

***EL REALISMO JURÍDICO REDEFINIDO*, DE RICCARDO GUASTINI: RESUMO E COMENTÁRIOS CRÍTICOS**

***EL REALISMO JURÍDICO REDEFINIDO*, BY RICCARDO GUASTINI: SUMMARY AND CRITICAL COMMENTS**

Thomé Sabbag Neto¹

Em seu artigo "*El realismo jurídico redefinido*", Riccardo Guastini expõe, de forma sintetizada, as principais ideias do realismo genovês, enquanto escola jusfilosófica. As ideias em questão são mais minuciosamente expostas em sua obra "*Interpretare e Argomentare*", já um clássico em teoria da interpretação. A presente resenha crítica se dividirá em duas partes: na primeira, será feito um resumo das ideias centrais do artigo referido; e, na segunda, essas ideias serão objeto de avaliação crítica, tomando-se, agora, como referência, a exposição mais aprofundada e minuciosa que o autor fez delas no livro indicado. A importância desta avaliação crítica se demonstra pelo fato de que a principal noção do realismo genovês – ou seja, a de que a norma é resultado da interpretação, e não seu objeto – já se tornou ciência normal nas teorias e sobretudo na prática jurídica brasileira, o que tem contribuído para o hiperinterpretativismo, o decisionismo voluntarista e outros excessos que comprometem o equilíbrio institucional entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, além de potencialmente lesar o princípio democrático, a partir de certo grau ou limite.

Palavras-Chave: Realismo Jurídico; Interpretação Jurídica; Norma Jurídica; Separação Dos Poderes; Democracia.

In his article "*El realismo juridico redefinido*", Riccardo Guastini summarizes the main ideas of Genoese realism, as a legal-philosophical school. The ideas in question are more thoroughly exposed in his work "*Interpretare e Argomentare*", already a classic in the theory of interpretation. This critical review will be divided into two parts: in the first, a summary of the central ideas of the referred article will be made; and, in the second, these ideas will be the object of critical evaluation, taking, now, as a reference, the more in-depth and detailed exposition that the author made of them in the indicated book. The importance of this critical evaluation is demonstrated by the fact that the main notion of Genoese realism - that is, that the norm is the result of interpretation, and not its object - has already become normal science in theories and especially in Brazilian legal practice, which has contributed to hyperinterpretivism, voluntarist decisionism and other excesses that compromise the institutional balance between the Legislative and the Judiciary, in addition to potentially harming the democratic principle, from a certain degree or limit.

Keywords: Legal Realism; Legal Interpretation; Legal Norm; Separation of Powers; Democracy.

¹ Mestrando em Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR, sob orientação do Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Advogado em Curitiba/PR. E-MAIL: sabbag.thome@ufpr.br. ORCID: 0000-0003-0216-1249. LATTES: lattes.cnpq.br/0598633842612737.

1 AS IDEIAS FUNDAMENTAIS DO ARTIGO DE RICCARDO GUASTINI

Segundo a formulação concisa feita pelo autor, o realismo jurídico se define pela conjunção de três teses relacionadas entre si: a) uma tese *ontológica*, cujo objeto é o direito ("Que tipo de entidade é o direito?"); b) uma tese *metodológica*, cujo objeto é a interpretação ("Que tipo de atividade é a interpretação?"); e c) uma tese *epistemológica*, cujo objeto é o conhecimento ("Em que consiste o conhecimento científico do direito?").

1.1. O realismo metodológico é uma teoria cética da interpretação, que, em síntese, afirma que a interpretação – definida como a atribuição de significado aos textos normativos – não é uma atividade *cognitiva*, mas *decisória* (ou *volitiva*).

Guastini distingue duas categorias, nesse particular: a) a *interpretação em sentido estrito*, por sua vez classificável em *interpretação abstrata* (dedicada à atribuição de sentido aos textos normativos, mediante a supressão de sua indeterminação) e em *interpretação concreta* (dedicada à aferição da aplicabilidade ou não de um texto normativo a um caso concreto); e b) a *construção jurídica*, que se dá pela construção de significados, mediante operações intelectuais variadas (criação de lacunas normativas e axiológicas; criação de hierarquias axiológicas entre normas; concreção de princípios; ponderação entre princípios conflitivos; criação e resolução de antinomias; e elaboração de normas consideradas como implícitas etc.), construção essa que consiste em atividade verdadeiramente legislativa, ainda que intersticial.

1.2. O realismo ontológico afirma que o direito não é um conjunto de entidades abstratas (como normas, valores, obrigações, direitos etc.), mas um conjunto de fatos de um determinado tipo, restando saber que tipo de fatos é esse. Segundo o autor, há três possíveis respostas para essa pergunta, em nível crescente de profundidade analítico-reflexiva e de acuidade metodológica:

a) O direito como conjunto de *textos normativos*: num primeiro nível, mais superficial (positivismo ingênuo), o direito é um conjunto de fatos linguísticos, por consistir no conjunto de formulações ou disposições normativas. Para Guastini, essa resposta é problemática por *i) não explicar qual é afinal o direito* nos casos, recorrentes, em que um texto normativo pode ser entendido de várias formas; e, portanto, por *ii) tomar uma mera fonte do direito como sendo o direito mesmo*. Guastini reconhece que o mérito desse primeiro nível está em evidenciar que o direito é uma realidade que depende de atos humanos (no caso, de legisladores);

b) O direito como conjunto de *normas*: um segundo nível de análise, que parte da problemática verificada no nível anterior, define direito não mais

como o conjunto de formulações normativas, mas pelo *conjunto de normas que delas se extraem mediante interpretação*. O direito ainda consiste em fatos linguísticos, que, porém, não se referem mais aos textos normativos, mas sim aos atos destinados à sua interpretação, reelaboração ou manipulação criativa. O autor considera essa resposta igualmente problemática, pois, uma vez que há interpretações diferentes em competição entre si, ela *não explica qual é afinal o direito* nesses casos, também recorrentes. Para Guastini, o mérito desse segundo nível está em evidenciar que o direito não depende apenas da atividade legislativa, mas também da atividade interpretativa de juízes e juristas; e

c) O direito como conjunto de *normas vigentes*: por fim, um terceiro nível de análise conduz à compreensão de que o direito é não mais o conjunto inteiro visado pelo nível anterior ("normas", todas), mas um subconjunto dele, integrado pelas normas *efetivamente aplicadas no passado e previsivelmente aplicáveis no futuro pelos órgãos que aplicam as formulações normativas* (Judiciário, Administração Pública etc.). O direito corresponde, aqui, às normas extraídas pelas interpretações *dominantes*, que podem ser identificadas mediante *análise empírica da jurisprudência* (em sentido lato, i.e., não restrita à dos órgãos propriamente jurisdicionais), para a qual, aliás, a *doutrina* contribui de modo relevante. Nesse nível, como no anterior, mesmo as normas "criadas" pelos juízes – e, portanto, talvez formalmente inválidas – constituem o direito.

1.3. Por fim, o realismo epistemológico combina duas ordens de análise: a) primeira: análise da dogmática em si mesma (tese *descritiva*); e b) segunda: análise de como deve ser alcançado o conhecimento genuinamente científico do direito (tese *prescritiva*). O autor esmiúça essas duas ordens do seguinte modo:

a) Doutrina: para o realismo jurídico, a dogmática não pode ser considerada como uma ciência propriamente dita, já que seus discursos não são puramente descritivos e podem não o ser mesmo quando se afirmem como tais. Em grande parte, segundo o autor, a doutrina *interpreta* (em sentido estrito) e *constrói* normas a partir das formulações normativas, elegendo e atribuindo significados a estas últimas, o que evidencia que, ao menos potencialmente, a doutrina *faz direito* ao formular interpretações e criações jurídicas que consistem em diretivas de *sententia ferenda*. Portanto, do ponto de vista realista, a doutrina não é a ciência jurídica, mas objeto da verdadeira ciência jurídica;

b) Ciência jurídica: conforme Guastini, a ciência jurídica em sentido estrito pode assumir três formas diferentes, que aliás se integram entre si, nenhuma das quais, porém, formula enunciados deônticos ("*É obrigatório que p.*", "*É proibido que q.*" etc.). As três formas são as seguintes:

b.1) Interpretação cognitiva: normalmente os juristas fazem interpretações decisórias, elegendo significados para as formulações normativas. Porém, esse tipo de interpretação pressupõe outro, este sim cognitivo, que consiste na identificação dos significados possíveis de um determinado texto normativo, mediante a demonstração da *ambiguidade* das formulações normativas e da *vagueza* das normas. A interpretação cognitiva pode se dar de dois modos: como previsão de como serão interpretadas as formulações normativas, ou como diretiva hermenêutica dirigida aos órgãos de aplicação, mediante a delimitação do horizonte de possibilidades interpretativas corretas²;

b.2) Metajurisprudência (descritiva): trata-se da descrição ou reconstrução das correntes (interpretativas e construtivas, respectivamente) presentes na cultura jurídica em determinado tempo e lugar (seja na doutrina, seja na jurisprudência). Essa contribuição não é marginal, já que o mapeamento das tendências interpretativas e construtivas é logicamente anterior à identificação das tendências prevaletentes ou dominantes e esta, por sua vez, é logicamente anterior à identificação do direito vigente;

b.3) Descrição do direito vigente: trata-se do reconhecimento das normas *efetivamente aplicadas* pelos órgãos de aplicação (jurisdicionais ou não), onde e quando haja normas estavelmente vigentes (na falta das quais a ciência jurídica só poderá explicitar os desacordos interpretativos). Segundo Guastini, a descrição do direito vigente se dá mediante "proposições normativas", expressão que deve ser entendida, simplesmente, como enunciados dotados de valor de verdade ("proposições") relativos a normas ("normativas"). Nesse passo, o autor faz três precisões conceituais: i) quanto à forma lógica das proposições normativas, elas não consistem em enunciados deonticos, mas apenas enunciados existenciais relativos às normas vigentes, pelo que se reduzem à forma "*A norma N integra o ordenamento O*"; ii) quanto às condições de verdade, uma proposição normativa é verdadeira se e somente se é previsível que a norma em questão será aplicada no futuro, geralmente quando já foi efetivamente aplicada no passado; e iii) quanto à dimensão pragmática, as proposições normativas são proposições sobre *atos* (aplicação futura de normas), aliás *contingentes*.

² O autor dá os seguintes exemplos: a) exemplo de interpretação *decisória*: "A disposição D deve ser entendida como expressando a norma N1"; b) exemplos de interpretação *cognitiva descritiva*: "A disposição D pode expressar a norma N1 ou a norma N2" e "A disposição D será provavelmente interpretada no sentido N1 ou no sentido N2"; e c) exemplo de interpretação *cognitiva prescritiva*: "A disposição D só admite as interpretações N1 e N2, nenhuma outra".

³ Nesse sentido, afirma o autor, no *artigo "El realismo jurídico redefinido"*: "*Se puede decir que, entendido de esta manera, el derecho depende de la combinación de dos elementos distintos: (a)*

2 COMENTÁRIOS CRÍTICOS

Guastini, autor do artigo aqui comentado, é o membro da Escola de Gênova com maior notoriedade internacional e influência, tendo sido discípulo do seu fundador (Giovanni Tarello). Porém, as teses defendidas por Guastini são mais moderadas que as teses radicais defendidas por Giovanni Tarello e Pierluigi Chiassoni.

Exemplo disso é a teoria *moderadamente cética* que Guastini parece subscrever, embora com alguma hesitação, quanto à questão da interpretação. A ideia mais tradicional da Escola de Gênova, sob esse tema, é a de que o intérprete *cria* as normas, ao atribuir significado aos textos normativos, uma vez que estes são, segundo entendem tais teóricos, absolutamente indeterminados. Para Guastini, porém, essa tese, apesar de todos os seus méritos em termos de avanço cognitivo em relação às falidas teses do jusnaturalismo e do juspositivismo ingênuo, peca por imoderação. Para ele, o intérprete não cria sozinho as normas, mas *participa do processo nomopoiético, juntamente com o legislador*³.

A solução, de fato, parece mais próxima da verdade: ao considerar que o legislador não tem um papel *nulo* em relação à criação de normas, uma vez que, afinal, os textos normativos oferecem *quadros de significados possíveis*, Guastini evita o exagero de considerar, como alguns autores consideram, que os intérpretes, sobretudo o judicial, *criam as normas a partir de uma indeterminação absoluta de sentido dos textos normativos*, como se estes padecem de um *vazio semântico total*, o que contraria até mesmo o bom senso⁴.

Portanto, o ceticismo moderado quanto à interpretação parece afastar dois extremos igualmente indesejáveis: a) por um lado, o da ingenuidade do positivismo novecentista, que reduz a quase nada a atividade interpretativa judicial; e b) por outro, o da noção contraintuitiva de que os textos normativos são dotados de uma suposta indeterminação absoluta (como se fossem apenas "tinta no papel") e, portanto, o do ativismo judiciário desenfreado que decorre da redução (ou anulação) do papel do Parlamento na construção democrática das normas jurídicas.

Porém, a adesão de Guastini ao realismo cético, no âmbito da interpretação, é vacilante,

la formulación de los textos normativos y (b) su interpretación y manipulación. No hay derecho sin textos que interpretar (primera tesis ontológica), pero tampoco hay derecho (segunda tesis ontológica) sin interpretación y manipulación de tales textos"(p. 34).

⁴ A esse respeito, Libório Hierro diz, com fina ironia o seguinte, no artigo citado nas referências bibliográficas: "*parece que o legislador, ao aprovar um enunciado normativo, não manda, proíbe ou permite nada, não quer dizer nada: se limita a oferecer aos juizes e juristas umas quantas palavras para que eles se entretenham em dotá-las de sentido normativo"*(pp. 217-236).

tensional: em muitos trechos de sua obra, o autor acaba por endossar pressupostos teóricos de um ceticismo mais radical, embora em outros, acabe por recuar e atenuar o sentido forte de tais pressupostos, por sua bem detectada imoderação⁵.

Essa tensão interna ao pensamento de Guastini é bem anotado por Cláudio Ari Mello, no seguinte trecho de seu artigo *O realismo metodológico de Riccardo Guastini*:

O segundo problema refere-se à aparente recusa, especialmente no estágio inicial da elaboração da sua teoria da interpretação, ou ao menos uma persistente e eloquente indiferença do autor em relação à possível existência de enunciados aos quais se possa atribuir um único significado possível, caso em que a atividade de interpretação seria exclusivamente cognitiva. Vimos anteriormente que Guastini não descarta completamente a existência desses casos e por vezes até insinua a sua existência, mas os trata com relativa indiferença, não dedicando uma explanação detalhada sobre situações dessa natureza. Essa posição é, a rigor, coerente com a sua sempre renovada adesão ao realismo jurídico metodológico (2016, p. 223).

Abaixo, tomarei por base a exposição mais minuciosa feita pelo autor em seu livro *"Interpretar e Argumentar"* (todas as citações e indicações de página o terão como referência), para comentar algumas das ideias centrais da teoria realista da interpretação, presentes tanto no livro em questão, quanto no artigo acima comentado.

a) Em sua definição de "interpretação (jurídica)", o autor engloba tanto o verbo "*constatar* (o significado)", como o verbo "*decidir* (o significado)" e inclui, neste termo, tanto essas duas ações (constatar e decidir), que têm o significado em vista, quanto o significado ele mesmo (p. 16).

Nesse trecho, o autor já não pode ser considerado um cético radical, na medida em que concebe como possível que o intérprete simplesmente constate o significado de determinada disposição. Porém, como se verá, em outros trechos ele parece acaba por afastar essa ideia.

b) O autor afirma que interpretar textos normativos significa esclarecer o *conteúdo normativo* de suas disposições e, também, o seu *âmbito de aplicação* (p. 17).

Aqui, Guastini parece afirmar algo incompatível com o ceticismo interpretativo, ao menos em sua feição radical (mas talvez não só): o fato de que os textos *contêm* normas a serem esclarecidas pelo intérprete. Nesse caso, a norma não será *resultado* da

interpretação, mas da atividade legislativa, ao menos potencialmente.

Mais adiante, porém, o autor afirma que "*a norma constitui não o objeto, mas o resultado da atividade interpretativa*" (p. 17). É preciso, porém, decidir: ou há norma antes da atividade interpretativa e essa visa a esclarecê-la, ou há norma apenas depois de finalizada a atividade interpretativa.

Quanto à tese comum do realismo interpretativo de que a norma é o resultado da interpretação, é preciso observar o seguinte: a interpretação (inclusive a judicial) não produz uma *norma*, no sentido técnico de comando obrigatório geral e abstrato, universalmente aplicável *etc.* A interpretação judicial (a mais cogente das interpretações) produz, sobretudo em países de *civil law*, apenas a chamada *norma individual* ou *concreta*, válida para o caso. Portanto, o realismo interpretativo, sendo coerente e levado às últimas consequências, teria como consequência *não haver normas gerais e abstratas*, mas apenas normas individuais, elaboradas casuisticamente, de acordo com o arbítrio do intérprete-aplicador.

Além disso – e justamente por isso –, o realismo interpretativo centrado no papel do Juiz não explicaria a seguinte perplexidade: se não há norma antes da interpretação judicial, então o inadimplemento de uma obrigação não poderia ter sua mora contada desde o vencimento da obrigação, mas apenas desde a data em que o Juiz interpretou os enunciados normativos segundo os quais contratos têm força obrigatória de modo a entender que tais enunciados significam que, de fato, contratos têm força obrigatória. Ora, se não há norma até que um Juiz a constitua "interpretativamente", então, por exemplo, ninguém é obrigado a recolher impostos até que um Juiz interprete enunciados normativos tributários fazendo, só então, supostamente, nascer a norma que estabelece a obrigação tributária em questão; assim, os juros de mora só poderiam incidir a partir do trânsito em julgado da decisão que a declarasse. *Mas não é isso o que acontece*, pois todos sabem – uma vez tornados à vida concreta, desencastelados de pressupostos teóricos abstratos – que somos, sim, obrigados ao recolhimento tributário desde o início da vigência da lei que o estabelece.

c) O autor, citando Tarello, critica a expressão "interpretar normas", dizendo que tal expressão oculta o dado empírico de que diferentes operadores jurídicos afirmam que textos normativos expressam normas diversas, senão até mesmo conflitantes (p. 17).

Ocorre que a pluralidade de interpretações demonstra apenas isto: que há uma pluralidade de

⁵ Comparem-se os seguintes trechos do autor, que bem revelam essa tensão ou hesitação: a) "*a interpretação, não a legislação (em sentido material), aparece como a única atividade produtiva de direito*" (*Das fontes às normas*, p. 235); e b) "*Mas não se pode dizer*

– entendendo-o à letra – que o direito seja criado pelos intérpretes, e por esses apenas". (*Interpretar e Argumentar*, pp. 336-337).

interpretações. Não demonstra que, só porque há interpretações várias ou mesmo conflitantes, que todas elas têm o mesmo valor jurídico-epistemológico, algo como um relativismo epistêmico-hermenêutico. Aliás, dá-se o mesmo no âmbito das ciências naturais: da dificuldade de se encontrar a verdade a respeito de determinado fenômeno *não se segue* que todas as teorias que objetivam explicá-lo têm o mesmo valor epistêmico; ora, muitas delas podem estar *simplesmente erradas*, frequentemente, mostram-se como tais, com o avanço dos experimentos.

O realismo genovês, aqui, parece transformar uma *dificuldade* (a decorrente da interpretação de textos) em uma *prova* de que o texto não contém norma alguma e, pior, de que todas as construções normativas feitas mediante interpretação seriam igualmente válidas, quando evidentemente este não é nem pode ser o caso. Dizer que normas só existem depois da interpretação só porque a interpretação é um processo ocasionalmente difícil (e, portanto, nesses casos, feito diferentemente por diferentes intérpretes) não resolve essa dificuldade: apenas a evita. E pior: essa teoria transforma uma dificuldade real, que mereceria toda atenção para que fosse superada, em um dado supostamente ineliminável que, de quebra, autoriza o arbítrio interpretativo (com privilégio e ênfase para o arbítrio judicial).

Proceder assim, em ciência, consiste em fugir exatamente do problema que se deveria tentar resolver, se é que não se trata de converter o próprio problema na pedra fundamental de uma teoria que somente o agrava, tornando-se cúmplice de seus efeitos nocivos. Um trabalho de ordem *empírico-sociológica* bem poderia entender as coisas desse modo: mas trabalhos *justeóricos* jamais poderiam substituir o seu objeto específico ou subverter as suas finalidades próprias, desistindo da importante e sutil tarefa de aprimorar os mecanismos de interpretação dos textos normativos da forma mais fiel possível ao conteúdo normativo sancionado democraticamente pela via parlamentar.

d) O autor afirma que a interpretação dos textos normativos é como uma *tradução* – no caso, uma tradução intralinguística (p. 24).

De fato. Mas, se é assim, é preciso considerar que a atividade do intérprete é tão pouco arbitrária quanto a do dicionarista, que promove, por definição, incessantes traduções intralinguísticas. A atribuição de caráter *tradutor* à interpretação é frontalmente incompatível com o ceticismo interpretativo radical, já que o dicionarista, longe de poder *escolher voluntariamente* as sinonímias que indicará para cada verbete, está limitado ao *uso social* dos termos e palavras. Do mesmo modo, o juiz há de ler os textos

normativos levando em conta que os termos empregados em suas redações não são absolutamente indeterminados, puras potências que passivamente aguardam o *fiat* judicial, mas sim significantes dotados de sentido convencionalmente estabelecido pela comunidade linguístico-idiomática na qual são empregados.

e) Ao tratar da interpretação “em abstrato” (isto é, dos textos normativos, e não dos fatos de um caso concreto), Guastini afirma que ela identifica as normas *em vigor* (p. 25).

Ora, as normas em vigor, identificadas pela interpretação em abstrato, estão em vigor desde quando? Desde o momento da vigência da lei interpretada? Ou somente a partir da interpretação da lei vigente? No primeiro caso, há norma antes da interpretação; no segundo, nada do que os juízes decidam, em termos normativos, seria exigível antes de suas decisões, o que é absurdo e contraria o que realmente ocorre na praxe. No entanto, o ceticismo interpretativo afirma que não há significado (“norma”) antes da interpretação dos significantes, mas o próprio autor (cético interpretativo) afirma que a interpretação dos textos normativos “*identifica*” as normas “*em vigor*”, o que constitui, no mínimo, uma hesitação significativa.

f) O autor afirma que há três tipos de “interpretação”: i) a interpretação *cognitiva*, que consiste em averiguar os possíveis sentidos de um texto normativo, sem escolher algum; ii) a “interpretação” *decisória*, que consiste em escolher algum dos significados possíveis de dado texto normativo (para o autor, este é o sentido preferencial do termo “interpretação” e geralmente se refere à interpretação judicial); e iii) a “interpretação” *criativa*, que, sendo um tipo específico de “interpretação” decisória, produz autêntica atividade nomopoiética, por consistir na atribuição de um sentido que *não* figura entre os significados possíveis do texto “interpretado” (p. 33).

Porém, se o intérprete pode conhecer os vários sentidos possíveis de um enunciado legal (para depois escolher um deles), por que motivo não poderia ele conhecer um só, quando esse fosse o caso? Como se vê, a afirmação: ou pressupõe que não existem disposições legais dotadas de sentido único⁶; ou, no mínimo, é gratuita, por não explicar o porquê de o intérprete não poder conhecer um sentido, quando reconhecidamente pode conhecer muitos.

Além disso, se o intérprete pode conhecer vários sentidos interpretativos possíveis (quando da chamada “interpretação cognitiva”), então é porque estes de algum modo preexistem à interpretação, o que

⁶ O que não pode ser entendido como sendo o caso de Guastini, já que este, na obra em questão, ao se valer do exemplo relativo ao art. 72 da Constituição Italiana, diz que o Tribunal Constitucional Italiano atribuiu sentido que “*recai claramente fora dos*

significados – de fato: do único significado no presente caso – identificável [sic] no âmbito da interpretação cognitiva” (p. 36).

contrária, novamente, a tese fundamental segundo a qual os textos *não têm* sentidos antes da interpretação.

Então, neste trecho, Guastini afirma a possibilidade de cognição de sentidos já presentes no texto mesmo. Então, se tal possibilidade não é negada, o fato de existirem casos em que a interpretação é "mais difícil" ou "controvertida" não deveria ser considerado como suposta prova empírica de que a norma (sentido) é resultado da interpretação e só passa a existir depois desta, mas apenas como fatos corriqueiros e triviais de que algumas expressões linguísticas são de mais difícil interpretação do que outras, o que não se dá apenas no Direito, mas em toda e qualquer comunicação humana.

g) Ao tratar das ditas "construções jurídicas" ("interpretação criativa"), o autor as define como a atividade de construir, a partir de "normas explícitas" "formuladas pelas autoridades normativas"; normas implícitas, "que nenhuma autoridade normativa jamais formulou" (p. 38).

O uso da expressão "autoridades normativas" é significativo para demonstrar a hesitação que se tem comentado aqui: se se parte da premissa de que as normas são resultado da interpretação (sobretudo ou exclusivamente da interpretação judicial), então o esperado é que se considerasse que autoridades normativas são os intérpretes (especialmente os Juizes), e não os Legisladores. Nesse trecho, portanto, Guastini considera que os Legisladores é que são as autoridades normativas. A expressão final ("normas que nenhuma autoridade normativa jamais formulou") é particularmente interessante, pois faz ver que, para o autor, o Legislador "formula normas", e não apenas "textos/enunciados/disposições". Mas, a levar a premissa cético-realista às últimas consequências, normas só seriam estabelecidas por intérpretes, sobretudo e muito principalmente os judiciais.

h) Quanto à indeterminação do ordenamento jurídico (equivocidade dos textos normativos), o autor a evidencia com base no fato de que os textos normativos são dotados de ambiguidades, complexidades, implicações, defectibilidades e, quando apresentam listas, não se sabe se são elas taxativas ou exemplificativas (pp. 43-47). E, como visto, essa indeterminação linguística seria, para o realismo interpretativo, o motivo pelo qual a norma só se constitui a partir da interpretação dos textos normativos.

Quanto a isso, faço as seguintes considerações:

h.1) Primeira: de fato, a linguagem humana oferece variáveis doses de ambiguidades, vagezas, contradições etc., embora nem sempre seja assim, pois é um dado da experiência – que nenhum requinte teórico pode desmentir – que muitas frases (ditas ou escritas) são *suficiente e proficientemente claras*. Porém, reconheça-se, a indeterminação apontada pelo ceticismo interpretativo existe, o que desautoriza a noção simplista e ingênua de que o Juiz é a mera "boca da lei", aos moldes da escola exegética e do positivismo ingênuo. Ora, é também um dado da experiência que a linguagem humana trivial e a linguagem técnico-legislativa não são dotadas da precisão que é alcançada, com excelência, pela linguagem lógico-matemática. Seja como for, a primeira consideração é esta: há muitos dispositivos de lei claríssimos, com sentido evidente, unívoco e perfeitamente compreensível por qualquer pessoa, de modo que, no mínimo em relação a eles, a tese cética não poderia ser aplicada sem generalizações ilícitas.

h.2) Segunda: mesmo quando o texto normativo não é claro, isso não se deve, em todos os casos, a uma característica inevitável e necessária da linguagem humana. Em um grande número de exemplos dados pelo autor – de insuficiências ou deficiências na linguagem legislativa – bastaria que a técnica redacional fosse mais proficiente⁷, pois, em muitos casos, isso é, sim, plenamente possível e, se não acontece, é apenas por descuido do Legislador. Portanto, a equivocidade decorrente do mau uso da língua não exige, per se, modificações jusfilosóficas na compreensão intuitiva de que a atividade legislativa produz, sim, normas, noção essa que pode – e deve, ao máximo – ser blindada, em nome do princípio democrático.

Exemplos dados pelo autor: i) "O homem e a mulher têm direito de contrair matrimônio" (art. 12 da Constituição Espanhola). Com acerto, Guastini observa que esse texto pode significar que casamento só pode ocorrer entre homem e mulher, mas pode significar, também, que tanto homens, quanto mulheres, podem se casar, com quem quer que seja, seja de que sexo for. Nesse caso, porém, bastaria que o Constituinte espanhol tivesse redigido com mais proficiência (clareza e precisão), o que constitui performance linguística exigível até mesmo em nível médio de educação: a técnica de eliminação de ambiguidades. Tivesse o Constituinte espanhol escrito "Homens e

⁷ O autor demonstra ter consciência de que, em muitos casos, é possível reduzir fortemente a indeterminação, não só nos casos de equivocidade (o que é trivial), mas até mesmo nos casos de vagueza: "A vagueza (a open texture, a trama aberta) – diferentemente da equivocidade – é uma propriedade objetiva da linguagem, e não apenas da linguagem jurídica: todos os predicados em sentido lógico compartilham (ao menos potencialmente) essa propriedade. A vagueza não depende, assim,

das técnicas interpretativas ou das dogmáticas: **ela não pode ser eliminada (ainda que possa ser reduzida por meio de definições)**" (p. 57, com grifos nossos). Ou seja, se mesmo o caso mais difícil da vagueza já admite redução mediante definições, com maior razão o caso de um sem-número de exemplos dados pelo próprio autor, de equivocidade, admite às vezes eliminação, às vezes redução, pelo mero bom uso da linguagem.

mulheres têm direito de contrair matrimônio, assim entendido o vínculo conjugal entre pessoas de sexos opostos" ou "Homens e mulheres têm direito de contrair matrimônio, assim entendido o vínculo conjugal entre duas pessoas, independentemente do sexo", e já não haveria qualquer dificuldade interpretativa; ii) para o autor, listas constantes de textos normativos oferecem dúvida quanto ao seu caráter taxativo ou exemplificativo, o que só é verdade nos casos em que o Legislador deixa de aplicar a facílma e sempre disponível técnica de apor, à lista, o advérbio "somente" (se se tratar de rol taxativo) ou expressões do tipo "dentre outros/dentre outras" (caso se trate de rol exemplificativo)⁸.

h.3) Terceira: mesmo nos casos em que a eliminação da ambiguidade não é linguisticamente possível, é preciso reconhecer o seguinte: a indeterminação linguística em questão não acomete apenas os textos legislativos, mas também, e com muita frequência, os textos judiciais. Não fosse assim, nada explicaria a previsão – legislativa ela mesma – dos Embargos de Declaração (art. 1.022 do CPC), enquanto recurso destinado à supressão de omissões, contradições e obscuridades. Então, também as decisões judiciais padecem de ambiguidades, vagezas *etc.* Sendo assim, fica a seguinte questão: se a indeterminação linguística *das leis* joga "para frente" o nascimento da norma, isto é, ao momento da *interpretação judicial das leis* com vistas à sua *aplicação* (como quer o realismo interpretativo), então por que motivo a indeterminação linguística *das decisões judiciais* também não o joga "para frente", ao momento da *interpretação administrativa das decisões judiciais* com vistas ao seu *cumprimento*? Evidentemente, não se pode defender que isso seria desnecessário só com o argumento de que decisões judiciais são mais minuciosas, longas e explicativas do que as leis, o que as tornaria imunes à indeterminação linguística. Qualquer experiência com a praxe jurídica, por menor que seja, já dá a qualquer um acesso a uma miríade de exemplos de decisões judiciais incompreensíveis, contraditórias, vagas, omissas *etc.* e, de outro lado, leis claríssimas, de sentido único evidente *etc.* Ora: i) que dúvida poderia haver quanto ao sentido do art. 22, I, da CR, segundo o qual compete privativamente à União legislar sobre direito penal? ii) qual seria a dificuldade de se apreender imediatamente e com facilidade o sentido preciso do art. 1.003, § 5º, do CPC, segundo o qual, com exceção dos Embargos de

Declaração, o prazo para a interposição de qualquer outro recurso é de quinze dias? iii) que outros sentidos podem existir no art. 82 da CR, segundo o qual o mandato do Presidente da República é de quatro anos e se inicia em 1º de janeiro do ano seguinte ao da sua eleição? É evidente que estes exemplos, dentre tantos outros, não tornam inexistentes os dispositivos legais, também havidos em profusão, dotados de grande coeficiente de abstração e densidade axiológicas, a demandar, por isso, atos interpretativos. Isso significa que, no fim das contas, o realismo interpretativo pretende remediar a linguagem humana por meio do uso da própria linguagem humana, o que parece consistir em uma empreitada metodologicamente inconsistente.

h.4) Quarta: independentemente de se era ou não possível a eliminação da ambiguidade em determinado texto normativo, uma vez que ele esteja vertido em redação truncada, genérica, vaga *etc.*, será sempre possível que sua aplicação judicial seja feita de modo a alcançar fins eventualmente diversos daqueles antevistos e almejados pelo Legislador. Faz parte da dinâmica social humana, imperfeita que é, que tais coisas aconteçam. Mas isso não exige que, só porque é assim, retroativamente se passe a conceber que a norma só passou a existir depois da interpretação-aplicação; é perfeitamente possível que se sustente, sendo-se verdadeiramente realista, que, como todo fenômeno humano, a criação e a aplicação do Direito são processos imperfeitos. É mais razoável que se defenda que i) havia, sim, uma norma x antes da interpretação-aplicação do seu dispositivo pelo Judiciário e que ii) este interpretou o dispositivo em questão como tendo estabelecido a norma y, o que consistirá apenas num descompasso entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, decorrente de um mal-entendido linguístico (quando não de coisa pior). Não é preciso jogar fora a força normativa dos resultados da atividade legislativa, postergando-a para o momento pós-interpretativo e reduzindo a função do Legislador à de apenas "jogar tinta no papel". Dizendo o mesmo de outro modo: é uma falácia do tipo *non sequitur* sustentar que a norma só nasce depois da interpretação-aplicação dos textos normativos só porque há mal-entendidos linguísticos entre Legislativo e Judiciário. Uma coisa não implica a outra necessariamente, razão pela qual a mera existência de desacordos semântico-normativos entre dois Poderes não constitui prova da tese realista, que deverá ser provada com base em outros argumentos.

⁸ Aliás, o próprio autor, no item 2 do capítulo 3 da parte 1 (pp. 47-49), trata exatamente da falta que o advérbio "somente" faz, não só nos dispositivos integrados por listas, mas também por enunciados do tipo "São eleitores todos os cidadãos" (art. 48, *comma* 2, da Constituição Italiana). Diz o autor que esse enunciado pode ser interpretado como não tendo o "somente" (como de fato não tem) – de modo a significar que estrangeiros e apátridas podem ser considerados eleitores pela lei ordinária – ou como tacitamente

tendo o referido advérbio – de modo a significar que a lei ordinária, se considerasse estrangeiros e apátridas como eleitores, seria inconstitucional. Porém, a própria problemática interpretativa exposta pelo autor nessa parte demonstra que, se a redação legislativa fosse feita com maior cuidado e proficiência linguística, a problemática simplesmente não existiria nesses casos.

h.5) Quinta: por fim, o que parece estar na origem da relação feita pelos céticos entre "equivocidade dos textos normativos" e "gênese das normas pós-interpretação" é o *encurtamento da análise temporal do fenômeno complexo de criação e aplicação do Direito*. Explico-me: o âmbito cronológico da análise cética parece entender que a aprovação de uma lei pelo Parlamento é o *início* (e só o início) do processo nomopoiético e que as decisões judiciais que a interpretam (sobretudo se sedimentadas em jurisprudência firme) constituem o seu *fim*. Porém, esse é um recorte cronológico arbitrário e, aliás, bastante estreito: i) de um lado, mesmo antes da aprovação da lei, o Parlamento levou em consideração consensos e dissensos sociais, decisões judiciais e seus efeitos, travou discussões político-democráticas, procurou a redação que mais claramente expressasse o resultado deliberativo *etc.*; ii) de outro, mesmo após a jurisprudência definir de forma estabilizada o sentido da lei, é plenamente possível que o Parlamento, em reação à jurisprudência, edite nova lei, dessa vez apontando para *outro* sentido, que *não* aquele anteriormente definido pelos Tribunais. Tudo isso indica que tanto o Legislativo, quanto o Judiciário (e não só eles, como também o Executivo e a própria sociedade de um modo geral), participam do processo complexo, dinâmico e permanentemente tensional de construção e agregação de sentido às fontes jurídicas. Assim, o menoscabo ao texto normativo, consistente em tratá-lo como um mero material preliminar, brutíssimo e destituído de caráter normativo que lhe seja ínsito, encerra no máximo uma meia-verdade: i) se é verdade que, do ponto de vista da *aplicação judicial do Direito*, o texto legal é "apenas o início", pois o Juiz ainda deverá proceder à dupla interpretação (dos textos legais e dos fatos do caso), ii) não é menos verdade que *um texto normativo é o resultado (o "fim") de um longo processo de debates sociais e parlamentares sobre valores a serem institucionalizados normativamente*. Portanto, é preciso ampliar o horizonte cronológico de análise: um texto de lei só é o começo caso se leve em conta apenas os *casos judiciais* (mas o fenômeno jurídico é muito mais amplo do que isso, como se sabe). Caso se considere a dinâmica sociojurídica *como um todo*, ver-se-á que o texto é também o resultado final de um outro processo integrado por múltiplas interpretações e tomadas de posição quanto a valores. E isso é mais do que uma simples potência linguística indeterminada e, claro, muito mais do que nada. De outra parte, como visto, a decisão judicial também não é o "fim" derradeiro da "história da norma": sem contar a possibilidade trivial de reforma de uma decisão judicial por outra, fato é que, depois da decisão que afinal se estabilizar, novos atos legislativos poderão ser editados, dessa com sentidos diferentes ou mesmo antagônicos ao judicialmente adotado. Portanto, a conclusão que parece mais razoável e realista é a seguinte: as normas

jurídicas (significado dos textos) são definidas de forma compartilhada (mas com primazia do Poder Legislativo, por sua legitimidade democrático-material) e o aperfeiçoamento de seu sentido se dá através de diálogos institucionais e, também, de reações entre os Poderes e mesmo da sociedade (*backlash*).

i) Diz o autor: "*Aliás, toda construção dogmática – além de orientar a interpretação – é uma matriz de normas 'não formuladas', que se pretendem implícitas no ordenamento, apesar de não terem sido formuladas por nenhuma autoridade normativa, tendo sido, ao invés, elaboradas pelos intérpretes mediante os mais variados procedimentos argumentativos, logicamente não vinculantes*" (p. 54).

Duas considerações são relevantes quanto a esse trecho: i) primeira: o autor diz que construções dogmáticas *orientam* a interpretação (e não que *são* interpretação elas mesmas); portanto, parece que, ao menos nesse trecho, a interpretação, para o autor, é mesmo aquela feita apenas pelo Juiz (por seu caráter autoritativo), e não também pela doutrina, o que, porém, é contrário à defesa que os realistas interpretativos sempre fazem, quando se lhes objeta que, se a interpretação é só judicial e se a interpretação cria a norma, então os Juizes é que criam normas e as aplicam retroativamente, por absurdo; e ii) segunda: novamente, o autor se vale da expressão "autoridade normativa" para se referir ao *Legislador*, como já comentei acima em outro trecho idêntico.

CONCLUSÃO

Após a análise dos principais argumentos de Riccardo Guastini, pôde-se chegar conclusivamente aos apontamentos críticos formulados no capítulo anterior, embora todos ainda muito ligeiros e iniciais, relativamente às ideias fundamentais do realismo cético quanto à interpretação e à norma jurídica. A procedência de tais críticas – embora verossímil –, a naturalmente de ser aferida com os aprofundamentos teóricos necessários para a tarefa.

Mesmo assim, parece já possível concluir-se, com Hart, que "*O formalismo e o ceticismo em relação às normas são a Cila e a Caribde da teoria do direito; são grandes exageros, saudáveis quando um corrige o outro, e a verdade está em algum ponto entre eles*". E, de fato: o realismo cético, levado às últimas consequências, inevitavelmente desemboca em um perigoso decisionismo arbitrário e voluntarista (insuscetível de controle racional, portanto).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2021.

CHIASSONI, Pierluigi. Técnica da interpretação jurídica: breviário para juristas. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ECO, Umberto. Os limites da interpretação. São Paulo: Perspectiva, 2015.

ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

GUASTINI, Riccardo. Das fontes às normas. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUASTINI, Riccardo. El realismo jurídico redefinido. Revista Brasileira de Filosofia. São Paulo, v. 240, ano 62, pp. 26-42.

GUASTINI, Riccardo. Interpretar e argumentar. 2. reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.

HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HIERRO, Libório L. Sostiene Barberis. Consideraciones sobre el trayecto genovês desde el realismo jurídico al constitucionalismo. In: BELTRAN, Jordi Ferrer e RATTI, Giovanni B. (editores). El realismo jurídico genovês. Madrid: Marcial Pons, 2011b, pp. 217-236.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Positivismo jurídico lógico-inclusivo. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. Processo constitucional e democracia. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARMOR, Andrei (edit.). Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MELLO, Cláudio Ari. O realismo metodológico de Riccardo Guastini. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 113, pp. 187-244, jul./dez. 2016.