “pela publicação de acórdão condenatório ou confirmatório recorrível”.

Pois então, em análise originalista, interposta pela via preponderantemente filológica-histórica, o acórdão meramente confirmatório de sentença condenatória não tem o condão de interromper a prescrição penal – ir além disso implicaria em reproduzir interpretação extensiva em violação ao princípio do *favor rei*.

4.3.3 Ficção penal: a estrutura do crime continuado

O modelo de crime continuado previsto no Código Penal é ficção jurídica⁴⁸³ criada para inibir a desproporcionalidade das penas⁴⁸⁴. Conforme o artigo 71, *caput*: “Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços”. Por se tratar de

⁴⁸³ “A teoria da ficção jurídica entende que as várias ações levadas a efeito pelo agente que, analisadas individualmente, já consistiam em infrações penais, são reunidas e consideradas fictamente como um delito único”. GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 336-337. Não se descuida, a propósito, daqueles que creem ser o crime continuado um evento da realidade, não ficto, mas “uma particular manifestação delituosa que reclama, de justiça, aplicação penal diversa da pura e simples acumulação do concurso material”. GARCIA, *op. cit.*, p. 517.

⁴⁸⁴ “(...) a figura do crime continuado não é de data recente. As suas origens ‘políticas’ acham-se sem dúvida no *favor rei* que impeliu os juristas da Idade Média a considerar como furto único a pluralidade de furtos, para evitar as consequências draconianas que de modo diverso deveriam ter lugar: a pena de morte ao autor de três furtos, mesmo que de leve importância. Os nossos práticos insistiam particularmente na contextualidade cronológica da prática dos vários crimes, para considerá-los como crime único, se bem que houvesse também quem se preocupasse em encontrar a unidade do crime no *uno impetu* com o qual os crimes teriam sido realizados. Da Idade Média, a figura do crime continuado foi trasladada para todas as legislações (...)”. BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 312.

norma geralmente⁴⁸⁵ benéfica ao acusado, adéqua-se o postulado da taxatividade ao brocardo do *favor rei*.

O enunciado possui diversos vocábulos polissêmicos que dificultam a rápida hermenêutica, além de construções frasais que impõem ao intérprete-aplicador a sondagem fracionada dos elementos constitutivos do enunciado (requisitos à aplicabilidade do instituto), a exemplo: “crimes da *mesma espécie*” e “condições de tempo, lugar, maneira de execução e *outras semelhantes*”.

A base da regra de exasperação do crime continuado tem perspectiva inerentemente historicista-intencionalista, no sentido de se evitar a desproporção da dosimetria penal em condutas seriadas e objetivamente projetadas. Nesse ponto, um originalista tradicional e remissivo aos trabalhos legislativos cronológicos conferirá peso majoritário à noção albergada pelo legislador originário, qual seja, a de que a teoria da ficção jurídica tem motivação humanitária:

A base argumentativa dessa teoria passa pela origem do instituto, que como visto, provém de um intento de humanização da pena, evitando a produção de um resultado gravíssimo oriundo da cumulação de delitos leves, constituindo, portanto, uma *vontade do legislador* e não uma realidade.⁴⁸⁶

Investindo numa análise originalista reformada, com preponderância de análise filológica-cronológica, os elementos normativos do enunciado legal podem divergir daquilo que doutrina e jurisprudência têm firmado a respeito. Vejamos o caso da expressão “crimes de mesma espécie”.

Segundo Reale Júnior, “a homogeneidade prende-se a que os crimes (...) atinjam o mesmo bem jurídico e se enquadrem no mesmo tipo penal, independentemente de circunstâncias que qualifiquem ou privilegiem”⁴⁸⁷. Para

⁴⁸⁵ Diz-se “geralmente” porque há hipóteses minoritárias de a aplicação da norma do crime continuado ser mais prejudicial que a aplicação usual da norma do concurso material de aplicação cumulativa das penas privativas de liberdade em que haja incorrido (artigo 69, Código Penal), como no caso dos delitos cometidos com violência ou grave ameaça contra vítimas distintas. Não à toa o parágrafo único do artigo 71 prescreve: “Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, *observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código*”. Por sua vez, o parágrafo único do artigo 70 dita: “Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código”.

⁴⁸⁶ BUSATO, *op. cit.*, p. 1292.

⁴⁸⁷ Ainda, para o autor, “a identidade jurídico-penal decorre dos fatos se adequarem ao tipo fundamental, em seus elementos essenciais”. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 438. Ou seja, a identidade de espécies deve considerar o tipo fundamental e o bem jurídico protegido. Para se atingir “o mesmo bem jurídico”, é preciso consagrar

Damásio de Jesus, são os fatos que violam o mesmo tipo, como por exemplo o cometimento de um furto simples e outro qualificado (ambos submetidos ao artigo 155 do Código Penal); diverso é o vaticínio quando há cumulação de um furto e um roubo, posto tratem-se de bens jurídicos diversos (um tutela o patrimônio, outro tutela o patrimônio em conjunto com a liberdade individual)⁴⁸⁸. Heleno Cláudio Fragoso vai além: “crimes da mesma espécie não são apenas aqueles previstos no mesmo artigo de lei, mas também aqueles que ofendem o mesmo bem jurídico e que apresentam, pelos fatos que os constituem ou pelos motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns”⁴⁸⁹ – e assim seriam continuados o roubo e a extorsão (artigos 157 e 158).

Ocorre que a própria ciência penal é vacilante sobre o tema, mormente quando se depara com as particularidades do caso concreto. A exemplo do crime de homicídio – haveria continuidade delitiva na conduta de sujeito que mata duas pessoas seguidamente e da mesma forma? Basileu Garcia disserta:

(...) há um crime só, um crime que continua. Daí, a nosso ver, o desacerto das opiniões que admitem crime continuado quando o mesmo réu mata sucessivamente, quase simultaneamente, diversas vítimas, ou mata umas e tenta matar outras. Poder-se-á acaso dizer que o homicídio de *A* é continuação do homicídio de *B*? A resposta afirmativa seria radicalmente contrária à índole do instituto do delito continuado. De igual modo, representaria um disparate dizer, quanto a um indivíduo que houvesse induzido a relações carnavais duas ou três mulheres casadas, ser responsável por um crime continuado de adultério.

(...) Nesse caso, é obviamente imprescindível que o sujeito passivo seja o mesmo, isto é, que haja unidade do bem jurídico lesado, pois que, tratando-se de bens que só podem ser lesados na pessoa do respectivo titular, não é admissível, sem ofensa ao bom senso, que, diversas as pessoas, a lesão praticada contra uma seja continuação da *praticada* contra outra.⁴⁹⁰

Ora, mas se a *índole do instituto* é apaziguar determinadas penas – por que somente em determinados casos? Cogita-se que o intérprete-aplicador, antenado

que bem jurídico-penal trata-se de valores e interesses da sociedade materialmente extraídos da convivência diária e conhecidos pelo legislador como merecedores de tutela penal. Consequência disso é admitir que, encerrado o interesse social no objeto, perde o injusto penal razão de ser. PASCHOAL, Janaína. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 43-48.

⁴⁸⁸ JESUS, Damásio de. *Código penal anotado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 289.

⁴⁸⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal - parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 351.

⁴⁹⁰ GARCIA, *op. cit.*, p. 522-523. É possível detectar contradições nesse raciocínio. Se não há continuidade delitiva quando os crimes ofendem titulares distintos, como no caso de crimes contra a vida contra pessoas distintas, então tampouco se haveria de falar em crime continuado de furto contra patrimônios distintos, afinal, tais patrimônios não são coletivos, mas individualizados – cada pessoa tem seu patrimônio.

com a hipótese de injustiça no deferimento da regra do crime continuado em homicídios seriados, desvia-se da capacidade semântica do texto e o restringe para fomentar determinado resultado. Em outras palavras: nega o texto.

A questão cingir-se-ia sobre a expressão “crimes de mesma espécie” poder significar “mesmo tipo penal e mesmo bem jurídico protegido”, ou se poderia significar tão somente “mesmo bem jurídico protegido”. A solução para o litígio é averiguar a capacidade semântica do termo “espécie”:

1 Aspecto, característica que, comum a certo grupo de indivíduos, serve para caracterizar esse grupo; gênero; natureza; qualidade 2 *Biol.* Grupo de indivíduos, animais ou vegetais assim caracterizados (espécie humana, espécie vegetal) 3 Denominação de algo que, não se sabendo definir com exatidão, compara-se a algo que lhe serve de referência; tipo: *O sujeito era uma espécie de filósofo de esquina.* 4 Exemplar ou caso específico de uma categoria genérica; tipo; variedade: *Um utilitário é uma espécie de jipe, com cara de automóvel de passeio.* 5 *Bibl.* Designativo de entidades bibliológicas (livro, manuscrito etc.) 6 *Antq. Econ.* Dinheiro vivo, moeda: *Recebeu a quantia em espécie.* 7 *Mat.* Quantidade da mesma natureza 8 *Biol.* Categoria taxonômica fundamental, que se encontra abaixo da categoria de gênero, e constituída por indivíduos muito semelhantes entre si [Ver tb. gênero (1).] 9 O mesmo que especiaria [F.: Do lat. *specie.*] (...).⁴⁹¹

Apesar da polissemia, a variação que comporta acepção jurídica da palavra está entre três ideias: *a)* como sinônimo de gênero; *b)* como inexatidão comparável a algo que lhe serve de referência; *c)* exemplar de uma categoria genérica. Veja-se que espécie pode significar *gênero*, em determina construção verbal, ou significar *exemplar deste gênero*, em outra.

A opção por uma das hipóteses pode constranger ou amplificar conteúdo jurídico da palavra espécie, tal como está posicionada no artigo 71 do Código Penal. Se for tomada como exemplar de um gênero que a circunscreve, a continuidade delitiva só terá razão de ser quando os crimes praticados forem do mesmo tipo penal (espécie do gênero crimes contra determinado bem jurídico). Se for tomada como sinônimo do próprio gênero, então vigoraria a noção de crime continuado como pluralidade homogênea de condutas que firam os mesmos bens jurídicos.

⁴⁹¹ ESPÉCIE. *In*: AULETE, *op. cit.*, p. 395. Em 1985, data da promulgação da norma que reformou o Código Penal, o verbete “espécie” possuía a mesma definição, sem novas conotações, conforme: “1 Gênero, natureza, qualidade, sorte: *indivíduos, objetos da mesma espécie.* 2 Condição, caráter, casta: *Na festa havia gente de toda espécie.* 3 Aparência, simulacro: *Usou de astúcia sob a espécie de amizade.* 4 Aquilo que, não podendo definir precisamente, comparamos com outra coisa, por aproximação: *uma espécie de seda (...).* ESPÉCIE. *In*: HOLANDA, *op. cit.*, p. 701.

Amparado no postulado do *favor rei*, a melhor interpretação que beneficia o jurisdicionado é a segunda: “crimes da mesma espécie” *significa* crimes praticados contra um mesmo bem jurídico-penal tutelado por tipos variados.

A capacidade semântica do texto, contudo, permite ao intérprete-aplicador reduzir o escopo de incidência da norma, fazendo valer a tese da cumulação entre mesmo tipo penal e mesmo bem jurídico-penal tutelado. Se o fizer, deverá estar consciente da adoção de perspectiva contrária ao réu.

Celso Delmanto complementa com remições ao texto que rodeia o artigo 71 (*nos citur a sociis*: conhece-se pelos seus pares), demonstrando que o legislador fez uso de verbetes que demonstram a pertinência da tese do “mesmo bem jurídico protegido”:

Ela é a mais acertada, não só porque o instituto do crime continuado, originariamente, visa ao benefício do acusado, como, principalmente, em razão das expressões que o legislador emprega nos arts. 69 e 70. Neles, fala em crimes “idênticos ou não”, enquanto neste art. 71 refere-se a “crimes da mesma espécie” e prevê, expressamente, a possibilidade de serem as penas idênticas ou a ‘mais grave’, o que mostra que os delitos não precisam estar previstos no mesmo tipo.⁴⁹²

Mas é de se notar que a doutrina jurídica afrouxa suas convicções para oportunizar desvios à aplicabilidade do artigo 71 do Código Penal.

As decisões judiciais por vezes acompanham a doutrina. Os tribunais já restringiram a aplicabilidade da regra do crime continuado em diversas vezes: inexistência da continuação se os crimes não forem praticados na mesma cidade; se há lapso de trinta dias entre um crime e outro⁴⁹³; se os crimes forem praticados com coautores diferentes ou com instrumentos diversificados; ou ainda se houver habitualidade criminosa do agente.

A jurisprudência sobre o tema é discricionária-voluntarista. Em determinado julgado, o STF⁴⁹⁴ manifestou necessidade de cautela sobre a “pertinência” de se

⁴⁹² DELMANTO, Celso [et. al.]. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 369.

⁴⁹³ Vide: “(...) firmou-se, nesta Corte, o entendimento de que não ser possível a aplicação da regra quando os delitos tiverem sido praticados em período superior a 30 dias”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.503.538. Relator: Néfi Cordeiro - Sexta Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 21 maio 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201403350430>. Acesso em: 19 jan. 2024.

⁴⁹⁴ “Para crimes graves, roubos qualificados, praticados com violência ou ameaça contra vítimas diversas, a *pertinência da regra do crime continuado deve ser avaliada com muita cautela* pelo julgador. Embora, em tese viável, se reconhecida a continuidade, o incremento da pena deve ser efetuado com atenção aos parâmetros mais rigorosos do parágrafo único do art. 71 do CP”. BRASIL.

aplicar a regra, sem traçar qualquer parâmetro objetivo para a sua subsunção, ou seja, a pertinência é pura ação subjetiva do aplicador jurídico, embora o legislador originário tenha sido textualmente objetivo:

Para a configuração do crime continuado basta a ocorrência dos elementos constitutivos exteriores do art. 71 do Código Penal. Segundo a teoria objetivo-subjetiva, a admissão dessa figura exige, além de tais elementos externos, outro de índole subjetiva revelado pela unidade de dolo, unidade de resolução ou unidade de desígnio. A teoria objetiva, adotada pelo sistema positivo brasileiro, dispensa a unidade de ideação. Conforme a Exposição de Motivos ao projeto do qual resultou a Lei 7.209/1984, “o critério da teoria puramente objetiva não revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva” (§ 59).⁴⁹⁵

A ausência de fixação não confere ao intérprete-aplicador vácuo suficiente a ponto de se programar o requisito da *condição de tempo* para um lapso temporal equivalente ao mês do calendário gregoriano – ou a qualquer outro prazo arbitrário (inexiste brecha de discricionariedade aqui). Ocorre que as expressões verbais utilizadas no enunciado normativo não capacitam o hermeneuta a variar noções de tempo para “racionalizar” o instituto. Em outras palavras, a expressão *condição de tempo* não significa necessariamente *condição de tempo razoavelmente limitado*.

Pode-se haver continuidade delitiva entre fatos criminosos distantes pelo lapso de um ano, tal como a pessoa que comete crime de supressão tributária em declarações anuais de imposto de renda, por meio de fraudes espaçadas por longos meses.

A fração do artigo 71 – “pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes” – se assemelha à lógica das cláusulas analógicas analisadas anteriormente: o legislador exibiu fórmulas casuísticas (tempo, lugar, maneira) e em seguida permitiu uma fórmula genérica (outras semelhantes). O conceito de “outras semelhantes” deve seguir a mesma coerência: o conteúdo da fórmula genérica deve se assemelhar ao da fórmula casuística, devendo o intérprete contingenciar opções indetermináveis que extrapolem as noções de tempo, lugar e maneira.

Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 109.730. Relatora: Rosa Weber – Primeira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 29 out. 2012. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4119938>>. Acesso: em 19 jan. 2024.

⁴⁹⁵ DOTTI, René Ariel. Algumas notas sobre o crime continuado. *Direito em Ação - Revista do Curso de Direito da UCB*, v. 13, n. 2, 2014.

4.3.4 Tipo indeterminado: a incompletude do crime de rixa

Alguns crimes previstos na legislação brasileira são exemplos de tipos indeterminados⁴⁹⁶. Um representativo deles é o crime de rixa, assim previsto no artigo do Código Penal: “Participar de rixa, salvo para separar os contendores”. Mas o que é “rixar”? A norma não define, isto é, não determina o conteúdo do fato social que pretende reprimir, ferindo gravemente o postulado da legalidade.

Independentemente do indício de inconstitucionalidade nesse injusto, na prática indeterminação enseja suplementação, pela doutrina ou pela jurisprudência, do conteúdo normativo faltante, situação admitida por alguns autores sem maiores objeções: “Trata-se de um tipo penal aberto, pois a definição da conduta criminosa não é fornecida pela lei, mas complementada pelo juiz”⁴⁹⁷.

Fala-se em “rixar” como “luta corporal entre várias pessoas” que “se apresenta na condição de uma perturbação da ordem e disciplina da convivência civil”⁴⁹⁸. A definição comumente praticada não foge à ideia de briga coletiva:

Rixa é uma briga entre mais de duas pessoas, acompanhada de vias de fato ou violência recíprocas. Para caracterizá-la é insuficiente a participação de dois contendores, pois aquela se caracteriza exatamente por certa confusão na participação dos contendores, dificultando, em princípio, a identificação da atividade de cada um. Os rixosos agem individualmente, agredindo-se reciprocamente.⁴⁹⁹

Não se encontra maiores definições ou apegos semânticos na doutrina jurídica, isto é, não há explicação necessária sobre a fixação do significado de rixa.

Por sua vez, o verbete é assim definido no léxico:

1 Desavença ou disputa entre duas pessoas ou grupos 2 Briga, querela (rixar entre vizinhos) 3 Grande desordem; Tumulto: *A polícia precisou intervir*

⁴⁹⁶ “(...) diremos que um termo é vago ou indeterminado se sua intensão não permitir determinar sua extensão com relativa certeza, quer dizer, se existirem objetos que não estão excluídos nem incluídos claramente em sua extensão: “adulto”, por exemplo, é um termo vago, ao estarem nele incluídas certamente as pessoas velhas e excluídos os recém-nascidos, mas resultando incerto, na ausência de uma definição, se estão incluídos ou excluídos os de vinte anos”. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 98.

⁴⁹⁷ ESCOURA, Juliano Fernandes. Capítulo IV: da rixa. In: JALIL, Mauricio Schaun; GREGO FILHO, Vicente. *Código penal comentado: doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2016, p. 398.

⁴⁹⁸ SPONCHIADO, Jéssica Raquel. Capítulo IV: da rixa. In: SOUZA, Luciano Anderson de (Coord.). *Código penal comentado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 517.

⁴⁹⁹ BITENCOURT, 2020b, p. 1.011. Na mesma linha: “A rixa é o embate violento travado entre três ou mais pessoas. São da essência da rixa a confusão e a reciprocidade das agressões”. PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial*, tomo I. 5. ed. Londrina: THOTH, 2023b, p. 243.

na rixa de rua. 4 Jur. Desentendimento entre mais de duas pessoas, sucedido por vias de fato ou contravenção penal [F.: Do lat. rixa, ae.]⁵⁰⁰

Necessário buscar possíveis significações divergentes quanto à conotação, posto que a norma em comento foi positivada no distante ano de 1940. Em busca por léxicos datados dos anos 1910, obteve-se a significação de rixa como sinônimo puramente de “ação, combate, batalha, peleja, pugna, lide, luta, prélio, duelo, desafio, rixa, briga, pendência, contenda, pleito, litígio, conflito, recontro, refrega, campanha, guerra”. Diz-se ainda que “briga e rixa são termos vulgares que significam ‘disputa escandalosa, pequenina, por motivos fúteis, e sem graves consequências’; diferenciando-se em que a rixa pode ficar só na disputa de palavras ou degenerar em briga”⁵⁰¹. Em português mais arcaico, portanto, rixa pode significar até mesmo *disputa de palavras*.

Mais próximos dos anos 1940, dicionário etimológico datado de 1955 informa que rixa tem indubitavelmente origem latina e uma origem arcaica que merece alguma atenção:

Do lat. *rixā*; it. *rissa*, fr. *rixé*. Arc. *reixa*: *inimizades, demandas, rifarias, hyra, reixas...* (Leal Conselheiro, 202). (...) G. Viana, *Apost.*, II, 357, entende que a forma atual de *rixā* vem do lat. *rixā* (*ricsa*) por vocalização do *e*, dando *reixa*, e por condensação do ditongo *ei* em *i*, não sendo de formação artificial, como prova o valor do *x*. Cortesão cita ainda outro arcaico *rissa* em *Leges*, 642-A. 1254: *post rissam domum suam intraverit*.⁵⁰²

Embora existente, variando de altercação a briga generalizada, há pouca diferença substancial entre as definições de *rixā* dadas pelo léxico cronologicamente fixado, pelo léxico atualizado e pelas antigas e atuais conclusões doutrinárias. Nesse ponto a dogmática brasileira não caminhou distante da significação original do termo, apesar de não fazer maiores explicações a respeito das escolhas conceituais

⁵⁰⁰ RIXA. In: AULETE, *op. cit.*, p. 1212. Na definição etimológica do verbete “rixā”, tem-se o significado de “inimizades,

⁵⁰¹ POMBO, Rocha. *Dicionário de sinônimos da língua portuguesa*. 2. ed. – Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras, 2011, p. 67. Nessa mesma linha, sob dicionário luso: “Contenda; briga; desordem. Discussão acalorada. Discórdia”. FIGUEIREDO, Cândido de. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Lisboa: Livraria Clássica Ed., 1913, p. 1757.

⁵⁰² RIXA. In: NASCENTES, Antenor. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Livraria Acadêmica, 1955, p. 445. Em definição datada de 1946, mais próxima da promulgação da norma, o verbete “rixā” também possuía definição que variava da discórdia verbal à pancadaria: “Disputa; briga; querela. Discussão entre duas ou mais pessoas, escandalizando o público, terminando em pancadaria. Briga que se repete muitas vezes em resultado de vingança. Briga antiga; discórdia (...)”. RIXA. In: CARVALHO, José Mesquita de. *Dicionário prático da língua nacional*, volume 3. São Paulo: Editora Egéria, 1946, p. 1014.

praticadas e apesar de ignorar a capacidade semântica do vocábulo, que pode significar fato semelhante àquele previsto na contravenção de vias de fato, ou em injúrias recíprocas por diversas partes em mesmo contexto.

O que não se negocia, sob qualquer aspecto, é a necessidade da pluralidade de agentes, beirando fato multitudinário: é necessário haver mais de duas pessoas envolvidas na rixa.

4.3.5 Atualização de elemental: a defasagem do crime de ato obsceno

O crime de ato obsceno figura entre os delitos mais folclóricos, porque utilizado como exemplo de antiquilha remanescente no ordenamento penal, mas com baixíssima incidência factual. Uma das razões para o seu desuso é a dificuldade de enquadramento originada da lesão à legalidade-taxatividade penal praticada no texto, uma vez que o legislador originário sequer definiu o conteúdo elemental de “ato obsceno”, mas apenas sancionou quem o praticasse, relegando à valoração *a posteriori* todas as características típicas do delito escolhido⁵⁰³.

Isso também se dá em razão de alguns fatores externos ao direito, posto que a percepção daquilo que é despuerado variou ao longo das últimas décadas, mormente pelo afrouxamento da moralidade sexual. Não à toa Eros Grau fez crítica ao originalismo borkiano, no sentido de negar o congelamento do significado original psicologicamente intencionado:

Os textos de direito não veiculam enunciados semânticos cristalizados, congelados no tempo; esses enunciados passam por alterações decorrentes do evoluir da vida social, ainda que a sua redação (do texto) não sofra modificação. Exemplifico com matéria no âmbito da qual a legalidade, enquanto dever de estrito atendimento ao quanto enuncia a lei, manifesta-se de modo mais pronunciado: a matéria penal. Diz o art. 233 do Código Penal Brasileiro que comete crime quem pratica ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público. Qual o significado veiculado pela expressão “ato obsceno”, termo do conceito de ato obsceno? Por certo que, na década dos 40, mulheres que fossem à piscina ou praia vestindo as estreitas tiras de tecido que hoje cobrem seus corpos - quando o fazem - estariam praticando o delito tipificado no art. 233 do Código Penal; hoje, no entanto, conduta como tal não configura ilícito penal, senão - dir-se-á - agradável manifestação da evolução da moda feminina. Evoluiu a moda porque sofreram alteração os padrões culturais, e nessa alteração alterou-

⁵⁰³ Ferrajoli esclareceu que o crime de ato obsceno, na Itália, também possui enunciação enxuta – “aqueles atos que ofendem o pudor” –, tornando-se impassíveis de verificação objetiva: “(...) ao referir-se a uma atitude de desaprovação do sujeito que o pronuncia, é absolutamente inverificável e incontestável e é, melhor, um ato de valoração baseado em uma opção subjetiva e meramente potestativa”. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 100.

se também o conceito de ato obsceno; ou seja, outro, agora, à luz de renovados padrões culturais, é o significado veiculado pela expressão "ato obsceno".⁵⁰⁴

O originalismo reformado, como já dito anteriormente, não impede a atualização de significado (relação entre denotação e conotação). Ao contrário: o significado original da norma jurídica pode ser atualizado, sob uma única exigência: não flexibilizar a capacidade semântica do texto a ponto de contrariá-la.

Sobre a verificação entre denotação e conotação submetidas à interpretação jurídica, Ferrajoli disserta que um determinado signo denota sua *extensão* (como *referencial* objetivo) e conota sua *intensão* (no sentido de *intensidade*):

(...) a extensão ou denotação, que consiste no conjunto dos objetos aos quais o signo se aplica ou se refere; e a intensão ou conotação, que consiste no conjunto das propriedades evocadas pelo signo e possuídas pelos objetos concretos que entram na sua extensão. Precisamente, a extensão de um predicado é a classe dos objetos por ele denotados em proposições aceitas como verdadeiras: o predicado "homem", por exemplo, denota Sócrates, Platão, Bertrand Russel, Luigi Bianchi e em geral todos os seres dos quais seja verdadeira sua predicação. A intensão de um predicado está constituída, ao contrário, pelo conceito conotado por ele, ou seja, pela soma de suas notas constitutivas e de suas características essenciais: "homem", por exemplo, conota um animal inteligente, dotado da palavra, do uso das mãos, de posição erecta e de outros atributos. Dois predicados serão, assim, igualmente extensos ou equivalentes se, e apenas se, podem-se substituir reciprocamente em qualquer enunciado, sem que por isso resulte alterado o valor de verdade, enquanto chamar-se-ão igualmente intensivos ou sinônimos se forem iguais por definição.⁵⁰⁵

No caso de crime de ato obsceno – “Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público” (artigo 233 do Código Penal) –, datado de 1940, há suficiente desacordo sobre o que era considerado “obsceno” naquele tempo, e o que seria considerado “obsceno” nos dias de hoje. Há, então, tanto divergências sobre a denotação (sua amplitude de significação referencial teria sido reduzida) quando à sua conotação (menor intensidade).

O verbete dicionarizado da época dispunha:

Lat. *obscenum*. Torpe. Contrário ao pudor. Impuro; sensual, imoral. Diz-se do indivíduo que fala ou escreve imoralidades. Palavrado impróprio para o uso familiar. Raiz: *ecen*. Cognatos: obscenamente (*adv.*: de maneira

⁵⁰⁴ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 128.

⁵⁰⁵ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 97.

obscena; indecentemente; imoralmente); obscenidade (lat. *obscenitatem*; s. f.: qualidade do que é obsceno; sensualidade; ato obsceno).⁵⁰⁶

O léxico mantém a dúvida, já que faz remissões a outros vocábulos também polissêmicos, como “imoralidade”, “impuro”, “devasso”. O tipo penal do crime obsceno também é indeterminado, pois.

A doutrina jurídica mais longeva aponta para o seguinte entendimento:

Diz-se *obsceno* o ato que atrita, abertamente, grosseiramente, com o sentimento médio de pudor (*Schamgefühl des Normalmensch*, como diz os autores alemães) ou com os bons costumes. A obscenidade deve ser apreciada *objetivamente*. Insustentável é a distinção que faz Manzini entre atos *inequivocamente* (absolutamente) obscenos e atos *equivocadamente* (relativamente) obscenos. O ato é obsceno *ictu oculi* ou não é obsceno. Nenhuma *subjetividade* ou circunstância *aliunde* pode intervir, como quer Manzini, para completar o que o ato não exprime, inequivocamente, por si mesmo. Não se pode prescindir do ponto de vista estritamente objetivo: o momento impudico deve estar inserto, iniludivelmente, na materialidade do ato. Tome-se, por exemplo, o gesto do fetichista, acariciando os cabelos de uma mulher: é subjetivamente impudico, mas, na sua materialidade, não ofende o pudor público, não é uma exteriorização obscena. Não é indispensável que o ato represente uma expansão erótica ou vise à excitação da lascívia alheia: desde que, sob o prisma objetivo, se apresente em colisão com o pudor público, ou idôneo a suscitar o sentimento comum de vergonha (*verecundia*), pouco importa que o agente, embora deva ter a consciência disso, haja procedido, por exemplo, *jocandi animo* ou *demonstrandi causa*, ou para exercer uma vingança, sem qualquer intuito de lubricidade.⁵⁰⁷

Hungria estabelece balizas para a conformação do injusto: *i*) a obscenidade independe do efetivo escândalo público; *ii*) a obscenidade dispensa a subjetividade da vítima, sendo suficiente a objetividade do ato; *iii*) o dolo específico do agente não interfere na consumação do delito, vez que a objetividade do fato é suficiente à configuração do crime.

Em uma fórmula originalista de busca pelo significado original da norma penal, o vocábulo “obsceno” deve conter a objetividade semântica disponível ao tempo da promulgação da lei, mas ainda pode ter sua conotação atualizada por fatores externos e posteriores a ela, como por exemplo a percepção social do que é do que não é obsceno nos dias da consolidação do fato.

⁵⁰⁶ OBSCENO. In: CARVALHO, *op. cit.*, p. 817. Não há grandes divergências com definições extraídas de dicionário mais recente. Obsceno continua sendo “indecência, imoralidade, sensual libidinoso”. OBSCENO. In: BORBA, Francisco S. [Org.]. *Dicionário UNESP do português contemporâneo*. São Paulo: UNESP, 2004, p. 980.

⁵⁰⁷ HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes. *Comentários ao Código Penal*, volume VIII. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 308.

Os exemplos são variados: se antes exibir qualquer parte íntima do corpo poderia configurar obscenidade, hoje apenas algumas partes são consideradas suficientemente impudicas. Nesse caso, a conotação do termo obsceno diminuiu, ao invés de ter se expandido: é-se obsceno aquele que publicamente pratica imoralidade, como masturbação pública e exibicionismo de partes pudicas do corpo.

Por outro lado, não há mais conotação obscena promover um beijo lascivo consensual em público, como o era nos anos 1940. Guardando a objetividade da norma, o significado original atualizado de “obsceno” se restringiria a dois elementos: *a)* mostra de partes pudicas em público⁵⁰⁸; *b)* execução de qualquer ato que se refira à masturbação ou à libidinagem, ainda que sem demonstração de partes íntimas⁵⁰⁹.

É possível visualizar que o ato obsceno da década de 1940 não se distancia tanto do ato obsceno da de 2020, possuindo entre si uma relação de englobamento: o primeiro circunscreve o segundo, tendo sido limitado pelo lapso temporal que afrouxou o processo de escândalo da sociedade moderna.

De toda forma, consagra-se que a atualização do significado público original é possível sem contrariedade à fórmula originalista.

⁵⁰⁸ Sem ignorar a indeterminação da expressão “pudica”, assim restritamente definida: órgãos genitais masculinos ou femininos, nádegas masculinas ou femininas e seios femininos.

⁵⁰⁹ Como por exemplo, toques consentidos em partes pudicas por cima da roupa, em público.

CONCLUSÃO

Fundado na premissa de que a interpretação da norma jurídica penal, para ser considerada válida e correta, deve se submeter à obra do legislador (texto) sem revisionismos *a posteriori*, porque é ele a autoridade legítima e representativa do povo em uma democracia plural, aderiu-se à hipótese de ser possível constituir uma hermenêutica *ideal* da norma penal, de maneira a *i*) tornar eficaz o princípio da legalidade, no seu sentido mais amplo (lei anterior, escrita e estrita); *ii*) garantir ao cidadão a previsibilidade da sanção cominada e *iii*) controlar a discricionariedade eventualmente praticada pelo intérprete-aplicador (doutrina e jurisdição), como fórmula de autocontenção e rastreamento do fundamento utilizado.

Para tanto, o trabalho divagou sobre os fundamentos da hermenêutica – filosófica e jurídica – visando situar a abordagem hermenêutica originalista em um cenário histórico-filosófico mais amplo, demonstrando que o originalismo está inserido em um contexto de positivismo reformado, pelo qual a exegese científica da norma está afastada de filtragens outras que não a asséptica apropriação de significado atrelada à capacidade semântica do texto. Texto e norma não estão cindidos e nem afastados: a normatividade é produto da potência verbal elaborada pelo legislador.

Para compreender os estágios da pesquisa, demonstrou-se inicialmente que a hermenêutica se estabeleceu sob caráter instrumental, isto é, tratava-se simplesmente de um método para a compreensão e extração de significados de um dado texto selecionado. Da pura metodologia passou para a fase seguinte, que a absorveu através de um início de pensamento epistemológico mais complexo, de comunhão entre leitor e autor do texto conhecido (Schleiermacher, Dilthey). Porém, a hermenêutica até aí continua como *meio* de compreensão. Após um giro linguístico, a hermenêutica surge na pós-modernidade não como conhecimento, mas como um modo de ser do próprio intérprete, que antes de conhecer algo, já conhece parte desse objeto e antecipa significações que podem ou não distorcer sua conclusão final (Heidegger, Gadamer).

A transição hermenêutica entre metodologia, epistemologia e ontologia foi ato complexo e demandou do hermeneuta uma teoria da explicação, porque não basta fundir as experiências entre autor e leitor, conscientes da necessária filtragem de preconceitos (antecipações de significado). É necessário que se explique

fundamentadamente a compreensão efetuada para que haja correta apropriação do sentido do texto (Ricoeur).

A apropriação do texto, saindo do sentido imediato à sua real referência, é arte que a hermenêutica jurídica tratou de fixar, embora muitas vezes sem parâmetros bem definidos. Demonstrou-se que a interpretação das normas jurídicas é item acessório de um principal, qual seja, o conceito de direito e de ordem jurídica admitida pelo hermeneuta: a cada teoria do direito atrela-se uma forma hermenêutica respectiva. Daí se varia a hermenêutica jurídica: *i*) como conjunto de métodos exegéticos tendente a realizar a inafastável vontade geral (positivismo legalista); *ii*) como estrutura de preponderância da norma circunscrita e isolada a um sistema lógico-hierárquico de relativa discricionariedade judicial (positivismo reformado ou neopositivismo); e *iii*) como sistema axiológico de reinterpretação da norma a partir de noções transcendentais geridas sob expandida discricionariedade judicial (pós-positivismo).

A hermenêutica jurídica não caminhou em conjunto com a hermenêutica filosófica e permaneceu estacionada no modelo metodológico-epistemológico de extração/apropriação de significado da norma, até chegar ao limite do problema: a superação do significado da norma, fixado pelo texto, por releituras valorativas praticadas pela vontade discricionária do intérprete: se a norma pode ser melhor que o significado imediato do texto, então é lícito que ela assim o seja.

É contra releituras revisionistas que emerge, especialmente nos EUA, o modelo originalista, principalmente a feição intencionalista, isto é, de apropriação do significado normativo a partir do estudo historiográfico da psicologia do autor-legislador no contexto cronológico da confecção da norma. Tal modelo é também encontrado em outros países, sem nomenclatura definida: Austrália, Itália, Argentina, Portugal, Brasil.

Sob algumas críticas, o originalismo intencionalista (chamado também de originalismo de primeira onda ou originalismo tradicional) então sofreu aportes de elementos chamados de “textualistas”: a escavação continua submetida ao contexto histórico do legislador, mas a capacidade semântica do texto normativo é que deve preponderar na descrição do conteúdo legislado (originalismo de segunda onda, originalismo reformado), e não nas intenções não expressas ou adivinháveis do legislador.

Assim, ambos os originalismos concordam com duas teses: a tese da fixação (*fixation thesis*), posto que o significado é fixo cronologicamente ao tempo da promulgação da norma; e a tese da constrição (*constriction thesis*), vez que o respectivo significado deve vincular o intérprete-aplicador e exercer influência na jurisprudência. Esse é o dogma do originalismo.

Na prática, um originalista-textualista inicia o trabalho de interpretação da norma a partir das definições do dicionário próximo da época da promulgação da respectiva lei (primeira impressão semântica), depois parte para as regras gramaticais (impressão sintática da disposição das palavras no enunciado) e depois para o contexto interno (topografia do enunciado perante a ordem jurídica) e externo (histórico) em que a lei foi adotada, para descobrir o que os originalistas reformados chamam de *original public meaning* (significado público original) ou *original understanding* (entendimento original).

O significado é público e original porque a norma deve ser publicada para ser conhecida; deve ser escrita para ser estabilizada; deve ser fixada no tempo para que se saiba, perante a capacidade semântica do texto à época, quais foram as possibilidades linguísticas a que tinham os legisladores quando editaram a lei.

O significado fixo cronologicamente é uma referência móvel e atualizável porque a linguagem corrente não é petrificada, fossilizado. Por outro lado, os originalistas não admitem que significado público original do texto normativo possa ter seu âmago (*core*) adulterado. Ou seja, se eventualmente determinado verbete mudar completamente de significado, ele não poderá ser adaptado sintaticamente e a norma perderá eficácia. Ou seja: se “lesão” perder sua semântica originária máxima e passar a significar coisa completamente diversa, a lei penal que proíbe a lesão corporal perderá sua eficácia se não for reformada pelo legislador.

Por outro lado, se a mesma palavra ampliar sua denotação originária, podendo atrair mais outras conotações, ao intérprete será lícito ampliar a significação da norma detentora do vocábulo somente se as novas significações não adulterarem o núcleo fundamental semântico original.

O diferencial entre o originalismo e as demais escolas é que ele não exige uma mera remissão ao contexto histórico da promulgação da norma, exigindo sobretudo a significação histórica das palavras sintaticamente dispostas no enunciado normativo. Então, uma norma dos tempos do Império Brasileiro deve ser estudada a partir de dicionários do tempo imperial. Ou, na modalidade

intencionalista do originalismo tradicional, deve-se remeter à psicologia do legislador daquele tempo.

De certa forma, o originalismo é um retorno à Escola da Exegese, mas com retificações para evitar que a interpretação seja puramente literal e subsuntiva. Em termos de direito penal, apegar-se à origem da norma quer dizer que ela não é mutante, pelo menos não a ponto de se desfigurar (violar seu âmago essencial). E isso em direito penal equivale a prestigiar a legalidade penal como forma de segurança (previsibilidade e estabilidade).

Por outro lado, a doutrina penalista não adere especificamente a uma abordagem interpretativa precisa, variando entre as percepções subjetivas do hermeneuta sobre o texto, sem informar ao leitor o caminho utilizado para se chegar àquela conclusão. Há pouca informação a respeito das premissas exegéticas praticadas pelo doutrinador brasileiro, portanto.

Por sua própria natureza, a norma penal tem peculiaridades que interferem na exegese, quais: o fator incidental do postulado da legalidade, especialmente quanto a necessária taxatividade do texto; a incidência do princípio da leniência (*favor rei*), porquanto a dúvida deve militar contra a pretensão punitiva; há ainda a interpretação conforme à constituição, porque no sistema escalonado de normas, a norma penal inferior pode ser limitada pela colisão com a norma superior constitucional *etc.*

Para validar o originalismo na esfera penal, testou-se o dogma binomial sobre questões criminais brasileiras selecionadas a partir de elementos problemáticos: cláusulas analógicas, capacidade semântica, ficções jurídicas, conceitos indeterminados e elementos normativos obsoletos.

Em todas as ocasiões testadas, a adoção de uma práxis interpretativa ativamente originalista gerou resultados satisfatórios, quais: *i)* a significação restou estrita conforme o postulado da legalidade que dá luz ao direito penal, fomentando segurança ao jurisdicionado; *ii)* houve controle da discricionariedade do intérprete-aplicador, que não pôde extrapolar a capacidade máxima semântica do texto sem deixar rastros.

Com base nessas pontuações, conclui-se que o originalismo de segunda onda, reformado para privilegiar o significado público original do texto (*original public meaning* ou *original understanding*), é abordagem ideal ou próxima do ideal quando o objetivo é se apropriar do real e estrito sentido da norma penal, sobretudo porque produz segurança jurídica e controle da discricionariedade judicial.

O que se quis afirmar aqui, conclusivamente, é que, embora possa haver divergência a respeito das conclusões resultantes da aplicação do dogma originalista, é de se consagrar que ele traça uma diretriz transparente de como se obter a significação do texto em uma interpretação da norma jurídica. É sobretudo um exaustivo exercício de autocontenção intelectual: a norma é o que é, independentemente das nossas vontades.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

AQUINO, Sara de Assis. *A interpretação conforme a Constituição de leis penais pelo Supremo Tribunal Federal*. 2023. 237 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2023.

ARGENTINA, Corte Suprema de Justicia de La Nación. Martínez, Raúl M. c/ Caja de Jubilaciones de la Marina Mercante Nacional, 1944. Disponível em: <<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/>>. Acesso em: 02 out. 2023.

ARISTÓTELES. *Da interpretação*. São Paulo: Editora Unesp, 2013.

AULETE, Caldas. *Novíssimo Aulete Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Lexikon, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BALZAC, Honoré de. *Napoleão - Máximas e pensamentos*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995.

BARNETT, Randy E. Interpretation and Construction. *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper*, n. 12-034, 2011, p. 65-72.

BARNETT, Randy E. Scalia restored right to bear arms. *USA Today*, 2016. Disponível em: <<https://www.usatoday.com/story/opinion/2016/02/17/andy-barnett-antonin-scalia-new-originalism-heller-second-amendment-column/80450446/>>. Acesso em: 25 set. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, 2015, p. 23-50.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, 2005, p. 1–42.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, S. A.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, vol. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020a.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, vol. 2. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2020b.

BRAGA, Ana Luiza de Moraes Rodrigues. *O relativismo moral em Hans Kelsen: da democracia à teoria do direito*. Londrina: Thoth, 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 807393. Relator: Ribeiro Dantas – Quinta Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 25 maio 2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202300741667&dt_publicacao=26/05/2023>. Acesso em: 16 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.503.538. Relator: Néfi Cordeiro - Sexta Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 21 maio 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201403350430>. Acesso em: 19 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 19.200.091. Relator: Jesuíno Rissato – 3ª Seção. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 19 ago. 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1920091>. Acesso em: 16 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.344. Relator: Moreira Alves - Pleno. Diário de Justiça, Brasília, 19 abr. 1996. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346988>>. Acesso em: 08 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 401.337. Relator: Celso de Mello – Segunda Turma. Diário de Justiça, Brasília, 02 dez. 2005. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2033764>>. Acesso em: 25 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153. Relator: Eros Grau – Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 29 abr. 2010. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2644116>>. Acesso em: 25 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Marco Aurélio - Pleno. Diário de Justiça Eletrônico,

Brasília, 30 abr. 2013. Disponível em:
<<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>>.
Acesso em: 08 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 96.009. Relatora: Cármen Lúcia - Primeira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, 15 maio 2009. Disponível em:
<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2636557>>. Acesso em: 17 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 108.734. Relator: Luiz Fux – Primeira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 29 mar. 2012. Disponível em:
<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1863313>>.
Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 109.730. Relatora: Rosa Weber – Primeira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 29 out. 2012. Disponível em:
<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4119938>>.
Acesso: em 19 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 82.424. Relator: Moreira Alves - Pleno. Diário de Justiça, Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em:
<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>>. Acesso em: 25 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 32.326/DF. Relator: Luís Roberto Barroso. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 03 set. 2013. Disponível em:
<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4456613>>. Acesso em: 25 set. 2023.

BREST, Paul. The Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship. *Yale Law Journal*, n. 90, 1981, p. 1063-1109.

BOBBIO, Norberto. *Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Edipro, 2022.

BORBA, Francisco S. [Org.]. *Dicionário UNESP do português contemporâneo*. São Paulo: UNESP, 2004.

BORGES SOUZA, Elden; SALES PINHEIRO, Victor. Uma análise sobre o originalismo no contexto do ativismo judicial brasileiro. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 14, n. 42, p. 535–554, 2020. p. 540.

BORK. In: OXFORD, English Oxford Living Dictionaries. Oxford: Oxford University Press, 2023. Disponível em:
<<https://web.archive.org/web/20170827140430/https://en.oxforddictionaries.com/definition/bork>>. Acesso em: 25 set. 2023.

BORK, Robert H. Neutral Principles and Some First Amendment Problems, *Indiana Law Journal*, vol. 47, n. 1, 1971. p. 1-35.

BORK, Robert H. The Constitution, Original Intent, And Economic Rights. *San Diego Law Review*, n. 823, 1986, p. 823-832.

BORK, Robert H. *The Tempting of America: the political seduction of the Law*. New York: Touchstone, 1991.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve & C., 1857.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*, vol. 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 4. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trota, 2003.

CARVALHO, José Mesquita de. *Dicionário prático da língua nacional*, volume 3. São Paulo: Editora Egéria, 1946.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal – Parte Geral*. 5 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COLONTONIO, Carlos Ogawa. *A questão da racionalidade jurídica em Hart e em Dworkin*. 2011. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Processo e garantia*. Thoth: Londrina, 2021.

DELMANTO, Celso [et. al.]. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DILTHEY, Wilhelm. *Dos escritos sobre hermenêutica: el surgimiento de la hermenéutica y los esbozos para una crítica de la razón histórica*. Madrid: Istmo, 2000.

DOTTI, René Ariel. Algumas notas sobre o crime continuado. *Direito em Ação - Revista do Curso de Direito da UCB*, v. 13, n. 2, 2014.

DUBOIS, Jean [et. al.]. *Dicionário de Linguística*. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2014.

DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980. Disponível em: <<https://doi.org/10.2307/j.ctv102bj77>>. Acesso em: 25 set. 2023.

ESCOURA, Juliano Fernandes. Capítulo IV: da rixa. In: JALIL, Mauricio Schaun; GREGO FILHO, Vicente. *Código penal comentado: doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2016,

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o Direito Constitucional Pós-Moderno, em particular sobre certo Neoconstitucionalismo à brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, 2009. p. 151-167.

FIGUEIREDO, Cândido de. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Lisboa: Livraria Clássica Ed., 1913.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal - parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FRANCO, José Henrique Kaster. *Ativismo judicial e administrativo: aspectos penais*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

FROELICH, Charles Andrade. *A diferenciação entre direito e moral na tradição do positivismo jurídico*. 2017. 163 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2017.

FONTELES, Samuel Sales. *Hermenêutica constitucional*. 5. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, vol. 1. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, volume 1, tomo 1. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1976.

GIACOIA, Gilberto; SENTONE, Andressa Tanferri. O ponto cego legislativo e a criminalização da homofobia. *Revista Videre*, [S. l.], v. 12, n. 24, p. 26–51, 2020.

GORSUCH, Neil. *A Republic, if you can keep it*. New York: Crown Forum, 2019.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRANDCHAMP, Marcio Soares; RODRIGUEZ, Caio Farah. Teorias contemporâneas da interpretação constitucional: entrevista com o ministro Antonin Scalia, da Suprema Corte os EUA, *Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas*, n. 898, 2009, p. 15-25. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/27046>>. Acesso em: 22 out. 2023.

GRONDIN, Jean. *Hermenêutica*. São Paulo: Parábola Editorial, 2012.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. The Case for Originalism. *In: The Challenge of Originalism; Theories of Constitutional Interpretation, Monash University Faculty of Law Legal Studies Research Paper*, n. 2011/46, 2011, p. 42-69.

GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2021.

GOYARD-FABRE, Simone. *Fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUERRERA, Sérgio Ricardo Menezes. *Teoria do direito no pós-positivismo: interpretação e aplicação da norma jurídica*. 2007. 169 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007.

HAMILTON, Alexander. *O Federalista*, tomo terceiro. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve & C., 1840.

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

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Campinas: Editora da Unicamp, 2012.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do Direito Constitucional: Neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. *Revista dos Tribunais*, v. 869, 2007, p. 81-91.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, volume I, tomo 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes. *Comentários ao Código Penal*, volume VIII. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956,

IAMUNDO, Eduardo. *Hermenêutica e hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2017.

JESUS, Damásio de. *Código penal anotado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KAHLMAYER-MERTENS, Roberto S. *10 lições sobre Gadamer*. Petrópolis: Vozes, 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Jairo Neia. *Democratização do controle de constitucionalidade: análise das emendas constitucionais no Brasil pós-1988*. 2018. 238 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) –Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MASSAU, Guilherme Camargo. A Fé e o Direito: a Escola dos Glosadores (o início da ciência do Direito). *Revista Razão e Fé*, v. 8, n. 2, 2006, p. 49-80.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado: parte geral*, vol. 1. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MAUS, Ingebord. Judiciário como superego da sociedade - O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”, *Novos Estudos*, CBRAP, n. 58, 2000, p. 183-202.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELLO, Sebastián Borges Albuquerque de Mello; SANTOS, Natália Petersen Nascimento. A legalidade penal como concretização da dignidade da pessoa humana, *Revista Jurídica da Presidência*, v. 20, n. 122, 2018, p. 669-690.

MELO, Gladstone Chaves de. *Iniciação à filologia e à linguística portuguesa*. 5 ed. Rio de Janeiro: Livraria Acadêmica, 1975.

MONTEIRO, Jaber Lopes Mendonça. *Direito e interpretação na tradição do positivismo jurídico: uma análise de John Austin, H. L. A. Hart e seus críticos*. 2012. 86 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia Moderna e Contemporânea) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

MORALES, Cesar Mecchi. *Originalismo e interpretação constitucional*. 2011. 283 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

NASCENTES, Antenor. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Livraria Acadêmica, 1955.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 17. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*, vol. 1. 3. ed. São Paulo: Método, 2019.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiádes. *Fundamentos da teoria jurídica em Norberto Bobbio*. 1991. 297 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1991.

PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1969.

PASCHOAL, Janaína. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; ALMEIDA, João Lucas de Oliveira; MACHADO, Lucas Silva. Ativismo judicial: o caminho da racionalidade jurídica ao argumento político. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos. (Orgs). *Supremos Erros: decisões inconstitucionais do STF*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2020. p. 161-190.

PICCOLO, Carla Henriete Bevilacqua. *A moral e o conceito de direito em H. L. A. Hart*. 2011. 129 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

POMBO, Rocha. *Dicionário de sinônimos da língua portuguesa*. 2. ed. – Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral, tomo I*. 5. ed. Londrina: THOTH, 2023a.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial, tomo I*. 5. ed. Londrina: THOTH, 2023b.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAÓ, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 7. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.

REALE, Miguel. Para uma hermenêutica jurídica estrutural, *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 72, n. 1, p. 81-91, 1977.

RICOEUR, Paul. *Teoria da interpretação: o discurso e o excesso de significação*. Lisboa: Edições 70, 1987.

- ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rego Monteiro. A legalidade penal constitucionalmente filtrada: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, [S. l.], v. 11, n. 21, 2020, p. 167-197.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. Originalismo democrático como modelo interpretativo da Constituição brasileira. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 11, n. 3, 2019, p. 461-479.
- SABBAG NETO, Thomé. *Juízes criam normas? Objeções à tese de que não há normas antes da interpretação (judicial) da lei*. 2023. 282 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2023.
- SALES, Patrícia. *Positivismo jurídico e hermenêutica: a busca do justo*. 2019. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.
- SANCHES CUNHA, Rogério. *Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia jurídica*. Campinas: Edicamp, 2001.
- SCALIA, Antonin. *O essencial Scalia: sobre a Constituição, os tribunais e o Estado de Direito*. Londrina: Editora E.D.A., 2021a.
- SCALIA, Antonin. *Uma questão de interpretação: os tribunais federais e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2021b.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica – arte e técnica da interpretação*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica e crítica*, vol. 1. Ijuí: Unijuí, 2005.
- SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.
- SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. ed. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 1973.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- SILVA FILHO, Ernando Simião da. *Originalismo americano*. 2020. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.
- SILVA, Maria Eduarda, COSTA NETO, João. As limitações do silogismo lógico-dedutivo e do recurso à subsunção na argumentação jurídica. *Argumenta Journal Law*, n. 38, 2022, p. 453-474.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, vol. 798, 2002, p. 23-50.
- SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica jurídica: seus princípios fundamentais no direito brasileiro*, vol. 1. São Paulo: Editora Leia Livros, 1999.

SIMEÃO, Álvaro Osório; COELHO, Inocêncio Mártires. Limites da mutação constitucional pela via da interpretação: uma proposta de catalogação e definição. *Revista da AGU*, v. 18, n. 04. p. 75-96, 2019. p. 82.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educacional, 2019.

SOLUM, Lawrence B. *Originalism Versus Living Constitutionalism: The Conceptual Structure of the Great Debate*. *Northwestern University Law Review*, vol. 113, n. 6, 2019, p. 1243-1296.

SOLUM, Lawrence B. What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory. *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, n. 1353, 2011, p. 1-41.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte geral*, vol. 1. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021a.

SOUZA, Luciano Anderson. *Direito penal: parte especial*, vol. 2: arts. 121 a 154-A do CP. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021b.

SPONCHIADO, Jéssica Raquel. Capítulo IV: da rixa. *In: SOUZA, Luciano Anderson de (Coord.). Código penal comentado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SUNSTEIN, Cass R. Originalism. *Notre Dame Law Review*, vol. 93, 2018, p. 1671-1698.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

TRIPODINA, Chiara. *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*. Paper presented at Lavori preparatori ed original intent del legislatore nella giurisprudenza costituzionale, Catania, p. 1-46.

VASCONCELOS, Mônica Carvalho; BRUNO, Nayara Santana. Atuação dos juízes leigos na turma recursal do Ceará e a eficiência da prestação jurisdicional. *Revista Juridica*, v. 4, n. 76, 2023, p. 458-483.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, vol. 2, n. 4, São Paulo, 2011, p. 441-463.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

WHITTINGTON, Keith E., Originalism: A Critical Introduction. *Fordham Law Review*, Forthcoming, 2013, p. 1-44.