

O Realismo Metodológico de Riccardo Guastini

Riccardo Guastini's Methodological Realism

Cláudio Ari Mello¹

Resumo: O artigo estuda a teoria realista da interpretação jurídica desenvolvida pelo teórico do direito Riccardo Guastini. O autor italiano é um dos principais representantes da escola de filosofia analítica do direito produzida na Itália e é atualmente um dos mais influentes pesquisadores da interpretação jurídica na ciência do direito europeia. Guastini propõe uma teoria realista da interpretação jurídica, que se apresenta basicamente como uma teoria cética sobre a atividade interpretativa no âmbito do direito. O artigo analisa as principais premissas teóricas do realismo metodológico elaborado pelo autor e expõe criticamente a estrutura conceitual da sua abordagem teórica sobre o tema. Por fim, propõe um conjunto de críticas às concepções do autor que visam a demonstrar a necessidade de aperfeiçoar e corrigir algumas de suas principais teses.

1 Professor da Faculdade de Direito da PUCRS e da Faculdade de Direito do UNIRITTER. Doutor em Teoria do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Palavras-chaves: Filosofia analítica do direito. Metodologia do direito. Teoria da interpretação jurídica. Realismo jurídico. Realismo metodológico.

Abstract: The article studies the realist theory of legal interpretation developed by the Italian legal theorist Riccardo Guastini. The Italian author is a leading scholar of the school of analytical philosophy of law produced in Italy and is nowadays one of the most influent researchers of the legal interpretation in the European legal science. Guastini proposes a realist theory on legal interpretation, which has been set forth basically as a skeptical theory on the interpretive activity in the realm of law. The article analyzes the key theoretical assumptions of the methodological realism elaborated by the author and exposes critically the framework of his theoretical approach on the subject. At last, it proposes a set of criticisms to the author conceptions that aims at demonstrating the need of improving and correcting some of his main theses.

Keywords: Analytical philosophy of law. Legal methodology. Theory of legal interpretation. Legal realism. Methodological realism.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Pressupostos teóricos do realismo jurídico de Guastini. 2.1. Emotivismo moral como teoria metaética. 2.2. Ceticismo sobre as normas. 2.3. Conceito de norma jurídica; 3. Teoria realista da interpretação jurídica. 3.1. Natureza da interpretação jurídica. 3.2. Teorias da interpretação jurídica. 3.3. Espécies de interpretação jurídica; 4. Críticas. 4.1. Ceticismo moderado constrangido; 4.2. Limites de uma teoria ‘anatômica’ da interpretação jurídica; 5. Conclusão.

1. Introdução

A teoria realista da interpretação jurídica de Riccardo Guastini tem se destacado como uma das concepções teóricas mais influentes e férteis nos estudos sobre interpretação no universo europeu e latino-americano. Embora tenha composto uma obra importante e abrangente nos campos da teoria geral do direito e do direito constitucional, os estudos sobre teoria da interpretação produzidos pelo professor italiano tornaram-se uma referência indispensável para quem pretende alcançar uma compreensão teoricamente mais refinada sobre a atividade de interpretação na ciência jurídica contemporânea. E é precisamente a abordagem realista empregada pelo autor que a fazem particularmente interessante para o avanço das pesquisas sobre o tema.

O conjunto da obra de Guastini pertence à chamada escola italiana do realismo jurídico, que se desenvolveu originalmente a partir de estudos de professores de alguma forma ligados à Faculdade de Jurisprudência de Gênova, na Itália, a ponto de muitos denominarem essa escola de *realismo jurídico genovês*.² O pioneiro e líder intelectual dessa escola foi o professor Giovanni Tarello, que iniciou sua trajetória acadêmica pesquisando com profundidade a história do realismo jurídico nos Estados Unidos da América, estudo este que resultou na publicação da obra *Il Realismo Giuridico Americano*, de 1962, ainda hoje considerado o mais importante trabalho produzido sobre o tema no contexto europeu.³ Partindo dessa base teórica, Tarello elaborou uma teoria

2 Para uma breve história da formação da escola, ver BARBERIS, 2011. Para uma análise rigorosa dos pressupostos céticos da escola genovesa do direito, ver CHIASSONI, 1998.

3 A obra de Tarello foi escrita após um período de estudos na Universidade de Sydney, na Austrália, com o professor Julius Stone (Ver TARELLO, 1962).

realista da interpretação jurídica derivada de uma concepção cética acerca do significado das regras jurídicas.⁴ Como outros importantes teóricos italianos do segundo pós-guerra, Tarello fundou as bases do seu projeto teórico na filosofia analítica,⁵ participando ativamente do desenvolvimento da teoria analítica do direito na Itália nas últimas décadas.

A partir da obra de Tarello, formou-se um círculo de estudiosos do direito que desenvolveu uma nova abordagem para o realismo jurídico, agora especialmente dirigido à compreensão da interpretação jurídica.⁶ Assim, se até alguns anos atrás os estudiosos costumavam dividir o realismo jurídico em duas grandes escolas, a escola norte-americana e a escandinava, atualmente muitos têm proposto que a escola italiana pode ser considerada uma terceira linhagem do realismo jurídico.⁷ É verdade que existem importantes diferenças entre os membros da chamada escola realista italiana, assim como é possível identificar autores que sustentam concepções teóricas semelhantes às dos professores italianos e que

4 Ver TARELLO, 1974 e 1980.

5 Outros importantes fundadores da teoria analítica do direito no contexto italiano foram Norberto Bobbio e Uberto Scarpelli. Assim como Scarpelli, Tarello destacou-se por haver aplicado à sua filosofia do direito a análise da linguagem que dominou a filosofia analítica durante boa parte do século XX. Para uma visão da teoria analítica do direito no primeiro, ver SCARPELLI, 1954 e 1997. Para uma defesa recente do uso do método da análise ordinária na teoria do direito feita por um representante da escola genovesa, ver CHIASSONI, 2013b.

6 Mauro Barberis costuma acrescentar o nome da Professora Silvana Castignone entre os pioneiros do realismo genovês, sem, contudo, retirar a proeminência e o pioneirismo de Tarello (BARBERIS, 2011, p. 202). Barberis ressalta, ainda, que enquanto Tarello partiu de estudos sobre o realismo jurídico norte-americano, Castignone dedicou-se originalmente à escola realista escandinava. A obra em que Tarello expõe originalmente a sua teoria cética sobre a interpretação é *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, de 1974, complementada posteriormente por *L'Interpretazione della legge*, de 1980.

7 BARBERIS, 2011.

não pertencem a essa escola.⁸ Independentemente dessa questão de geopolítica teórica, não parece haver dúvida de que Riccardo Guastini levou adiante o projeto realista de Tarello como professor da Faculdade de Jurisprudência de Gênova e é hoje internacionalmente reconhecido como um dos principais representantes do pensamento realista na teoria do direito.

Antes de examinarmos a teoria realista de Guastini a partir de seus próprios pressupostos teóricos, é importante fazermos uma distinção conceitual a respeito da teoria realista do direito, conforme recomenda o próprio autor. Segundo o professor genovês, uma teoria realista do direito é composta de três teses. O *realismo jurídico ontológico* ocupa-se da pesquisa sobre a natureza ou sobre a essência do direito, ou seja, trata-se de uma abordagem sobre o conceito teórico de direito. O *realismo jurídico epistemológico* tem como objeto o conhecimento científico do direito, vale dizer, é uma concepção teórica sobre a ciência do direito. O *realismo jurídico metodológico*, por sua vez, tem como objeto a interpretação do direito e “responde à pergunta sobre que tipo de atividade é a atividade interpretativa”.⁹ O realismo jurídico de Guastini é essencialmente uma teoria realista sobre a interpretação jurídica, ou seja, pertence ao âmbito do realismo metodológico, muito embora suas concepções tenham importantes reflexos nas outras duas teses realistas. Nas palavras do próprio au-

8 É o caso, por exemplo, de Juan José Moreso, da Espanha, e Michel Troper, da França. Moreso, contudo, embora compartilhe muitos dos pressupostos teóricos desenvolvidos pelo realismo jurídico italiano, é melhor classificado como um realista moderado (ver MORESO, 1997). Troper, ao contrário, não apenas sustenta uma teoria realista acerca da interpretação, como é considerado defensor de uma concepção particularmente radical de realismo (ver TROPER, 2011). Sobre a teoria realista de interpretação de Michel Troper, ver a instrutiva análise crítica de Gustavo Just, 2014, p. 157-230.

9 GUASTINI, 2013, p. 97.

tor, o realismo metodológico é, “muito simplesmente, uma teoria cética sobre a interpretação”.¹⁰

Conquanto a teoria realista de Guastini tenha se originado no contexto da escola realista de Gênova fundada por Giovanni Tarello e, por isso mesmo, tenha se desenvolvido como uma teoria analítica do direito,¹¹ o autor tem três outras dívidas teóricas fundamentais para a construção do seu projeto científico. A primeira delas é com Norberto Bobbio, de quem o próprio autor confessa ter aprendido muito, particularmente a abordagem analítica sobre o direito e seu “estilo literário”; com efeito, é notável a semelhança de clareza e simplicidade expositiva que encontramos na obra desses dois grandes pensadores italianos.¹² A segunda delas é com Alf Ross, cuja teoria realista do direito e da interpretação impacta principalmente na primeira fase da obra do autor italiano.¹³ Por fim, a influência mais profunda é, sem dúvida, a teoria do direito de Hans Kelsen, que vai se tornando sempre mais ampla e mais explícita na obra de Guastini. Grande parte dos seus estudos sobre interpretação jurídica produzidos nas últimas duas décadas podem ser compreendidos como um aprofundamento e um aperfeiçoamento científico do esboço sobre a teoria da interpretação jurídica que aparece no capítulo final da *Teoria Pura do Direito*.¹⁴

10 GUASTINI, 2013, p. 98.

11 Sobre a relação de Guastini com o desenvolvimento da teoria analítica do direito na Itália, ver a entrevista do autor a Manuel Atienza publicado na revista espanhola *Doxa* (GUASTINI, 2004).

12 GUASTINI, 2004.

13 Ver especialmente o ensaio “Uma teoria realista do direito e da ciência jurídica”, publicado em GUASTINI, 2005 (publicado originalmente em 1990).

14 Guastini assume explicitamente a influência filosófica e teórica de Kelsen nos seus estudos na entrevista concedida a Manuel Atienza em 2004 (GUASTINI, 2004). Por outro lado, a releitura realista da obra de Kelsen produzida por Guastini não é isolada, conforme se pode constatar nos ensaios de Uta Bindreiter, *The Realist Hans Kelsen* (2013), e de Perluigi Chiassoni, *Wiener*

O realismo metodológico do autor é atualmente um dos mais consistentes desafios a toda e qualquer teoria cognitivista sobre as normas jurídicas e sobre a atividade interpretativa no direito. O cognitivismo interpretativo sustenta, em síntese, que a interpretação é essencialmente uma atividade de descoberta do significado preexistente dos textos legais. O intérprete não dispõe, pensam os cognitivistas, de discricionariedade ou de liberdade de escolha entre diferentes significados quando interpreta os documentos normativos. Como veremos, Guastini ataca as teses centrais do cognitivismo, afirmando, em primeiro lugar que a atividade interpretativa consiste essencialmente em atribuir um significado aos textos legais; em segundo lugar, que a interpretação jurídica compreende sempre um momento de escolha ou de decisão discricionária do intérprete entre diversas alternativas de significado admitidas pelos documentos normativos. Neste artigo, examinaremos os pontos centrais da teoria realista do autor e de seu ataque ao cognitivismo interpretativo.

O ensaio está dividido em três partes. Na primeira seção examinaremos as principais premissas teóricas que operam como fundamentos filosóficos do realismo metodológico proposto por Guastini. A seguir, procuramos expor a estrutura geral da sua teoria realista da interpretação jurídica. Por fim, na última seção, esboçamos algumas críticas àqueles elementos que consideramos frágeis ou simplesmente equivocados no projeto teórico do professor italiano. A seção inicial visa a apresentar ao leitor a compreensão de alguns pressupostos teóricos que nos parecem indispensáveis para entender a estrutura geral da teoria realista da interpretação jurídica desenvolvida pelo autor, servindo de base tanto para, nas seções seguintes, explicitar seu escopo e suas virtudes como esboçar algumas críticas que podem apontar

Realism (2013b).

para a necessidade de reforçar, revisar ou abandonar alguns pontos importantes do seu projeto teórico.

2. Pressupostos teóricos do realismo jurídico de Guastini

Como dissemos, a compreensão da teoria realista da interpretação que Guastini vem elaborando ao longo das últimas décadas exige o conhecimento de alguns de seus pressupostos teóricos e de alguns conceitos fundamentais da sua teoria do direito. Esses pressupostos são: (i) a concepção metaética do autor, que sustenta uma concepção emotivista acerca da moralidade; (ii) o ceticismo semântico acerca das normas jurídicas, que o leva a sustentar uma visão não-cognitivista sobre o significado das normas; (iii) a teoria analítica das normas jurídicas, que se revela decisiva para compreender a função da atividade interpretativa na sua teoria geral do direito do autor. A seguir, analisamos sinteticamente cada um deles.

2.1. Emotivismo moral como teoria metaética

O primeiro fundamento filosófico do realismo metodológico de Guastini encontra-se na adesão a uma visão metaética cética ou não-cognitivista acerca de verdades morais ou políticas. Para o autor, proposições sobre política ou moral são projeções das emoções humanas e, portanto, são eminentemente subjetivas, não podendo ser objeto de estudo científico. Como já registramos, a teoria do direito do autor é uma teoria analítica do direito, que compartilha os principais fundamentos da filosofia analítica, como o empirismo e a rejeição à metafísica.¹⁵ Explica-se, por isso,

¹⁵ Ver GLOCK, 2011, e HACKER, 1996.

que para Guastini valores políticos e morais são entidades metafísicas, que não podem ser percebidas pelos sentidos e não têm realidade fática. Para o autor, o papel da teoria do direito limita-se apenas a descrever o direito existente no mundo dos fatos, já que apenas proposições sobre fatos podem ter valor de verdade ou falsidade. Proposições sobre como o direito deve ser, ou sobre a justiça ou a moralidade do sistema jurídico, são proposições avaliativas ou prescritivas, que não têm valor de verdade e falsidade e não podem ser estudadas científica ou teoricamente.¹⁶ Elas pertencem ao âmbito da política ou da ideologia jurídica. A teoria do direito deve ser exclusivamente descritiva e avaliativa, isto é, *Wertfrei* (livre de valores).

Conquanto se autodefinia como um emotivista moral, Guastini não chegou ainda a expor fundamentadamente a sua concepção metaética não-cognitivista.¹⁷ Essa observação é importante porque, no atual estágio dos estudos sobre metaética, o emotivismo talvez seja uma das mais primitivas e frágeis teorias céticas acerca da moralidade. Reduzir os valores morais, que são construções extremamente complexas da racionalidade humana e representam uma das mais assombrosas características da espécie humana a meras externalizações discursivas de estímulos sensoriais parece ser uma simplificação insustentável da experiência moral humana. E a falta de uma exposição mais bem formulada da sua concepção metaética priva o leitor de sua obra de entender o

16 Ver TROPER, 2008.

17 Talvez seja interessante alertar o leitor para essa idiosincrasia semântica. O autor italiano defende uma teoria realista sobre a interpretação, ou seja, uma teoria que se pergunta sobre como os intérpretes realmente interpretam; porém, sustenta uma concepção não realista acerca da moral, isto é, sustenta que não existem fatos morais, valores morais ou propriedades morais na realidade. Em Guastini, como em muitos outros teóricos do direito, o realismo jurídico está associado a uma rejeição do realismo moral.

que o autor entende propriamente por “emotivismo” como uma teoria sobre a moralidade. O que percebemos em sua obra é um compromisso com uma concepção subjetivista e relativista genérica acerca da moral.¹⁸ Conforme ele próprio afirma, “os valores são variáveis dependentes da cultura, por sua vez variáveis no tempo e no espaço; isto é, são fruto de valorações (de atos humanos de valoração), como tais subjetivos”.¹⁹ Como se pode perceber, trata-se de uma adesão trivial ao subjetivismo e ao relativismo moral, embora nem por isso menos significativa e plena de consequências para a teoria do direito do autor.

Neste aspecto, a sua posição parece ser substancialmente idêntica à adotada por Kelsen, ainda que menos elaborada do que a do autor austríaco. Kelsen sustentava que juízos de valor moral “não podem ser respondidos por meio da cognição racional”.²⁰ A resposta a questões morais, prossegue o autor, depende de um julgamento de valor, que é sempre “determinado por fatores emocionais e, conseqüentemente, de caráter subjetivo, válido apenas para o sujeito que julga e, por conseguinte, apenas relativo”.²¹ Como em Kelsen, o emotivismo moral de Guastini leva-o a considerar juízos sobre moralidade e justiça como essencialmente não racionais e, portanto, incapazes de serem tratados cientificamente.²²

18 Diferentemente, Pierluigi Chiassoni, outro expoente do realismo interpretativo genovês, ofereceu recentemente uma importante e bem elaborada exposição de sua concepção metaética não-cognitivistica (CHIASSONI, 2011).

19 GUASTINI, 2011a, p. 243.

20 KELSEN, 2000b, p. 10.

21 KELSEN, 2000B, p. 10.

22 Uma das passagens mais claras acerca da concepção metaética emotivista de Kelsen encontra-se exatamente na *Teoria Geral do Direito e do Estado*: “Um julgamento de valor é a afirmação pela qual algo é declarado como um fim, um fim último que, em si, não é um meio para um fim posterior. Tal julgamento é sempre determinado por fatores emocionais. Uma justificação da

Em uma passagem fundamental do conjunto de sua obra filosófica, o autor austríaco afirma que “A justiça é uma idéia irracional. Por mais indispensável que seja para a volição e a ação dos homens, não está sujeita à cognição”.²³ Essa é basicamente a posição de Guastini. Para ele, tanto quanto para o autor austríaco, questões de justiça e de moralidade não são problemas teóricos, mas concepções ideológicas, que não podem ser abordadas cientificamente.

2.2. Ceticismo sobre as normas

Outro pressuposto teórico do pensamento do autor consiste no ceticismo semântico acerca da linguagem em geral e dos textos jurídicos em particular. Guastini entende que a linguagem natural humana não possui significados objetivos, intrínsecos ou imanentes, que possam ser descobertos por meio de uma atividade cognitiva. Todo discurso linguístico é indeterminado em maior ou menor medida, porque a linguagem é sempre equívoca, vaga, imprecisa ou ambígua, e comporta sempre uma multiplicidade de significados. Os textos normativos jurídicos são, portanto, dotados de

função emocional pela racional, porém, está excluída em princípio, na medida em que se trata de uma questão de fins últimos que, em si, não são meios para fins posteriores” (KELSEN, 2000b, p. 11, grifos acrescentados). Pouco antes, no mesmo texto, ele afirmara que “é uma peculiaridade do ser humano a sua necessidade profunda de justificar seu comportamento, a expressão de suas emoções, seus desejos e anseios, através da função de seu intelecto, do seu pensamento e cognição. Isso é possível, pelo menos em princípio, na medida em que desejos e anseios estejam relacionados ao meio pelo qual um fim ou outro deva ser alcançado – pois a relação de meio e fim é uma relação de causa e efeito, e isso pode ser determinado com base na experiência, ou seja, racionalmente” (KELSEN, 2000b, p. 10). Juízos sobre a justiça ou sobre a moralidade, contudo, são julgamentos sobre um fim último e juízos dessa natureza “sempre repousam sobre julgamentos de valor puramente subjetivos e, portanto, relativos” (KELSEN, 2000b, p. 11).

23 KELSEN, 2000b, p. 19.

uma inescapável indeterminação semântica e por isso estão sempre sujeitos a controvérsias interpretativas, que não podem ser evitadas, embora possam ser resolvidas. Quem define o significado de um texto é, ao fim e ao cabo, o seu intérprete. A interpretação é essencialmente a atividade de atribuir um significado a algo, inclusive a textos. Antes da interpretação, o texto não possui um significado. É o intérprete que confere a ele um ou mais significados.

Em relação especificamente a esse pressuposto teórico, central para a sua teoria da interpretação, é possível afirmar que, em seus últimos textos, notadamente em *Interpretare e Argumentare*, de 2011, Guastini passou a se afastar do ceticismo radical acerca do significado de textos normativos e a se aproximar de uma concepção cética moderada, que admite a existência de zonas de certeza acerca do significado de um texto normativo e zonas de incerteza ou de penumbra.²⁴ A rigor, essa posição mais próxima da moderação já estava implícita na aceitação do autor da concepção de Hans Kelsen, que define a norma jurídica como uma moldura que admite mais de uma interpretação, já que ao menos os limites da moldura impõem restrições aos significados que podem ser atribuídos a um enunciado normativo pelo seu intérprete.²⁵ Por outro lado, é necessário reconhecer que um movimento desta ordem, para um teórico do realismo interpretativo tributário do ceticismo radical de Giovanni Tarello, exigiria um trabalho de exposição mais aprofundado e compreensivo do que o oferecido pelo autor

24 GUASTINI, 2011a, p. 277-285. Em textos mais antigos, como *Das Fontes às Normas* (no original italiano, *Dalle fonti alle norme*), publicado em 1990, podemos perceber esse alinhamento com uma concepção cética radical acerca das normas especialmente no capítulo VIII, no qual analisa as teorias moderadas propostas por H.L.A. Hart e Genaro Carrió (GUASTINI, 2005, p. 145-152).

25 KELSEN, 2000a, p. 390-391.

até hoje, inclusive no recente *Interpretare e Argumentare*, já que implica a aceitação da possibilidade de que algumas normas podem ter um significado preciso ou objetivo que pode ser “conhecido”, e não atribuído pelo intérprete, isto é, a aceitação de que um texto pode ter um significado unívoco. Retornaremos a este ponto na seção crítica deste ensaio.

2.3. Conceito de norma jurídica

Com relação aos conceitos fundamentais de sua teoria do direito, sem dúvida o mais importante deles reside em seu conceito de norma jurídica, que não corresponde ao significado usualmente atribuído ao termo pela doutrina jurídica e pelos práticos do direito. Influenciado, sobretudo, pela dissociação entre enunciado e significado que aparece já em Alf Ross²⁶ e foi aprimorada por Tarello,²⁷ Guastini distingue os conceitos de disposição (*disposizione*) e norma jurídica. Disposições são os enunciados normativos presentes nas fontes de direito, como constituição, leis, atos administrativos normativos e decisões judiciais. As disposições pertencem, pois, ao discurso das fontes do direito. Já a norma jurídica é “o conteúdo de significado” que resulta da atividade de interpretação das disposições existentes nas fontes. Uma norma é o significado *atribuído* pelo intérprete a uma disposição, a um fragmento de disposição, a uma combinação de disposições ou a uma combinação de fragmentos de disposições.²⁸ A esse quadro podemos acrescentar as normas que são criadas ou construídas pelo “intérprete” sem que tenham qualquer disposição normativa

26 ROSS, 2003.

27 TARELLO, 1974.

28 GUASTINI, 1998, p. 15-20; 2005, p. 25.

como fundamento direto, denominadas pelo autor de normas não-expressas.²⁹

Uma importante consequência dessa dissociação reside na afirmação de que entre disposição e norma jurídica não existe uma relação biunívoca, o que significa que não se pode afirmar que a cada disposição corresponde uma norma. A relação entre disposição e norma é bastante complexa: (i) de uma única disposição é possível deduzir duas ou mais normas jurídicas; (ii) podem ser necessárias duas ou mais disposições para a formação de uma única norma jurídica; (iii) é possível deduzir a existência de normas implícitas, que não decorrem diretamente de nenhuma disposição, mas podem ser inferidas logicamente de uma ou mais disposições; (iv) é possível a construção de normas jurídicas não expressas, que não decorrem diretamente da interpretação de qualquer disposição textual.³⁰

A primeira proposição possui uma formulação bastante clara na obra do autor: “toda disposição é (mais ou menos) vaga e ambígua, de um tal modo que tolera diversas e conflitantes atribuições de significado. Nesse sentido, a cada disposição corresponde não apenas uma só norma, mas uma

29 A distinção conceitual mais precisa entre disposição e norma pode ser considerada uma das mais importantes contribuições da teoria analítica do direito desenvolvida pela escola genovesa. Entretanto, é também verdade que a distinção pode ser claramente rastreada nas obras de Kelsen e Ross. Robert Alexy emprega uma forma menos rigorosa da distinção na sua *Teoria dos Direitos Fundamentais* sem fazer qualquer referência a autores italianos (ALEXY, 2011a, p. 65 e ss.). Encontramo-la bem exposta, por exemplo, em MORESO (1997), ALCHOURRÓN e BULYGIN (2002), TROPER (2008), CHIASSONI (2007) e PINO (2016). No Brasil, a distinção é aceita e empregada por Humberto Ávila em sua *Teoria dos Princípios* (ÁVILA, 2014) e por Daniel Mitidiero, este um autor particularmente familiarizado com a evolução da teoria da interpretação no cenário italiano (ver MITIDIERO, 2016).

30 Para uma exposição detalhada da relação entre disposição e norma na tradição da teoria analítica italiana, ver PINO, 2016, p. 19-36.

multiplicidade de normas dissociadas".³¹ Conforme referimos acima, essa concepção de disposição é explicitamente tributária da teoria da norma jurídica de Hans Kelsen, o qual sustentava que um enunciado normativo do direito positivo é apenas um esquema de interpretação ou uma moldura (*Rahmen*), que permite ao interprete extrair diversas interpretações, as quais, por sua vez, conduzem a diferentes normas jurídicas. As normas jurídicas são o significado objetivo de um ato de vontade que aplica uma norma jurídica prevista na escala imediatamente superior do ordenamento jurídico. Assim, uma norma legal é o produto de um ato de vontade que resulta de uma escolha que os legisladores fazem entre as diversas possibilidades de interpretação de uma ou mais normas constitucionais. Uma decisão judicial produz uma norma jurídica que é o significado objetivo de um ato de vontade do juiz, que consiste na escolha de uma, entre diversas possibilidades de interpretação das normas constitucionais ou legais que incidem no caso em julgamento.³²

A razão pela qual um enunciado normativo é apenas uma moldura reside no fato de que ele é necessariamente expresso em linguagem, e a linguagem humana é inevitavelmente indeterminada. Ainda que a indeterminação seja variável, ela contamina todos os textos legais precisamente porque eles são sempre uma forma de linguagem. Como todo enunciado normativo é semanticamente indeterminado, o intérprete pode formular diversas soluções interpretativas resultantes da interpretação do texto, cada uma delas correspondente a uma potencial norma jurídica. Essa constatação de diferentes soluções interpretativas é uma atividade cognitiva. Interpretar um enunciado normativo legal EN1 é conhecer

31 GUASTINI, 2005, p. 34. Em sentido contrário, sustentando que disposição e norma são entidades ontologicamente distintas, ver PINO, 2016, p. 24.

32 KELSEN, 2000a, p. 387-397.

ou reconhecer as potenciais normas jurídicas N1, N2, N3. A norma jurídica *efetivamente aplicável* ao caso concreto (isto é, N1, N2 ou N3) é o resultado da escolha que o juiz faz entre as diversas possibilidades de interpretação da moldura, ou seja, de um enunciado normativo legal. Os significados atribuídos pela interpretação são o resultado de uma atividade cognitiva acerca do texto, porém a escolha entre eles é sempre um ato de vontade.

Já em *Dalle fonti alle norme*, de 1990, Guastini advertia que a distinção entre enunciado e significado ou entre disposição e norma não implica que elas sejam entidades “heterogêneas”, ou que uma norma seja algo ontologicamente diverso da disposição. Ontologicamente, disse o autor, disposição e norma são enunciados, porém a disposição pertence ao discurso das fontes e a norma ao discurso do intérprete.³³ Em *Interpretare e Argumentare*, de 2011, o autor reproduz essa advertência e rejeita que se possa distinguir as duas categorias propondo, por exemplo, que as disposições sejam entidades linguísticas e as normas entidades abstratas ou mentais.³⁴ Contudo, nessa obra Guastini acrescenta uma declaração particularmente decisiva para entender como disposição e norma devem ser compreendidas na experiência geral do direito, ou, se quisermos, no discurso global do direito. Sustenta o autor que os significados em que se constituem as normas não têm uma existência independente dos enunciados interpretativos das disposições, ou seja, uma norma é simplesmente uma disposição interpretada ou reformulada.³⁵ Essa afirmação mereceria um aprofundamento por parte do autor, já que pode representar um importante ponto de inflexão da dissociação entre disposição e norma. Em seus

33 GUASTINI, 2005, p. 27.

34 GUASTINI, 2005, p. 27, e 2011a, p. 65.

35 GUASTINI, 2011a, p. 65.

textos mais antigos³⁶ e mesmo em muitas passagens de seus textos mais recentes Guastini parece propor uma dissociação rígida entre (i) as fontes sociais de direito, consistentes em textos normativos como constituição, leis e decisões judiciais, produzidas por autoridades normativas, fontes estas que contêm os enunciados normativos e funcionam apenas como um esquema aberto de interpretação à disposição dos intérpretes, juízes e juristas; e, de outro lado, (ii) as normas jurídicas, produzidas pela atividade de interpretação, que, mais especificamente, são o produto de uma decisão por parte do intérprete entre os possíveis significados de um enunciado, como veremos logo a seguir.

A dissociação sugere que texto e norma são entidades realmente distintas e heterogêneas, situadas em níveis discursivos diferentes, tanto assim que o próprio autor admite a existência de disposições sem norma e normas sem disposição.³⁷ Se admitimos que uma norma é simplesmente uma disposição interpretada, podemos reconhecer uma vinculação entre o discurso das fontes e o discurso dos intérpretes até então pouco explicada na obra do autor. Embora seja uma distinção característica de qualquer teoria realista, uma dissociação radical entre as disposições normativas e as normas jurídicas corre o risco de eliminar qualquer pretensão normativa ou autoritativa dos textos legais. Como diz ironicamente Libório Hierro, “parece que o legislador, ao aprovar um enunciado normativo, não manda, proíbe ou permite nada, não quer dizer nada: se limita a oferecer aos juízes e juristas umas quantas palavras para que eles se entretendam em dota-las de sentido normativo”.³⁸ Por isso, uma reaproximação entre disposição e norma, no contexto

36 ver GUASTINI, 2005, p. 23-43.

37 GUASTINI, 2005, p. 36-43.

38 HIERRO, 2011, p. 225.

do realismo metodológico do autor, de fato exigiria uma exposição mais esclarecedora do que a mera afirmação de que as duas categorias teóricas não são entidades ontologicamente diversas e heterogêneas. Embora compartilhem a natureza de serem entidades da linguagem, elas têm sido expostas, nas obras do autor, como entidades linguísticas com natureza e funções bem distintas no discurso jurídico.

Talvez o que se possa identificar aqui seja a proposição de uma teoria complexa de sistema jurídico e da própria experiência jurídica. Guastini afirma que, aceita a distinção entre disposição e norma, podemos conceber um ordenamento jurídico de duas formas: a) como um conjunto de textos normativos, como constituições, leis, decretos, cada um deles por sua vez composto de disposições normativas; b) como um conjunto de conteúdos normativos ou significados derivados da interpretação dos textos, e, nesse sentido, um conjunto de normas jurídicas.³⁹ A primeira concepção é possível e fácil, porém pouco interessante, já que “o conteúdo normativo do ordenamento - o que se prescreve, a quem, e em que circunstâncias - resta totalmente indeterminado”.⁴⁰ A segunda concepção se torna difícil porque os conteúdos normativos ou significados são variáveis dependentes da interpretação (nenhuma disposição tem significado antes da interpretação). Quando sustenta que a distinção entre disposição e norma não implica que essas categorias são entidades “diversas e heterogêneas” e que os significados não têm uma existência independente dos enunciados interpretativos e dos atos de interpretação,⁴¹ Guastini parece indicar que a experiência jurídica não pode ser reduzida nem ao discurso das fontes nem ao discurso dos intérpretes,

39 GUASTINI, 2011b, p. 82.

40 GUASTINI, 2011b, p. 82.

41 GUASTINI, 2011b, p. 65

mas, ao contrário, é o resultado da conjugação dos dois. Um sistema jurídico é uma entidade complexa composta dos textos normativos e das normas que são produzidas a partir da interpretação de seus enunciados. Essa posição é sugerida, por exemplo, na seguinte passagem de *Interpretare e Argumentare*:

Se se concebe o direito vigente (não como um conjunto de textos, mas) como um conjunto de significados, bem se pode dizer – antes se deve dizer – que o direito é uma variável dependente da interpretação. Mas não se pode dizer – entendendo-lo à letra – que o direito seja criado pelos intérpretes, e por esses apenas. Porque, banalmente, não existe interpretação sem um texto a ser interpretado: uma sedizente “interpretação” que não tivesse um objeto preexistente não seria de fato interpretação, seria genuína normação. Assim que o direito nasce da combinação da legislação (ainda em sentido “material”) e interpretação.⁴²

A teoria das normas de Guastini é complementada com a admissão da existência do que ele denomina de normas não-expressas. Esse conceito refere-se às normas jurídicas que não são derivadas da interpretação de qualquer enunciado normativo presente em um texto jurídico. O autor reconhece a existência de normas que não decorrem da atividade propriamente de interpretação de disposições textuais, mas de um trabalho de construção de uma norma por parte de doutrinadores e de juízes. Essa construção pode assumir diferentes modalidades. Uma norma não-expressa: (a) pode ser construída a partir do reconhecimento de que ela está implicitamente implicada por uma ou mais disposições normativas; (b) pode ser construída após o reconhecimento de uma lacuna normativa ou axiológica no sistema de disposições normativas, especialmente mediante o recurso à analogia; (c) pode ser decorrente de uma pura e simples

42 GUASTINI, 2011a, p. 336-337.

criação por parte do intérprete, sem qualquer base textual, ou seja, sem que se possa dizer que a norma criada decorre da atribuição de significado a uma determinada disposição textual, ou, para recorrer à metáfora kelseniana, sem que se possa dizer que a norma se encontra no interior da moldura fornecida por uma disposição normativa. Como se pode perceber, a rigor o que Guastini denomina de norma não-expressa não é propriamente uma norma *não-expressa*, mas sim uma norma que não é derivada da interpretação de uma disposição expressa. O adjetivo “não-expresso” se refere a uma potencial disposição que deveria servir de fonte para a produção da norma, e não à norma em si mesma.

Em síntese, a teoria da norma jurídica de Guastini está fundada nas seguintes premissas: (a) a base de sistemas jurídicos são as disposições normativas previstas nos documentos produzidos pelas autoridades reconhecidas como legitimadas para a criação do direito; (b) disposições normativas, produzidas pelo poder constituinte, pelo legislador ou por tribunais não são normas jurídicas, mas meros enunciados normativos carentes de significado; (c) as disposições normativas são sempre indeterminadas semanticamente, razão pela qual sempre é possível atribuir a elas dois ou mais conteúdos de sentido ou significados; (d) as disposições normativas recebem o seu significado normativo por meio da atividade de interpretação desenvolvida pelos teóricos e pelos juízes; antes da interpretação, nenhum dispositivo possui um conteúdo semântico determinado; (e) a disposição normativa é, portanto, o objeto da interpretação; a norma é o produto ou o resultado da interpretação; (e) um sistema jurídico tanto pode ser compreendido como um conjunto de disposições normativas presentes nas fontes textuais como um conjunto de normas jurídicas produzidas por meio da interpretação dos documentos normativos. Como se vê,

essas premissas permitem constatar que Guastini sustenta uma teoria positivista do direito e uma teoria cética sobre as normas jurídicas.

3. Teoria realista da interpretação jurídica

3.1. Natureza da interpretação jurídica

A teoria da interpretação jurídica desenvolvida pelo autor compreende a interpretação como a atividade mental de natureza discursiva⁴³, que consiste essencialmente no ato de *atribuir* um sentido ou um significado a um texto normativo, na acepção que havia sido defendida por Alf Ross em *On Law and Justice*⁴⁴ e posteriormente desenvolvida por Tarello em *Diritto, Enunciati, Usi*⁴⁵ e em *L'Interpretazione della legge*⁴⁶. Interpretar não é *descobrir* um significado que o texto já possui, como sustentavam as teorias formalistas acerca da interpretação jurídica.⁴⁷ Nenhum documento normativo é dotado de um significado preciso e determinado antes de ser objeto da atividade de interpretação. Vários fatores

43 GUASTINI, 2005, p. 24.

44 ROSS, 2003, p. 135-188.

45 TARELLO, 1974.

46 TARELLO, 1980.

47 Sobre as teorias formalistas do direito, ver Dimitri DIMOULIS (2013), Martin STONE (2004) e Norberto BOBBIO (2015). Para um excelente estudo histórico e crítico da disputa entre o formalismo e o realismo no contexto jurídico norte-americano, ver Brian TAMANAHA (2009). Embora se trate de um estudo histórico sobre o contexto norte-americano, um dos méritos da notável obra de Tamanaha é a desmistificação da polarização entre essas duas visões, como se formalistas ignorassem necessariamente o poder de criação do direito dos juízes e realistas ignorassem necessariamente a força normativa dos textos legais. Postema também oferece um ótimo resumo dos autores que propuseram um modelo renovado de formalismo nas últimas décadas no contexto do *Common Law* (POSTEMA, 2011, p. 388-399).

contribuem para a inescapável indeterminação semântica dos enunciados normativos: (a) como as disposições normativas são produzidas em linguagem, elas são sempre equívocas, admitindo uma pluralidade de interpretações, razão por que estão sujeitas a controvérsias interpretativas; (b) os textos normativos são quase sempre ou, ao menos, muito frequentemente vagos, imprecisos, ambíguos e complexos; (c) uma diversidade de métodos interpretativos é empregada na atividade interpretativa, os quais podem levar a resultados diferentes, conflitantes e contraditórios; além disso, existe incerteza inclusive acerca do significado dos próprios métodos utilizados na interpretação dos textos; (d) os conceitos e as concepções teóricas desenvolvidos pela dogmática jurídica influenciam e até determinam a interpretação dos termos usados nos textos; (e) as concepções ético-políticas e os interesses subjetivos do intérprete também influenciam o significado que se atribui aos textos⁴⁸.

A interpretação jurídica não é, portanto, uma operação puramente cognitiva, que envolve a descoberta de um significado intrínseco ao material interpretado ou preexistente à operação interpretativa. Nesse sentido, a teoria realista defendida pelo autor rejeita integralmente o formalismo jurídico, geralmente associado com o cognitivismo normativo.⁴⁹ Interpretar não é descobrir o significado preexistente do material interpretado, mas atribuir a ele um significado, isto é, constituir ou determinar o seu sentido semântico; no caso do direito, atribuir significado às fontes textuais de direito. Os textos comportam sempre uma pluralidade de significados possíveis, dada a variedade de fatores que incidem na atividade de interpretação, como vimos acima. Ao abordar um texto, o intérprete não vai

48 GUASTINI, 2011a, p. 40-61; MITIDIERO, 2016, p. 65-66.

49 Ver GUASTINI, 2005, p. 153-162.

encontrar nele um sentido único, determinado ou preciso, mas uma diversidade de sentidos. A sua principal função é a de significar o texto, isto é, atribuir a esse texto um sentido específico que é precisamente a norma jurídica que resulta da interpretação.⁵⁰

3.2. Teorias da interpretação jurídica

A melhor forma de compreender a teoria da interpretação do professor genovês é expor a classificação das teorias da interpretação jurídica elaborada pelo próprio autor e entender em qual delas ele situa a sua concepção. Guastini distingue três teorias da interpretação jurídica: (i) a teoria cognitivista; (ii) a teoria cética; e (iii) a teoria eclética. A teoria cognitivista “pressupõe a existência, em todo texto normati-

50 Em na sua criteriosa análise do ceticismo da “escola genovesa da interpretação jurídica”, Perluigi Chiassoni discorre extensamente sobre uma das teses centrais da escola, segundo a qual “os enunciados interpretativos são similares a definições estipulativas”. Conforme conceito proposto pelo próprio autor, definições estipulativas são discursos mediante os quais o emitente adscribe um significado a um termo (vocábulo ou locução) (CHIASSONI, 1998, p. 29. Irving M. Copi e Carl Cohen afirmam que “aquele que introduz um novo símbolo tem completa liberdade para estipular qual o significado que está atribuindo a ele; a definição que surge da atribuição deliberada de um significado é propriamente chamada de *estipulativa*” (COPI e COHEN, 1998, p. 125). Definições estipulativas distinguem-se de definições lexicais, que, segundo Chiassoni, pertencem ao discurso com função cognitiva, porque reportam o uso de um termo em uma certa comunidade de usuários (CHIASSONI, 1998, p. 29). A distinção entre definições lexicais e estipulativas não é exaustiva no âmbito do estudo lógico das definições (Nesse sentido, ver COPI e COHEN, 1998, capítulo 5). Sem embargo, ela é de fato importante para compreender o que os realistas metodológicos querem dizer quando usam a expressão “atribuir um significado a uma disposição” como o *definiens* do *definiendum* “interpretação jurídica”. Ver ainda CHIASSONI, 2007, p. 50 e ss. Na obra de Guastini, a relação entre a teoria da interpretação e o conceito de definição estipulativa está bem explicitado em *Teoria e dogmatica dele fonti* (1998, p. 3-11).

vo, de um sentido unívoco e suscetível de conhecimento”.⁵¹ O significado do texto já está nele incorporado e o trabalho do intérprete restringe-se a compreender esse sentido pré-constituído e revelá-lo. Como um texto normativo é portador de um significado único, ele é passível de uma interpretação verdadeira ou falsa e a atividade interpretativa pode oferecer uma única solução correta. Crítico do cognitivismo interpretativo, o autor propõe que essa teoria seja entendida como uma ideologia sobre a atividade interpretativa, derivada das doutrinas da separação dos poderes e da soberania do parlamento, segundo as quais o juiz, seguindo Montesquieu, nada mais é que “la bouche que prononce les paroles de la loi”, doutrinas cuja principal pretensão ideológica é a de assegurar a certeza do direito,⁵² objetivo que, já sabemos, o autor considera incompatível com a natureza do direito.

A teoria cética ou realista de interpretação afirma que a interpretação – e especialmente a interpretação judicial – não é um ato de conhecimento de um sentido único dos textos normativos ou de um significado neles incorporado desde sua origem, mas um ato de escolha ou de decisão e, portanto, de vontade do intérprete. Os textos normativos não são dotados de um sentido único e objetivo preexistente à interpretação: “a atribuição de significado ao texto normativo é fruto de uma decisão discricionária dos intérpretes (em última análise, dos juízes)”.⁵³ Em última instância, refere o autor, os juízes são livres para atribuir aos textos normativos qualquer significado, e juízes e tribunais cujas decisões não são passíveis de recurso possuem uma autoridade absoluta para definir o significado de um dispositivo normativo.⁵⁴

51 GUASTINI, 2011a, p. 409.

52 GUASTINI, 2011a, p. 411-412.

53 GUASTINI, 2011a, p. 412.

54 Ao expor essa tese das teorias realistas Guastini costuma citar a seguinte

As teorias céticas, por sua vez, dividem-se em duas subespécies: a teoria cética moderada e a teoria cética extrema ou radical. Ambas as concepções compartilham as premissas de que todos os textos normativos são equívocos e, por isso, suscetíveis de interpretações conflitantes e mutáveis, assim como “todo texto normativo admite, em regra, uma pluralidade de interpretações (*in abstracto*) alternativas igualmente plausíveis”,⁵⁵ sendo a escolha entre as alternativas uma decisão essencialmente discricionária do intérprete. Entretanto, o cético moderado compreende um enunciado normativo como uma moldura portadora de um número limitado, ainda que múltiplo, de significados alternativos, e esses significados constroem, ainda que às vezes minimamente, a liberdade de escolha do intérprete. Para os céticos extremos, os textos normativos não são propriamente direito, mas apenas fontes de direito, que podem ou não condicionar a atividade do intérprete. Segundo essa variante radical do ceticismo, não é que os textos possam comportar uma pluralidade de significados, mas que podem comportar *qualquer* significado. Assim, o direito é puro e simplesmente o produto da decisão judicial, seja ela extraída de uma interpretação do texto seja ela pura criação judicial indiferente aos textos.⁵⁶ Para esses teóricos, a interpretação é uma atividade puramente constitutiva de normas jurídicas e os textos servem de inspiração para as decisões judiciais da mesma forma como concepções morais, econômicas ou políticas e interesses, inclinações ou paixões subjetivas do juiz.⁵⁷

passagem do Bispo Benjamin Hoadley, celebrizada por John Chipman Gray em *The Nature and Sources of Law*: “Whoever hath and *absolute authority* to *interpret* any written or spoken laws, it is *he* who is truly the *Law-giver* to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them” (GRAY, 1948, p. 102).

55 GUASTINI, 2011a, p. 413.

56 GUASTINI, 2011a, p. 414.

57 Michel Troper, um dos mais importantes representantes do realismo

A teoria eclética compreende a interpretação como uma atividade binária. Primeiramente, a interpretação é um ato de conhecimento do único significado possível de um enunciado normativo, quando ele existir. Se essa etapa fracassa, a interpretação envolve o conhecimento dos diversos significados possíveis de serem atribuídos aos dispositivos e, posteriormente, o ato de vontade de escolha de um deles. De acordo com a teoria eclética, os enunciados normativos são dotados de zonas de certeza e de zonas de penumbra acerca de seus significados. Para os ecléticos, todo enunciado contém uma textura aberta (*open texture*) na qual o significado normativo do texto é indeterminado. Quando o juiz se depara com uma hipótese que recai sobre a zona de certeza do significado da norma, a sua atividade é de mero conhecimento, isto é, de descobrir o significado objetivo do texto. Quando se depara com uma zona de penumbra, o juiz deve decidir discricionariamente o significado normativo do enunciado.⁵⁸

extremo da atualidade, define assim as premissas dessa teoria: “Segundo essa teoria (realista), grosseiramente resumida, quando a interpretação emana de uma autoridade competente, que não é necessariamente um juiz, e que as decisões dessa autoridade são insuscetíveis de recurso, ela se impõe e produz os efeitos na ordem jurídica qualquer que seja o seu conteúdo, mesmo se ela for de encontro ao senso comum, à intenção do autor do texto interpretado ou das regras da linguagem ordinária. Em primeiro lugar, a interpretação é uma função da vontade e não do conhecimento, porque o sentido de um texto é o produto de uma prescrição. De outra parte, o texto não tem, previamente à interpretação, qualquer significado a ser descoberto. Em seguida, se a norma é definida como a significação prescritiva de um texto, o verdadeiro autor da norma não é o autor do texto, mas o intérprete” (TROPER, 2011, p. 189). Para uma exposição sintética da teoria da interpretação do autor francês, ver TROPER, 2008, 123-139. Para uma análise crítica da posição do autor francês, JUST, 2014, p. 157 e ss.

58 GUASTINI, 2011a, p. 416. Guastini divisa também duas variantes de teoria eclética. A primeira distinguiria casos fáceis de casos difíceis, ao passo que a segunda distinguiria entre textos claros e textos equívocos (2011a, p. 413-416). A divisão proposta nos parece pouco clara, porque ambas dependem

Em relação à teoria eclética exposta por Guastini, talvez seja importante fazer algumas complementações. A nosso ver, há duas questões analíticas acerca do ecletismo interpretativo que necessitam ser esclarecidas. A primeira questão diz respeito ao *escopo* do ecletismo. Podemos ter uma teoria eclética ou híbrida (chamemos de TE1) segundo a qual existem algumas disposições normativas que permitem uma única interpretação possível, e, portanto, nestes casos haveria uma relação biunívoca entre texto e norma, e outras disposições - ou conjunto de disposições - em que é possível atribuir dois ou mais significados ao texto. E podemos ter uma teoria eclética ou híbrida (chamemos de TE2) segundo a qual todo enunciado pode ter uma zona de certeza e uma zona de penumbra acerca do seu significado normativo, posição defendida, aparentemente, por H.L.A. Hart, em *O Conceito de Direito*.⁵⁹ A segunda questão diz respeito ao papel da interpretação nas teorias ecléticas. Tanto os defensores de TE1 quanto os defensores de TE2 podem adotar duas posturas diferentes nos casos em que há uma única resposta interpretativa a um enunciado. Eles podem sustentar as seguintes posições: (i) que, nestes casos, sendo a interpretação a atividade de atribuir um significado a um texto, ela se torna desnecessária, porque basta para o aplicador da norma *compreender* o seu significado preexistente;⁶⁰ ou (ii) podem insistir que a interpretação é, mesmo nestes casos, indispensável, inclusive para se concluir que um dispositivo contém um único significado normativo possível, ou que se está diante de um caso de zona de certeza do significado normativo de um enunciado.

da equivocidade dos enunciados normativos, não parecendo haver uma diferença real entre as duas supostas variantes. Por isso, no texto, reduzimos a teoria eclética a uma única modalidade.

59 HART, 1994.

60 Essa é a posição defendida por Andrei Marmor, 2001.

Como veremos a seguir, Guastini adere ao que ele denomina de teoria cética ou teoria realista moderada da interpretação. Para melhor compreendermos a sua posição nesta controvérsia teórica, precisamos investigar com mais detalhes a sua concepção acerca do que é efetivamente a interpretação jurídica.

3.3. Espécies de interpretação jurídica

Guastini distingue três espécies diferentes de interpretação jurídica, todas elas compondo o que ele compreende ser a atividade interpretativa *lato sensu*: (a) a interpretação cognitiva; (b) a interpretação decisória; e (c) a interpretação criativa. Como dissemos, o termo interpretação é utilizado, aqui, em um sentido bastante amplo. O núcleo conceitual do termo é a atividade de atribuir significado a uma formulação normativa. Atribuir significado é uma atividade que associa conhecer os possíveis significados de um enunciado e decidir qual deles deve prevalecer. Portanto, a interpretação em sentido estrito é uma atividade realizada em dois níveis, pois envolve a interpretação cognitiva e a interpretação decisória. Entretanto, entre esses dois momentos, há importantes diferenças. A interpretação cognitiva é uma atividade da faculdade de conhecer do intérprete. A interpretação decisória é uma atividade volitiva exercida pelo intérprete. Como para o realismo metodológico a interpretação é atribuição de significado a um enunciado e a atribuição só se conclui quando o intérprete decide qual dos significados possíveis prevalece, então a atividade interpretativa só se finaliza com essa escolha. Por outro lado, o termo interpretação também é utilizado de um modo “opaco” na linguagem comum dos juristas, para “denotar a totalidade das operações intelectuais dos operadores jurídicos”,⁶¹ inclusive a criação de

61 GUASTINI, 2013, p. 100.

normas jurídicas que não são o produto da interpretação em sentido estrito de formulações normativas. Por isso, a interpretação criativa é tratada pelo autor mais propriamente como construção jurídica.⁶² Considerá-la como atividade interpretativa exige que a tomemos como interpretação em sentido amplíssimo.

A interpretação cognitiva ocorre quando o intérprete identifica todos os significados possíveis de serem atribuídos a uma disposição ou a um conjunto de disposições normativas. Os enunciados normativos são inescapavelmente indeterminados, por serem equívocos, ambíguos, complexos e porque, no processo de compreensão dos seus possíveis significados, intervêm diferentes métodos interpretativos, concepções teóricas e dogmáticas e posições ético-políticas dos seus intérpretes. Ou seja, os significados que podem ser atribuídos a um enunciado variam e se multiplicam não apenas pela indeterminação semântica dos termos e dos textos legais, mas porque o emprego de diferentes métodos interpretativos ou diferentes concepções dogmáticas e ético-políticas podem produzir diferentes alternativas de interpretação. Novamente recorrendo a Kelsen, todo enunciado ou conjunto de enunciados oferece ao intérprete apenas uma moldura, dentro da qual pode ser incluído um número variável de possíveis significados normativos. Cada um desses significados individuais, digamos, N1, N2, N3, Nx, é um candidato a converter-se posteriormente, nos estágios seguintes da atividade completa da interpretação, em uma norma jurídica. Essa etapa é propriamente cognitiva, no sentido de que decorre realmente de uma função cognitiva que o intérprete exerce sobre o texto de um enunciado normativo presente em um documento jurídico. O intérprete conhece os possíveis significados que podem ser atribuídos

62 GUASTINI, 2013, p. 100-101.

a uma ou mais disposições de um texto. É exatamente por aceitar o estágio cognitivo da atividade interpretativa que Guastini se considera um realista moderado.

A interpretação decisória é a necessária etapa seguinte do processo interpretativo como um todo. Conhecidos os possíveis significados atribuíveis a um enunciado normativo, isto é, N1, N2, N3, Nx, o intérprete deve agora decidir qual deles deve prevalecer. A decisão é uma escolha discricionária do intérprete. Nada pode de fato constrangê-lo na eleição de um significado e na rejeição dos demais. Trata-se de uma decisão, ou seja, de um ato de vontade do intérprete, e não de um ato de conhecimento. Aqui aparecem com clareza as indefinições da teoria da interpretação de Guastini *qua* teoria cética. Teorias moderadamente céticas acerca da interpretação, denominadas de ecléticas ou híbridas, como vimos antes aceitam que em muitos casos a fonte normativa oferece um ou mais significados claros, que podem ser conhecidos pelo intérprete.⁶³ Há inclusive uma longa tradição segundo a qual nos casos claros a interpretação sequer é necessária (*In claris non fit interpretatio*), e importantes teóricos contemporâneos continuam sustentando que nem sempre os textos exigem propriamente uma interpretação.⁶⁴ Os céticos moderados são céticos acerca da interpretação apenas nos chamados casos difíceis, que são casos que em que as disposições possuem zonas de penumbra ou de incerteza em relação ao seu significado ou são integralmente dotadas de indeterminação. Nesses casos, os moderados admitem que o intérprete possui discricionariedade para definir o significado da disposição.

63 Para uma análise do problema da textura aberta da linguagem e seu impacto no direito, ver STRUCHINER, 2002.

64 Ver MARMOR, 2001.

Guastini afirma que, em princípio, todas as disposições normativas são indeterminadas e, por isso, nenhuma delas é dotada de zonas de certeza que possam permitir uma única possível interpretação. Assim, como o intérprete se depara com múltiplas possibilidades interpretativas em todos os casos de interpretação de um enunciado normativo, ele sempre escolhe discricionariamente qual delas será convertida, pela sua decisão, em uma norma jurídica. Entretanto, em outras passagens, sempre rápidas e carentes de explicitação, o professor genovês parece admitir que, ao menos em alguns casos, uma disposição pode ser dotada de um único significado, caso em que incidiria exclusivamente a interpretação cognitiva.⁶⁵ Em casos de um claro consenso semântico em uma determinada comunidade jurídica em torno do significado preciso de uma disposição seria possível admitir a existência de um único sentido possível para o texto, porém ainda assim se trataria de um sentido precário, instável, dependente da incontrolável persistência do consenso na comunidade em questão. Se é assim, Guastini poderia ser classificado como um teórico eclético, ainda que o espaço que ele consagre à indeterminação das normas seja potencialmente muito mais abrangente do que o atribuído por autores inegavelmente ecléticos, como H.L.A. Hart, Juan Jose Moreso, Paolo Comanducci e, no Brasil, Noel Struchiner.⁶⁶

65 Por exemplo, quando sintetiza os traços fundamentais do realismo moderado, ele inclui entre eles a proposição segundo a qual “todo texto normativo admite, *em regra*, uma pluralidade de interpretações (*in abstracto*) alternativas igualmente plausíveis” (2011, p. 413). A partir dessa passagem, podemos interpretar que, *a contrario sensu*, em alguns casos, que fogem à regra, um texto normativo admite uma única interpretação. Ainda assim, posto sejam uma exceção, esses casos *existem*, o que seria suficiente para infirmar o ceticismo extremo.

66 Liborio Hierro destaca que o próprio Kelsen, cuja teoria da interpretação é a inspiração da teoria de Guastini, não nega que uma norma possa ter um

A interpretação criativa ocorre justamente quando o intérprete cria uma norma jurídica sem que ela tenha como suporte uma disposição normativa existente em um texto jurídico. A interpretação é, nesse caso, um ato de *criação* ou de *construção* de um significado normativo, e não de *atribuição* de um significado a um texto preexistente. Como vimos, para Guastini a interpretação jurídica em sentido estrito é a *atribuição de sentido a um texto*. Nesse caso, faz-se um uso da expressão “interpretação” em senso latíssimo, adverte o autor,⁶⁷ já que na interpretação criativa não há texto ao qual se possa atribuir um significado. O intérprete constrói a norma sem base textual.

A criação de uma norma não-expressa pode assumir mais de uma modalidade. Uma norma não-expressa pode ser inferida logicamente de normas expressas, ainda que, neste caso, não possamos falar de interpretação criativa. A criação de normas mediante a atividade interpretativa pode se dar, por exemplo, a partir do reconhecimento de que o sistema de disposições contém uma lacuna normativa ou uma lacuna axiológica que necessita ser colmatada mediante o recurso às técnicas de integração de lacunas construídas ao longo da história do direito, como a analogia,

sentido único, ainda que admita que a maioria das normas jurídicas tenha vários sentidos, e finalmente não nega que o ideal de segurança jurídica exige reduzir ao mínimo possível essa pluralidade de sentidos” (HIERRO, 2011, p. 225). Aliás, como argutamente registra Daniel Mitidiero, Kelsen conclui a *Teoria Pura do Direito* enaltecendo, no seu último parágrafo, as vantagens da “ficção da univocidade das normas jurídicas” (KELSEN, 2000a, p. 396) para a obtenção de segurança jurídica (MITIDIERO, 2016, p. 60). Em todo caso, é preciso ter presente que Kelsen faz no texto uma observação de cunho político: “A interpretação técnico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: ‘a interpretação correta’. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica” (KELSEN, 2000a, p. 396).

67 GUASTINI, 2011a, p. 338.

e equidade e os chamados princípios gerais do direito. Mas pode ocorrer, também, quando o intérprete atribui a um enunciado normativo um significado que não pode ser adequadamente enquadrado na moldura configurada pelo texto. Um enunciado é um esquema de interpretação que dispõe de uma multiplicidade de possíveis significados,⁶⁸ mas essa multiplicidade não é ilimitada, porque encontra limite nos significados semanticamente possíveis de serem conhecidos. Se o intérprete dá ao texto um sentido que ultrapassa os significados possíveis na etapa de interpretação cognitiva, então ele está pura e simplesmente criando *ex novo* uma norma jurídica. Segundo Guastini, estamos, também, diante de uma interpretação criativa quando o intérprete concretiza princípios jurídicos expressos e não-expressos.

O realismo jurídico de Guastini nos conduz, assim, à seguinte conclusão: ontologicamente, um sistema jurídico é uma realidade essencialmente complexa, composta pelo conjunto dos enunciados linguísticos previstos nos textos legais e pelo conjunto de normas jurídicas criadas pelos juízes ao interpretarem os textos normativos editados pelo legislador constituinte ou ordinário. O conjunto de enunciados normativos previstos nos textos legais funciona apenas como fonte das normas que são produzidas pela atividade interpretativa dos juízes. A interpretação jurídica, por sua vez, embora parta de uma base cognitiva, é fundamentalmente uma atividade decisória e, portanto, voluntarística, seja quando o juiz escolhe entre os significados possíveis de serem atribuídos a um enunciado,⁶⁹

68 Neste sentido, KELSEN, 2000a, p. 4.

69 Segundo o autor, “o núcleo da tese realista é que a interpretação (decisória) é ato *discricionário* - para dizer com Kelsen: ato de vontade, não de conhecimento -, assim que *as decisões interpretativas não são nem verdadeiras nem falsas*” (2011a, p. 426).

seja quando cria uma norma jurídica sem base em qualquer texto normativo. O legislador, constituinte ou ordinário, fornece apenas o material básico a partir do qual o sistema de normas jurídicas será efetivamente definido ou criado pelos juízes. Em um nível mais profundo de análise, como refere o autor, um ordenamento jurídico é um conjunto não de textos, mas de normas propriamente ditas, isto é, de significados eleitos ou criados pelos juízes no exercício da atividade de interpretação dos enunciados normativos.⁷⁰ Em outras palavras, o direito é composto pela conjugação das decisões dos órgãos de produção de textos legais, das normas que resultam da interpretação que os juízes realizam desses textos e das normas construídas pelos juízes sem correspondência com as disposições normativas textuais.⁷¹ Nesse sentido, cuida-se claramente de uma teoria realista do direito, embora em uma forma moderada.

É importante acentuar, ainda uma vez, que Guastini tem atenuado significativamente o ceticismo que caracteriza a sua teoria realista da interpretação jurídica, ao admitir, por exemplo, (i) que a interpretação dos textos normativos pode concluir que alguns textos comportam um único significado, dispensando a decisão do intérprete, (ii) que a interpretação cognitiva não permite a atribuição de qualquer significado a um texto e (iii) que a atividade decisória ou construtiva do intérprete não é uma espécie de livre criação do direito.⁷²

70 GUASTINI, 2011a, p. 336.

71 Essa formulação nos remete ao chamado problema do objeto (*Gegenstandproblem*) da ciência do direito, tema que ainda merece maior aprofundamento no âmbito da filosofia analítica do direito. A teoria do direito de Guastini e outros realistas moderados levanta a questão sobre a insuficiência de conceitos de direito que reduzem o direito ao sistema de fontes textuais de direito e daqueles que o reduzem a decisões de juízes e outras autoridades competentes para aplicar os textos legais. Sobre o problema do objeto, ver Christoph KLETZER (2011).

72 GUASTINI, 2011a, p. 233.

4. Críticas

4.1. Ceticismo moderado constrangido

A tese da indeterminação dos textos legais do autor apresenta ao menos dois problemas potencialmente comprometedores das premissas realistas da sua teoria da interpretação. Como vimos já muitas vezes, para Guastini, interpretar é atribuir sentido ao texto interpretado. O primeiro estágio da interpretação jurídica vista como um todo (interpretação *all things considered*) é a atividade cognitiva, no qual o intérprete conhece, compreende ou acerta os significados que podem ser atribuídos ao texto e que serão objeto de escolha no estágio decisório da interpretação. Conforme assinala Giorgio Pino, a interpretação cognitiva “assume uma verdadeira e própria prioridade lógica e conceitual” na abordagem teórica de Guastini.⁷³

Ao admitir que, nesse estágio, o intérprete conhece os significados passíveis de serem atribuídos à moldura conformada pelo texto, Guastini está refutando a correção científica do realismo radical defendido, por exemplo, por Tarello e Troper, para o qual o texto não tem nenhum sentido preexistente à interpretação. O autor adere a um cognitivismo modesto, ao aceitar que um texto pode ter seu significado conhecido pelo intérprete, ainda que a inescapável indeterminação do texto leve – a princípio, como enfatiza o autor – a mais de um significado possível. Lembremos que, ao tratar da interpretação criativa, o professor genovês admite a possibilidade de um intérprete conferir ao enunciado um sentido que, a rigor, não estaria nos limites da moldura do texto normativo. Pois bem, se o intérprete conhece os sentidos compatíveis com a moldura

73 PINO, 2013, p. 80.

do enunciado, então tais significados preexistem à atividade do intérprete, e ao menos estes não são propriamente *atribuídos* pelo intérprete ao texto, e sim constituídos antes da interpretação jurídica.

O primeiro problema reside na delimitação dos significados possíveis de uma disposição normativa. Se a linguagem natural é sempre equívoca ou dotada de vagueza ou indeterminação semântica, então como seria possível delimitar efetivamente, na fase da interpretação cognitiva, quais são os sentidos que podem ser incluídos na moldura e quais os que ficariam fora dela? Se a disposição é uma moldura, então é um espaço delimitado, razão pela qual há sentidos que cabem dentro dela e sentidos que estão fora dela. Todavia, sendo a disposição escrita em linguagem natural e estando, por isso, sujeita à inescapável equivocidade e indeterminação de seu significado, então é perfeitamente possível que haja controvérsia interpretativa sobre quais são os significados que podem ou não ser considerados como “atribuíveis” ao texto. Nesse caso, como adverte Giorgio Pino, o intérprete terá que “escolher” o melhor conjunto de significados possíveis, isto é, a melhor ou a mais razoável moldura, entre as diferentes candidatas,⁷⁴ já que não existe nenhum critério meta-textual infalível que permita aferir qual é a moldura efetivamente certa e qual a errada.⁷⁵ Por conseguinte, já na própria fase de interpretação cognitiva

74 Ver PINO, 2013, p. 82.

75 Nesse sentido Giorgio Pino: “a noção de interpretação cognitiva é, por sua vez, uma noção interpretativa (...) intérpretes diversos poderão construir molduras diversas, assim como o mesmo intérprete poderia prospectar, pelo mesmo enunciado da fonte, diferentes molduras. Portanto, poderia ser necessário um ato de escolha, de fato de decisão, para individuar a ‘melhor’ moldura, sem que exista um ponto arquimediano ou uma ‘visão de lugar nenhum’ que consiga estabelecer qual a ‘verdadeira’ moldura (PINO, 2013, p. 82).

haveria um elemento de interpretação decisória, na qual o intérprete exerceria seu poder de escolha, o que embarça a estrutura analítica da teoria da interpretação do autor, que distingue rigorosamente as duas fases como duas atividades de *naturezas* diferentes – a primeira cognitiva, a segunda volitiva.

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. Lembremos que, recentemente, o autor definiu a sua concepção como, “muito simplesmente, uma teoria cética da interpretação: a interpretação – ou seja, a atribuição de significado aos textos normativos – é um ato de vontade, não de conhecimento”.⁷⁶ Em outro texto, ele afirma que “a interpretação, não a legislação (em sentido material), aparece como a única atividade produtiva de direito”.⁷⁷

Porém a indiferença, neste caso, nos parece injustificada. Como não cessa de destacar o autor, os textos normativos que servem de fonte para a interpretação jurídica são sempre escritos em linguagem natural, ordinária ou técnica, e tanto a linguagem ordinária quanto a técnica podem - e de fato experimentam - a existência de um consenso incontroverso

76 GUASTINI, 2013, p. 98.

77 GUASTINI, 2005, p. 235.

acerca do significado de palavras, expressões, conceitos e proposições.⁷⁸ A linguagem jurídica utiliza tanto linguagem ordinária quanto linguagem técnica, e em qualquer das situações pode se beneficiar desse consenso semântico. Um consenso sobre o significado de termos, expressões, conceitos ou proposições não pode ser perpétuo, inatingível, inflexível e indiferente ao contexto de uso. Trata-se de um consenso precário, que pode gozar de períodos mais ou menos longos de estabilidade na comunidade de falantes em que ele emerge, mas que está sempre sujeito a ser instabilizado. Nesses casos de consenso semântico – na linguagem ordinária ou na linguagem técnica – acerca do significado de palavras ou proposições em uma determinada comunidade podemos falar de um sentido único ou unívoco, que pode ser conhecido pelo intérprete sem qualquer atividade adicional de escolha. A interpretação, nestas hipóteses, se reduz a uma atividade puramente cognitiva e em relação ao significado do texto há uma única resposta certa; ao menos nessas situações, podemos afirmar que uma determinada proposição normativa é verdadeira ou falsa. Como se sabe, é basicamente essa a tese central do cognitivismo moderado ou da teoria eclética exposta por Hart em *The Concept of Law*, com a sua concepção sobre a textura aberta da linguagem.⁷⁹

Os exemplos de textos normativos dotados de consenso semântico, capazes de corroborar a assertiva exposta no parágrafo anterior, são obviamente muito abundantes em um sistema jurídico altamente inflacionado como o brasileiro, e só podemos aqui aludir a um ou outro caso mais evidente. Qual seria a equivocidade semântica, por exemplo, do artigo

78 Neste sentido, ver a crítica de Noel Struchiner à tese da indeterminação radical do direito e a sua defesa do potencial de determinação semântica dos textos normativos (STRUCHINER, 2011).

79 Ver STRUCHINER, 2002.

22, I, da Constituição Federal, segundo a qual compete à União legislar privativamente sobre direito penal? Há na comunidade jurídica brasileira um consenso uniforme e estável acerca do significado semântico e sintático dessa disposição normativa e ninguém propõe seriamente que, no direito constitucional brasileiro, Estados e Municípios estão autorizados a criar normas penais. Assim, o artigo 22, I, da Constituição Federal possui, em relação a essa questão, um significado unívoco, incontroverso, que exige do seu intérprete uma atividade de mero conhecimento, e a pergunta sobre qual dos entes federados pode legislar sobre direito penal recebe uma única resposta certa. O artigo 82 da Constituição Federal dispõe que “O mandato do Presidente da República é de quatro anos e terá início em primeiro de janeiro do ano seguinte à sua eleição”, não havendo qualquer sugestão de controvérsia quanto ao significado normativo do texto. O artigo 206, IV, da Constituição prevê “a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais”, e embora tenham surgido eventualmente dúvidas acerca da possibilidade das universidades cobrarem por cursos de pós-graduação chamados de *lato sensu*,⁸⁰ há um sólido consenso semântico entre os atores jurídicos e a sociedade em geral – ou seja, uma bem delimitada zona de certeza – acerca do significado normativo da disposição, tanto em relação às escolas públicas de educação infantil, ensino fundamental e médio quanto em relação ao ensino superior regular.

Conforme aponta Liborio Hierro, o desacordo entre Guastini e os teóricos do cognitivismo moderado parece na verdade ter-se reduzido apenas a uma questão de grau de ceticismo sobre as normas admitido por cada uma das posições teóricas. Os realistas ou céticos interpretativos, como Guastini, defendem que, em uma determinada comunidade

80 Ver STF, Recurso Extraordinário n. 597.854.

jurídica, “há muito pouco acordo sobre o que significam seus enunciados normativos (vale dizer, muito pouco acordo sobre quais são as normas estabelecidas por aqueles enunciados)” ; já os cognitivistas moderados acreditam que, em uma determinada comunidade jurídica, “há um extenso acordo sobre o que significam seus enunciados normativos (vale dizer: um extenso acordo sobre quais são as normas estabelecidas por aqueles enunciados)” .⁸¹ Portanto, posto à parte o ceticismo interpretativo radical à *la* Tarello e de alguns realistas jurídicos norte-americanos do século passado, o realismo metodológico moderado e o cognitivismo moderado ocupam escalas diferentes de um mesmo gradiente acerca da possibilidade de atribuímos valor de verdade a proposições interpretativas. Evidentemente essa similitude não elimina as diferenças importantes entre as posturas de teóricos como Guastini e Hart, por exemplo, mas, como refere ainda uma vez Liborio Hierro, remete a definição sobre que tem mais ou menos razão entre as duas posturas teóricas a uma questão empírica sobre a existência e a extensão de acordos semânticos em cada comunidade jurídica em um determinado momento histórico.⁸²

É claro que, se admitirmos a existência de casos em que uma disposição normativa contém um significado claro ou que há uma única resposta certa acerca do seu sentido, emerge o problema – já referido acima – de sabermos se nestas situações há de fato atividade interpretativa. Como dissemos acima, o antigo brocardo *in claris cessat interpretatio* é representativo de uma longa tradição no pensamento jurídico, segundo a qual a compreensão de um texto claro não pode ser entendida propriamente como uma interpretação, sendo a atividade interpretativa reservada

81 HIERRO, 2011, p. 227-228.

82 HIERRO, 2011, p. 228.

para os casos onde haja controvérsia acerca do significado do texto. Considerando que, para Guastini, a interpretação é essencialmente a atividade de escolher entre diversos significados passíveis de serem atribuídos a um texto normativo, poderíamos concluir que, para o autor, quando se apresenta um enunciado ao qual se pode atribuir um único sentido, sendo, pois, descabida a atividade volitiva de escolha, então não teríamos uma atividade interpretativa. Todavia, como vimos Guastini também considera parte da totalidade da atividade interpretativa a fase de conhecimento dos significados possíveis de um enunciado normativo, e é na explanação dessa etapa que ele admite, ainda que timidamente, a possibilidade de existência de casos de um único significado possível. Portanto, aparentemente para o autor a interpretação é sempre necessária, e não é possível compreender um significado de um texto sem interpretá-lo.

4.2. Limites de uma teoria ‘anatômica’ da interpretação jurídica

Uma das mais importantes contribuições da teoria da interpretação de Riccardo Guastini – e, de resto, das melhores teorias realistas da interpretação – é a apresentação do que podemos chamar de *anatomia* da interpretação jurídica.⁸³ Conforme assinala Paolo Comanducci, uma teoria realista “busca respostas à pergunta: como interpretam os juízes?”, e não como devem eles interpretar.⁸⁴ A demonstração de que um texto normativo normalmente comporta diversos significados possíveis e que essa pluralidade de sentidos

83 Tomamos emprestado o uso da expressão “anatomia” de CHIASSONI (2007, p. 50).

84 COMANDUCCI, 2011, p. 65.

decorre não apenas da indeterminação semântica da linguagem, mas da concorrência de diferentes métodos interpretativos, concepções dogmáticas, visões éticas e políticas e outras inclinações subjetivas pode ser reconhecida como uma legítima conquista científica. Essa visão da interpretação lança luz, inclusive, sobre outras práticas interpretativas formuladas como imunes a essa instabilidade, como, por exemplo, a distinção entre princípios e regras, geralmente apresentadas como uma concepção binária rígida, isto é, ou bem uma norma é uma regra, ou bem é um princípio. O realismo metodológico nos permite ver com mais clareza como a classificação de uma norma como sendo um princípio ou uma regra, tão importante na teoria do direito e no direito constitucional contemporâneos, é frequentemente fruto de uma mera escolha do intérprete.

No entanto, apesar dos inegáveis méritos científicos do realismo metodológico na exposição do que chamamos de “anatomia da interpretação jurídica”, ou seja, na descrição de como os juízes realmente interpretam os textos normativos, o estágio central da atividade interpretativa não parece suficientemente fundamentado. Como examinamos acima, Guastini entende que a interpretação é essencialmente a atividade de *atribuir* sentido a uma ou mais disposições normativas constantes em fontes textuais de direito. Atribuir sentido, por sua vez, consiste em escolher um entre os tantos significados que podem ser atribuíveis ao texto e que são identificados no estágio cognitivo da atividade interpretativa considerada como um todo. Ou seja, a interpretação é fundamentalmente um ato de vontade do intérprete, conforme sustentaram Ross e Kelsen, não um mero ato de conhecimento. Entretanto, dizer que interpretar é escolher ou decidir entre significados possíveis, ou que é um ato de vontade do intérprete, pode ser aceito como uma

representação esclarecedora, porém grosseira e meramente provisória do que efetivamente é a interpretação jurídica, especialmente a interpretação judicial. Uma compreensão adequada da atividade exigiria um aprofundamento teórico do que significa escolher ou decidir entre significados possíveis e o que se quer dizer com a expressão “ato de vontade” no contexto da interpretação.

Podemos aceitar sem problemas que, muitas vezes, os juízes estão conscientes de que um enunciado normativo comporta dois ou mais significados possíveis e que em muitas dessas situações eles apenas escolhem um entre eles como o significado correto, mais razoável ou o que produz consequências mais desejadas ou úteis, assim como podemos também admitir que essa decisão não é mais do que puro exercício da vontade dos juízes. Entretanto, essa concepção parece padecer de uma visão puramente exterior ou de um ponto de vista puramente observacional da interpretação jurídica. Mesmo quando estão conscientes de que um enunciado normativo comporta a atribuição de dois ou mais significados possíveis, não parece acertado dizer que os juízes (e também os intérpretes teóricos) *escolhem* ou *decidem* entre um deles. *Escolher* e *decidir* são atos típicos da vontade de um agente racional que tem liberdade para optar entre duas ou mais alternativas por razões *subjetivas*. Considerando que Guastini se apresenta como um emotivista, essa concepção é coerente com a sua posição epistemológica. Contudo, ela não parece corresponder à natureza da atividade que os juízes mesmos pensam desenvolver e tampouco àquilo que a comunidade jurídica e a sociedade compreendem que eles façam nestas circunstâncias, não apenas no direito contemporâneo, mas em grande parte da história da interpretação jurídica.⁸⁵

85 Uma instrutiva e abrangente história da interpretação jurídica,

Com efeito, do *fato objetivo* de que um enunciado comporta dois ou mais significados e que só um deles deve ou pode prevalecer não se segue necessariamente que a conclusão do raciocínio empregado na atividade interpretativa é uma escolha ou uma decisão oriunda da vontade. O sistema de disposições normativas contidas nos textos legais, que funcionam como base racional para as decisões judiciais, a rede de concepções dogmáticas elaboradas exhaustivamente pela doutrina jurídica e o conjunto de métodos de interpretação desenvolvidos e aperfeiçoados na longa história do direito operam como indutores da racionalidade da interpretação jurídica.⁸⁶ O significado atribuído a um enunciado que *prima facie* comporta mais de um sentido é a conclusão de uma atividade racional complexa, guiada por condicionamentos e balizas institucionais que buscam assegurar o maior grau possível de *objetividade* e o menor grau possível de *subjetividade* na interpretação jurídica.

Nesse sentido nos parece adequado recorrer parcialmente à tese da *pretensão de correção* desenvolvida por Robert Alexy no contexto da sua teoria sobre a natureza do direito. Alexy propõe que o direito tem uma natureza dual, sendo formado por (i) um elemento empírico, composto pelas fontes positivas de direito e pela eficácia social global do ordenamento jurídico, e (ii) um elemento ideal, a pretensão de correção.⁸⁷ Não precisamos discutir a versão mais ambiciosa do teórico alemão acerca da natureza

especialmente para o contexto da Europa continental, pode ser encontrada em Benoit FRYDMAN (2011). A obra de Frydman revela a íntima imbricação entre o desenvolvimento de uma racionalidade tipicamente jurídica no Ocidente e a teoria e a prática da interpretação jurídica.

86 FRYDMAN, 2011.

87 ALEXY, 2011b e 2010.

do direito para aceitar a incidência da sua tese no âmbito da interpretação jurídica. Também não vamos utilizar a expressão “pretensão de correção” como algo que pertence a uma esfera ideal do direito, conforme a controversa tese de Alexy acerca da natureza do direito. Quando dizemos que a atividade interpretativa incorpora uma *pretensão de correção da interpretação* não estamos prescrevendo como a interpretação jurídica deve ser, ou como é melhor que ela seja, por razões morais ou políticas, isto é, não se trata de uma concepção puramente normativa ou - para usar a expressão preferida do próprio Guastini - ideológica sobre a interpretação jurídica. Trata-se de uma concepção realista como a de Guastini, pois estamos afirmando que, na experiência jurídica ordinária, o que os juízes *realmente* fazem e o que a comunidade jurídica e a sociedade em geral *realmente* esperam que eles façam é produzir a melhor interpretação possível dos textos normativos, e não que eles escolham ou decidam de acordo com a sua vontade qual é o significado normativo dos textos legais.⁸⁸ Isso não significa

88 Uma das críticas que se faz à tese da pretensão de correção de Alexy diz respeito à idealidade da pretensão. Se a natureza do direito envolve uma pretensão de correção moral, então alguém tem que *pretender* essa correção (MACCORMICK, 2007; COOKE, 2007; GARDNER, 2012). Respondendo a essas críticas, Alexy reformulou a sua tese dizendo que os sujeitos da pretensão são essencialmente os agentes públicos responsáveis pela aplicação ou pelo cumprimento do direito, especialmente juízes e legisladores (ALEXY, 2007). Porém, essa reformulação converte a pretensão de correção em um elemento real do direito, e não mais em um elemento ideal (ver MELLO, 2014). No texto estamos usando a expressão “pretensão de correção” como um elemento da dimensão fática da experiência jurídica e, portanto, não a estamos associando à dimensão ideal do direito da teoria de Alexy. Ou seja, estamos sustentando que, na prática ordinária da interpretação jurídica, os juízes e os juristas realmente pretendem obter a única, a melhor ou a mais razoável interpretação dos textos legais, e não escolher arbitrariamente entre diferentes alternativas de significado. Em certo sentido, a crítica de Dworkin à tese da discricionariedade judicial exposta por Hart em *The Concept of Law* tem o mesmo fundamento. Dworkin nega que os juízes, na sua prática

que eles sempre encontrarão a resposta correta ou sequer que de fato haja uma única resposta correta, e sim que é da natureza da prática interpretativa no direito que o intérprete reprima as suas preferências subjetivas e busque a resposta mais razoável, mais correta ou adequada entre os diversos possíveis significados que podem ser atribuídos aos textos normativos. Mesmo quando os juízes nada mais fazem do que escolher um significado por razões puramente subjetivas, eles tendem a disfarçar o exercício da vontade usando de artifícios retóricos mais ou menos sofisticados, precisamente pela pressão que a *pretensão de correção interpretativa* exerce sobre o intérprete jurídico.

Também não estamos sobrecarregando a pretensão de correção interpretativa de qualquer exigência moral robusta. Não rejeitamos que isso seja possível no contexto de uma teoria compreensiva da interpretação jurídica, como a proposta por Ronald Dworkin na sua teoria do direito como integridade,⁸⁹ ou mesmo em uma teoria da argumentação jurídica como um caso especial da argumentação moral, tal como propõe o próprio Alexy.⁹⁰ No entanto, estamos propondo uma concepção de correção interpretativa em um sentido mais débil, já que não depende do valor moral substantivo do resultado da interpretação. A *pretensão de correção interpretativa* que estamos defendendo como um elemento interno da experiência real da interpretação jurídica não é, pois, uma pretensão de correção moral, como aquela que Alexy inclui como o elemento ideal de seu conceito de direito, ou

ordinária de julgar processos judiciais, decidam assumindo a existência da discricionariedade judicial nas zonas de penumbra das normas. Nos casos difíceis, afirma Dworkin, os juízes realmente recorrem a princípios de moralidade política implícitos na história e no sistema jurídico ao qual estão vinculados (DWORKIN, 1978 e 1986).

89 DWORKIN, 1986.

90 ALEXY, 2011c.

uma exigência de que se produza a melhor interpretação moral do direito, como propõe Dworkin, mas simplesmente a pretensão geralmente assumida na prática interpretativa - pelos próprios intérpretes, pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral - de que o intérprete procure produzir a melhor ou a mais razoável interpretação do direito.⁹¹

Podemos dizer que, quando Guastini se limita a expor uma concepção puramente descritiva da interpretação jurídica e propõe que ela consiste em uma atividade essencialmente *decisória*, em verdade ele está expondo apenas o ponto de vista externo da interpretação. Quando afirmamos que a interpretação não envolve propriamente uma *escolha* ou uma *decisão* dos juízes entre um dos significados possíveis de serem atribuídos a um enunciado normativo, executada por um ato de vontade baseado em preferências subjetivas, mas sim um exercício de racionalidade prática guiado por uma *pretensão de correção interpretativa*, estamos chamando a atenção para o ponto de vista interno da interpretação, ignorado pelo autor italiano. Somente poderíamos usar a expressão “*decisão*” neste contexto se atribuirmos ao termo um sentido muito fraco, um sentido que não esteja associado a um puro ato de vontade subjetiva do intérprete. Porém, insista-se,

91 Ver MARMOR, 2001, p. 73-80. A passagem em que Marmor critica Dworkin por reduzir a tese da melhor interpretação à concepção de melhor interpretação *moral* é extensa e complexa, porém a transcrição do seu trecho conclusivo nos ajuda a entender o ponto do autor: “Sem embargo, não há nada neste sentido de valoração que implique que a valoração em questão deva ser necessariamente moral ou estética. Só quando as opções em concorrência são morais desde o começo, isto é, quando se colocam a partir de um dilema moral ou têm consequências especificamente morais, a preferência valorativa também deve ser moral. O mesmo vale para os valores estéticos ou de outra classe. Em resumo, Dworkin estaria certo em afirmar que a neutralidade ou a imparcialidade na explicação teórica é impossível e que, neste sentido, as valorações são inevitáveis. Sem embargo, este é um traço peculiar da interpretação ou da explicação social e não implica que a valoração seja necessariamente moral (ou estética)” (MARMOR, 2001, p. 79).

admitir a existência deste aspecto interno da interpretação jurídica, segundo o qual os juízes geralmente aceitam a existência de uma pretensão de correção na atividade interpretativa, não implica aderir a uma concepção normativa de interpretação, no sentido de Dworkin, por exemplo. Ou seja, a proposta aqui apresentada não desafia a validade da concepção empirista da teoria realista de Guastini, mas a complementa.⁹²

Neste ponto o leitor deverá se perguntar: independentemente da existência de uma suposta *pretensão de correção interpretativa* na forma como a cultura jurídica e política compreende o exercício da interpretação jurídica, podemos de fato aceitar que existem respostas certas a serem encontradas na atividade interpretativa, em um contexto de pluralidade de significados atribuíveis aos textos normativos? Bem, como sustentamos antes, assim como em muitos casos a linguagem ordinária e a linguagem técnica podem gozar de uma estabilidade semântica a ponto de permitir a existência de zonas de certeza acerca do significado de um enunciado

92 Este ponto exigiria uma análise das discussões metodológicas em torno do aspecto interno do direito gerado a partir do debate entre Hart e Dworkin e seus seguidores e críticos, já que o próprio Alexy se refere ao ponto de vista interno de Hart, que ele denomina de ponto de vista do participante (ALEXY, 2011b), para fundamentar a tese da correção. Um dos problemas suscitados no debate diz respeito à possibilidade de uma teoria meramente descritiva do direito que leve em conta o aspecto interno das regras jurídicas, isto é, o ponto de vista do participante. Dworkin nega essa possibilidade, ao passo que Hart, no post-scriptum a *The Concept of Law*, não apenas a sustenta como afirma que uma teoria descritiva do direito que incorpora o ponto de vista interno é um projeto compatível com - e complementar ao - projeto teórico puramente interpretativista de Dworkin. Não temos como aprofundar esse importante problema teórico neste ensaio, porém, como fica claro no texto, entendemos ser possível a coexistência de uma teoria da interpretação jurídica realista que considere o aspecto interno da interpretação como um elemento factual com uma teoria que defenda a pretensão de correção como um elemento normativo da interpretação jurídica. Sobre as questões metodológicas referidas nesta nota, ver Stephen PERRY (2000).

normativo, também podemos afirmar que, em muitos casos, os métodos de interpretação e as concepções dogmáticas elaboradas pela doutrina podem conduzir a uma única resposta certa ou a melhor ou mais razoável resposta a um problema interpretativo. Nesses casos, o tipo de racionalidade prática envolvido na interpretação não pode ser associado a um ato de volição como uma escolha ou uma decisão. Em outros casos, os métodos de interpretação, as concepções dogmáticas ou qualquer outro parâmetro objetivo de racionalidade prática não serão capazes de oferecer uma única resposta ou a resposta mais razoável. Nessas situações, queiram os juízes ou não, admitam eles ou não, o que estão a fazer é um ato de escolha, mais ou menos arbitrária, mas sempre subjetiva, entre os diversos significados atribuíveis a um texto normativo. Quando e em que medida acontece cada uma dessas possibilidades é uma questão puramente empírica e contingente que não altera a concepção teórica que estamos propondo.

Em suma, conquanto a teoria realista da interpretação proposta pelo autor italiano ilumine a anatomia da interpretação jurídica, ela não é insuficiente para compreender o tipo de racionalidade institucionalizada na atividade interpretativa empregada por juízes nas suas decisões. Parece ter sido exatamente essa a preocupação da *mea culpa* de Hart na introdução aos seus *Essays in Jurisprudence and Philosophy* em relação à sua tese da discricionariedade judicial nos casos de penumbra, tal como exposta em *The Concept of Law*. Neste texto, ela destaca que a criação judicial do direito difere da criação legislativa do direito porque “os tribunais *caracteristicamente* atribuem, ao decidir casos que o direito existente não regula, a necessidade de se proceder por analogia, de forma que o direito novo que criam respeite os princípios ou as razões subjacentes que têm suporte no direito vigente”.⁹³

93 HART, 2010, grifo acrescentado.

Como se sabe, Hart jamais elaborou uma teoria da interpretação jurídica, e suas contribuições, por muito relevantes que sejam, jamais passaram de esboços teóricos sobre o tema. No entanto, conforme adverte Gerald Postema, Hart procurou explicitar que “quando algo como ‘escolha’ da parte do juiz é inevitável, essa escolha não é nem irracional nem arbitrária”.⁹⁴ E adiante:

Assim, mesmo na penumbra, a discricção judicial é restringida (*constrained*) e disciplinada por fatores internos à prática judicial – entre eles o argumento analógico, uma procura por princípios jurídicos mais profundos sob a superfície das regras, um senso geral de justiça e igualdade perante a lei, bem como a demanda por tanta imparcialidade quanto um juiz pode alcançar.⁹⁵

Essa complementação da sua teoria da discricionarieidade judicial, refutando qualquer tentativa de compreender a decisão judicial nos casos de indeterminação normativa como um ato de escolha puramente subjetiva e, portanto, potencialmente irracional ou arbitrária, pode ser justamente considerada como insuficiente, como assinala Postema.⁹⁶ Sem embargo, ela nos parece uma advertência consistente acerca da insuficiência que também atinge a estrutura teórica da teoria realista da interpretação elaborada por Guastini. Como dissemos, Guastini propõe uma espécie de teoria anatômica da interpretação jurídica, que descreve apenas o ponto de vista externo da atividade interpretativa e ignora o “metabolismo” da interpretação jurídica, isto é, o aspecto interno da atividade interpretativa. Ao limitar-se a oferecer uma anatomia da interpretação jurídica, a teoria do autor italiano parece sugerir que a atividade interpretativa é essencialmente arbitrária, o que não parece corresponder à forma

94 POSTEMA, 2011, p. 324.

95 POSTEMA, 2011, p. 324.

96 POSTEMA, 2011, p. 345.

como a interpretação jurídica é efetivamente compreendida na teoria e na própria prática jurídica.

5. Conclusão

Como quase todas as grandes formulações científicas, a teoria realista da interpretação jurídica desenvolvida por Riccardo Guastini procura oferecer uma explicação integral do seu objeto de estudo. Contudo, a despeito das ambiciosas pretensões teóricas dos cientistas, raramente concepções científicas são capazes de oferecer uma explicação global do fenômeno estudado, e a teoria da interpretação jurídica de Guastini não foge à regra. Porém, nada nos obriga a aceitar ou a rejeitar *integralmente* qualquer concepção teórica. Podemos perfeitamente acolher os avanços científicos propiciados por uma teoria e criticar e até rejeitar as suas partes defeituosas ou insuficientes.

A teoria realista da interpretação jurídica de Guastini é um notável esforço científico de compreender o complexo fenômeno da atividade de interpretação dos textos normativos na experiência jurídica. Guastini revela com uma clareza invulgar a dinâmica da relação entre texto e intérprete e demonstra, por um lado, que um sistema jurídico é muito mais do que um conjunto de documentos normativos criados por órgãos dotados de autoridade política; por outro lado, explica como e por que os intérpretes, especialmente os juízes, são atores decisivos na definição do conteúdo normativo de um sistema jurídico. A teoria de Guastini explicita com rigor analítico invejável o que Charles Evan Hughes, *Chief Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos, pretendeu dizer quando afirmou que a Constituição é aquilo que os juízes dizem que ela é. O teórico italiano mostra que um sistema jurídico em grande medida é aquilo que os juízes dizem que

ele é, precisamente porque os textos normativos ganham significado a partir da interpretação que recebem dos juízes.

Sem embargo, muitos aspectos importantes da teoria se revelam problemáticos. Neste ensaio, chamamos a atenção para problemas na relação entre compreender e atribuir significado aos textos legais, nas diferenças entre os conceitos de escolha, decisão, criação e construção do direito, na imprecisão das fronteiras entre interpretação cognitiva e decisória e em uma certa insuficiência da análise da racionalidade na interpretação decisória. Como dissemos ao longo do ensaio, Guastini oferece uma anatomia da interpretação jurídica extremamente precisa, mas é possível que o seu ceticismo não nos esclareça adequadamente a vida racional no interior do corpo cuja estrutura ele explica com tanta competência. Talvez uma mais compreensão mais refinada do aspecto interno da experiência empírica da interpretação jurídica permita esclarecer com mais precisão o papel da subjetividade na atividade interpretativa. Isso não implicará rejeitar completamente o papel da decisão subjetiva do intérprete entre alternativas interpretativas, mas certamente afetará a onipresença da escolha proposta pela teoria da interpretação jurídica do autor.

Referências

ALCHOURRÓN, Carlos, e BULYGIN Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora RT, 2011a.

_____. *Conceito e Validade do Direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011b.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Shild Silva. São Paulo: Forense, 2011c.

_____. The Dual Nature of Law. *Ratio Juris*, vol. 23, n. 02, jun. 2010, p. 167-182.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARBERIS, Mauro. Un poco de realismo sobre el realismo jurídico “genovês”. In: BELTRAN, Jordi Ferrer e RATTI, Giovanni B (editores). *El realismo jurídico genovês*. Madrid: Marcial Pons, 2011b, p. 201-216.

BINDREITER, Uta. The Realist Hans Kelsen. In D’ALMEIDA, Luís Duarte, GARDNER, John e GREEN, Leslie. *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2013, p. 101-130.

BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Editora UNESP, 2015.

CHIASSONI, Perluigi. L’ineluttabile scetticismo della “scuola Genovese”. *Analisi e diritto*. 1998, p. 21-76.

_____. *Tecnica dell’interpretazione giuridica*. Milano: Il Mulino, 2007.

_____. Tres ejercicios para una crítica del objetivismo moral, con una premissa sobre la *Grundphilosophie*. In: BELTRAN, Jordi Ferrer e RATTI, Giovanni B (editores). *El realismo jurídico genovês*. Madrid: Marcial Pons, 2011b, p. 147-186.

_____. Wiener Realism. In D’ALMEIDA, Luís Duarte, GARDNER, John e GREEN, Leslie. *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2013a, p. 131-162.

_____. The Model of Ordinary Analysis. In D'ALMEIDA, Luís Duarte, EDWARDS, James e DOLCETTI, Andrea. *Reading HLA Hart's The Concept of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2013b, p. 247-268.

COMANDUCCI, Paolo. Interpretación jurídica. In: BELTRAN, Jordi Ferrer e RATTI, Giovanni B (editores). *El realismo jurídico genovês*. Madrid: Marcial Pons, 2011b, p. 51-70.

COOKE, Maeve. Law's Claim to Correctness. In PAVLAKOS, George (editor). *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 225-248.

COPI, Irving M e COHEN, Carl. *Introduction to Logic*. 10ª edição. New Jersey: Prentice Hall, 1998.

DIMOULIS, Dimitri. Sentidos, vantagens cognitivas e problemas teóricos do formalismo jurídico. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto e BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 213-242.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1977.

_____. *Law's Empire*. Cambridge, USA: Belknap Harvard Press, 1986.

FRYDMAN, Benoît. *Le sens des lois, Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*. Bruxelles: Bruylant, 2011.

GARDNER, John. *Law as a leap of faith*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

GLOCK, Hans-Johann. *O que é Filosofia Analítica?* Porto Alegre: Penso, 2011.

GRAY, John Chipman. *The nature and the sources of law*. New Orleans: Quid Pro, 2012.

GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffré Editore, 1998.

_____. Entrevista a Riccardo Guastini. *DOXA*. 2004, p. 557-573.

_____. *Das Fontes às Normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. Lo scetticismo interpretativo revisitato. *Materiali per una storia della cultura giuridica*. 2006. N. 1, p. 227.236.

_____. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

_____. *Interpretare e Argumentare*. Milano, Giuffré Editore, 2011a.

_____. Contribución a la teoría del ordenamento jurídico. In: BELTRAN, Jordi Ferrer e RATTI, Giovanni B (editores). *El realismo jurídico genovês*. Madrid: Marcial Pons, 2011b, p. 81-116.

_____. Il realismo giuridico ridefinito. *Revus*, 2013, n. 19, p. 97-111.

HACKER, P.M.S. *Wittgenstein's place in twentieth-century analytic philosophy*. Oxford: Blackwell, 1996

HART, H.L.A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994.

_____. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 2001.

HIERRO, Liborio 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, p. 217-236.

JUST, Gustavo. *Interpretando as teorias da interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

KLETZER, Christoph. Kelsen, Sander, and the *Gegenstand*-problem of Legal Science. *German Law Review*. 2011. Vol. 12, n. 2, p. 785-810.

MACCORMICK, Neil. Why Law Makes no Claims. In: PAVLAKOS, George (editor). *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 59-68. 2007.

MARMOR, Andrei. *Interpretación y teoría del derecho*. Barcelo: Gedisa Editorial, 2001.

MELLO, Cláudio Ari. Método jurídico e verdade moral no constitucionalismo discursivo de Robert Alexy. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. 2014. N. 30, p. 715-752.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORESO, Juan Jose Moreso. *La indeterminación del derecho y a la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

PERRY, Stephen R. *Interpretação e metodologia na teoria jurídica*. In: MARMOR, Andrei. *Direito e Interpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 145-203.

PINO, Giorgio. Interpretazione cognitiva, interpretazione decisória, interpretazione criativa. *Revista di Filosofia del diritto*, 2013, n. 1, p. 77-102.

_____. *Teoria analítica del diritto I. A norma giuridica*. Bologna: Edizioni ETS, 2016.

POSTEMA, Gerald. *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*. Dordrecht: Springer, 2011.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2003.

SCARPELLI, Uberto. *Il problema della definizione e il concetto di diritto*. Milano: Istituto Editoriale Cisalpino, 1954.

_____. *Cos'è il positivismo giuridico*. Napoli: ESI, 1997.

STONE, Martin. Formalism. In: COLEMAN, Jules e SHAPIRO, Scott (editores). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 166-205.

STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem. Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Indeterminação e objetividade. Quando o direito diz o que não queremos ouvir. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto e BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 119-152.

TAMANAHHA, Brian. *Beyond the Formalist-Realist Divide. The Role of Politics in Judging*. New Jersey: Princeton University Press, 2010.

TARELLO, Giovanni. *Il realismo giuridico americano*. Milano: Giuffré, 1962.

_____. *Diritto, enunciato, usi. Studi su teoria e metateoria del diritto*. Bologna, Il Mulino, 1974.

_____. *L'interpretazione della legge* Milano: Giuffré, 1980.

TROPER, Michel. *A filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Le droit e la nécessité*. Paris: PUF, 2011.

Recebido em 15/09/2016.

Aprovado em 03/10/2016.

Cláudio Ari Mello

Procuradoria-Geral de Justiça-RS

Avenida Aureliano de Figueiredo Pinto, 80,

Torre Norte, 4º andar

90050-190 Porto Alegre, RS

E-mail: claudio.ari@hotmail.com