

A questão hermenêutica no direito das gentes

The hermeneutical subject in International Law

Inocência Mártires Coelho**

RESUMO

Aceito que, em decorrência do giro linguístico, o problema da linguagem tornou-se o tema do nosso tempo e que, atualmente, a doutrina da interpretação é o núcleo essencial da Teoria da Constituição e do Direito Constitucional, assim como da Teoria do Estado e, de certa forma, até mesmo da própria Teoria do Direito, o propósito deste trabalho é analisar, criticamente, se e em que medida os internacionalistas contemporâneos incorporaram a questão hermenêutica em suas obras doutrinárias.

Palavras-chave: Hermenêutica. Interpretação. Direito Internacional Público. Tratados. Giro hermenêutico.

ABSTRACT

I do accept the fact that, due to the linguistic turnover, the problem of speech has become the theme of current times and that, at this moment, the doctrine of interpretation is the essential core of Constitutional Theory and Constitutional Law, as well as of State Theory and even, to a certain degree, of Law Theory itself. Thus, the objective of this paper is to critically analyze, if and to what extent, contemporary internationalists incorporate the hermeneutics issue into their doctrines.

Keywords: Hermeneutics. Interpretation. International Public Law. Treatises. Hermeneutical Turn.

1. INTRODUÇÃO

O propósito deste artigo é analisar a interpretação das normas de direito internacional público, para verificarmos até que ponto em que medida essa atividade hermenêutica – que, à semelhança de todo procedimento interpretativo, começa quando a compreensão direta já não está ao alcance da mão¹ –, pode ser levada a efeito conforme os métodos e princípios da hermenêutica jurídica tout court, desde os quatro “elementos” de Savig-

* Autores convidados

** Doutor em Direito. Professor Titular (Aposentado) da Universidade de Brasília. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB; Subprocurador-Geral da República (Aposentado); ex-Procurador-Geral da República. E-mail: inocenciocoelho@gmail.com

1 DOSSE, François. O método histórico e os vestígios memoriais. In: MORIN, Edgar (Org.). *A religião dos saberes*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 400; GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1993. v. 1-2.

ny² – gramatical, lógico, histórico e sistemático – até as mais sofisticadas técnicas e/ou procedimentos surgidos após o giro linguístico³ operado na filosofia hermenêutica/hermenêutica filosófica, que fez da questão linguagem o tema do nosso tempo⁴; ou se, pela singularidade das suas normas – hoje, fundamentalmente, tratados internacionais⁵ –, impõe-se interpretá-las com regras específicas, como ocorreu, por exemplo, com hermenêutica constitucional, que, pela natureza, estrutura e função das cartas políticas, acabou exigindo instrumentos exegéticos diferenciados, sem prejuízo do manejo, subsidiário, das regras tradicionais de interpretação do direito. Em síntese, procurarmos saber se aqui, como nos diversos domínios do conhecimento, “é o próprio objeto que deve determinar o método apropriado para investigá-lo.”⁶

2. A UNIVERSALIDADE DO PROBLEMA HERMENÊUTICO

A partir da afirmação categórica de que, por não existir nada inacessível ao espírito interpretante, a hermenêutica tem caráter universal⁷, assumir-se a universalidade do problema hermenêutico, nos termos preconizados por Hans-Georg Gadamer⁸, significa “submeter”

a hermenêutica jurídica à jurisdição da hermenêutica filosófica, sem prejuízo do caráter decisório da interpretação do direito, como acentuou Paul Ricoeur, para quem é no modo impositivo ou pragmático-autoritário de pôr termo aos conflitos exegéticos que reside a diferença específica da hermenêutica jurídica, bem distinta, portanto, da maneira aberta como se “travam” as intermináveis disputas estéticas ou filosóficas⁹. Respeitar, por outro lado, essa singularidade da hermenêutica jurídica, vendo nela mais que um entender qualquer, antes um intender per agire o, comunque, per decidere, como, obsessivamente, afirmava Emilio Betti em suas brigas com o mesmo Gadamer, não significa dar-lhe um tratamento substancialmente diverso daquele dispensado, por exemplo, à hermenêutica bíblica e à hermenêutica filológica, suas irmãs de berço.¹⁰ Aqui, como em tudo o mais, parece que a virtude reside mesmo é no meio.

Noutro dizer, o de que se trata, à moda de Heidegger, é de saltar ou dar o passo “para trás”, ou, na trilha de Foucault, proceder a uma verdadeira “arqueologia do saber”, a fim de podermos pensar a relação originária/radical do homem com a linguagem, até porque “o fenômeno primário no domínio da compreensão não é a compreensão da linguagem, mas, antes, a compreensão através da linguagem.”

No caso do jurista, essas chamadas à razão filosófica se fazem necessárias para evidenciar que a sua leitura/interpretação das regras de direito, sejam elas escritas ou costumeiras, resulta sempre de uma posição prévia, de uma visão prévia e de uma concepção prévia acerca da experiência jurídica; e, por fim, isso tudo somado, advertir les gens du droit para a imperiosa necessidade de ancorarem a sua hermenêutica jurídica na hermenêutica filosófica – a parte sob o todo¹¹ –, sem o que a compreensão do direito fica-

2 SAVIGNY, M.F.C. de. *Traité de droit roman*. Paris: Firmin Didot Frères, 1840. v. 1. p. 208.

3 HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2003; GADAMER, Hans-Georg. *El giro hermenéutico*. Madrid: Ediciones Cátedra, 1998; RORTY, Richard. *El giro lingüístico*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1998; OLIVEIRA, Manfredo A. de. *A reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996.

4 ORTIZ-OSÉS, Andrés. *Antropología hermenéutica*. Lisboa: Escher, 1989. p. 17.

5 REZEK, J.F. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 21-120. REZEK, J.F. *Direito internacional público: curso elementar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 11-121; VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 37-146; SORENSEN, Max. *Manual de derecho internacional público*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002. p. 154-158; BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Lisboa: Gulbenkian, 1997. p. 627-658; DAILLIER, Nguyen Quoc Dinh; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. 2. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2003. p. 119-325.

6 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 467; GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: FGV, 1998, p. 21.

7 KAUFAMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 2010. p. 67-68.

8 GADAMER, Hans-Georg. *A universalidade do problema hermenéutico*. In: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 255-270. v. 2

9 RICOEUR, Paul. *Do texto à ação*. Porto: Rés, p. 206.

10 BETTI, Emilio. *Teoria generale della interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1990. v. 2. p. 802.

11 HEGEL, G.W.F. *Fenomenologia do espírito*: parte 1. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 31. “O verdadeiro é o todo”. ORTEGA Y GASSET, José. El nivel de nuestro radicalismo. In: OBRAS Completas. Madrid: Revista de Occidente, 1965. T. 8. p. 282. “Solo hay una actividad en que el hombre puede ser radical. Se trata de una actividad en que el hombre, quiera o no, no tiene más remedio que ser radical: es la filosofía. La filosofía es formalmente radicalismo porque es el esfuerzo para descubrir las raíces de lo demás, que por sí no las manifiesta, y en este sentido no las tiene. La filosofía proporciona a hombre y mundo sus defectivas raíces.” ORTEGA Y GASSET, José. El nivel de nuestro radicalismo. In: OBRAS Completas. Madrid: Revista de Occidente, 1964. p. 335-336. T. 7.

rá girando, cegamente, em torno de si mesma.¹² Em síntese precisa, que, pela sua pertinência, vale a pena reproduzir neste passo, João Baptista Machado afirma que todo o enunciado com um sentido remete, necessariamente, para algo que está fora de si próprio e que, para a sua compreensão, supõe a pré-compreensão, a “presciência” desse algo – o referente – para o qual o texto nos remete. No caso da experiência jurídica, conclui esse mestre, o referente externo fundamental, a que os textos legais nos remetem, é sempre a ideia de Direito ou de Justiça, numa palavra, a Juridicidade, como a vê ou concebe o legislador.¹³

3. A DOUTRINA TRADICIONAL DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Do ponto de vista da teoria do conhecimento, a hermenêutica jurídica clássica ou tradicional é uma espécie de realismo ingênuo, na medida em que os seus adeptos têm a pretensão de conhecer o que pensam que conhecem, sem se darem conta de que o conhecimento de um objeto jamais coincide com o objeto do conhecimento, pela simples razão de que não apreendemos as coisas, diretamente, pelos nossos sentidos, antes apenas pela imagem, ideia ou representação, ou seja, como nós as vemos de dentro da prisão a que nossos sentidos nos condenam.¹⁴ Noutro dizer, rigorosamente, portanto, não vemos as coisas em si mesmas (nômeno), mas apenas como elas aparecem ou se mostram para nós (fenômeno), da perspectiva em que nos encontramos.¹⁵ Afinal, em virtude da função constitutiva, conformadora e transformadora, que o sujeito desempenha, por direito próprio, no âmbito da relação ontognoseológica, forçoso é reconhecer os pré-juízos de um indivíduo são –

muito mais do que os seus juízos –, a realidade histórica do seu ser e, por isso, nenhum olhar sobre o mundo ou sobre nós mesmos estará imune à lente deformadora da subjetividade.¹⁶ Em todo juízo, adverte Ferrajoli, sempre estará presente alguma dose de prejuízo.¹⁷

Trata-se, em resumo, a doutrina tradicional da interpretação, de uma concepção hermenêutica baseada na ideia de verdade como conformidade ou, se quisermos, fundada na crença metafísico-jurídica de que toda norma possui um sentido em si, objetivamente captável, seja aquele sentido que o legislador pretendeu atribuir-lhe (mens legislatoris), seja o que, afinal e mesmo à sua revelia, acabou emergindo do texto (mens legis), disso tudo resultando que a tarefa do intérprete, enquanto mero aplicador do direito, se resumiria em descobrir o verdadeiro significado das normas jurídicas e guiar-se por ele na sua execução.¹⁸

Nenhuma dúvida, portanto, para os adeptos da doutrina clássica de interpretação, sobre as condições de possibilidade dessa descoberta, nem tampouco sobre o papel do intérprete nesse acontecimento hermenêutico; menos ainda sobre a inevitável criatividade desse intérprete enquanto agente mediador e/ou redutor da distância entre a abstração e generalidade da norma e a singularidade e concretude do caso a decidir. No fundo, subjacente a isso tudo, a ideologia da separação de poderes em sentido forte, a cuja luz o legislador é o soberano e o juiz um ente inanimado que apenas pronuncia as palavras da lei.¹⁹

12 HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*: parte 1. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1988. p. 206-207 e Nota Explicativa 51, p. 323; FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas*: uma arqueologia das ciências humanas. São Paulo: M. Fontes, 1987.

13 MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 205-218.

14 GARAUDY, Roger. *Para conhecer o pensamento de Hegel*. Porto Alegre: L&PM, 1983. p. 47; NIETZSCHE, Friedrich. Na prisão. In: AURORA. São Paulo: Cia das Letras, 2004. p. 117; HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. 7. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1987. p. 93; AYER, A. J. *O problema do conhecimento*. Lisboa: Ulisseia. p. 94-98; WENTCHER. *Teoría del conocimiento*. Barcelona: Editorial Labor, 1927. p. 158.

15 HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*: parte 1. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1988. p. 206-207 e Nota Explicativa 51, p. 323.

16 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. v. 1. p. 416.

17 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1998. p. 57.

18 Para uma crítica dessa posição ontognoseológica e seus reflexos na compreensão do direito, ver, entre outros, STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 3. ed. 2001. p. 173-225; STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 49-51. Sobre o conceito de crença como *evidência não refletida*, ver ORTEGA Y GASSET, José. Ideas y creencias. In: OBRAS completas. Madrid: Revista de Occidente. p. 383-394. T. 5.

19 MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. In: OEUVRES complètes de Montesquieu. Paris: Chez LeFrève Éditeur, 1839. v. 1. p. 196; MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962. v. 1. p. 187; MARX, C.; ENGELS, F. La ideología alemana. In: OBRAS escogidas. Moscou: Progreso, 1974. T. 1. p. 45; MARX, C.; ENGELS, F. *A ideologia alemã*. São Paulo: Hucitec, 1987. p. 72; SANCHÍS, Luís Prieto. *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1993. p. 13.

4. A NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA SOB O PARADIGMA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Reconhecido e proclamado, no âmbito da filosofia, o caráter exemplar da hermenêutica jurídica para as ciências do espírito²⁰, e, nos domínios do direito, o papel nuclear e seminal do conhecimento da Constituição para todos os saberes jurídicos, parece lícito dizer-se que a *hermenêutica constitucional* transformou-se na *teoria do conhecimento jurídico* ou, se preferirmos, no *conhecimento do conhecimento do direito*, porque incumbe a ela — *ciência de si mesma* — interpretar as diferentes interpretações do fenómeno jurídico, a partir da análise crítica das múltiplas leituras da lei fundamental e dos *vários mundos constitucionais* que podem emergir dessas leituras, as quais — hoje isso é consenso entre os doutrinadores — irradiam-se pelos ordenamentos jurídicos como vetores hermenêuticos de primeira grandeza.²¹

Expressão dessa virada hermenêutica é o chamado *novo constitucionalismo*, de significativa presença em diversos países, cujos traços fundamentais, comentados a seguir, dão forma e substância à interpretação especificamente constitucional e, por via de consequência, à interpretação do direito em geral:

- a. mais Constituição do que leis;
- b. mais juízes do que legisladores;
- c. mais princípios do que regras;
- d. mais ponderação do que subsunção; e
- e. mais concretização do que interpretação.

Vistos em conjunto, e sem necessidade de maiores reflexões, senão a de que se projetam por todo o ordenamento jurídico, pode-se dizer que esses traços distintivos configuram e/ou sintetizam uma verdadeira mudança de paradigmas ou, se preferirmos, uma completa subversão dos esquemas de pensamento do constitucionalismo tradicional, tal como ele surgiu e se desenvolveu desde o final do século XVIII até praticamente os dias atuais.

20 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 482-504.

21 GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1993. v. 1/2. p. 396-414; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 482-505; MORIN, Edgar. *O método 3: o conhecimento do conhecimento*. Porto Alegre: Sulina, 2005; ORTIZ-OSÉS, Andrés. *Antropología hermenéutica*. Lisboa: Escher, 1989. p. 67; JUST, Gustavo. *Interpréter les théories de l'interprétation*. Paris: L'Harmattan, 2005; MORESO, José Juan. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1997. p. 167-171.

Para fundamentar esta assertiva de ordem geral, começemos pela prevalência da Constituição, que antes se considerava como fonte mediata ou, simplesmente, como fonte das fontes do direito, conferindo-se à lei a função de regular direta, imediata e soberanamente todas as relações sociais, e ao legislador, a mais ampla liberdade de conformação, sob o entendimento de que a lei — expressão, sempre renovada, da vontade geral —, era congenitamente legítima e os seus autores, como representantes e/ou tradutores dos anseios do povo, não deveriam submeter-se a nenhum controle ou censura estranhos aos parlamentos.

Sob o novo constitucionalismo, a Constituição, que no passado era um simples catálogo de competências e de fórmulas exortativas, que não vinculavam o legislador — nesse sentido ela era apenas um texto político, sem qualquer pretensão de injuntividade —, assume, agora, a função de norma suprema e de fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, compondo um conjunto de regras e de princípios dotados de normatividade própria e imediatamente eficaz — a chamada força normativa da Constituição —, rebaixando-se a lei, antes soberana, à condição de ato infraconstitucional, sujeito a controle de legitimidade, formal e material, em face da Constituição. Esse controle, por outro lado, é confiado a todos os agentes oficiais da sua interpretação/aplicação, desde os órgãos da jurisdição ordinária, que habitualmente a manejam, até as cortes constitucionais, que estão situadas fora e acima dos demais Poderes e, por isso mesmo, desfrutam de prerrogativas infinitamente maiores do que aquelas que eram reconhecidas ao legislador recém-destronado. É precisamente esse o sentido da expressão mais Constituição do que leis, a evidenciar a supremacia e a aplicabilidade direta da Carta Política e não a existência de muitas constituições, o que seria uma rematada tolice, porque todos sabem que em qualquer Estado de Direito existe só uma Constituição e leis as mais diversas.

Como decorrência necessária e imediata da supremacia e da aplicabilidade direta dos preceitos constitucionais, tem-se a segunda característica desse novo constitucionalismo — mais juízes do que legisladores —, a sinalizar para o reconhecimento dos julgadores como legítimos criadores do direito e não como simples reveladores de uma suposta e indefinível vontade da lei ou do legislador, que, enquanto tais, não resolvem os problemas suscitados pela convivência humana. Afinal, como ensina Emilio Betti, o intérprete não trabalha

com meras suposições, mas apenas com o feito ou o falado.²²

Quanto à terceira característica do novo constitucionalismo — mais princípios do que regras —, o que temos diante de nós é a constatação de que, hoje em dia, reconhecida a não correspondência entre texto e norma, os preceitos tidos como genuinamente constitucionais apresentam-se sob a forma de enunciados abertos e, por isso, portadores de múltiplos significados, a serem revelados/atribuídos por seus intérpretes/aplicadores, em cada situação hermenêutica. Nesse sentido, todo princípio — em verdade todo enunciado jurídico — é plurinormativo, porque dele podemos extrair mais de uma norma, como atestam as mutações normativas ou viragens da jurisprudência.

Intimamente ligada a essa terceira nota distintiva, a rigor apenas uma consequência do que nela se contém, a quarta característica do movimento neoconstitucionalista — mais ponderação do que subsunção — traduz a singularidade da chamada interpretação especificamente constitucional, enquanto hermenêutica de princípios, em cujo âmbito não podemos torná-los operativos utilizando o raciocínio silogístico e a técnica da subsunção, tão caros à hermenêutica jurídica tradicional, pelo simples fato de que tais instrumentos só têm aplicação a preceitos cujas hipóteses de incidência e respectivas consequências jurídicas vêm previamente determinadas pelo legislador, conforme o clássico enunciado se A, então B, em que o elemento A representa o suposto de fato cuja ocorrência, no mundo real, tem como consequência a atualização do elemento B, no mundo do direito.

Como no âmbito dos princípios jurídicos — enquanto pautas axiológicas abertas e indeterminadas — esses elementos não são estabelecidos, desde logo, pelo legislador, até porque traduzem apenas razões para que se decida num ou noutro sentido, o modo de aplicá-los exige que os intérpretes/aplicadores avaliem essas razões, optando, afinal, pela solução que se lhes mostre correta e justa à luz do caso concreto. Por isso é que se diz que, num conflito entre princípios constitucionais, funciona como hipótese de incidência o próprio caso jurídico sob apreciação e, como consequência jurídica, o princípio que vier a prevalecer.²³ Nesse sentido, afir-

ma Carlos Cossio que, à semelhança das leis, é possível aplicarem-se princípios por subsunção, mas só depois de os escolhermos por valoração.²⁴

Quanto à quinta e última característica do novo constitucionalismo — mais concretização do que interpretação — para bem compreendê-la devemos ter presente, mais uma vez, a distinção entre regras e princípios, as primeiras a demandarem a descoberta do seu sentido, seja ele o que foi idealizado subjetivamente pelo legislador empírico, seja o que, independentemente da sua vontade ou mesmo à sua revelia, veio a se fixar objetivamente no texto e, como tal, há de ser levado em conta pelos intérpretes/aplicadores; os segundos, os princípios jurídicos, cuja abertura semântica não nos permite falar de apenas um, mas de múltiplos significados, postos à disposição dos seus operadores para que os concretizem à luz das peculiaridades do caso. A propósito, lembremos, com Böckenförde, que enquanto a interpretação é uma indagação sobre o conteúdo e o sentido de algo precedente, já a concretização é o preenchimento criativo de uma pauta que se volta para o futuro e que permite aos seus intérpretes/aplicadores optar pela leitura que lhes parecer mais adequada à realização da justiça como referente fundamental da ideia de direito.²⁵

Diante de tudo isso, parece plenamente justificada a assertiva de Rubio Llorente, que aqui se reitera, de que, atualmente, a doutrina da interpretação é o núcleo essencial da Teoria da Constituição e do Direito Constitucional, assim como da Teoria do Estado e, de alguma forma, até mesmo da própria Teoria do Direito, na medida em que os traços fundamentais desse novo constitucionalismo, a depender do ponto de vista em que os analisemos, podem ser causa ou consequência da interpretação especificamente constitucional.²⁶

Pamplona: Eunsu, 2000. p. 201.

24 COSSIO, Carlos. *El derecho en el derecho judicial*. Buenos Aires: El Foro, 2002. p. 87. “Embora numa sentença que aplica uma lei, o caso esteja referido a ela por subsunção e dedução, isso só ocorre depois que a essa lei foi referida a ele por valoração. A lei é referida ao caso primeiramente por valoração; depois que for declarada apta para resolvê-lo, então vem o procedimento dedutivo a extrair as consequências dessa decisão inicial.”

25 BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 126-127.

26 LLORENTE, Francisco Rubio. *Prólogo à obra la interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1984, p. 17.

22 BETTI, Emilio. Interpretación de la ley y de los actos jurídicos. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, p. 28, 1975.

23 CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*.

Se isso tudo for verdadeiro, é parece que o seja em linha de princípio, então se pode concluir, neste passo, que a nova hermenêutica jurídica tem como paradigma a interpretação especificamente constitucional, por ser a Constituição a norma primeira, que fundamenta, unifica valida as normas do sistema, conforme a concepção kelseniana da estrutura piramidal dos ordenamentos jurídicos.

• A doutrina da interpretação no direito das gentes

Apesar de largamente utilizado na teoria jurídica e nos diversos ramos do direito – a 1ª edição da obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, de Carlos Maximiliano, é de 1924 – o termo hermenêutica pouco aparece em nossas obras de direito internacional público, assim como na doutrina estrangeira, onde domina a palavra interpretação, como se antes ou por detrás desse conceito e/ou atividade não existissem questões do maior relevo, a demandarem detida reflexão no terreno dos jogos de linguagem, em geral, e do jogo de linguagem do direito, em particular, como a historicidade do compreender; a textura aberta da linguagem normativa; a indeterminação do direito; a infinidade da interpretação; a pluralidade e/ou o excesso de sentidos dos enunciados jurídico-normativos; o papel dos preconceitos e das ideologias na atividade hermenêutica; a querela da única resposta correta; e a questão, mais sofisticada, da diferença/implicação entre a compreensão, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas, ou seja, entre *subtilitas intelligendi*, *subtilitas explicandi* e *subtilitas applicandi*.²⁷ Talvez porque os internacionalistas, mais afeitos à dogmática jurídica, não considerem que o problema da linguagem transformou-se no problema supremo da filosofia²⁸, antes proclamem, acriticamente, que os problemas filosóficos, sem exceção, são pseudoproblemas, problemas artificiais, que surgem quando, impulsionada pelos filósofos, a linguagem ordinária “tem um mo-

mento de festa” ou “sai de férias”, e começa a operar loucamente como uma turbina que girasse fora das suas engrenagens.²⁹

Dito isto, passemos a dialogar, criticamente, com alguns desses internacionalistas, todos da maior expressão, indo diretamente aos seus textos, a ver se as nossas considerações encontram suporte na realidade, ou não passem da criticável postura de quem, confiando demais nas suas próprias ideias, termina por empurrar e comprimir tudo no perímetro fixo de uma forma específica – a sua forma –, sem se dar conta de que, ali ou acolá, formam-se calombos que nenhum “mágico” consegue esconder.³⁰ Em se tratando de achados ou malabarismos linguísticos, a advertência é a mesma, porque “as palavras começam por libertar o pensamento e terminam por escravizá-lo.”³¹

Nosso ponto de partida, neste tópico, é a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009; ou, mais precisamente, os seus artigos 31 e 32, intitulados, respectivamente, Regra Geral de Interpretação e Meios Suplementares de Interpretação, cujo teor reproduzimos a seguir.

Interpretação de Tratados

Artigo 31

Regra Geral de Interpretação

1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.
2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:
 - a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado;
 - b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.
3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:

27 WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Lisboa: Gulbenkian, 1995. p. 177; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 459-465; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 7. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2014. p. 280-281.

28 WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Lisboa: Gulbenkian, 1995. p. 204; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 459; FLACH, Werner. La teoría lingüística generativa y la teoría de los principios del pensamiento. In: SIMON, Josef. *Aspectos y problemas de la filosofía del lenguaje*. Buenos Aires: Editorial Alfa Argentina, 1977. p. 55.

29 CARRIÓ, Genaro R.; RABOSI, Eduardo A. La filosofía de John L. Austin. In: AUSTIN, J. L. *Cómo hacer cosas con palabras*. Buenos Aires: Paidós, 2006. p. 9.

30 NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991. p. 13-14.

31 CARDOZO, Benjamin. In: LEVI, Edward H. *Uma introdução ao raciocínio jurídico*. São Paulo: M. Fontes, 2005. p. 13-15.

a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;

b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação;

c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.

4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.

Artigo 32

Meios Suplementares de Interpretação

Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31:

a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou

b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado.

Diante dessas regras de interpretação dos tratados internacionais, a primeira observação a ser feita, de ordem geral, diz respeito à sua própria inserção nesse texto normativo, porque tais regras, na melhor das hipóteses, servem apenas de orientação aos intérpretes, e não de comandos hermenêuticos obrigatórios e indiscutíveis, pela simples razão de que, a rigor, não existem regras para a aplicação das próprias regras hermenêuticas; e, se eventualmente existentes, como é o caso dessas disposições da Convenção de Viena, elas mesmas, a seu turno, carecem de interpretação. Será que nós devemos aplicar tal regra a si própria, se, afinal, aquilo a que chamamos de interpretação legal é o estabelecimento de uma nova regra jurídica, a qual será objeto de uma nova interpretação?³²

A observação seguinte, ainda com relação à própria Convenção, diz respeito às cláusulas gerais e/ou conceitos jurídicos indeterminados, que se usam nesses dispositivos hermenêuticos, tais como boa fé, sentido ambíguo ou obscuro, resultado manifestamente absurdo ou desarrazoado. À evidência, pela sua abertura semântica, tais enunciados suscitam controvérsias interpretativas, que, por certo, só podem ser resolvidas mediante acor-

do entre as altas partes contratantes, as quais, de resto, à diferença do que ocorre no direito interno, não estão sujeitas a nenhuma autoridade interpretante — seja um juiz singular, um colegiado judicante ou uma instância não judiciária de organizações internacionais —, ou instância superior capaz de impor ou tornar efetiva sua interpretação.³³ A soberania dos Estados, no plano externo, assim como o absolutismo, no seu interior, se levados às últimas consequências, não permitem hermenêutica alguma porque os todo-poderosos, melhor do que ninguém, sempre terão condições de “esclarecer” as suas próprias palavras e dar-lhes o sentido “correto”, ainda que esse sentido se evidencie em total desacordo com as regras usuais de interpretação, as quais, de resto, para eles não são vinculantes.³⁴ Ilustrativa dessa realidade, com o necessário temperamento, é a observação de que “em virtude da sua soberania, cada Estado tem o direito de indicar o sentido que dá aos tratados em que é parte, pelo que lhe diz respeito; e que, a propósito de cada problema concreto que surge por ocasião da aplicação de qualquer tratado, os representantes de cada parte dão a conhecer a maneira como interpretam as suas disposições.”³⁵ Ilustrativas dessa “soberania hermenêutica”, com os devidos temperamentos, são as chamadas declarações interpretativas, declarações unilaterais de um Estado ou Organização Internacional, pelas quais eles concordam com seu engajamento a um tratado, sob a condição de que determinada parte do seu texto seja interpretada de uma forma particular.³⁶

Voltando aos conceitos jurídicos indeterminados e às cláusulas gerais presentes no texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, observa-se que os seus intérpretes — os internacionalistas, em geral — têm consciência de que se trata de enunciados complicados e/ou geradores de mal entendidos³⁷ — obscuros, impre-

33 RICOEUR, Paul. *Do texto à ação*. Porto: Rés. p. 206. “Perante o tribunal, a plurivocidade comum aos textos e às ações é trazida à luz do dia sob a forma de um conflito de interpretações, e a interpretação final aparece como um veredicto, do qual se pode apelar.”

34 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 488-489.

35 DAILLIER, Nguyen Quoc Dinh; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. 2. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2003, p. 259.

36 VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 82.

37 SCHLEIERMACHER, F.D.E. *Hermeneutique*. Alençon: CERF/PUL, 1989. p. 122-123, e SCHLEIERMACHER, F.D.E. *Hermeneutica: arte e técnica da interpretação*. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 31; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 289. “Schleiermacher chega inclusive a definir que a hermenêutica é a arte de evitar o mal-entendido.

32 SCHLEIERMACHER, Friedrich D.E. *apud* GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 129; ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Gulbenkian, 1988. p. 178.

cisos, contraditórios, incompletos ou ambíguos³⁸ –, mas, ainda assim, não se detêm para dizer como se deve manejá-los nas situações hermenêuticas em que surjam conflitos de interpretações, ou seja, “quando uma expressão de dimensões variáveis, significando uma coisa, significa ao mesmo tempo outra coisa, sem deixar de significar a primeira.”³⁹ Neste passo, é bom ressaltar-se que, nos domínios da nova hermenêutica jurídica, já está superada a ideia de que o problema da interpretação só se coloca quando a compreensão direta dos enunciados normativos não está ao alcance da mão. Pelo contrário, como adverte Larenz, seria um erro aceitar-se que os textos jurídicos só carecem de interpretação quando surgem como particularmente obscuros, pouco claros ou contraditórios. Pelo contrário, prossegue esse jurista, em princípio todos os textos jurídicos são suscetíveis e carecem de interpretação, sendo esta sua necessidade de interpretação não um defeito, que se possa remediar em definitivo mediante uma redação tão precisa quanto possível — o que é sempre desejável —, mas um dado de realidade, que continuará a subsistir enquanto todas as leis, sentenças jurídicas, resoluções e os próprios contratos não vierem a ser redigidos exclusivamente numa linguagem codificada, simbolizada.⁴⁰ Daí esta passagem, instigante, do mesmo Larenz, a evidenciar o quanto é problemática a atividade hermenêutica, mesmo em situações que, à primeira vista, parecem não exigir nenhum esforço excepcional: “No começo está o texto da lei — só aparentemente claro e fácil de aplicar — e no final — se este existe —, entretecida em torno do texto, encontra-se uma teia de interpretações, restrições e complementações, que regula a sua aplicação no caso singular e que transmudou amplamente o seu conteúdo, a ponto de em casos extremos, quase o tornar irreconhecível. Com efeito, um estranho resultado daquele processo que o jurista se habituou a denominar simplesmente de aplicação das normas.”⁴¹ Daí, também, a nova leitura do velho brocardo *interpretatio cessat in*

claris, que, no dizer de Miguel Reale, passa a ser visto como limite negativo, ou ponto final do procedimento interpretativo, em ordem a impedir que o hermenauta, uma vez alcançado, na interpretação, o sentido claro e distinto de um texto legal, mesmo assim prossiga em busca de um sentido subentendido ou oculto, a fim de dobrar a regra jurídica a situações supervenientes.⁴² Por trás dessa busca de um significado que, intencionalmente, teria sido escondido pelo legislador — teoria conspiratória da atividade legislativa — o que se tem, mesmo, é a figura daquele intérprete distorcido e preconceituoso, que deixa de trabalhar com o feito ou o falado para atribuir aos textos sentidos de todo incompatíveis com eles, seja na sua letra, como no seu espírito, embora todos saibam que não é lícito introduzir-se na lei o que se deseja extrair dela⁴³, conduta verberada por Karl-Otto Apel, cuja reprimenda, no campo da ética no discurso, tem tudo a ver com eventuais desvios cometidos em qualquer das espécies do discurso jurídico, *verbis*:

Para que haja comunicação é necessário que o Outro fale e reconheça o que eu falo. Nesse eixo já existe a assunção mínima de que há um campo democrático e de respeito na argumentação sem o qual não existe comunicação. É por isso que afirmo que é um tipo de racionalidade que demanda outro tipo de binômio cognitivo: sujeito/co-sujeito e não sujeito/objeto, como nas teorias solipsistas modernas. É uma validade epistemológica intersubjetiva e não uma busca de objetividade ingenuamente neutra, como nos propõe uma ciência cega. Os cientistas estão imersos em uma comunidade comunicacional real, do contrário não conseguem nem mesmo fazer a hipótese “acontecer”. Se um grupo de pessoas discute algo com a intenção de chegar a uma conclusão, quem roubar no jogo destrói a argumentação. Não se trata de uma “adesão” volitiva irracional de tipo popperiano, mas de uma adesão racional cognitiva: se roubarmos no jogo, acaba a argumentação, e a cognição buscada se desfaz. Sem esse campo democrático de respeito, toda fala é blábláblá.” (Entrevista a Luiz Felipe Pondé, Caderno Mais!, jornal “Folha de S. Paulo”, edição de 26/9/99).

Esse procedimento reprovável, obviamente, nada tem a ver com situações hermenêuticas tais como a des-

38 REZEK, J.F. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 445. “Interpretar o tratado internacional significa determinar o exato sentido da norma jurídica expressa num texto obscuro, impreciso, contraditório, incompleto ou ambíguo. Não por acaso, o primeiro princípio a nortear esta análise, e que tem raízes na antiguidade romana, é o de que não há por que interpretar o que já está claro e unívoco.”

39 RICOEUR, Paul. *O conflito das interpretações*. Rio de Janeiro: Imago, 1978. p. 56.

40 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 7. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2014. p. 283-284.

41 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 7. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2014. p. 294.

42 Sobre o sentido desse brocardo, como princípio lógico-abstrato, mas, sobretudo, como categoria histórica, ver REALE, Miguel. Para uma hermenêutica estrutural. In: ESTUDOS de filosofia e ciência do direito. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 75. Veja-se, em sentido diverso, o que nos diz RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: M. Fontes, 2000. p.185.

43 BETTI, Emilio. Interpretación de la ley y de los actos jurídicos. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, p. 28, 1975; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 7. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2014. p. 493.

critas por Cappelletti, ao comparar os textos legais com outras *formas significativas*, e tampouco com as reflexões de François Rigaux, antes citado, sobre aquelas ocasiões em que, por mais que se esforce para permanecer fiel ao seu “texto”, o intérprete/aplicador do direito será sempre, por assim dizer, *forçado a ser livre e a dobrar a lei*, porque não há texto legislativo nem texto musical ou poético, que não deixe algum espaço para variações e *nuances*, para a criatividade interpretativa, tanto mais necessária quando se sabe que em um direito legislado, existem mais lacunas do que disposições; que, a todo instante, a vida se diverte com as previsões legais; que a norma jurídica, alheia às circunstâncias de cada caso, há de ser, por princípio, abstrata e geral e, não raro, por isso mesmo, necessariamente injusta; e, afinal, que aquele semeia normas não pode colher justiça.⁴⁴

Portanto, isso tudo somado, se não quisermos que a interpretação apareça como simples arbítrio, entregue ao juízo irracional ou, em todo caso, não motivado daquele que vai decidir, deveremos considerar impensáveis quer o abandono total das regras de interpretação, quer a sua utilização discricionária pelos aplicadores do direito.⁴⁵ Mesmo assim, embora reconhecendo a existência de regras de interpretação, a verdade é que os ordenamentos jamais pretenderam impô-las aos seus operadores. Se nenhum dos cânones interpretativos tem significado preciso e sequer existe hierarquia nem ordem de preferência entre eles, então seria no mínimo ingênuo, para não dizer sem sentido, pretender-se controlar a atividade hermenêutica com instrumentos de si incontroláveis e cuja multiplicidade converte-se em “veículo da liberdade do juiz”, o qual — em razão disso e até certo ponto —, acaba por escolher os meios em função dos fins que, estimando *corretos e justos*, pretenda alcançar em cada caso.⁴⁶ Lembremos, a propósi-

to, a “inconfidência” do Juiz Jerome Frank, revelando ter sido informado por alguns juizes de primeira instância de que, ao darem forma às suas sentenças, com frequência eles trabalham “para trás”. Começam com a decisão que, como consequência da sua reação intuitiva, estimam prudente ou justa; em seguida, determinam os fatos de tal modo que, subsumidos sob uma norma jurídica aceita, fazem aparecer essa decisão como lógica e juridicamente fundada.⁴⁷ Afinal, como anotou, ironicamente, o Juiz Holmes, é sempre possível dar-se forma lógica a qualquer conclusão.⁴⁸

Noutro dizer, desprovidos de uma teoria do direito, que lhes dê sustentação e consistência na seleção dos métodos e princípios adequados à apreensão da realidade jurídica, os intérpretes/aplicadores, premidos pelos problemas a resolver, induzidos pela sua pré-compreensão e, certamente, sabendo que o *método* não pode explicar *a eleição do método*⁴⁹, acabam por escolher os seus instrumentos de trabalho ao sabor de sentimentos e de intuições pessoais, o que, obviamente, não confere racionalidade a essas opções e acaba transmitindo aos cidadãos a ideia de que *dizer* o direito é, mesmo, algo aleatório ou puramente emocional.

Pois bem, a despeito da incoercibilidade das regras de interpretação, em alguns ordenamentos jurídicos encontram-se normas que pretendem “monitorar” a atividade hermenêutica, como o Código Civil espanhol, cujo art. 4.1 prescreve que as normas se interpretem segundo o sentido próprio das suas palavras, em relação com o contexto, os antecedentes históricos e legislativos, e a realidade social do tempo em que devam ser aplicadas, atendendo-se, fundamentalmente, ao seu espírito e finalidade, regra que se completa com a previsão, no mesmo artigo, de que na aplicação dessas normas também se use a equidade, embora com a restrição de que decisões fundadas exclusivamente nesse critério dependem de expressa autorização legal. No Brasil, não é outra a situação: a *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro* estabelece no art. 4º que “quando a lei for omissa, o juiz

44 CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1993. p. 22; RIGAUX, François. *A lei dos juizes*. São Paulo: M. Fontes, 2000, p. 185. DE PAGE, Henri. *De l'interprétation des lois*. Bruxelas: Swinne, 1978. p. 60; ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1968. p. 331; MENÉNDEZ, Aurelio Menéndez. Sobre lo jurídico y lo justo. In: ENTERRÍA, Eduardo García de; MENÉNDEZ, Aurelio Menéndez. *El derecho, la ley e el juez dos estudios*. Madrid: Civitas, 2000. p. 76; MAYER, Max Ernst. *Filosofía del derecho*. Barcelona: Labor, 1937. p. 181.

45 ZACCARIA, Giuseppe. *Razón jurídica e interpretación*. Madrid: Thomson Civitas, 2004. p. 130.

46 LARENZ, Karl. *Metodología da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1978. p. 390. KELSEN, Hans. *Teoria pura*. Coimbra: A. Amado Editor, 1962. v. 2. p. 290. “Não há absolutamente qualquer método — capaz de ser classificado como de direito positivo — se-

gundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como correta; todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto.”

47 FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968, p. 92.

48 HOLMES, Oliver Wendell. *La senda del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975. p. 29-30.

49 ZACCARIA, Giuseppe. *Razón jurídica e interpretación*. Madrid: Civitas, 2004. p. 337

decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”; e no art. 5º, que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum.”⁵⁰ Num caso, como no outro, em razão da abertura semântica dessas diretrizes hermenêuticas, impõe-se aos seus aplicadores submetê-las a prévia e detida interpretação para, só depois, colocá-las em “funcionamento”. Por outro lado, ao abrir para os seus intérpretes/aplicadores um vasto leque de cânones hermenêuticos – métodos, princípios e regras – e, ao mesmo tempo, não estabelecer entre eles nenhuma ordem hierárquica ou de preferência, o que a lei tem em vista é alertar os seus operadores de que eles dispõem da mais ampla liberdade de manobra para encontrar soluções que sejam corretas e justas, em cada situação hermenêutica, não podendo, por isso, alegar estrita obediência à lei para justificar seus eventuais desacertos. O que se lhes impõe, sim, é que fundamentem/justifiquem as suas decisões, porque é da aceitação social dessa “prestação de contas” que advém a sua credibilidade.⁵¹ Em suma, se for verdade que o juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei, não é menos verdadeiro que é a ele que cabe dizer o que dizem as palavras da lei, porque *a lei não fala por si, ela só fala por seus porta-vozes*.

• Os juristas especializados e as regras de interpretação dos tratados internacionais

A larga digressão sobre a nova hermenêutica jurídica⁵², que vimos de fazer nos tópicos anteriores, se levada

50 No anteprojeto oficial (Decretos 51.005/61 e 1.490/62, de uma *Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas*, de autoria de Haroldo Valadão, vê-se a presença dessa orientação, consubstanciada no artigo 8º, do seguinte teor: “Art. 9º. *A aplicação das normas jurídicas se fará sob a inspiração do bem comum, da justiça social e da equidade.*” Idêntico, formalmente, sobre essa matéria, era o frustrado Projeto de Lei nº 4.905, de 1995, do Poder Executivo, que assim dispunha: “Art. 4º. *Na aplicação do direito, respeitados os seus fundamentos, serão atendidos os fins sociais a que se dirige, as exigências do bem comum e a equidade.*” Neste último projeto, cuja Comissão elaboradora tivemos a honra de integrar, ao justificarem a substituição da palavra *lei* pela expressão *direito*, os signatários do Relatório discorreram largamente sobre a razão de ser dessa alteração, fortes em que, para a moderna teoria jurídica “[...] lei e direito não são por certo coisas opostas, mas ao Direito corresponde, em comparação com a lei, um conteúdo suplementar de sentido.” LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1989. p. 446.

51 AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 29.

52 FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *El debate filosófico sobre hermenéutica jurídica*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, 1995. p. 7. “O tema da interpretação deixou de ser mero tópico do jurista quando explica as fontes do direito e passou a ser um prob-

lemas com as escassas reflexões que os internacionalistas dedicam a esse assunto, quando discorrem sobre a interpretação dos tratados internacionais, permite-nos afirmar que, em geral, eles desconhecem ou viram as costas para essa temática “exógena”, satisfeitos, ao que parece, com os três artigos que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados dedicou à metodologia hermenêutica.⁵³

Daí que, ao se debruçarem sobre essa temática, os doutrinadores do DIP utilizem, majoritariamente, o termo *interpretação*, com destaque, nas exceções de praxe, para o jovem jurista Marcelo Varella, que no seu acreditado *Direito Internacional Público* – já em 6ª edição –, abre a parte dedicada a essa matéria precisamente com o título *Hermenêutica de Tratados*.⁵⁴ Provavelmente, a persistência dos internacionalistas em reduzir o problema hermenêutico à técnica ou arte da interpretação se deva à antiga distinção entre *hermenêutica jurídica* e *interpretação do direito*, de que nos dá conta, entre outros, o clássico Carlos Maximiliano, para quem a *Interpretação* é a aplicação da *Hermenêutica*, e esta a teoria científica da arte de interpretar. Destaque-se, a bem da verdade – contra o entendimento a que nos filiamos –, que esse mesmo jurista, fazendo menção a um certo Rumpf, afirma que na Alemanha – provavelmente só até a *urbanização da província hermenêutica* – esta expressão se reputava antiquada; que dela se utilizavam os antigos romanistas germânicos; e que, mais adiante, passou-se a dar preferência ao termo *Interpretação*, entendido como abrangente do conjunto das aplicações da primeira.⁵⁵ Atualmente, nos domínios da filosofia hermenêutica ou da hermenêutica filosófica, internalizadas no pensamento jurídico, as atividades de *compreender*, *interpretar* e *aplicar*, embora discerníveis para fins didáticos, devem ser consideradas *en bloc*, no âmbito de um processo unitário e contínuo, no qual a *realização* do direito integra, supera e sintetiza esses três elementos, na concretude de uma só e mesma

lema filosófico que põe em questão a própria ciência do direito e o iniludível contexto histórico e social do *homo juridicus*.” (Tradução livre do autor deste artigo).

53 REZEK, J.F. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 452. “A Convenção de Viena consagra três artigos à metodologia hermenêutica, sem com isso esgotar o rol de princípios e critérios que, a propósito, a doutrina do Direito das Gentes, havendo recolhido diretrizes noutras áreas da ciência jurídica, vinha desde muito inspirando a prática internacional.”

54 VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 128.

55 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

realidade – a *experiência jurídica*.⁵⁶

Para mostrar como os doutrinadores do DIP, na exegese dos seus textos normativos – especialmente dos tratados internacionais – ao invés de integrar em unidade tais elementos, preferem segmentar em três momentos o processo de realização das normas com que trabalham, como se a sua compreensão, interpretação e aplicação – *subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi e subtilitas applicandi* – fossem coisas distintas ou separáveis, para essa avaliação crítica, selecionamos alguns autores de nomeada, nacionais e estrangeiros, mencionados a seguir. É o caso, entre nós, do consagrado internacionalista José Francisco Rezek, em cujo *Direito dos Tratados* o termo *Interpretação* cobre toda a temática da exegese, embora, num que noutro trecho – e mesmo assim *en passant* – seja utilizada palavra *hermenêutica*.⁵⁷ O mesmo pode-se dizer do perspicaz jurista Marcelo Varella, em quem, no entanto, já encontramos “indícios” de preocupação com o *problema hermenêutico*, ao agrupar as suas considerações acerca da interpretação no DIP sob o título *Hermenêutica de Tratados*, o que sugere que ele abriu as janelas da sua disciplina para arejá-la com os ventos, sempre benfazejos, das reflexões filosóficas. Se formos ao direito internacional privado, ainda no Brasil, encontraremos a mesma postura de alheamento em relação àquele problema, como revela texto didático de Jacob Dolinger, no qual se “resolve” a *questão hermenêutica* enquadrando-a no título genérico de *aplicação, prova e interpretação* do direito estrangeiro.⁵⁸

Na doutrina estrangeira, com esse mesmo propósito, escolhemos alguns juristas de indiscutível relevo, para mostrar que lá fora também persiste a ideia de que, para se apreender corretamente o sentido/significado das normas jurídicas, basta operar com destreza os instrumentos da velha e boa *interpretação* e dar os passos indicados nos seus textos de regência – no caso, fundamentalmente, as regras da Convenção de Viena –, sem necessidade de se indagar dos pressupostos ou das condições de possibilidade de uma leitura *correta, exata e legítima* dos tratados internacionais.⁵⁹

56 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 459-460; REALE, Miguel. Fundamentos da concepção tridimensional do Direito. *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 10, n. 4, out./nov./dez. 1960. p. 463.

57 REZEK, J.F. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 445-456.

58 DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*: parte geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 277-296.

59 Ver, sobre o tema, esta instigante nota de rodapé, à página 296,

É o que se verifica, por exemplo, no alentado *Direito Internacional Público*, de Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier e Alain Pellet, no qual se acolhe o conceito de interpretação indicado a seguir, conceito que os seus autores reforçam ainda mais apontando jurisprudência com idêntico entendimento.

Com efeito, em virtude da generalidade dos seus termos, é raro que uma regra de direito possa ser aplicada automaticamente a um caso concreto. Para ter certeza de que ela se aplica, e em que medida, a esse caso concreto, é necessário, a maior parte das vezes, esforçarmo-nos por dissipar previamente as incertezas e ambiguidades, a fim de lhe restituir o seu *verdadeiro* significado. Tal é a tarefa da interpretação. Ela consiste em evidenciar o sentido *exato* e o conteúdo da regra de direito aplicável uma determinada situação.⁶⁰ (itálico não é do original).

Sem maiores digressões a respeito, observamos, apenas, que nos domínios da moderna hermenêutica jurídica, um dos maiores problemas é, precisamente, engendrar critérios que nos permitam dizer, com um mínimo de segurança, mas sem nenhuma pretensão de certeza objetiva, que determinado sentido/significado de um texto é passível de aceitação e, assim, merecedor de acatamento, nas circunstâncias de cada caso concreto. À falta desse critério de verdade, os filósofos hermenêuticos dizem que, nesse terreno, qualquer pretensão de objetividade é demasiado ambiciosa, enganosa, ilusória ou ingenuamente neutra – porque a compreensão do sentido linguístico não é um processo puramente receptivo, mas sempre também, e antes do mais, uma auto-compreensão do sujeito interpretante –, devendo-se, por isso, substituir a inalcançável objetividade por uma honesta intersubjetividade, por uma verdade não epistemológica, mas simplesmente hermenêutica.⁶¹

Prosseguindo nessa jornada crítica, compulsamos os Princípios de Direito Internacional Público, do inglês Ian Brownlie, e lá encontramos, mais uma vez, a redutora ideia de que para a correta leitura dos tratados basta que se observem os procedimentos usuais de in-

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1989. “A respeito de Gadamer, Gisbert-Studnicki observa criticamente, in: RTh, pág. 354, que para se falar de interpretação se teria de pressupor que existem sentidos que são *legítimos*, e outros que *não podem suscitar qualquer pretensão de legitimidade*. Sem o conceito de sentido legítimo não poderia falar-se de interpretação, pois que então não haveria diferença entre entendimento e mau entendimento.”

60 DAILLIER, Nguyen Quoc Dinh; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. 2. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2003, p. 258.

61 GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: FGV, 1998. p. 57; KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 4. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2010, p. 132-133.

interpretação, ainda que – seja dito a bem da verdade –, esse autor tenha dedicado ligeiros comentários ao que ele mesmo chamou de o estatuto das “regras de interpretação”, numa abordagem que vai um pouco além da maneira aligeirada de se verem essas regras como cânones hermenêuticos autoexplicativos.⁶²

Saltando, agora, para outra latitude bibliográfica, nos deparamos com a versão em castelhano do Manual de Derecho Internacional Público, editado pelo professor dinamarquês Max Sorensen, em cujo texto – em um total de apenas cinco páginas – o tema da interpretação dos tratados enquadra-se no modelo tradicional, limitando-se o seu autor a, ligeiramente, conceituar a interpretação em geral; discorrer sobre o princípio da boa fé; abordar o problema do “sentido corrente”; referir-se à chamada “interpretação autêntica”; falar sobre a “regra intertemporal”; comentar os chamados “trabalhos preparatórios”; mencionar os “meios adicionais de interpretação”; e, afinal, também ligeiramente, tocar nos tratados redigidos em mais de uma língua. Nenhum problema hermenêutico de relevo está enfrentado nessa obra, que, no Prólogo da edição do Fondo de Cultura Económica, foi saudada como de grande importância para o estudo e o ensino do direito internacional público no mundo de fala hispânica.⁶³

Nessa mesma postura, simplificadora do problema hermenêutico nos tratados internacionais, Jorge Bacelar Gouveia, em seu Manual de Direito Internacional Público, dispensa ao tema da interpretação desses atos normativos nada mais que dez páginas, nas quais, à semelhança de outros internacionalistas, se limita a escassas considerações sobre os tópicos que seleciona e agrupa sob o título A interpretação, a integração e a aplicação dos tratados internacionais, não por coincidência exatamente aquela mesma e velha nomenclatura usada nos “pontos” dedicados à interpretação jurídica nos cursos e manuais de Introdução do Estudo do Direito.⁶⁴ Para evitar generalizações, sempre perigosas, justiça se faça a Miguel Reale, que já na 1ª edição, das suas Lições Preliminares de Direito, no início dos anos 70 do século passado, ao lado dos ensinamentos tradicionais sobre interpretação, aplicação e integração do Direito, dedicou um

tópico ao que chamou de compreensão atual do problema hermenêutico, onde afirmou, entre outras coisas, que na compreensão dos textos jurídicos, ao invés de se prender à sua literalidade, qual um pianista obediente à partitura musical, “o intérprete pode avançar mais, dando à lei uma significação imprevista, completamente diversa da esperada ou querida pelo legislador, em virtude de sua correlação com outros dispositivos, ou então, pela sua compreensão à luz de novas valorações emergentes no processo histórico.”⁶⁵

Mais sumário, ainda, é o tratamento dispensado à hermenêutica dos tratados na obra Direito Internacional Público, de Wladimir Brito, professor dessa disciplina na Universidade do Minho, em Portugal. Nada mais do que quatro singelas páginas são dedicadas à exegese da mais importante das fontes desse ramo do direito. Num evidente desleixo em relação ao problema hermenêutico, o autor transcreve lição de outro internacionalista, na qual este afirma, sic et simpliciter, que a interpretação dos tratados “tem por objeto, ou fim, o esclarecimento da vontade dos contratantes. Isto é, a determinação do conteúdo do acordo” ou, dito de outra forma, “a interpretação é uma operação intelectual através da qual se procura determinar o sentido e o alcance das cláusulas do Tratado”. Poucas linhas adiante, refere-se aos “modos de interpretação”, aos “princípios fundamentais da interpretação” e às técnicas de interpretação.” Nada mais do que isso, até porque, provavelmente, esse ilustrado mestre, como tantos outros, também considere que a questão hermenêutica é um pseudoproblema, que surge quando a linguagem natural entra de férias.⁶⁶

Por último, e o mais importante, como já insinuamos linhas atrás, meio na contramão dessa postura desleixada em face da questão hermenêutica, tem-se o Direito Internacional Público, de Marcelo Vilella, texto no qual o seu autor já sinaliza para alguma alteração de rumo, na medida em que, insista-se, as suas reflexões sobre esse tema não apenas são agrupadas, significativamente, sob o título Hermenêutica dos Tratados, como também o enfrentamento dos problemas referentes à concretização das normas do Direito das Gentes, ou seja, da sua compreensão/interpretação/aplicação, se faz com esta significativa advertência:

62 BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Lisboa: Gulbenkian, 1997. p. 650-656.

63 SORENSEN, Max. *Manual de derecho internacional público*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002. p. 228-232.

64 Ver, por todos, MACHADO NETO, A.L. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1966. p.233-256.

65 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Bushatsky, 1974. p. 324.

66 BRITO, Wladimir. *Direito internacional público*. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 267-270.

Os métodos de interpretação de tratados são similares aos aplicados ao direito nacional. Uma diferença importante refere-se às dificuldades de fazer incidir sobre o sentido do texto a evolução cultural dos povos. As partes num tratado comprometem-se com o sentido dado às palavras em um determinado momento, sob determinado contexto semântico e cultural.⁶⁷ (grifo nosso).

Trata-se de uma observação do mais puro labor hermenêutico-filosófico, em estreita conformidade com o conceito heideggeriano/gadameriano de *historicidade do compreender* – historicidade do sujeito compreensor, da coisa a ser compreendida e do processo da compreensão. Noutro dizer, temos aí uma adesão evidente à visão filosófica de que, nos domínios da hermenêutica – onde “o ser que se compreende é linguagem” –, tudo está sujeito ao *panta rhei* da eterna transformação, até mesmo a própria hermenêutica, porque também ela é um fenômeno histórico, um evento situado e datado, insuscetível de aprisionamento em regras fixas e imutáveis, cuja observância propiciaria aos seus seguidores a apreensão, também fixa e imutável, do *verdadeiro e invariável* sentido das palavras. Mais ainda, essa advertência de Marcelo Varela subentende o fenômeno da diversidade e da fusão de horizontes, a ser levado em conta pelo intérprete/aplicador, ou seja, o horizonte de produção do texto e o horizonte da sua compreensão atual, o que, no âmbito da interpretação das leis, se comprova com a observação de que no momento da redação da lei, o legislador emprega as palavras com o significado que elas têm nesse contexto, ao passo que, lá adiante, mais cedo ou mais tarde, o seu intérprete, para assegurar a força normativa desse comando legal, deverá atribuir-lhes o sentido que elas passaram a ter no contexto da sua aplicação. A cada interpretação, a cada leitura do texto, a sua bitola linguístico-normativa vai se alargando, de modo a abranger novas situações hermenêuticas, situações que nem o legislador mais profético poderia ter suposto no momento em que deu à luz o seu texto normativo. Por isso é que se diz que a lei deve ser mais inteligente do que o legislador, e o intérprete, mais inteligente do que a lei. É o intérprete quem dá voz ao sentido da lei, aquele que faz o texto falar.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das considerações aqui desenvolvidas, pode-se dizer, à moda de conclusão, que o *problema hermenêutico* e/ou a *questão da linguagem* embora sejam considerados pelos filósofos e linguistas como *os temas do nosso tempo*, não existem, ao menos como *problema*, para os internacionalistas porque – à semelhança dos cultores dos outros ramos do direito – eles acreditam que para a correta/exata apreensão do significado das regras e princípios dos tratados internacionais, basta fazer a sua exegese em conformidade com as *regras de interpretação* próprias desse universo normativo, sem discutirem as suas limitações e/ou condições de possibilidade, como exige a nova hermenêutica filosófico-jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Lisboa: Gulbenkian, 1997.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1993.
- DE PAGE, Henri. *De l'interprétation des lois*. Bruxelas: Swinne, 1978.
- DAILLIER, Nguyen Quoc Dinh; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. 2. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2003.
- DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1968.
- FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *El debate filosófico sobre hermenêutica jurídica*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, 1995.
- FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968.
- GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

67 VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 128.

- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997.
- HOLMES, Oliver Wendell. *La senda del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 4. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2010.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1962. V. 2.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 7. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2014.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MAYER, Max Ernst. *Filosofía del derecho*. Barcelona: Labor, 1937.
- MENÉNDEZ, Aurelio Menéndez. Sobre lo jurídico y lo justo. In: ENTERRÍA, Eduardo García de; MENÉNDEZ, Aurelio Menéndez. *El derecho, la ley e el juez; dos estudios*. Madrid: Civitas, 2000.
- REALE, Miguel. Fundamentos da concepção tridimensional do Direito. *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 10, n. 4, out./nov./dez. 1960.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Bushatsky, 1974.
- REZEK, J.F. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- RICOEUR, Paul. *Do texto à ação*. Porto: Rés,
- RICOEUR, Paul. *O conflito das interpretações*. Rio de Janeiro: Imago, 1978.
- RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: M. Fontes, 2000.
- SCHLEIERMACHER, F.D.E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- SCHLEIERMACHER, F.D.E. *Hérméutique*. Alençon: CERF/PUL, 1989.
- SORENSEN, Max. *Manual de derecho internacional público*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ZACCARIA, Giuseppe. *Razão jurídica e interpretación*. Madrid: Civitas, 2004.