

A PROBLEMÁTICA DA INTERPRETAÇÃO NO PENSAMENTO DE JOSEF ESSER

Ester Lopes Peixoto

THE PROBLEM OF INTERPRETATION IN JOSEF ESSER'S THOUGHT

RESUMO

O OBJETIVO DESTA TRABALHO É INVESTIGAR A IMPORTÂNCIA DA INTERPRETAÇÃO NA CONCEPÇÃO DE JOSEF ESSER E A INFLUÊNCIA DESTA PENSAMENTO NA CULTURA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA. SEGUINDO O PENSAMENTO DO AUTOR, A ABORDAGEM DO TEMA É FOCADA NO PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DO DIREITO, O QUE CONDUZ, IGUALMENTE, A UMA REAVALIAÇÃO DA QUESTÃO METODOLÓGICA. O ESTUDO DIRIGE-SE, PORTANTO, À ANÁLISE DE ALGUNS CONCEITOS UTILIZADOS POR ESSER, ASSIM COMO À METODOLOGIA DESENVOLVIDA PELO AUTOR, INSTRUMENTOS POR MEIO DOS QUAIS SE DESCORTINA O PROCESSO INTERPRETATIVO POR ELE PROPOSTO. A IMPORTÂNCIA DESSA ABORDAGEM REFLETE-SE NO EXAME DA ATIVIDADE JURISDICIONAL QUE GANHA RELEVÂNCIA A PARTIR DO MOMENTO EM QUE É VISTA COMO UMA ATUAÇÃO CRIATIVA, VOLTADA PARA A SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO, ESTANDO, PARALELAMENTE, SUBMETIDA A CONTROLES QUE SÃO ORIENTADOS PARA OBTENÇÃO DE UMA JUSTA DECISÃO.

PALAVRAS-CHAVE

INTERPRETAÇÃO; COMPREENSÃO; DIREITO; JUDICIAL; CONTROLE.

ABSTRACT

THE AIM OF THIS PAPER IS TO INVESTIGATE THE IMPORTANCE OF THE INTERPRETATION IN THE JOSEF ESSER'S CONCEPTION AND THE INFLUENCE OF HIS THOUGHT IN THE CONTEMPORARY LEGAL CULTURE. FOLLOWING THE AUTHOR'S THOUGHT, THE SUBJECT'S APPROACH IS FOCUSED ON THE PROBLEM OF LAW'S INTERPRETATION/APPLICATION, THAT LEADS, EQUALLY, TO A REEVALUATION OF THE METHODOLOGICAL QUESTION. THEREFORE, THE STUDY GOES TO THE ANALYSIS OF SOME CONCEPTS USED BY ESSER, AS WELL AS TO THE METHODOLOGY DEVELOPED BY THE AUTHOR, INSTRUMENTS THROUGH WHICH IT DISCLOSES THE INTERPRETATIVE PROCESS HE CONSIDERED. THE IMPORTANCE OF THIS APPROACH REFLECTED ON THE EXAMINATION OF THE JURISDICTIONAL ACTIVITY THAT GAINS RELIEF AT THE MOMENT THAT IT IS SEEN AS A CREATIVE PERFORMANCE, FOCUSED ON THE SOLUTION OF THE CONCRETE CASE, THAT IS, PARALLELY, SUBMITTED TO THE CONTROLS THAT ARE GUIDED FOR ATTAINMENT OF A FAIR DECISION.

KEYWORDS

INTERPRETATION; COMPREHENSION; LAW; JURISDICTIONAL; CONTROL

“[...] toda arte e toda investigação e igualmente toda ação e toda escolha tendem para o bem.”

(Aristóteles. *Ética a Nicômaco*.)

INTRODUÇÃO

O objetivo deste estudo é investigar a importância da interpretação na concepção de Josef Esser, mediante uma particular análise da obra *Precomprensione e scelta del*

metodo nel processo di individuazione del diritto, e bem assim examinar a influência deste pensamento na cultura jurídica contemporânea.

A maior contribuição de Esser, a nosso ver, reside no fato de ter se afastado do discurso teórico para privilegiar o aspecto prático da atividade jurisdicional e, com isto, ter propiciado a discussão sobre os métodos de aplicação do direito.

A *interpretação* configura, atualmente, um dos problemas centrais da ciência do direito.¹ A discussão sobre o tema avançou as fronteiras da filosofia para ganhar espaço na ciência jurídica. Neste contexto, a hermenêutica jurídica recebeu o influxo da hermenêutica filosófica concebida por Hans-Georg Gadamer.²⁻³

A perspectiva de Gadamer ressalta os aspectos históricos que se agregam à interpretação e pressupõe um indissociável liame entre hermenêutica e linguagem, por forma a evidenciar que o significado da norma varia em razão da interpretação.⁴

Crítico do positivismo jurídico, Gadamer prestigia a interpretação judicial e destaca a necessidade de uma *pré-compreensão* como parte integrante do fenômeno da compreensão, noção que será acolhida por Esser.⁵

A tese gadameriana demonstra a insuficiência da concepção tradicional, na qual o juiz atua como mero aplicador mecânico dos enunciados legais e se abstém de emitir qualquer intervenção valorativa.⁶

O reflexo desse pensamento encontrou guarida na obra de Josef Esser,⁷ notável representante da nova hermenêutica jurídica, a qual se opõe às pretensões positivistas⁸ e formalistas que pretendem o controle da totalidade ou completude do fenômeno jurídico.

A aplicação do direito passa a ser vista como um processo criativo do intérprete que implica uma anterior *pré-compreensão*⁹ que deve ter em conta as condições individuais e sociais que penetram no compreender jurídico, vale dizer, no processo de concreção do direito.

O autor aborda, portanto, o problema da interpretação na aplicação do direito, ao tempo em que possibilita uma reavaliação da questão metodológica privilegiando o aspecto prático. Neste sentido, a obra de Josef Esser coloca em evidência dois pontos nevrálgicos: um deles refere-se ao reconhecimento da atividade judicial como fonte criadora do direito; o outro, diz respeito aos limites que devem ser colocados à atividade criativa do intérprete.

É sob este enfoque que pretendo analisar o pensamento de Esser sobre a problemática da interpretação. Para tanto, dividirei o tema em duas partes: a primeira, dedicada ao exame da perspectiva esseriana na cultura jurídica contemporânea (I); e a segunda, ao exame da *pré-compreensão* como chave de leitura do direito (II).

I. A PERSPECTIVA ESSERIANA NA CULTURA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

A opção pela figura de Esser não é casual, bem ao oposto, prende-se ao fato de que a concepção traduzida em sua obra, além de espelhar a visão de um civilista,¹⁰ oferece uma percepção muito própria da atividade do julgador e de sua atuação enquanto intérprete e aplicador do direito, o que representa, igualmente, uma contribuição à hermenêutica filosófica e às demais disciplinas jurídicas.¹¹⁻¹²

Inegável, portanto, a importância da perspectiva esseriana para a análise da problemática da interpretação na cultura jurídica contemporânea. Também, aqui, o desenvolvimento do tema compreenderá dois momentos: a interpretação como problema central (A) e o papel do intérprete (B).

A) A INTERPRETAÇÃO COMO PROBLEMA CENTRAL

A *interpretação*¹³⁻¹⁴ - aplicação do direito - é um dos temas centrais da doutrina esseriana. Neste sentido, apresenta especial importância o *problema*¹⁵ - o caso -, pois é para sua solução que a interpretação se dirige.

Embora o autor proceda a uma análise dos métodos tradicionais¹⁶ de interpretação,¹⁷ recusa-os, ante a sua insuficiência para determinar uma solução justa, a qual não necessita estar em conformidade com a intenção do legislador ao elaborar a norma, mas antes deve atentar às peculiaridades do caso concreto.¹⁸

A crítica que Esser faz a esses métodos é a de que não permitem que se reconheçam os motivos pelos quais a escolha do intérprete privilegia um ou outro aspecto interpretativo/valorativo, daí sustentar a necessidade de estabelecer um método que permita uma adequada *pré-compreensão* de determinado problema e possibilite uma decisão justa em face das circunstâncias de fato analisadas.¹⁹

Segundo Esser, cada aplicação do direito exige uma *compreensão* que depende do intérprete, mas não de modo exclusivo, visto que não se apresenta apenas subjetivamente, exigindo, ao oposto, uma observância do ambiente social ao qual se dirige na medida em que a decisão deve apresentar-se razoável, isto é, aceitável como formulação de direito objetivo.²⁰

O autor, em busca de uma interpretação dinâmica²¹ que responda aos conflitos existentes, destaca a importância dos *conceitos indeterminados* e das *cláusulas gerais*²² como instrumentos que permitem uma maior atuação do julgador, isso porque possibilitam, mediante uma “aparente formulação em ‘branco’, um reenvio a valores sociais”.²³

Inspirado nos estudos de Theodor Viehweg,²⁴ Esser destaca a importância do *pensamento tópico*²⁵ na solução dos conflitos jurídicos, em face de estar orientado para a situação particular - *problema* - que está sendo apreciada, e bem assim por permitir a penetração dos *valores* no sistema jurídico.

Outra característica presente em sua obra é a contraposição entre *sistema fechado e sistema aberto*. A feição deste último permite a utilização dos instrumentos jurídicos antes mencionados, afastando-se dos esquemas formalistas.²⁶

Para Esser a *interpretação* é a ferramenta que possibilita racionalizar a individuação do direito, ao determinar a manifestação de uma vontade não subjetiva, porquanto direcionada ao consenso geral.²⁷

A *interpretação* é

entendida como via em direção a compreensão e o tornar compreensíveis às normas dadas, mas não aplicadas mecanicamente [...], vem respondida na possibilidade de clareza e de racionalidade do processo de aplicação do direito.²⁸

Esser reconhece que a *interpretação* é uma questão fundamental no pensamento jurídico, seja para quem considere a aplicação do direito apenas uma observância à norma e, caso a caso, a concretização de uma subdivisão de trabalho; ou, ainda, para quem entenda de forma menos hierárquica o processo de individuação do direito, segundo o qual a norma surge por meio de um poder legislativo e junto decisional. Em ambas as concepções, a lei, muita vez entendida como programa, necessita do processo de interpretação/aplicação para sua concretização.²⁹

A *interpretação* é obtida por intermédio de uma *pré-compreensão*³⁰ que permite ao intérprete, mediante uma antecipação do sentido das possíveis soluções jurídicas, escolher aquela que se apresente como a mais razoável porque dotada de *consenso*.³¹

A existência de um *consenso* sobre a decisão lhe confere *legitimidade*³² porque, além de representar o seu acatamento pelo grupo social, demonstra sua conformidade ao ordenamento jurídico.

A perspectiva esseriana também destaca a importância dos *princípios*,³³ os quais necessitam ser “positivados” e, neste sentido, atuam como veículos de transformação da metodologia interpretativa.³⁴

Para Esser os *princípios* constituem diretivas de valoração que orientam o intérprete e determinam o caminho da antecipação hermenêutica [pré-compreensão], em face das possibilidades que se oferecem.³⁵

A interpretação reclama, igualmente, um *controle de precisão*³⁶ na individuação do direito, o qual, na concepção do autor, constitui um componente racional do ato interpretativo e consiste numa valoração crítica acerca da adequação da norma que está sendo aplicada ou, em outras palavras, equivale a uma correta mediação entre a norma e conflito social.

O *controle de precisão*³⁷ atua, portanto, como um filtro do raciocínio judicial de forma a evitar o “abuso instrumental da norma”, conferindo-lhe objetividade.³⁸

Como veículo motor da interpretação, o pensamento esseriano destaca a importância da *atividade jurisdicional* que, paralelamente ao poder legislativo, atua como agente criador da norma, e não como mero aplicador da “vontade do legislador”, é o que veremos a seguir.

B) O PAPEL DO INTÉRPRETE

É, sem dúvida, por meio da *atividade jurisdicional* que a interpretação é operada. Neste sentido, Esser acentua que:

a necessidade do juiz de pôr a vida em relação com a lei implica uma série de juízos de experiência não só bastante complexos do ponto de vista lógico, mas também inclui aspectos determinantes de natureza valorativa, como a “compreensão” e a “interpretação” tanto da norma quanto da circunstância de fato.³⁹

Com esta observação, sinala a importância do papel do julgador enquanto aplicador do direito e, ao mesmo tempo, destaca que a atividade por ele desenvolvida não se limita apenas a uma subsunção⁴⁰ lógica do texto legal;⁴¹ ao oposto, é uma atividade de natureza integradora - criativa - que contribui para a adequada concreção da norma.⁴²

Relacionada a esta atividade, aparece, também, a preocupação com o aspecto lingüístico,⁴³ visto que é pela escolha dos elementos de *linguagem*⁴⁴ que o processo interpretativo se desenvolve.

Do mesmo modo, uma preocupação constante do autor diz respeito à correta *formulação das premissas*⁴⁵ e à perfeita análise das circunstâncias de fato, pelo julgador. Portanto, segundo Esser, o problema do juiz consiste não apenas no fato de extrair uma conclusão da premissa dada, mas sim no determinar as premissas que de algum modo possam ser tidas como pré-constituídas.⁴⁶ Mais uma vez, aparece em relevo o poder criativo do intérprete.

Pode-se dizer, então, que a *função do intérprete* consiste na tarefa de realizar a aplicação do direito com base na correta apreciação da situação concreta posta *sub judice*. É por intermédio da sua percepção que os dados fáticos ingressam na esfera jurídica e do seu cotejo com o ordenamento é que deve surgir a norma aplicável.

Todavia, consoante já asseverado, para o autor esta atividade não consiste em uma operação meramente subsuntiva, mas em um momento criativo do intérprete do direito,⁴⁷ no qual ele agrega à norma conteúdo valorativo,⁴⁸ preenchendo o seu significado.

Com efeito, a perspectiva esseriana destaca a natureza produtiva do direito, vale dizer, a prática criativa que se verifica no momento interpretativo. Neste sentido, o

fundamental atributo da atividade judicial é a *concretização do direito* enquanto realização do direito no caso concreto.

A *concretização* se opera mediante a inserção de valores metajurídicos que são recolhidos da própria existência social, mas tal individuação não assume caráter arbitrário, porque haverá de estar em consonância com o preceito jurídico aplicável e, ainda, com os aspectos da ordem social.⁴⁹

Neste passo, ganham especial relevo os *conceitos indeterminados*,⁵⁰ as *cláusulas gerais*⁵¹ e os *princípios*,⁵² na medida em que constituem pontes que permitem o ingresso dos valores na construção jurídica,⁵³ viabilizando, assim, a realização da prática judiciária.

A este respeito convém salientar a definição que expressa sobre as chamadas *cláusulas gerais*, forma de inclusão dos elementos extralegais no contexto normativo:

Tais cláusulas, a que sempre mais freqüentemente a legislação contemporânea recorre, confiam em substância ao juiz o dever de formar a norma segundo princípios valorativos não codificados, não autonomamente e sem vínculo, mas impondo-lhe obrigação (controlada somente dos mesmos tribunais) de respeitar medidas extralegais de natureza “objetiva” e convencional.⁵⁴

Verifica-se que Esser, ao priorizar esses elementos, questiona a concepção positivista que vê a norma jurídica como primado absoluto e exclusivo, que afasta a atividade do intérprete enquanto agente criativo do direito, impedindo, por conseguinte, o desenvolvimento da inteira potencialidade da atividade jurisdicional.

Neste diapasão, o autor propõe uma revisão dos conceitos positivistas de forma a permitir uma concreta atuação judicial que se estabelece para além do enunciado normativo.

Na proposta esseriana,⁵⁵ a lei não se deixa interpretar e aperfeiçoar por si mesma, mas exige o necessário complemento que é desenvolvido pela *atividade jurisdicional* sobretudo pela utilização de conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios, os quais permitem ao julgador o recurso a juízos axiológicos extralegais.⁵⁶

Com este espírito inovador, Esser acaba por desenvolver uma *metodologia da praxe judicial*⁵⁷ como fator de integração do direito, em outras palavras, é o reconhecimento da importância do *papel do intérprete* que não se limita, apenas, a realizar uma operação lógica de subsunção do caso ao texto normativo, com vistas a atingir a vontade do legislador, mas que contribui decisivamente para a realização do direito.⁵⁸

A teor deste ensinamento, altera-se a concepção da norma jurídica que deixa de ser vista como um produto acabado em si mesmo e passa a ser compreendida mediante um *processo de interpretação* - aplicação do direito - que a

íntegra e complementar, justificando a afirmativa segundo a qual “a justiça é um atributo da ‘decisão’, não do ordenamento jurídico”.⁵⁹

A consideração desses juízos valorativos se dá a partir de uma *pré-compreensão* que corresponde a uma antecipação das conseqüências advindas da aplicação desta ou daquela norma, bem como da consideração de determinados aspectos fácticos,⁶⁰ o que passaremos a examinar a seguir.

II. A PRÉ-COMPREENSÃO COMO CHAVE DE LEITURA DO DIREITO

A *pré-compreensão* constitui um pressuposto determinante para escolha do método hermenêutico. Para Esser, “a racionalidade dos resultados da interpretação e mesmo do procedimento interpretativo não depende do método, mas essencialmente da *pré-compreensão*”.⁶¹

Esser, inspirado na doutrina filosófica lançada por Gadamer, explora a idéia da *pré-compreensão* no processo de interpretação/aplicação da norma jurídica.

A *pré-compreensão* atua, então, numa estreita conexão com os métodos interpretativos, sendo fator determinante para sua escolha. Cumpre, portanto, verificar a operacionalidade deste conceito no pensamento esseriano, o que será feito mediante a análise do raciocínio judicial e a ponderação dos valores sociais (A) e, ainda, em face do exame da racionalidade e da capacidade de consenso (B).

A) O RACIOCÍNIO JUDICIAL E A PONDERAÇÃO DOS VALORES SOCIAIS

A *pré-compreensão* é o instrumento que orienta o *raciocínio judicial* em direção a uma *justa decisão*. É o veículo que permite ao julgador, uma vez examinadas as circunstâncias do caso concreto, efetuar uma antecipação de sentido relativamente às diversas soluções que se apresentam, por forma a escolher aquela que represente o *consenso* do grupo social em que a aplicação da norma irá repercutir.⁶²

A atividade do intérprete, guiada pela *pré-compreensão*, permite uma constante atualização da norma, evitando o seu envelhecimento e a necessidade de uma inflação legislativa, a qual se apresentaria como a única forma de solução dos conflitos, acaso o intérprete se limitasse a traduzir o enunciado normativo, sem acrescentar a ele um conteúdo valorativo⁶³ próprio.⁶⁴

A *norma* deve ser tomada, então, como um “modelo condutor” que irá orientar o intérprete, conferindo-lhe parâmetros decisórios que atuarão como indicadores na solução dos conflitos existentes.⁶⁵

Cada aplicação da norma contém, portanto, uma valoração jurídica dotada de *compreensão* decorrente do raciocínio judicial direcionado à solução do conflito. Assim, na aplicação da norma não há apenas uma “reprodução, mas também uma produção de conteúdo normativo”.⁶⁶

O *raciocínio judicial* atua de modo criativo operando uma transformação da norma no sentido de sua adequação às circunstâncias do caso concreto, bem como em razão de uma ponderação dos valores sociais incidentes.

O desenvolvimento da atividade jurisdicional deve, contudo, ser orientado à obtenção de uma *justa decisão*, dotada de racionalidade afastando-se, assim, do puro subjetivismo.

A figura do julgador é um dos focos de atenção sobre o qual repousa o pensamento de Esser à medida que busca desenvolver um *método* que resgate a prática judiciária, possibilitando ao intérprete atuar de maneira criativa na construção da norma, determinando por intermédio de uma pré-escolha os critérios de justiça que irão nortear a solução do caso concreto.⁶⁷

Preocupa-se em extrair do *raciocínio judicial* todas as suas potencialidades e com isto expõe a feição ativa do intérprete, que colabora, modo efetivo, na concreção da norma. A atuação prática é, então, privilegiada, visto que se dirige à “positivação” do direito em face das particularidades do caso concreto.

Neste contexto, ganham importância os *juízos de valor* realizados pelo intérprete.

A relação entre os juízos de valor, em parte representados conceitualmente e em parte implícitos, se pode melhor adaptar e interpretar no modelo de uma pirâmide de conceitos e de relações, na qual se expressam os critérios de valoração reproduzíveis conceitualmente e não na soma dos fatores de juízo que não são conceitualmente em relação entre si.⁶⁸

Assim, a *atividade do intérprete* apresenta-se como uma reflexão construtiva em face do problema a ser solucionado. O seu pensamento é guiado por um *processo interpretativo* que tem início com a *pré-compreensão*, à qual se agregam aspectos fáticos e valores sociais⁶⁹ que conduzem a uma *compreensão* que dará origem, a final, a *justa decisão*.

O raciocínio judicial perpassa as várias etapas do processo interpretativo. Deste modo, utiliza-se da *pré-compreensão* como chave de conhecimento, de forma a projetar as possíveis soluções do caso concreto até encontrar a justa solução.

Neste proceder, o julgador deverá justificar a sua opção por meio de uma argumentação razoável que, ao final do processo de interpretação, representará a própria legitimação da decisão, consoante veremos a seguir.

B) RACIONALIDADE E CAPACIDADE DE CONSENSO

Como forma de justificar, ou melhor, *legitimar o raciocínio judicial*, Esser impõe a necessidade de atendimento a certos *controles* por ele identificados como: (a) controle de precisão; (b) controle de concordância; e (c) evidência da solução.⁷⁰

O *controle de precisão*⁷¹ significa a necessidade de uma decisão razoável, vale dizer, dotada de razoabilidade enquanto capaz de adquirir legitimação pelo *consenso* geral. Tal controle serve de justificativa à decisão, na medida em que corresponde a realização do ordenamento jurídico em uma situação particular que consubstancia o acatamento do grupo social a que se dirige.⁷²

A racionalidade da decisão autoriza, portanto, a existência de um controle sobre a sua plausibilidade e suficiência, que acaba por permitir uma verdadeira aferição da correção do resultado alcançado.

Ao lançar mão desses diversos tipos de controles do raciocínio judicial, o autor pretende demonstrar a viabilidade do emprego de um *método* que tenha em conta a prática judiciária e que seja direcionado à obtenção de uma *justa solução*⁷³ do conflito jurídico, de forma a satisfazer os ideais de justiça.

Contudo, adverte Zaccaria sobre a dificuldade do exercício do *controle de precisão*, porque ele exige uma consciência social - proveniente da sociedade - e, portanto, de difícil verificabilidade, visto que deve emanar da coletividade.⁷⁴

Esser aponta, também, para a necessidade de um *controle de concordância* entre a solução previamente escolhida e o sistema jurídico positivo. Este controle corresponde à conformidade da decisão ao ordenamento jurídico vigente, o que, de certo modo, atende ao requisito da segurança jurídica.

Neste passo, acentua a necessidade de haver uma coerência entre a construção teórica e a solução prática concebida no trabalho de aplicação do direito. É dizer, a presença dos fatores extralegais deve, necessariamente, apresentar compatibilidade e congruência em relação ao sistema jurídico positivo.⁷⁵

O autor reclama, ainda, um último controle do raciocínio judicial que denomina de *evidência da solução*, o qual corresponde à plausibilidade comum da decisão.

Com efeito, tanto o *controle de precisão* quanto o *controle de concordância*, identificados por Esser, atuam durante o processo interpretativo, ao passo que este último - *controle de evidência* - exerce sua função após este momento, quando se verifica a capacidade de consenso produzida pela decisão.⁷⁶

A exigência de se proceder à verificação acerca da plausibilidade da solução, mediante a utilização do chamado *controle de evidência*, representa uma forma de aferição da própria precisão do resultado, entendida no sentido de sua efetividade.

A *função dos controles* é evidenciar a racionalidade da decisão que deve estar em conformidade com o ordenamento jurídico, e bem assim com a experiência social, na medida em que deve se revestir de *consenso*, que nada mais é do que o assentimento, a concordância, em relação à solução.

A observância desses controles demonstra uma aderência à solução encontrada pelo intérprete - aplicador do direito -, que deve representar, na acepção essencial, a *justa solução*, ao tempo em que confere segurança à metodologia interpretativa desenvolvida.

CONCLUSÃO

Sem a pretensão de exaurimento do tema, mas, antes, com o objetivo de ter propiciado uma reflexão sobre a problemática da interpretação no pensamento de Josef Esser, alinho algumas observações a título conclusivo:

- A perspectiva esseriana descortina a necessidade de uma *reavaliação da questão metodológica* e, afastando-se das teses formalistas, desenvolve uma nova metodologia da interpretação que tem como ponto de partida o caso concreto;

- Esser privilegia a atividade judicial como criadora do direito e propõe uma discussão sobre os limites dessa atividade enquanto fonte criativa do direito. A perspectiva esseriana está voltada para a construção de uma *hermenêutica da prática judiciária*;

- A *interpretação* constitui tema central da doutrina esseriana e está voltada para solução do caso concreto. Neste aspecto, assume especial importância a *atividade do intérprete*, visto que de mero aplicador da norma passa a *agente criador do direito*;

- Outro conceito que está em evidência no processo interpretativo é o de *pré-compreensão*, entendida como antecipação das conseqüências advindas da aplicação desta ou daquela norma, bem como da consideração de determinados aspectos fáticos. A norma decisória não é dada, mas sim construída;

- O *raciocínio judicial* se utiliza de *valores* extralegais na concretização da norma, os quais integram o processo de positivação do direito por meio da utilização de *conceitos indeterminados, cláusulas gerais* e, ainda, do recurso aos *princípios*;

- A construção judicial é submetida a *controles* que permitem a verificabilidade da precisão do resultado, legitimando-o. Nesta medida, a decisão deve se revestir de *consenso*, o qual se consolida no reconhecimento da *justa solução*.

: ARTIGO SELECIONADO

NOTAS

1 Assim, ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica e giurisprudenza, saggio sulla metodologia di Josef Esser*. Milão: Giuffrè, 1984. p. 1.

2 Neste sentido, SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 219, e ZACCARIA. *Ermeneutica...*, p. 1-2.

3 Veja-se GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método: fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Salamanca: Sígueme, 1984.

4 Confira-se ZACCARIA. *Ermeneutica...*, p. 9.

5 Conforme ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Tradução de Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Camerino: Edizione Scientifiche Italiane, 1983. p. 7.

6 Neste sentido, acentua Zaccaria: “É própria do pensamento jurídico do segundo pós-guerra em toda a Europa continental uma forte tendência a superar o positivismo jurídico e o estatalismo e reconhecer o direito judicial como sistema de produção jurídica autônoma e concorrente com o direito legislativo”. Tradução livre. *Ermeneutica...*, p. 3.

7 A propósito, refere Zaccaria: “[...] tra gli scrittori giuridici influenzati dalla filosofia di Gadamer, in cui più rappresentativamente si ritrovino *topoi* topici della problematica ermeneutica. Tra tutti il più idoneo a fornire un valido *test* per questo ‘esemplare’ scavo in profondità delle tematiche ermeneutiche, è certamente il teorico del diritto e civilista Josef Esser. *Ermeneutica...*, p. 32.

8 Um dos expoentes do pensamento positivista é Hans Kelsen. Confira-se, a respeito, a sua *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. 4.ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

9 Veja-se *infra*, nota 30.

10 Muito embora a abordagem da obra de Esser configure um desafio, pois encontra restritos comentadores, pretendemos com o presente ensaio possibilitar uma maior discussão sobre a sua metodologia interpretativa, a qual – ainda que não se desvincule da percepção do civilista – se dirige a inteira ciência do direito.

11 Neste sentido, as palavras de Pietro Rescigno, ao introduzir a obra em comentário: “Na rica produção de Esser o livro se coloca na marca de uma continuidade mais comprometida, em uma longa e apaixonada abnegação aos nossos estudos, atenta aos setores e institutos de uma particular disciplina jurídica – o direito civil e sobretudo o direito das obrigações –, mas ao mesmo tempo empenhada, com exemplar solicitude, a resolver os problemas de fundação da inteira experiência do direito”. Tradução livre. In: ESSER. *Precomprensione...*, p. IX.

12 Significativas, também, são as considerações de Zaccaria acerca de Esser: “é o autor da obra que sem dúvida tem mais influenciado a discussão alemã sobre método nos últimos anos, mas é, a um tempo, o estudioso que com maior autoridade tem traduzido em termos jurídicos alguns pressupostos da hermenêutica filosófica, inaugurando uma nova concepção metodológica de inspiração fecunda para outros desenvolvimentos”. *Ermeneutica...*, p. 32.

13 Saldanha alude ao significado etimológico da expressão *interpretare* (*inter* + *penetrare*, penetrar mais para dentro). *Ordem...*, p. 221.

14 Veja-se, a propósito, a contribuição de GÉNY, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. 2. ed. Madri: Reus, 1925.

15 Neste sentido, Esser destaca a importância do sistema aberto na solução dos conflitos jurídicos: “Hemos designado como axiomático um sistema jurídico logicamente concluso, que culmina en proposiciones generales que se manejan deductivamente. En él los problemas permanentes y las antinomias del Derecho son objeto de una selección y un tratamiento a priori a la manera escolástica, que no conoce al pensamiento jurídico orientado retoricamente hacia los problemas singulares. Este último no se mueve en la dimensión lógica de la deducción, sino en la histórica del engarce con los precedentes. En él los conflictos de intereses de los distintos grupos de casos se hacen visibles cada vez de un modo nuevo, porque el ‘sistema abierto’ repudia el recurso a la deducción lógica y elabora la solución justa sobre el caso concreto que cada vez se plantea”. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961. p. 278.

16 Interpretação gramatical, lógica, histórica, sistemática e teleológica.

17 Vicente Ráo oferece-nos uma definição de interpretação: “é a operação lógica que, obedecendo aos princípios e leis científicos ditados pela Hermenêutica e visando integrar o conteúdo orgânico do direito, apura o sentido e os fins das normas jurídicas, ou apura novos preceitos normativos, para o efeito de sua aplicação às situações de fato incidentes na esfera do direito”. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1999. p. 464.

18 ESSER. *Precomprensione...*, pp. 1-2.

19 Idem, p. 1-2.

20 Para esta perspectiva veja-se RESCIGNO, Pietro. In: ESSER. *Precomprensione...*, p. X, e, também, ESSER. *Precomprensione...*, p. 12.

21 Esser pretende que a interpretação seja atual, i. é., que esteja em conformidade com o momento social e com isto possa suprir eventual “envelhecimento” do texto legislativo.

22 Sobre o assunto confira-se MARTINS-COSTA, Judith H. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, v. 112, p. 13-32.

23 Assim, RESCIGNO. In: ESSER. *Precomprensione...*, p. X. Tradução livre.

24 Veja-se VIEHWEG, Theodor. *Topica y jurisprudencia*. Tradução de Luis Diez-Picaso Ponce de Leon. Madri: Taurus Ediciones, 1964.

25 Esser refere que: “o pensamento tópico é definido com maior clareza como ‘pensamento problemático’, em que questões, aparentemente asseguradas sob o perfil dogmático, com a ajuda de novos confrontos de conflitos são reintegradas ao sistema dogmático em uma racionalidade pré-dogmática. [...] O pensamento problemático então não pode ser apresentado como um pensamento ‘aporético’ no sentido comum do termo”. Tradução livre. *Precomprensione...*, p. 153.

26 Assim, ZACCARIA. *Ermeneutica...*, p. 43.

27 ESSER. *Precomprensione...*, p. 112.

28 Idem, p. 112.

29 Ibidem, p. 112.

30 Segundo Esser, “A pré-compreensão de quem aplica o direito não é nem homogênea nem unitária, mas é constituída de ‘processos de apreensão de diversa natureza’”. Mais adiante, acrescenta: “Podemos, então, falar de um aparato categorial, adquirido, no sentido mais amplo, através de uma experiência social, com a ajuda da qual o juiz, inconscientemente, escolhe, registra e classifica as características ‘manifestamente’ relevantes, de um caso e das normas ‘apropriadas’ para sua solução.” Tradução livre. *Precomprensione...*, p. 4.

31 Assim, ESSER. *Precomprensione...*, p. 114.

32 Idem, p. 7.

33 Neste aspecto, impulsiona a discussão sobre princípios e regras, posteriormente, retomada por outros autores como ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 1993, e DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

34 ESSER. *Precomprensione...*, p. 36.

35 Idem, p. 36

36 Ibidem, p. 138-141.

37 Confira-se ESSER. *Precomprensione...*, p. 115.

38 Neste sentido, ZACCARIA. *Ermeneutica...*, p. 157 e 184.

39 Idem, p. 49.

40 Veja-se ESSER. *Precomprensione...*, p. 35-36 e 43.

41 Sobre a vinculação do juiz à lei, confira-se ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977. p. 170-172, e, ainda, HASSEMER, Winfried. *O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei*. *Estudos de direito brasileiro-alemão*. Porto Alegre: UFRGS, 1985. p. 189-209.

42 Neste sentido, Esser refere que: “Freqüentemente as questões de subsunção são muito mais questões de construção e manifestam, aqui, a sua referibilidade à valoração dos interesses, mesmo como nos casos mencionados em precedência, através da necessidade de uma (ainda que escondida) interpretação”. Tradução livre. *Precompreensione...*, p. 52.

43 Assim, ESSER. *Precompreensione...*, p. 45.

44 Idem, p. 28.

45 Ibidem, p. 57.

46 Assim, ZACCARIA. *Ermeneutica...*, p. 52.

47 Ao analisar a questão da aplicação do direito, Esser menciona que: “Na aplicação, então, não há só uma reprodução, mas também uma produção de conteúdo normativo [...]”. Tradução livre. *Precompreensione...*, p. 73.

48 ESSER. *Precompreensione...*, p. 126.

49 Neste sentido, esclarece que: “[...] a reflexão sobre as ‘conseqüências’ torna possível que o confronto de casos através dos quais o juiz, antecipando uma imaginária solução hipotética real ou simulada derive do caso concreto a resolver, ‘construir’ a objetividade do seu juízo tanto sobre a premissa maior quanto sobre aquela menor”. Tradução livre. ZACCARIA. *Ermeneutica...*, p. 58.

50 A este respeito Esser afirma que: “O conceito indeterminado não tem a particularidade de ser uma característica da *fattispecie* com limites fluidos ou com uma margem conceitual particularmente ampla, segundo a representação objetiva da subsunção, mas a pré- formação legal, que aqui falta, é o ato de delegação ao juiz, que de qualquer maneira existe, constringindo claramente ao juiz a empreender ele mesmo esta delimitação dos contornos segundo parâmetros de *bom senso*, da justiça, da razão, dos costumes do tráfico, em breve, a precisão da norma é confiada ao juiz”. Tradução livre. *Precompreensione...*, p. 57.

51 Sobre o tema Esser refere que: “[...] a particularidade dos conceitos jurídicos indeterminados, tratados em precedência, e as autorizações do tipo das cláusulas gerais, representam somente uma forma-limite do dever geral do juiz de realizar ele mesmo a *fattispecie*, abraçando com o seu olhar a regulamentação, conforme a norma, com a ajuda de parâmetros do comportamento social não dogmatizados e reconhecidos conforme a realidade”. Tradução livre. *Precompreensione...*, p. 58.

52 Vide supra, nota 33.

53 ESSER. *Precompreensione...*, p. 55.

54 Conforme ZACCARIA. *Ermeneutica...*, p. 85. Tradução livre.

55 A metodologia interpretativa desenvolvida por Esser insere-se no chamado realismo jurídico. Assim, ZACCARIA. *Ermeneutica...*, p. 124.

56 Confira-se ESSER. *Precompreensione...*, p. 33 e 123.

57 Neste sentido, aduz que: “Objeto do nosso método não pode ser simplesmente o ocupar-se de normas, se isto não é antes um ocupar-se da decisão, do seu horizonte e das suas perspectivas de escolha”. Tradução livre. ESSER. *Precompreensione...*, p. 78.

58 ESSER. *Precompreensione...*, p. 1.

59 Idem, p. 11.

60 ESSER. *Precomprensione...*, p. 130-131.

61 Confira-se, ZACCARIA. *Ermeneutica...*, p. 159.

62 Veja-se ESSER. *Precomprensione...*, p. 38-41

63 A propósito, ensina Miguel Reale que: “[...] o jurista, dentro do horizonte de concreção axiológica, não é mero intérprete da norma em abstrato. Mas, ao contrário, ele somente compreende a norma enquanto ela se refere a determinadas conjunturas circunstanciais, em função das quais os valores se realizam”. A ética do juiz na cultura contemporânea. *Revista Forense*, v. 325, p. 63-69, 1994.

64 Neste sentido, Esser alude que: “[...] a norma não pode ser entendida como um ato imperativo, que permanece sempre igual, no sentido de uma prescrição esquemática, mas somente como um objetivo modelo de regulamentação, capaz de compreender o significado. A norma não poderia cumprir os seus deveres de regulamentação em uma multiplicidade ilimitada, temporalmente e socialmente, se se apelasse simplesmente para a permanência de uma vontade legislativa e se não se encontrasse em um contexto de compreensão tal que lhe permitisse extrair os necessários endereços da consciência e os modelos decisoriais dos conceitos da lei utilizados, e de outros valores semânticos, em um comportamento compreensivo, de vez em vez, atual”. Tradução livre. *Precomprensione...*, p. 39.

65 ESSER. *Precomprensione...*, p. 39.

66 Idem, p. 73.

67 Ibidem, p. 78-9.

68 Ibidem, p. 95.

69 Neste sentido, Esser acentua que: “Para a avaliação de uma correta aplicação do direito, são determinantes, como já fiz notar em outro lugar, ‘os princípios reconhecidos da individuação do direito’ (o uso do direito), independente da lei, que todavia concorrem a constituir o direito positivo. [...]”. Tradução livre. *Precomprensione...*, p. 42.

70 Veja-se ESSER. *Precomprensione...*, p. 138-172.

71 Idem, p. 115.

72 Confira-se, a propósito, ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica...*, p. 179.

73 Nesta esteira, Esser refere que: “A solução vem ‘encontrada’ colocando junto ou mantendo juntos todos esses ‘modelos’ com reflexões da razão jurídica, no modo em que aquele que individua o direito a entende, no seu tempo e na sua sociedade, e, por isto, no modo em que a prevê compreensível para esta última e então no modo em que a projeta juntamente com a norma ‘legal’”. Tradução livre. *Precomprensione...*, p. 73.

74 Assim, ZACCARIA. *Ermeneutica...*, p. 181.

75 Confira-se ESSER. *Precomprensione...*, p. 33.

76 A este propósito, esclarece Zaccaria reproduzindo lição de Maihofer: “a expressão evidência deve ser entendida [...]p. 185.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Distribuciones Fontamara, 1993.

BARZOTTO, Luis Fernando. Prudência e jurisprudência: uma reflexão epistemológica sobre a jurisprudência

- romana a partir de Aristóteles. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, 1998/99, Centro de Ciências Jurídicas Unisinos. São Leopoldo, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.
- ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Tradução de Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Camerino: Edizioni Scientifiche Italiane, 1983.
- _____. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método: fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Salamanca: Sígueme, 1984.
- GÉNY, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. 2. ed. Madri: Reus, 1925.
- HASSEMER, Winfried. O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei. *Estudos de direito brasileiro-alemão*. Porto Alegre: UFRGS, 1985. p. 189-209.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. 4.ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José de Souza e Brito e José António Veloso. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.
- MARTINS-COSTA, Judith H. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, v. 112, p. 13-32.
- RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1999.
- REALE, Miguel. A ética do juiz na cultura contemporânea. *Revista Forense*, v. 325, p. 63-69, jan.-fev.-mar. 1994.
- SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- VIEHWEG, Theodor. *Topica y jurisprudencia*. Tradução de Luis Diez-Picazo Ponce de Leon. Madri: Taurus Ediciones, 1964.
- WOLFF, Francis. *Aristóteles e a política*. Tradução de Thereza Christina Ferreira Stummer e Lygia Araujo Watanabe. São Paulo: Discurso Editorial, 1999.
- ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica e giurisprudenza, saggio sulla metodologia di Josef Esser*. Milão: Giuffrè, 1984.

Ester Lopes Peixoto

MESTRE EM DIREITO PELA UFRGS

