

VOLUNTAS LEGIS VERSUS VOLUNTAS LEGISLATORIS: ESCLARECENDO A INUTILIDADE DA DISTINÇÃO

VOLUNTAS LEGIS AGAINST VOLUNTAS LEGISLATORIS: CLARIFYING THE USELESSNESS OF THE DISTINCTION

LENIO LUIZ STRECK¹

RESUMO: O presente artigo demonstra como a dogmática jurídica reinante em *terrae brasiliis* ainda continua atrelada aos paradigmas filosóficos objetivista (metafísica clássica) e subjetivista (metafísica moderna), não conseguindo encontrar um modo de interpretar os textos normativos sem recorrer à velha discussão acerca da “vontade da norma” ou do “espírito do legislador”. Dessa forma, pretende-se superar essa dicotomia a partir da viragem hermenêutica ocorrida no século XX e das conquistas do Constitucionalismo Contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVE: Subjetivismo; Objetivismo; Hermenêutica; Constitucionalismo Contemporâneo.

ABSTRACT: This article demonstrates how the brazilian prevailing law doctrine is still tied to the objectivist and subjectivist philosophical paradigms (classical and modern metaphysics), failing to find a way to interpret the legal texts without resorting to the old debate about the “will of the norm” or “the spirit of the legislator”. Therefore, intends to overcome this dichotomy from the hermeneutical turn occurred in the twentieth century and of the achievements of Contemporary Constitutionalism.

KEYWORDS: Subjectivism; Objectivism; Hermeneutics; Contemporary Constitutionalism.

SUMÁRIO: 1. Considerações Propedêuticas; 2. Subjetivismo e Objetivismo Hermenêuticos e o Problema dos Paradigmas Filosóficos; 3. Objetivismo e Subjetivismo na Perspectiva Epistêmica de Ferraz Jr.; 4. O que são Paradigmas Filosóficos? De que modo eles condicionam a interpretação?; 5. O Dilema

Artigo recebido em 24.09.2013. Pareceres emitidos em 11.11.2013 e 10.12.2013.

Artigo aceito para publicação em 22.12.2013.

¹ Procurador de Justiça - RS, Doutor e Pós-Doutor em Direito, Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo-RS) e da Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro-RJ). Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Presidente de Honra do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Professor Visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Editor do site www.leniostreck.com.br. lenios@globocom

Objetivismo versus Subjetivismo no Âmbito (hermenêutico) da Aplicação do Direito: o problema dos “cruzamentos fundacionais”; 6 À Guisa de Considerações Finais: Objetivismo e Subjetivismo – *voluntas legis versus voluntas legislatoris* e o sentido comum teórico dos juristas; Referências Bibliográficas.

SUMMARY: 1. Propedeutical Considerations; 2. Hermeneutical Subjectivism and Objectivism and the Problem of Philosophical Paradigms; 3. Objectivism and Subjectivism in Ferraz Jr's Epistemical Perspective; 4. What are Philosophical Paradigms? In which way do they determine one's interpretation?; 5. The “objectivism versus subjectivism” Dilemma in (the hermeneutical) Application of Law: the problem of “foundational crossings”; 6. In the Meaning of Conclusion: objectivism and subjectivism – *voluntas legis versus voluntas legislatoris* and the theoretical common sense; References.

1. CONSIDERAÇÕES PROPEDÊUTICAS

Muito se tem discutido acerca das teses da *voluntas legis versus voluntas legislatoris*. Têm-se perguntado os juristas de todos os escalões: afinal, o que vale mais: a vontade da lei ou a vontade do legislador? Tem importância saber/descobrir o que é que o “legislador” quis dizer ao elaborar o texto normativo? Qual era a sua intenção? É possível descobrir “a vontade da lei”? Pode uma norma “querer” alguma coisa? É possível descobrir o “espírito” de uma lei? Muito embora existirem, como veremos, defensores de ambos os lados, na grande maioria das vezes a adesão a uma corrente ou a outra é feita de maneira *ad hoc*, ocorrendo, frequentemente, uma imbricação entre ambas.

Observe-se que, de certo modo, o conteúdo do art. 111 do Código Tributário Nacional (*re*)ascende a controvérsia acima, além de, por consequência, dar azo ao velho debate entre objetivistas e subjetivistas. Vejamos o que diz o aludido dispositivo legal,

Interpreta-se *literalmente* a legislação tributária que disponha sobre:
I - suspensão ou exclusão do crédito tributário; II - outorga de isenção;
III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Afinal, o que é interpretar um texto na sua literalidade? Tércio Ferraz Jr.² critica o dispositivo, dizendo que “o método literal, gramatical ou lógico-gramatical é apenas o início do processo interpretativo, que deve partir do texto. Tem por objetivo compatibilizar a letra com o espírito da lei. Depende, por isso mesmo, das próprias concepções linguísticas acerca da adequação entre pensamento e linguagem”.

Já Paulo de Barros Carvalho³ assevera que “o desprestígio da chamada interpretação literal, como critério isolado da exegese, é algo que dispensa meditações mais sérias, bastando arguir que, prevalecendo como método interpretativo do Direito, seríamos forçados a admitir que os meramente

² Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1980, p. 76.

³ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 56.

alfabetizados, quem sabe com o auxílio de um dicionário de tecnologia, estariam credenciados a descobrir as substâncias das ordens legisladas, explicitando as proporções do significado da lei. O reconhecimento de tal possibilidade roubaria à Ciência do Direito todo o teor de suas conquistas, relegando o ensino universitário, ministrado nas faculdades, a um esforço inútil, sem expressão e sentido prático de existência”.

De todo modo, é importante lembrar que essa discussão acerca da “literalidade” tem relação com o velho debate entre “lei” e “direito”, “texto” e “norma” (na contemporaneidade). Na verdade, os juristas em geral costumam se apegar à literalidade quando esta lhes é “útil”. Logo, a discussão é meramente retórica. Ora, é irrelevante discutirmos a “literalidade”, até porque esbarraríamos na seguinte questão: devemos sempre buscar o conteúdo “literal”? Ou somente quando nos interessa? E o que é isto – a literalidade? O que é isto – o texto jurídico? Em face da vagueza e da ambiguidade que cerca a linguagem, de que modo é possível sustentar o discurso jurídico numa pretensa literalidade?

A partir de textos como *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*,⁴ somente pode(re)mos discutir “literalidades” se estivermos conscientes da situação hermenêutica que ocupamos: o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito. *E nos lembramos que a discussão sintático-semântica ficou para trás.* Para a hermenêutica de cariz filosófico é irrelevante discutir simplesmente “textos”, pela simples razão de que, como já bem lembrava Gadamer, “textos são eventos”⁵ ou, como diz Stein, “textos são fatos”.⁶ Não há “conceitos” sem “coisas”!

2. SUBJETIVISMO E OBJETIVISMO HERMENÊUTICOS E O PROBLEMA DOS PARADIGMAS FILOSÓFICOS

De início, é importante anotar que a questão que se coloca a partir da discussão entre objetivistas e subjetivistas podem ter um enquadramento diverso no âmbito da Teoria do Direito. Isso se dá pelo fato de que os recortes teóricos e as diversas intenções que movem os autores podem levar a formas distintas de apresentação da questão.

No caso específico das questões hermenêuticas, o problema objetivismo *versus* subjetivismo está ligado intimamente aos paradigmas filosóficos da filosofia clássica (ou realismo filosófico) e da filosofia da consciência. Esses paradigmas atuam de forma subterrânea e acabam por condicionar a interpretação oficial do direito professada em uma determinada época por um determinado grupo de teóricos. Entretanto, vai aqui uma advertência: quando me refiro ao objetivismo na interpretação ou ao subjetivismo interpretativo,

⁴ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 11. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013, em especial o capítulo 5.

⁵ Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 484.

⁶ Cf. STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. 2. ed., Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p. 111.

não estabeleço relações intertemporais com a clássica dicotomia objetivismo-subjetivismo representado pelo debate que se estabeleceu a partir do século XIX acerca da vontade da lei *versus* vontade do legislador.

Antes de analisar mais a fundo essa questão do modo como a hermenêutica a enfrenta, é importante fazer uma referência aqui à clássica construção do problema oferecida por Tércio Sampaio Ferraz Jr.

3. OBJETIVISMO E SUBJETIVISMO NA PERSPECTIVA EPISTÊMICA DE FERRAZ JR.

A polêmica “intenção do legislador” *versus* “vontade da lei” também suscita debates no âmbito da operacionalidade do Direito. Quando os juristas tratam do artigo 111 do Código Nacional Tributário estão entendendo que a ideia matriz do referido dispositivo está assentada na preservação da intenção do legislador ou da vontade da lei?

Este problema vai além do direito tributário. No direito penal, podemos elencar outros exemplos de doutrina ainda ligada à dicotomia *objetivismo vs subjetivismo*, como, por exemplo, Rogério Greco⁷, segundo o qual é possível subdividir a interpretação em: a) objetiva (*voluntas legis*); b) subjetiva (*voluntas legislatoris*), sendo que, por meio da chamada interpretação objetiva, busca-se descobrir a suposta vontade da lei; ao contrário, com a interpretação subjetiva procura-se alcançar a vontade do legislador.

No âmbito do processo penal, Tourinho Filho sustenta que

“quando o intérprete se serve das regras gerais do raciocínio para compreender o espírito da lei e a intenção do legislador, fala-se de interpretação lógica ou teleológica, porquanto visa precisar a genuína finalidade da lei, a vontade nela manifestada. Poder-se-á aplicar o disposto no § 2º do art. 155 do CP, se houver um furto qualificado, e a *res furtiva* for de pequeno valor e o agente primário? Se formos procurar a vontade manifestada na norma, concluiremos pela negativa”⁸.

Disso não difere a doutrina do direito do trabalho:

“De fato, não há como se pesquisar o ‘pensamento contido na lei’, a *mens legis* ou *ratio legis* (utilizando-se, pois, do método lógico), sem se integrar o texto interpretado no conjunto normativo pertinente da ordem jurídica (valendo-se, assim, do método sistemático) e avançando-se, interpretativamente, na direção do encontro dos fins sociais objetivados pela legislação em exame (fazendo uso do método teleológico, portanto)”⁹.

⁷ Cf. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Vol. I. 12. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 31-32.

⁸ TOURINHO FILHO, Fernando. *Processo Penal*. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 1998. p. 168.

⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito Trabalho*. 9. ed., São Paulo: LTr, 2010. p. 217.

Em setores do direito constitucional persiste a dicotomia, frente aos métodos “tradicionais” de interpretação. Veja-se como o autor a seguir simplifica a discussão:

“Os métodos convencionais [*histórico, literal etc*] nem sempre realizam a vontade da constituição. Aplicados no bojo do silogismo tradicional, em que o juiz subsume os fatos à norma, não prestigiam os processos abertos de argumentação, porque surgiram numa época em que as constituições não eram como as de hoje: grandes, repetitivas, cheias de detalhes e valores conflitivos, muitos dos quais impróprios para documentos supremos que se pretendem duradouros. (...) Ora, nas constituições contemporâneas é preciso o intérprete ir além, investigando as entrelinhas da *lex legum*, pois o mero ato de revelar o conteúdo preexistente na norma constitucional, sem qualquer criatividade, nem sempre é capaz de realizar, finalisticamente, a vontade de cartas constitucionais prolixas, confusas, repetitivas e enormes, como a brasileira de 1988”.¹⁰

O debate permanece não aprofundado em obras de introdução ao direito e formação humanística, como é o exemplo de Maria Helena Diniz, que afirma que a ideia de *mens legislatoris* é uma ficção pelo fato de as leis serem produzidas em grupo¹¹, embora persista a ideia de uma vontade objetiva presente na lei¹². Na mesma linha, Franco Montoro, para quem:

“A interpretação é declarativa quando se limita a declarar o pensamento expresso na lei, sem ter necessidade de estendê-la a casos não previstos ou restringi-la mediante a exclusão de casos inadmissíveis. É o tipo mais comum de interpretação, pois o pressuposto normal é de que o legislador saiba expressar-se convenientemente.”¹³

Em Ferraz Jr esse debate recebe um tratamento mais sofisticado. Para ele, embora as duas correntes não possam ser distinguidas com grande nitidez, didaticamente podem ser separadas, conforme o reconhecimento da vontade do legislador (doutrina subjetivista) ou da vontade da lei (doutrina objetivista) como sede do sentido das normas. A primeira insiste em que, sendo a ciência jurídica um saber dogmático (a noção de dogma enquanto um princípio arbitrário, derivado de vontade do emissor de norma lhe é fundamental) é, basicamente, uma compreensão do pensamento do legislador; portanto, interpretação *ex tunc* (desde então), ressaltando-se, em consonância, o papel preponderante do aspecto genético e das técnicas que lhe são

¹⁰ Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 443-444.

¹¹ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2000. p. 420.

¹² DINIZ, *Compêndio*, op. cit., p. 430.

¹³ MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 374.

apropriadas (método histórico). Para a segunda (objetivista), a norma goza de um sentido próprio, determinado por fatores objetivos (o dogma é um arbitrário social), independente até certo ponto do sentido que lhe tenha querido dar o legislador, donde a concepção da interpretação como uma compreensão *ex nunc* (desde agora), ressaltando-se o papel preponderante dos aspectos estruturais em que a norma ocorre e as técnicas apropriadas à sua captação (sociológico).¹⁴

Traços fortes de voluntarismo estão presentes nas teses subjetivistas, renovado no século XX pelas concepções que substituem o voluntarismo do legislador pelo voluntarismo do juiz, o que se pode ver na “livre investigação científica” proposta por Geny, pelo “direito livre” de Kantorowicz e pela *Teoria Pura do Direito*, de Kelsen. Veja-se, aqui, o eterno retorno à história do positivismo jurídico e as tentativas de sua superação, temática à qual me referi anteriormente. Bonavides,¹⁵ nesse sentido, alerta para o fato de que os subjetivistas, aparentemente exaltando a função judicial, em verdade debilitam as estruturas clássicas do Estado de Direito, assentadas numa valoração dogmática da lei, expressão prestigiosa e objetiva da racionalidade. Não é à-toa, diz o mestre, que *o subjetivismo faz parte da concepção professada na Alemanha pelo nacional-socialismo*, onde algumas teses fundamentais dos juristas da escola do direito livre alcançaram, à sombra desse movimento político, uma acolhida extremamente favorável.

Já o *objetivismo* na interpretação da lei e da Constituição tem-se constituído na *posição predileta dos positivistas formais*. No campo do Direito Público, Bonavides¹⁶ aponta para o fato de que, nomeadamente no Direito Constitucional moderno, os objetivistas formam já uma corrente respeitável de intérpretes, talvez a que mais pese entre os constitucionalistas: “na Europa inclinam-se pela aplicação do método objetivista constitucionalistas do porte de Mauz, Duerig, Forsthoff, Hans J. Wolff e von Turegg”. É claro que – e isso deve ser dito para que não se confunda posições distantes no tempo – que esse objetivismo detectado nos referidos constitucionalistas não é similar ao objetivismo professado no século XIX, do tipo “da palavra que se fez vontade”. Esse objetivismo não é uma definição exegética e tampouco uma filiação a um objetivismo filosófico desses autores (veja-se, de novo, a importância de desindexarmos a polémica do século XIX da contemporânea discussão acerca da importância dos textos constitucionais, cujos limites semânticos têm uma importância ímpar, mas que não se confundem com a velha exegese).

A dicotomia proposta por Tércio, entretanto, aponta para um modelo de análise que se fixa em um âmbito puramente epistemológico, com ênfase na relação sujeito-objeto. Nesse caso, a aplicação do direito ora é um problema a

¹⁴ Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1989, p. 242.

¹⁵ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 413.

¹⁶ Idem, *ibidem*.

ser solucionado a partir da descoberta da vontade do legislador (sujeito); ora deixa-se para trás o problema do sujeito criador e fixação do problema se dá em torno do sentido finalístico presente na lei (objeto). Daí que a construção do mestre paulista fale em subjetivismo quando o enfoque que se dá é para a atividade do criador da lei e em objetivismo, quando a ênfase recai sobre a aplicação da lei às situações fáticas.

Entretanto, sem embargo da utilidade didática da tese de Ferraz Jr., é possível afirmar que, hermeneuticamente, o problema aqui está ligado aos paradigmas filosóficos que comandam a interpretação.

4. O QUE SÃO PARADIGMAS FILOSÓFICOS? DE QUE MODO ELES CONDICIONAM A INTERPRETAÇÃO?

As posições teóricas que assumimos refletem, muitas vezes, apenas a superfície de um processo compreensivo muito mais complexo. Na verdade, em inúmeros casos, elas acabam por espelhar um conjunto de elementos que conformar o *modo* de se organizar o pensamento e de determinação do processo de conhecimento que rege uma determinada época. Essa dimensão profunda, organizadora de nossa racionalidade, não pode ser acessada através dos instrumentos teóricos desenvolvidos por uma ciência qualquer. Essa dimensão é filosófica. Para termos acesso a ela, necessitamos nos envolver em um processo catártico, de *des-construção* da história da filosofia. Um processo no qual, desde Heidegger, nós mesmos estamos envolvidos em face de nossa facticidade.

Assim, no caso do direito, por exemplo, é muito comum encontrarmos teorias que apresentam determinados postulados epistemológicos que, se olhados mais de perto, representam apenas a consequência da projeção desse modo de organização – filosófica – do pensamento predominante no interior daquele tempo histórico.

Esse fator ordenador, que condiciona o enquadramento do conhecimento em uma determinada época, chamo, com Ernildo Stein, de *paradigmas filosóficos*.¹⁷

Na formulação do Filósofo gaúcho, esses paradigmas filosóficos funcionam como “princípios organizadores” que exercem uma função *no* conhecimento científico. Para ele, esse elemento organizador “pode ser considerado como um vetor da racionalidade científica, isto é, como um princípio com o qual se pode examinar aquilo que é implicitamente carregado pelo discurso científico”.¹⁸

Nesse sentido, a noção de paradigma filosófico funciona como um transcendental não-clássico, ou seja, não ligado às amarras da subjetividade.

¹⁷ Cf. STEIN, Ernildo. *Exercícios de Fenomenologia: Limites de um Paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 127.

¹⁸ Idem, *Ibidem*.

Exerce ele uma função de fundamentação, no sentido de ser um elemento organizador, estruturante e abrangente.¹⁹

Essa investigação, por exemplo, funciona a partir do paradigma da fenomenologia hermenêutica e da hermenêutica filosófica. A partir desse eixo fundamental, opera-se o trabalho de desconstrução e de reconstrução do pensamento jurídico, mormente aquele ligado ao elemento interpretativo que reveste a experiência jurídica.

Nesse processo desconstrutivo/construtivo é possível observar a ocorrência de posturas científicas/interpretativas no direito que professavam outros paradigmas filosóficos.

No caso, podemos mencionar dois grandes paradigmas filosóficos:

a) o da *filosofia clássica*, também nomeado como realismo filosófico, em que o fator organizacional de toda a racionalidade gira em torno dos “objetos” ou daquilo que é “dado” ao conhecimento (daí que Sellars e seus seguidores passarão a nomear uma tal postura como “mito do dado”²⁰).

Nesse aspecto, o tipo de atividade interpretativa que terá lugar no contexto desse paradigma será *objetivista*, porque presa ao objeto conhecido, ou, ainda, objeto cognoscível;

b) o da *filosofia da consciência*, que coloca como fator de organização, que se antecipa em todo processo de conhecimento, a subjetividade que conhece as coisas. Nesse âmbito, o conhecimento não é “dado”. Aqui, o conhecimento é “construído” por um sujeito que emprega um método específico de análise e passa a estabelecer os sentidos.

Podemos dizer então, se a filosofia é fundamento do direito²¹, que propostas para a teoria do direito como neoconstitucionalismo e positivismo normativista, dentre outras, permanecem estagnadas no último estágio pré-filosofia da linguagem, isto é, a subjetividade dona dos sentidos. Dizemos isso porque, mais do que em outros filósofos modernos, como em Descartes, Kant, Fichte e Hegel, Nietzsche representa uma fase na história da filosofia em que a subjetividade tem seu fundamento baseado na *vontade*. Se, desde Platão, vigiam no pensar filosófico valores como a razão, virtude, compaixão e justiça, Nietzsche afirma que estes valores aprisionam o homem, que deve se dirigir a um estado superior de consciência²². Seguindo na história epocal

¹⁹ Idem, *Ibidem*.

²⁰ Cf. STEIN, Ernildo. *Pensar e Errar: um ajuste com Heidegger*. Ijuí: Unijuí, 2011, p. 154.

²¹ Novamente, a discussão entre filosofia *do* direito e filosofia *no* direito. Como relembra Ernildo Stein, é impossível cindir filosofia e mundo. Se trabalhamos direito e filosofia, devemos entender que a filosofia não é ornamento (um conjunto de citações pontuais de filósofos clássicos) ou direção (norte de orientação, como as bases de uma filosofia moral, por exemplo). *Filosofia é fundamento, paradigma*, ainda que os autores analisados não tratem isto de forma explícita. É nesse sentido, por exemplo, que trabalhamos Nietzsche e a as teses voluntaristas que predominam na teoria do direito.

²² Estas questões ficam claras e perpassam por todo o *Assim Falava Zaratustra* (Petrópolis: Vozes, 2008).

do ser, no final da metafísica, o ser se manifesta como *vontade de poder*. A passagem de Descartes a Nietzsche é, justamente, a da transição entre razão e vontade. Como enumera Heidegger, se em Descartes o sujeito é uma *egocidade representadora*, o ente onde se manifestam os objetos, em Nietzsche o homem é sujeito no sentido de seus impulsos e desejos.²³

Eis a grande distinção entre a filosofia da consciência em sentido estrito e a sua vulgata voluntarista patrocinada pela doutrina crítica (*sic*) do direito. De Descartes a Hegel e Kierkegaard, a subjetividade é entendida como um ponto onde aparecem os outros entes com os quais entramos em contato. Isso não significa afirmar, de todo modo, que a subjetividade, antes de Nietzsche, não seja relativista. Na *Introdução à Filosofia*, Heidegger vai dizer que “[s]e a verdade pertence ao sujeito enquanto sujeito e apenas a ele, ou seja, se de acordo com sua própria essência a verdade reside no sujeito, então ela é necessariamente algo 'subjetivo", enquanto não houver algo que mantenha uma certa intersubjetividade²⁴. Mas é somente com Nietzsche é que a *vontade* se torna fundamento, e essa vontade não tem fundamento se não ela mesma, culminando no absoluto relativismo.

Daí que, nesse contexto, teremos um tipo de interpretação que podemos nomear como *subjetivista*.

Em resumo: tendo em conta os paradigmas filosóficos que dirigem a interpretação, é possível dizer que *objetivista* é a postura hermenêutico-interpretativa que organiza o seu processo de determinação do sentido a partir de um aprisionamento do sujeito que conhece ao objeto que é conhecido; ao passo que *subjetivista* é a postura hermenêutico-interpretativa que espelha o paradigma da filosofia da consciência, no interior do qual o intérprete é o dono dos sentidos.

Nesses termos, como o fator determinante da interpretação do direito acaba por ser a Lei, *objetivistas* são as posturas que entendem a lei como um dado jurídico pronto e acabado tendo o intérprete a tarefa de simples revelação do sentido, nela alocado por alguma autoridade externa a ele, intérprete, que pode ser a vontade divina, o sentido cosmológico das coisas ou, simplesmente, a ação de um legislador Racional. Já as posturas *subjetivistas* são aquelas que desprendem o intérprete desse invólucro legal e o apresenta como um verdadeiro criador de sentidos. Nesse caso, o sentido originário da lei e a autoridade de quem a emite cede lugar para a sensibilidade do intérprete que deverá interpretá-la segundo, por exemplo, às finalidades para as quais ela fora criada; os interesses sociais que levaram à sua edição dentre outras coisas. Haverá, inclusive os mais extremados que defenderão que a interpretação é um ato de vontade livre daquele que a profere, sendo o direito o resultado de suas ações interpretativas.

²³ Cf. HEIDEGGER, *Nietzsche II*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 142.

²⁴ Cf. HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 119.

Em todo caso, é possível afirmar que posturas hermenêutico-interpretativas professadas pela escola da exegese, da Jurisprudência dos Conceitos, da Jurisprudência Analítica, são – do ponto de vista do paradigma filosófico que as guia – objetivistas; ao passo que o movimento do direito livre, o realismo jurídico e a jurisprudência dos interesses representam posturas subjetivistas.

5. O DILEMA OBJETIVISMO *VERSUS* SUBJETIVISMO NO ÂMBITO (HERMENÊUTICO) DA APLICAÇÃO DO DIREITO: O PROBLEMA DOS “CRUZAMENTOS FUNDACIONAIS”

A aplicação do direito, como venho afirmando há tempos, está assentada num tipo muito curioso de sincretismo que podemos nomear aqui por “cruzamentos fundacionais”. Vale dizer, no direito o paradigma objetivista, da filosofia clássica, encontra-se por vezes associado ao paradigma subjetivista, da filosofia da consciência.

Na verdade, levando a questão às últimas consequências, o problema retratado acaba por desaguar na própria relação entre direito e política. Posturas aplicativas e/ou metodológicas como a escola da exegese e a jurisprudência dos conceitos – e, nalgum sentido, a jurisprudência analítica – são expressão de uma movimentação filosófica que se encontra situada no interior do paradigma da filosofia da consciência, mas, ao mesmo tempo, produzem um modelo de aplicação do direito que retira a possibilidade de participação da subjetividade do julgador no momento da formação normativa. Professa-se um espécie de “mito do dado”: os sentidos das normas jurídicas já estão postos pelo legislador; é um dado que não pode sofrer modelação por parte do intérprete/julgador.

Onde estaria, então, a subjetividade de que tanto se fala? Onde estaria a consciência que poderia colocar ordem de sistema – logicamente rigorosa – no caos normativo da lei humana?

Ora, a subjetividade está espelhada na ação do legislador, seja ele um corpo legislativo determinado (um parlamento); seja ele a expressão da sabedoria de especialistas/professores que constroem a lei a partir das descobertas da ciência jurídica. A filosofia da consciência (ou, por vezes, em uma vulgata desta, o simples voluntarismo judicial) se manifesta aqui como um tipo de vontade política que limita a ação do julgador. Trata-se de uma *vontade de sistema* que se manifesta de forma mais esplendorosa na experiência da codificação. Como afirma Losano, a partir do caráter indiscutivelmente racional (portanto, expressão de uma consciência; a *consciência legislativa*) que revestia a obra do legislador ou dos professores, o que poderia o intérprete – seja a doutrina seja a jurisprudência – fazer além de espelhar – ou revelar – aquela ordem racional já posta pela *vontade do legislador*.

Daí que, no momento da aplicação, o *mito do dado* é o que prevalece. Todavia, no momento da formação do direito, da efetiva planificação legislativa da sociedade, dá-se a manifestação da subjetividade do legislador: sua obra é fruto de uma construção – arbitrariamente – racional. Ora, não existe mais

Deus ou a Cosmologia para afiançar o conteúdo do direito humano concreto. O que sobra, então? Sobra a Razão – com “R” – o principal fundamento da filosofia da consciência.

Quando a razão legislativa não consegue mais segurar em si todos os sentidos, a vontade – o elemento determinante da filosofia da consciência; a manifestação mais decisiva da subjetividade – *salta do nível político para o nível judicial*. Não é a toa que Kelsen chama o âmbito das práticas jurídicas de política jurídica e diz que ali se pratica a interpretação como um ato de vontade: trata-se da consagração disso que aqui estou a me referir: a filosofia da consciência sempre está presente nos fundamentos do positivismo jurídico e da experiência do direito moderno. Por isso, não é de estranhar que os Códigos Processuais não abram mão “do livre convencimento do juiz”.

Como isso ocorre? Em um primeiro momento, ela se manifesta na *vontade do legislador* que, no momento de sua aplicação judicial, é articulada a partir do mito do dado, da ideia objetivista de que a lei carrega consigo todos os seus sentidos; no momento seguinte (do direito livre, da jurisprudência dos interesses e do realismo jurídico) o que se tem é uma fragmentação completa das estratégias objetivistas para uma afirmação cabal de que a vontade – que caracteriza a ação política – é também um atributo do poder judiciário que possui como dever a tarefa de afirmar – e não revelar – a *vontade da lei* que, ao fim e ao cabo, se converte em vontade do juízo que afirma o sentido da lei.

Podemos analisar essa mesma questão a partir de um problema mais propriamente aplicativo do direito, associado ao dogma da subsunção. No contexto de predomínio objetivista – que, nos termos de Ferraz Jr. chamaríamos de subjetivistas, se atentássemos para o papel do legislador no processo de afirmação concreta do direito – a subsunção é a forma privilegiada de se retratar o modo como o direito deveria ser aplicado. Os movimentos críticos, que instalaram os primeiros passos do subjetivismo hermenêutico – *objetivismo, se quisermos olhar pela lente da predominância do fato social no momento da determinação normativa* – começam a apontar para uma necessária ultrapassagem do dogma da subsunção a partir da criação de outras formas de representação da aplicação do direito.

Falando especificamente sobre o dogma da subsunção, é possível dizer que ele opera em dois níveis distintos. Em primeiro lugar, há que se destacar um aspecto político-jurídico, de justificação. Em um segundo momento, existe uma determinação técnica-operacional.

a) do ponto de vista político-jurídico, o *dogma da subsunção* efetua – através de uma série de justificativas que são articuladas a partir de argumentos retirados de um horizonte cultural determinado – uma redução epistemológica do problema do conceito de direito. Concebe-se, nesse sentido, o direito como sendo o conjunto das disposições que compõem as leis de um determinado Estado nacional. O conceito de direito é equiparado, nesse sentido, ao conceito de lei.

Como já mencionado, essa equiparação entre direito (*jus*) e lei (*lex*) deve-se a uma série de elementos culturais que emergiram em um determinado tempo histórico. A principal consequência política da manifestação desse fenômeno é que ela abre espaço para a exclusão do problema da justiça no campo do direito. Um desses elementos, embora não seja o único, pode ser pensado a partir de alguns argumentos de rousseauianos que causariam impacto nas concepções desse movimento. De fato, é conhecida a afirmação do genebrino – presente em seu *Do Contrato Social* – de que a ideia de uma lei injusta seria contraditória uma vez que não seria possível que o povo – que fez a lei – pudesse ser injusto consigo mesmo.²⁵

Ou seja, em sendo a lei produto da deliberação da vontade geral; em sendo ela a manifestação da soberania popular – uma vez que, para Rousseau, o povo é quem manda e o governo é quem obedece – não poderia haver leis injustas ou mesmo, poderíamos dizer, contrárias ao direito. Logo, a lei seria igual ao direito.

Por outro lado, os movimentos de recepção do direito romano preparam as condições para o processo que culminou com a codificação do direito privado. De fato, a autoridade dos estudos universitários acerca da formação dos conceitos jurídicos e sua respectiva aplicação às relações jurídicas de

²⁵ Um necessário comentário – quase biográfico – a respeito de Rousseau, pode aclarar melhor aquilo que se quis afirmar no texto. Como é cediço, durante a revolução francesa, Rousseau chegou a ser alçado a patrono da revolução. Influenciou, também, em alguma medida, as ideias políticas que foram articuladas e afirmadas no decorrer da revolução americana. Sua obra, nesse contexto, é associada à defesa radicalizada da ideia de que o titular da soberania não é o Príncipe, mas, sim, o povo, construindo as bases para a concepção de república que será articulada pelo direito político moderno (Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 179 e segs.) Por outro lado, os contrarrevolucionários e a tradição liberal que se formou a partir do século XIX, associaram Rousseau ao terror revolucionário, ao possível totalitarismo presente na sua concepção de *Volonté générale*, sendo retratado, portanto, como inimigo da liberdade. De todo modo, essa impressão negativa que a França contrarrevolucionária produziu com relação ao autor, não impediu que a codificação francesa usasse como inspiração de sua principal premissa – o legalismo – com base em argumentos que caberiam perfeitamente na boca de um bom rousseuiano. Independentemente das polêmicas e discussões que a obra de Rousseau suscita, é fato que, quase trinta anos antes de o Abade Sieyès perguntar: *quem é o terceiro estado?*, o genebrino já havia afirmado que a natureza da soberania só poderia derivar do procedimento segundo o qual “a multidão, unanimemente, substitui as vontades particulares pela vontade geral: a essência da soberania se identifica, então, com a vontade geral” (GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno...* cit., p. 180; Cf. também VETŐ, Miklos. *O Nascimento da Vontade*. São Leopoldo: Unisinos, 2005, p. 173-180). O autor de *O Contrato Social* defendia, assim, de um modo totalmente dissonante com relação ao que era pregado por juristas como Grotius e Burlamaqui, que a soberania tinha como titular o povo, que a exercia na forma da vontade geral. Além disso, encontra-se em Rousseau as origens de uma fórmula, que faria sucesso no interior da modernidade política, derivada da afirmação de que *o governo não manda, mas obedece*. Nesse sentido, a obra do filósofo acabou por inspirar – e ao mesmo tempo indicar algumas pistas – para a superação do que era então um Estado Jurisdicional por um Estado Legislativo; um Estado de Direito (Cf. FIORAVANTI, Maurizio. Estado y Constitución. In: *El Estado Moderno en Europa: Instituciones y derecho*. Maurizio Fioravanti (Ed.). Madrid: Trotta, 2004, p. 16 e segs.)

direito privado que surgiam a partir do advento do Estado Liberal contribuíram, significativamente, com a consolidação desse elemento cultural que produziu a equiparação entre lei e direito.

b) Desse elemento político decorre logicamente uma consequência técnica: se o conhecimento do universal, da generalidade do direito, já está dado pelo conhecimento da lei, então o trabalho do agente jurídico que exara a decisão judicial será aplicar esse conteúdo universal aos casos concretos apreciados.

A técnica inicial de decisão que servirá como mecanismo de aplicação do direito será a conhecida *subsunção*. Nesse caso, opera-se dedutivamente da premissa maior que é a Lei em direção à premissa menor, o caso. Esse aspecto lógico abstrato – que será apelidado depois de conceitualista – está na base de movimentos culturais como a escola da exegese francesa e a Jurisprudência dos conceitos, alemã. Os grandes códigos civis do século XIX serão operacionalizados (no caso da escola da exegese) e pensados (no caso da Jurisprudência dos conceitos) tendo a decisão judicial como resultado desse procedimento estritamente subsuntivo de acomodação do caso judicial ao suporte fático previsto na legislação.

Evidentemente, esse aspecto metodológico da questão gera, por sua vez, consequências políticas que podem, igualmente, ser pensadas a partir do horizonte cultural da época. Em primeiro lugar, acaba por concentrar o *monopólio da decisão efetiva no plano da política e não, propriamente, da juridicidade*.

Quem decide de forma, digamos, soberana, são as instâncias legislativas ou os espaços da erudição universitária. O corpo judiciário – que, nesse mesmo momento, passa a se formar enquanto organização burocrática desprendida do personalismo monárquico – agiria aqui com uma função “farmacêutica” de identificação de uma patologia que inquine a relação jurídica examinada, com a consequente determinação do remédio jurídico adequado, previsto, desde logo, pelos sistemas codificados.

Um código unificador de leis claras, por sua vez, permite experimentar a sensação de que o ideal de planificação e planejamento social presente no âmago das doutrinas iluministas poderia ser alcançado. Vale dizer, é uma expectativa própria deste tempo histórico que decisões tomadas no passado possam antecipar consequências futuras. Antecipar, no caso, decisões futuras.

Ou seja, há uma expectativa clara no sentido de que, se alguém descumpre alguma regra jurídica, cometa um ato ilícito etc., seja possível prever qual será a decisão que será tomada pelo agente estatal que ficará incumbido de tomar a decisão. Há, também, uma consequência econômica muito clara, uma vez que a previsão antecipada a respeito das decisões que serão tomadas no futuro permitiria aos agentes econômicos planejar melhor suas ações, bem como visualizar a consequência de seus atos. Criar-se-ia, assim, um elevado grau de certeza quanto ao resultado jurídico das relações econômicas.

Nesse momento, o mercado é o grande interessado na afirmação da *segurança jurídica*. Do mesmo modo, podemos destacar, ainda, aspectos sociais importantes. No caso, a planificação jurídica estabelecida pela codificação funcionava como uma garantia de que os interesses burgueses, no caso francês, e que os interesses da aristocracia, no caso germânico, seriam, de alguma forma, preservados.

Ainda no século XIX, uma série de tensionamentos culturais começaram a impor algumas mudanças nas configurações conceituais da decisão jurídica. Em alguns casos, a própria pressão política da magistratura – que, já no final do século, começa a se fortalecer ganhando cada vez mais autonomia com a radicalização do Estado de Direito e o desligamento do processo civil do âmbito do direito material – levará a essa “mudança de rota”. Esse dado pode ser visualizado, por exemplo, na obra de Oskar von Bülow que reivindicava maior espaço para a magistratura no processo de formação do direito. Para ele, a verdadeira “recepção do direito romano” não teria ocorrido no seio da universidade, mas, sim, através das decisões tomadas pela magistratura que embalavam o direito vivo, o direito do caso.²⁶

Com efeito, a obra de Bülow²⁷ pode ser considerada a mais remota manifestação crítica contra o *dogma da subsunção*; um primeiro, e ainda tímido, ataque ao conceitualismo da pandectística. Por outro lado, no ambiente do direito francês, Francois Geny escreve, senão a primeira, certamente a mais famosa, crítica metodológica ao modelo de decisão estabelecido pelo exegetismo. Geny atacava exatamente esse aspecto predominantemente lógico-formal que o paradigma do dogma da subsunção carregava consigo. Sua grande intenção, como é sabido, era oferecer uma alternativa metodológica a esse “paradigma dominante” e que incorporasse um tipo de método científico mais adequado para o estudo do direito. No caso, o método adequado teria inspirações sociológicas – ao invés de lógico-filosóficas – e teria suas atenções voltadas para o fato jurídico em detrimento do entendimento meramente conceitual.

Essa investigação sociológica permitiria demonstrar a existência de determinadas relações sociais que, apesar de necessitarem de uma regração

²⁶ Também Mario Losano, no segundo volume de seu *Sistema e Estrutura do Direito*, indica a vinculação de Bülow a esses movimentos antissistemáticos que polularam no final do século XIX e início do século XX. Losano aponta, inclusive, para uma possível inspiração de Bülow pela leitura do opúsculo de Hermann Kantorowicz (*Der Kampf um die Rechtswissenschaft*), publicado, na verdade, sob o pseudônimo *Gnaeus Flavius* que inaugurou o chamado “Movimento do Direito Livre”. Interessante é que Losano traz à colação um depoimento de Gustav Radbruch – à época também vinculado ao Direito Livre – no qual se afirma que a opção pelo pseudônimo é que levou ao relativo sucesso do manifesto, pois conferiu ao texto de um jovem pesquisador a aparência de um escritor experiente, com “autoridade” para tratar dos temas ali abordados. Nos termos do depoimento de Radbruch, foi esse fator, provavelmente, que possibilitou a leitura e aderência de juristas de renomado prestígio como é o caso de Franz Klein e do próprio Bülow (Cf. LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito*. Vol. II, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 153-154).

²⁷ Cf. BÜLOW, Oskar von. *Gesetz und Richteramt*. Berlin: BWV, 2003.

normativa, ficavam fora da zona de cobertura da estrutura codificada do Direito. Haveria, portanto, zonas “livres de direito” no seio da sociedade.

Portanto, eis a explicitação dessa controvérsia entre objetivistas e subjetivistas à luz da hermenêutica. Portanto, há que se ter muito cuidado, para que não ocorram mal entendidos acerca dessa complexa questão.

6. À GUIA DE CONSIDERAÇÕES FINAIS: OBJETIVISMO E SUBJETIVISMO – VOLUNTAS LEGIS VERSUS VOLUNTAS LEGISLATORIS E O SENTIDO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS

É acertado dizer que as duas correntes – objetivista e subjetivista – estão arraigadas no plano das práticas cotidianas dos operadores jurídicos, podendo ambas – muito embora as suas diferenças – serem encontradas em quantidade considerável de manuais e textos jurídicos. Para identificá-los, basta que se encontrem alusões “*ao espírito do legislador*”, “*à vontade do legislador*”, “*ao processo de formação da lei*”, “*o espírito da lei*”, para que se esteja diante de um adepto da corrente subjetivista; por outro lado, a invocação da “*vontade da norma*”, da “*intenção da lei*”, é indício da presença de um “objetivista”, muito embora essas diferenciações necessitem de uma explicitação mais detalhada a partir da Crítica Hermenêutica do Direito.

Entretanto, em não raros casos, é possível encontrar, em um mesmo texto jurídico, a busca *concomitante* do espírito do legislador e da vontade da norma, como, por exemplo, em Paulo Dourado de Gusmão, o qual, embora sustente que a lei se torna independente do pensamento do seu autor a partir do momento em que é publicada, admite que, para descobrir o sentido objetivo da lei, o intérprete procede por etapas, percorrendo o que se convencionou chamar fases ou momentos da interpretação. Nessas etapas ou fases, o autor inclui desde a interpretação gramatical ou literal até a interpretação histórica, na qual

“muitas vezes nessa interpretação são usados os chamados trabalhos preparatórios, isto é, projetos de lei, debates nas comissões técnicas das assembleias legislativas e no plenário das mesmas, pareceres, emendas e justificações dos mesmos”²⁸.

Também é possível observar uma imbricação entre a doutrina objetivista e a subjetivista (no sentido hermenêutico da discussão) em Aníbal Bruno²⁹, que admite tanto alguns critérios da primeira quanto da segunda doutrina. Já Paulo Nader³⁰, depois de comentar as duas teorias, inclina-se, citando Maximiliano, pela doutrina objetivista, porque o intérprete deve

²⁸ Cf. GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. 28. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 240 e 241.

²⁹ Cf. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Tomo I. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 212 e segs.

³⁰ Cf. NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo de Direito*. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 313.

“determinar o sentido objetivo do texto, a *vis ac potestas legis*; deve ele olhar menos para o passado do que para o presente, adaptar a norma à finalidade humana, sem inquirir da vontade inspiradora da elaboração primitiva”.

Entretanto, a seguir, ao examinar a interpretação do Direito quanto ao resultado, admite um exame do “passado” legislativo, quando descreve os distintos resultados a que o exegeta pode chegar: interpretação declarativa, necessária porque “nem sempre o legislador bem se utiliza dos vocábulos, ao compor os atos legislativos”; interpretação restritiva, quando o legislador é infeliz ao redigir o ato normativo, dizendo mais do que queria dizer, sendo a missão do exegeta a eliminação da amplitude das palavras; e, finalmente, a interpretação extensiva, que ocorre nas hipóteses contrárias à anterior, ou seja, quando o legislador diz menos do que queria afirmar. Vê-se, pois, que os métodos em questão não prescindem de uma atitude subjetivista, conclui. Veja-se, aqui, a algaravia conceitual que foi sendo produzida ao longo dos anos no plano da dogmática jurídica.

De qualquer sorte, a polêmica – seja ou não relevante a sua continuidade em nossos dias – longe está – no plano da dogmática jurídica – de ser resolvida. Nesse sentido, com Ferraz Jr., identificando uma conotação ideológica na raiz da discussão, isto é, levado a um extremo, é possível dizer que o subjetivismo – que, no plano hermenêutico, deve ser entendido como objetivismo – favorece um certo autoritarismo personalista, ao privilegiar a figura do “legislador”, pondo sua “vontade” em relevo. Por exemplo, a exigência, na época do nazismo, de que as normas fossem interpretadas, em *ultima ratio*, de acordo com a vontade do Führer (era o *Führerprinzip*) é bastante elucidativa/significativa. Por outro lado, continua Ferraz Jr., o objetivismo – que, novamente no plano hermenêutico, pode ser entendido como subjetivismo, porque o sentido depende da subjetividade do intérprete, que irá “definir” o sentido originário do produto do legislador –, levado também ao extremo, favorece um certo nihilismo, pois estabelece o predomínio de uma equidade duvidosa dos intérpretes sobre a própria norma ou, pelo menos, desloca a responsabilidade do legislador para os intérpretes, chegando-se a afirmar, como fazem alguns realistas americanos, que direito é “o que decidem os tribunais”. Além disso, acrescenta, não deixa de ser curioso que, nos movimentos revolucionários, o direito anterior à revolução é relativizado e atualizado em função da nova situação, predominando aí a doutrina objetivista, muito embora, quanto ao direito novo, pós-revolucionário, tende-se a privilegiar a vontade do legislador e a fazer prevalecer as soluções legislativas sobre as judiciais que, a todo custo e no máximo possível, devem a elas se conformar.

De todo modo, é importante insistir que essa dicotomia não tem (mais) sentido no âmbito da superação dos paradigmas tradicionais da filosofia (metafísica clássica e metafísica moderna ou, se quisermos, os paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência).

Colocar o *locus* do sentido na coisa (lei) ou no sujeito (intérprete) é sucumbir à ultrapassada dicotomia sujeito-objeto. Ora, dizer que o sentido está na lei ou sustentar que aquilo que o legislador quis dizer é mais importante do que aquilo que “ele disse”, não resiste a uma discussão filosófica mais aprofundada.

Do mesmo modo, não passa de uma vulgata da filosofia da consciência dizer que é o intérprete quem estabelece o sentido segundo sua subjetividade. O que pode ser relevante é, exatamente, desmontar as estruturas das posturas que sustentam os voluntarismos interpretativos.

É nesse sentido que ocorre um salto na discussão acerca do sentido de um texto jurídico. Na era do Constitucionalismo Contemporâneo, sustentar a importância dos limites semânticos da Constituição e, em consequência, aferir a validade das leis em conformidade com a Constituição constitui, sim, um efetivo avanço no plano hermenêutico. Não se trata, por óbvio, de um retorno a qualquer postura exegetista operante no passado.

Defender, hoje, os limites semânticos da Constituição – naquilo que entendemos por “limites” no plano hermenêutico, é claro – não quer dizer “objetivismo” (nem no sentido “clássico”, nem no sentido filosófico do termo). Se o Direito tem um sentido interpretativo, um texto jurídico (lei, Constituição) não tem um sentido meramente analítico. Um texto só é na sua norma, para reproduzir a clássica assertiva de Müller e ratificar minha adaptação da diferença ontológica entre texto e norma. Por isso, não há sentidos em si. Consequentemente, não há conceitos sem coisas. E não há respostas antes das perguntas. Não há “normas gerais” que contêm os sentidos de forma antecipada. Estes somente acontecem de forma aplicativa. Daí a noção de *applicatio*. Por ela, ficam superadas quaisquer dicotomias entre objetivismos e subjetivismos, seja no plano clássico entre vontade da lei e vontade do legislador, seja no plano filosófico.

Por fim, numa palavra, vejamos como a fronteira da clássica dicotomia (*voluntas legislatoris-voluntas legis*) é tênue (e absolutamente frágil). Por exemplo, de que modo se aferia a “vontade do Führer” no regime nazista? Se ela estava objetivada (fetichizada) na lei, bastaria uma postura filosófica objetivista (colocando a lei como o “mito do dado”). Mas se acaso entendermos que a “vontade” devia ser buscada (escavada), desloca(va)-se a questão para a subjetividade do intérprete. No limite, pode-se dizer que a vontade do Führer devia ser buscada de forma “ontológica”, mas, ao mesmo tempo, abria-se, subjetivamente (no sentido filosófico da palavra) um espaço considerável de discricionariedade-arbitrariedade interpretativa, a partir do qual a tal “vontade” era qualquer uma... Dizendo de outro modo: se a vontade do Führer estava plasmada na lei, deveria aplicar-se a letra “fria da lei”; já se o conteúdo normativo espelhasse algo que fosse contrário ao regime, o aplicador deveria se basear em uma norma de supradireito - a vontade do poder, ou seja, “puro” voluntarismo.

Por fim, não esqueçamos que o regime nazista foi implementado sem alterar a Constituição de Weimar. Disso se pode concluir que a dicotomia se sustentou – e ainda se sustenta – tão-somente a partir de um fundamento ideológico. Afinal, uma ou outra (vontade do legislador ou vontade da lei) dependem, sempre, da “vontade” do intérprete. E isso refoge àquilo que devemos entender por hermenêutica no Estado Democrático de Direito.

Se os leitores quiserem “jogar” com esses conceitos, não precisam ir longe. Basta pegar a recente alteração do Código de Processo Penal, que estabeleceu no art. 212 o sistema acusatório na inquirição de testemunhas. Segundo a nova redação, as perguntas serão feitas diretamente pelas partes à testemunha, cabendo ao juiz inquirir apenas sob os fatos que permanecerem obscuros, apenas (parágrafo único). Escolhendo a postura objetivista, a “letra da lei” não deveria deixar dúvidas. Afinal, os limites semânticos são fáceis de deslindar. Interessante que a escolha da postura subjetivista deve(ria) levar à mesma conclusão, na medida em que, examinando o processo de alteração do Código, fica nítida a “intenção do legislador”, apontando para aquilo que os limites semânticos apontam: o sentido de que juízes só devem fazer perguntas complementares. Pois bem. Se examinarmos a posição do STJ³¹ e do STF³², veremos que nenhuma das duas posturas prevaleceu. O Poder Judiciário decidiu com sua “vontade de poder” ignorando ambas as posturas, o que demonstra, para além da grave crise da teoria do direito que perpassa a operacionalidade do direito, a perfeita inutilidade da distinção *voluntas legis-voluntas legislatoris*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRUNO, Anibal. *Direito Penal. Tomo I*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
- BÜLOW, Oskar von. *Gesetz und Richteramt*. Berlim: BWV, 2003.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1980.
- _____. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1989.
- FIORAVANTI, Maurizio. Estado y Constitución. In: *El Estado Moderno en Europa: Instituciones y derecho*. Maurizio Fioravanti (Ed.). Madrid: Trotta, 2004.

³¹ No julgamento do HC 121.215 (julgado pela 6ª Turma), o relator faz constantes menções à suposta intenção do legislador em tornar o juiz no processo penal mais imparcial, mas relativiza este argumento frente ao princípio geral de direito (outro resquício do positivismo legalista) do “pás de nulittè sans grief”.

³² “O disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal não obstaculiza a possibilidade de, antes da formalização das perguntas pelas partes, dirigir-se o juiz às testemunhas, fazendo indagações” (HC 105.538, de relatoria do Min. Marco Aurélio, julgado pela 1ª Turma).

- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 1998.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Vol. I, 12. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. 28. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. *Nietzsche II*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito*. Vol. II, São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo de Direito*. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- NIETZSCHE, Friederich. *Assim Falava Zaratustra*. Petrópolis: Vozes, 2008.
- _____. *Pensar e Errar: Um Ajuste com Heidegger*. Ijuí: Unijuí, 2011.
- STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. 2. ed., Porto Alegre: Edipucrs, 2004.
- _____. *Exercícios de Fenomenologia: Limites de um Paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 11. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- VETÖ, Miklos. *O Nascimento da Vontade*. São Leopoldo: Unisinos, 2005.