

UMA TEORIA REALISTA DA INTERPRETAÇÃO*

Michel Troper**

1. Uma função da vontade. 1.1 A interpretação *contra legem* não existe. 1.2 Não há sentido redutível à intenção do legislador. 1.3 Não há sentido objetivo independente das intenções. 2 O objeto da interpretação. 2.1 O texto. 2.2 Os fatos. 3 O poder do intérprete. 3.1 O fundamento de poder. 3.2 O autor da interpretação. 3.3 O produto da interpretação. 3.4 A liberdade do intérprete.

RESUMO

Trata-se de artigo que propõe uma teoria realista da interpretação, caracterizada como aquela que vê na interpretação uma função da vontade e não do conhecimento, tendo por objeto os enunciados ou os fatos (e não as normas) e que confere ao intérprete um poder específico, residente na validade da interpretação por ele dada. O autor discorre, ainda, acerca de outros elementos deste modelo de interpretação, tais como: fundamento, produto e agente (e respectiva liberdade).

PALAVRAS-CHAVE: Teoria realista da interpretação. Características. Elementos.

Se aplicássemos o método recomendado pelos nossos mestres, seria necessário começarmos por esclarecer o título deste artigo e dar algumas definições, começando pela referente à interpretação, que é objeto de teorias rivais: de um lado, uma realista, de outro, certas teorias, as quais seria cedo demais ousar-se chamá-las “irrealistas”. Após ter definido “a interpretação” como atividade,

* Texto traduzido por Valeschka e Silva Braga, Mestre em Direito Público pela UFPE, titular do Master II e doutoranda da Universidade Paris I – Panthéon-Sorbonne, professora da Faculdade Chritus, Advogada da União.

** Professor da Universidade Paris X – Nanterre. Autor de diversos livros e artigos jurídicos, dos quais se destacam como referência doutrinária freqüente: *Pour une théorie juridique de l'Etat*. Presses universitaires de France (PUF), 1994; *La philosophie du droit*. Paris: PUF, 2003; *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*. Paris: LGDJ, 1980; *La théorie du droit, le droit, l'État*. Paris: PUF, 2001.

A sua obra na França é tão valorizada que, em dezembro de 2002, foi realizada uma Jornada de Estudos em sua homenagem, sob a organização do Instituto Michel-Villey (fundado em prol da cultura jurídica et da filosofia do Direito). Mais recentemente, a ele foi dedicado um livro intitulado “*L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*» (Paris: Economica, 2006) cujo número de páginas ultrapassa o milhar.

poder-se-ia passar à definição da “teoria realista” e, por último, examinar como esta teoria é aplicável à interpretação.^{NT}

No entanto, este método não pode ser utilizado aqui sem precauções. Para definir a interpretação seria necessário, com efeito, escolher entre duas possibilidades: interpretar é *indicar* o significado de uma coisa ou é *determinar* o significado desta coisa. A primeira definição repousa sobre o pressuposto de que é possível conhecer o sentido, que a interpretação é uma função do conhecimento, a segunda, de que ela é uma função da vontade. Cada uma destas definições corresponde a uma teoria diferente. A definição não porta, por conseguinte, sobre uma atividade que pode ser objeto de uma teoria; ela é a própria expressão desta teoria.

Por sua vez, as duas teorias visadas repousam sobre pressupostos ontológicos e epistemológicos. Ontológicos: se pretendemos que interpretar é indicar um sentido, é porque pressupomos a existência de um sentido objetivo que é possível descrever. Ao contrário, pode-se supor que o sentido não existe e que não é, por conseguinte, possível descrevê-lo, mas apenas determiná-lo.

Além disto, os pressupostos epistemológicos: qualquer teoria ocupa um lugar num sistema intelectual ao qual pode-se atribuir certa função. Pode-se considerar este sistema intelectual como um discurso prático, o dos juízes, por exemplo, e, assim, adotar a definição da interpretação que prestará os melhores serviços no exercício da atividade judicial. Assim, para o decano Vedel, o juiz somente pode exercer a sua atividade, dar-se uma legitimidade e argumentar, se ele pressupõe que ela consiste em descobrir um sentido.¹ No sentido contrário, pode-se pensar que este sistema intelectual é um sistema científico e, neste caso, é necessário procurar, não a teoria que prestará os melhores serviços, mas a que satisfará às condições de veracidade desta ciência.

É necessário notar que os dois pressupostos, ontológicos e epistemológicos, são ligados: escolhemos uma ontologia em função da nossa concepção da tarefa a realizar.

^{NT} Dentre os inúmeros artigos e obras que reverenciam esta teoria realista da interpretação proposta pelo professor Michel Troper, cite-se, particularmente:

GUASTINI, Riccardo. Michel Troper sur la fonction juridictionnelle. *Droits*, Paris, n. 37, p. 111-122, jun. 2003; HAMON, Francis. Quelques réflexions sur la théorie réaliste de l'interprétation. In: *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*. Paris: Economica, 2006, p. 487-500; JOUANJAN, Olivier. Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper. *Droits*, Paris, n. 37, p. 31-48, jun. 2003; LEBEN, Charles. Troper et Kelsen. *Droits*, Paris, n. 37, p. 13-29, jun. 2003; MILLIARD, Eric. Quelques remarques sur la signification politique de la théorie réaliste de l'interprétation. In: *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*. Paris: Economica, 2006, p. 725-734; RAYNAUD, Philippe. Philosophie de Michel Troper. *Droits*, Paris, n. 37, p. 3-11, jun. 2003; RIALS, Stéphane. La démolition inachevée; Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique. *Droits*, Paris, n. 37, p. 49-85, jun. 2003; WACHSMANN, Patrick. La volonté de l'interprète. *Droits*, Paris, n. 28, p. 29-45, jun. 1998.

Não se pode deixar de mencionar que esta mesma teoria não é isenta de críticas. Cf. neste sentido PFERSMANN, Otto. Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie: En réponse à Michel Troper. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Paris, n. 52, p. 759-788, out. 2002. V. também, o interessante debate do autor com Denys de Béchillon sobre o mesmo tema durante o Laboratório de teoria jurídica da Faculdade de Direito de Aix(en Provence)-Marseille publicado sob a seguinte referência: BECHILLON, Denys de; TROPER, Michel. L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation. *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, Paris, n.1, p. 245-274, jan. 1994.

Se a nossa ambição é contribuir com a teoria da interpretação a um sistema científico, devemos escolher uma ontologia que permita uma verificação científica.

Além disto, se queremos evitar qualquer compromisso prematuro, é por estipulação se deve definir a interpretação como esta “atividade que consiste quer a indicar, quer a determinar o significado” de uma coisa. Deve-se, ainda, fazer uma precisão importante, porque servirá de argumento em prol da teoria realista: a interpretação em questão é exclusivamente a interpretação jurídica, ou seja, a que produz efeitos no sistema jurídico, excluindo-se, por conseguinte, a interpretação musical ou literária, que deve ser tratada de maneira completamente diferente.

Pode-se agora definir a teoria realista. Trata-se de uma variante do positivismo jurídico, por conseguinte, de uma doutrina que quer esforçar-se em construir uma Ciência do Direito sobre um modelo derivado das ciências empíricas. O positivismo jurídico pode apresentar-se sob duas formas: certas teorias, pertencendo à corrente normativista, tomam por objeto as normas como dever-ser e atribuem-se a tarefa de descrever este dever-ser de acordo com métodos específicos, diferentes das ciências da natureza; outras preferem tomar um objeto verdadeiramente empírico e encarar norma como comportamentos humanos ou expressões linguísticas. A teoria realista compreende, ela própria, várias alternativas. Uma toma por objeto o comportamento dos juízes, por conseguinte, um fenômeno físico-social. O Direito é, então, um comportamento efetivo. Uma outra variante toma por objeto não os comportamentos, mas o modo de raciocínio efetivo dos juristas. Ela procura compreender a coação que pesa sobre estes atores – e, a *contrario*, a margem de apreciação dos quais eles dispõem – e a coação que eles produzem.

É a uma teoria realista da interpretação que Kelsen parece ter aderido a partir da segunda edição da *Teoria pura*, após tê-la criticado em termos bastante duros. Contudo, ele apenas consagrou desenvolvimentos muito curtos e não aceitou todas as consequências lógicas, pouco compatíveis com algumas das suas idéias relativas à estrutura da ordem jurídica.

A teoria que se exporá aqui, tomando por base a concepção kelseniana da interpretação desta se afastará sobre numerosos pontos.

Esta teoria realista pode ser resumida em três propostas principais:

- (1) a interpretação é uma função da vontade e não do conhecimento;
- (2) ela não tem por objeto as normas, mas os enunciados ou os fatos;
- (3) ela confere àquele que a exerce um poder específico.

1 UMA FUNÇÃO DA VONTADE

Três séries de argumentos militam em prol da tese segundo a qual a interpretação é uma função da vontade: a interpretação *contra legem* não existe; não há sentido a descobrir; não há intenção do autor; não há sentido objetivo, independente das intenções.

1.1 A interpretação *contra legem* não existe

Pode-se retomar aqui a distinção estabelecida por Kelsen entre a interpretação científica e a interpretação autêntica. A interpretação “científica” ou “doutrinária” é aquela que é produzida não somente pela Ciência do Direito ou pela doutrina jurídica, mas por qualquer pessoa, que não fora habilitada pela ordem jurídica a dar uma interpretação dotada do monopólio da validade.

Kelsen emprega a expressão “interpretação autêntica” num sentido ligeiramente diferente do sentido habitual. Na linguagem jurídica clássica, a interpretação autêntica é a que emana do autor mesmo do texto a ser interpretado, por exemplo, o poder legislativo para as leis, em conformidade com o adágio *ejus est interpretari legem cuius est condere*. Para Kelsen, ela é aquela a qual a ordem jurídica faz produzir efeitos. Pode emanar de qualquer autoridade habilitada a interpretar, por exemplo, mas não exclusivamente, os Tribunais Superiores. O efeito da interpretação autêntica é que ela se impõe, independentemente do seu conteúdo. O texto interpretado não tem e não pode ter outro sentido do que aquele que lhe deu a autoridade habilitada, ainda que este sentido pareça contrário a todas as interpretações dadas por outras pessoas, mesmo que pareça insensata e vá contra tudo o que se possa saber da intenção do autor do texto. Encontra-se em qualquer história jurisprudencial numerosos exemplos de tais interpretações que se impõem contra qualquer compreensão intuitiva. A este título, o Conselho de Estado interpretou a fórmula “insuscetível de qualquer recurso” como não excluindo recursos por abuso de poder: o caso *dame Lamotte* figurando como um exemplo. Assim, ainda, o caso, citado por Chaïm Perelman, dos tribunais ingleses, que deviam condenar à morte os ladrões de qualquer objeto de um valor superior à £ 2 e que, para eximir-se de pronunciar condenações tão duras, avaliavam qualquer objeto à 39 xelins, até mesmo uma carteira contendo 10 £ em espécie, ela também avaliada em 39 xelins.

Tais interpretações não podem ser chamadas de *contra legem*. Uma interpretação *contra legem*, com efeito, seria a que iria contra o verdadeiro sentido da lei. Ora, não se dispõe de qualquer interpretação que permita estabelecer este verdadeiro sentido, ao qual se poderia comparar o produto da interpretação autêntica. O único padrão juridicamente incontestável é o que é determinado pela interpretação autêntica.^{NT}

Não seria necessário, contudo, crer que a ordem jurídica faz prevalecer arbitrariamente um sentido imposto por uma autoridade dotada de um poder de decisão, sobre um sentido existente, mas que, por razões de ordem ou de segurança, é privado de efeito e vítima de uma espécie de “razão de Estado” do Direito. Não há realmente nos textos qualquer sentido a descobrir.

^{NT} Sobre o mesmo tema e do mesmo autor do presente artigo, leia: TROPER, Michel. L'élaboration du droit: la jurisprudence. *Revue administrative*, Paris, numéro spécial 3, p. 86-87, dez. 2000.

1.2 Não há sentido redutível à intenção do legislador

Necessário observar, primeiro, que se assimilarmos o sentido à intenção do autor, ou seja, a um certo estado mental, existem numerosos textos para os quais tal intenção não existe. O caso mais impressionante é o de um texto adotado por uma autoridade colegiada. O autor do texto é considerado como sendo a autoridade toda e não isoladamente os membros que votaram a favor dele e sim, por intenção, pois uma autoridade colegiada não pode ter uma intenção, porque ela não é um sujeito psíquico. Mesmo a intenção dos membros considerados individualmente é impossível de se estabelecer. Se tomamos o caso de um Parlamento, todos os que votaram pela adoção do texto não se exprimiram durante o debate e os que o fizeram puderam mentir sobre as suas intenções. Mesmo se foram expostas sinceramente, estas intenções podem ser múltiplas e mesmo contraditórias. Os que votaram a favor do texto, sem se ter exprimido, puderam fazê-lo com as mesmas intenções que alguns dos oradores, mas às vezes com intenções muito diferentes. Eles podem ter sido animados por todas as espécies de razões: a preguiça, a ignorância, a imitação dos seus colegas, a preocupação de respeitar a disciplina do partido. Supondo mesmo que todos os membros do colégio tenham podido exprimir-se, que tenham sido todos perfeitamente sinceros e que todos tenham permanecido no mesmo estado psíquico, eles não puderam ter uma intenção relativa à situação concreta pela qual é necessário interpretar o texto, porque quando da sua adoção, não se podia ter em vista esta situação concreta, mas apenas uma classe de situações.

Ocorre, além disto, que freqüentemente o autor no sentido jurídico não é também o autor intelectual. É o caso de um projeto de lei que tenha sido preparado por uma Administração e adotada pelo Parlamento ou, ainda, de uma Constituição que tenha sido adotada por referendo. O autor é, então, o corpo eleitoral e é, obviamente, impossível descobrir uma intenção comum aos milhões de eleitores.

Mas ainda que se possa realmente determinar o autor e descobrir uma intenção unívoca, não se poderia identificar este estado mental a um sentido, porque tal identificação tornaria muito difícil a aplicação das leis. A aplicação das leis seria, com efeito, apenas a aplicação da vontade do legislador. É normal, de acordo com esta concepção, distinguir o sentido da lei do que poderia resultar de uma interpretação literal ou teleológica, porque o legislador pode não querer o que revelam estas interpretações. Mas, se o juiz limitar-se ao que ele mesmo pode conhecer do estado mental do legislador, aquele jamais poderá aplicar a lei a situações que este não considerou, devendo, em tal caso, recusar-se a julgar. Se o sentido do artigo 1384 [do Código Civil] coincide com o estado mental dos redatores do Código Civil, não se pode aplicá-lo aos acidentes causados por máquinas às quais os redatores não podiam ter qualquer representação mental.

De resto, se o estado mental do legislador tratasse verdadeiramente de uma classe de objetos de que ele tinha conhecimento e se o juiz devesse determinar se a lei é aplicável a tal objeto, que lhe pareça claramente como pertencendo a esta classe, ele não poderia, ainda assim, dizer que aplica a lei

em conformidade com a intenção do seu autor. O que este tinha no espírito não era não o objeto concreto, mas apenas a categoria. No estado mental real no qual encontrava-se, ele pôde muito bem negligenciar o fato de que se poderia acrescentar, um dia, um ou outro objeto sob a tal categoria. Para que se possa pretender que a lei é aplicada de acordo com a intenção do legislador, é necessário, pois, admitir a construção seguinte: o sentido da lei é aquele que o legislador tinha presente em seu espírito assim como todas as conseqüências que ele deveria ter razoavelmente tirado, mesmo que não as tenha tirado realmente ou que teria tirado se tivesse podido verificar a um dado fato concreto.

A interpretação em conformidade com o intuito é, portanto, uma técnica de interpretação. Contudo, se o sentido não é redutível à intenção, também não há sentido objetivo independente das intenções.

1.3 Não há sentido objetivo independente das intenções

Pode-se pensar em descobrir um sentido que seria diferente da intenção eventualmente revelada pelos trabalhos preparatórios. Seria o que surge das palavras do texto ou o contexto sistemático no qual ele figura ou, ainda, da função social ou econômica que deve preencher a norma. A razão é que estes diferentes sentidos podem ser aproximados apenas através do emprego de certos métodos específicos a cada um deles, o sentido literal pela interpretação literal, o sentido funcional pela interpretação funcional, etc. Ora, estes diversos métodos conduzem a resultados diferentes dentre os quais somente se pode escolher através de uma decisão. Assim, é a decisão do intérprete de fazer prevalecer um método sobre outro que, sozinha, produz o referido sentido.

Não há, portanto, sentido objetivo, nem no intuito do legislador, nem independentemente desta intenção. O único sentido é o que se tira da interpretação e pode-se dizer que, antecedendo à interpretação, os textos não têm ainda qualquer sentido, mas estão apenas esperando um significado. Daí resultam certas conseqüências teóricas importantes para a determinação do objeto da interpretação.

2 O OBJETO DA INTERPRETAÇÃO

Se o significado não preexiste à interpretação e se ele é dela apenas o produto então, contrariamente ao que pensam numerosos autores e mesmo Kelsen, o objeto da interpretação não pode ser uma norma jurídica. Se uma lei contém a fórmula *é proibido p*, a expressão *p* pode designar, em conformidade com o sentido que se lhe atribui, várias ações diferentes *p1, p2... pn*, de tal forma a lei não contém uma norma mas, de acordo com a interpretação que é dada, possui várias normas potenciais diferentes: *é proibido p1, é proibido p2...é proibido pn*. É o intérprete que escolhe entre estas diferentes normas. A norma assim não é dotada de significados. Ela mesma é um significado e não pode, por conseguinte, ser interpretada porque é evidentemente absurdo procurar determinar o significado de um significado.

O que pode ser objeto de uma interpretação é, portanto, apenas o que pode ser visto como portador de significados: o texto ou o fato.

2.1 O texto

O texto deve sempre ser objeto de uma interpretação e não apenas se ele é obscuro. De acordo com um adágio conhecido, “*in claris cessat interpretatio*” ou “*in claris non est interpretandum*”, o que é claro não tem necessidade a ser interpretado. Mas esta idéia confronta-se com várias objeções. Em primeiro lugar, se a interpretação é uma decisão, então pode também incidir acerca do caráter claro ou obscuro do texto. Uma autoridade que goza do poder de dar uma interpretação autêntica pode perfeitamente declarar que texto é obscuro para justificar que ela o interpreta ou, pelo contrário, que é claro de maneira a afirmar que ele tem tal significado, sem precisar reconhecer que ela o interpreta. Cita-se como exemplo a postura tomada pelo juiz administrativo francês, em relação a certos atos, para evitar referir-se a uma outra autoridade. Em segundo lugar, o adágio contradiz a visão tradicional da interpretação. Ainda que se admita que interpretar é conhecer um sentido que já existe, não se pode afirmar que um texto é claro sem estar a reconhecer que se conhece o seu significado, portanto, que ele já está interpretado. Por conseguinte, mesmo os textos reconhecidos como límpidos já foram interpretados.

Sendo assim, se a interpretação recai sobre um texto, todo texto deve sempre ser interpretado, não sendo necessário reduzir a interpretação unicamente à determinação do conteúdo do texto, daquilo que ele prescreve. Por outras palavras, não nos ligamos apenas às suas disposições, mas se pode interpretar também o seu estatuto.

A idéia segundo a qual é possível interpretar o estatuto do texto decorre de um conceito amplo de interpretação. Se coletarmos uma pedra, podemos nos questionar se se trata de um objeto natural ou de um produto manufaturado, como um instrumento pré-histórico ou um fragmento de alvenaria. Em Direito, antes de determinar o sentido de uma disposição, a percepção que ela enuncia, devemos fixar se efetivamente se trata de uma disposição jurídica e que ela tem efetivamente o significado de uma norma. Se é realmente uma disposição jurídica, devemos determinar a qual nível ela pertence. Assim, antes de determinar o que significa a palavra “igualdade” no texto da Declaração [de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789] ou aquilo que se designa no Preâmbulo de 1946^{NT} a expressão “Princípios Fundamentais reconhecidos pelas leis da República”, o Conselho Constitucional deve estabelecer que estes textos são juridicamente obrigatórios e quais têm um valor constitucional.

^{NT} A ele faz referência o atual texto constitucional de 1958. Em virtude desta menção, o Preâmbulo da Constituição de 1946 foi incorporado ao chamado Bloco de Constitucionalidade [Sobre esta noção, cf. LIMA, Francisco Gérson Marques de. Bloco de constitucionalidade: os sistemas francês e espanhol. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, a. II, n. 3, p. 103-111, 2004.1] através da clássica decisão do Conselho Constitucional de 16 de julho de 1971, sobre a liberdade de associação (de n. 71-44 DC, sobre matéria constitucional).

Assim, o intérprete está em condições de determinar a sua própria competência. O estatuto do texto, com efeito, determina a competência da autoridade que o aplica. O poder do juiz constitucional, por exemplo, é justificado geralmente pela idéia que certos textos têm um valor jurídico, que não são simplesmente a exposição de uma ideologia política, que têm um valor superior ao das leis e que compete ao juiz controlar a conformidade das leis às normas superiores contidas nestes textos. Se é o intérprete mesmo que determina o estatuto do texto, ele determina simultaneamente os limites da competência do legislador e da sua própria.

Esta idéia teria sido rejeitada por Kelsen. O autor da Teoria Pura do Direito distingue, com efeito, cuidadosamente, o valor jurídico de um enunciado e o seu conteúdo. Haveria uma diferença importante entre a afirmação que um enunciado apresenta o caráter de ser uma norma (porque, de um ponto de vista dinâmico, foi formulado por uma autoridade competente em conformidade com o procedimento previsto por uma norma superior) e outra afirmação, segundo a qual possui um significado, em outros termos, que prescreve tal ou tal condução. Por conseguinte, a interpretação portaria apenas sobre o conteúdo do enunciado – tal conduta e não outra qualquer é prescrita ou autorizada - mas não sobre o seu valor ou o seu estatuto – tal enunciado tem o significado de uma norma jurídica de nível constitucional. É, aliás, muito compreensível que Kelsen esteja ligado a esta distinção, porque constitui o único meio para preservar a tese de que um enunciado apresenta o significado objetivo de uma norma do ponto de vista da ordem jurídica. Se, efetivamente, um texto apresenta o caráter de uma lei porque está conforme com a Constituição, pouco importa que o significado do seu conteúdo seja determinado por um intérprete, a teoria do significado objetivo conferido pela norma superior é essencialmente preservada.

Contudo, esta distinção não é aceitável. Pode-se, sem dúvida, conceber que um intérprete limite-se a determinar o significado do conteúdo e impeça-se de pronunciar-se explicitamente sobre o seu estatuto, mas trata-se de uma distinção meramente prática e, além disto, poder-se-ia conceber a atitude oposta. Ademais, encontram-se, na prática jurídica, numerosos exemplos de interpretações que portam sobre o estatuto do ato: o Conselho Constitucional decide que o Preâmbulo faz parte da Constituição, o Conselho de Estado, que uma circular é, realmente, um ato regulamentar, etc. Na verdade, a interpretação do estatuto é implícita na interpretação do conteúdo porque não se pode afirmar que uma lei prescreve fazer *p*, sem estar a pressupor que o texto que contém esta prescrição é efetivamente uma lei e não a declaração de vontade de um simples particular.

Da idéia de que a interpretação porta tanto sobre o estatuto quanto sobre o conteúdo do enunciado, decorre uma consequência teórica importante relativa ao fundamento de validade. Pode-se dar à validade, por conta das necessidades da argumentação, uma definição aceita pelas várias teorias concorrentes: dizer que uma norma é válida significa que ela pertence a uma ordem normativa. De

acordo com a teoria kelseniana da hierarquia das normas, uma norma é válida quando foi posta em conformidade com uma norma superior. Mas se aceitarmos os elementos da teoria da interpretação acima esquematizada, um enunciado tem o significado de uma norma, não devido à sua conformidade a uma norma superior, mas pelo fato de ter sido interpretado por uma autoridade habilitada, significando que certa conduta deve ser tomada. É, por conseguinte, o processo de aplicação – e não a conformidade com a norma superior – que leva a identificar um enunciado como tendo o significado objetivo de uma norma jurídica. Esta idéia permite, então, evitar duas das dificuldades com as quais choca-se a Teoria Pura do Direito.^{NT}

A primeira refere-se à norma fundamental. De acordo com Kelsen, dado que cada norma encontra o fundamento da sua validade numa norma superior, a Constituição é o fundamento de validade final de todas as normas que pertencem à ordem jurídica. Mas, como não há norma positiva acima da Constituição, esta não pode ser válida, por conseguinte, não pode ser identificada como norma jurídica da mesma maneira que todas as outras normas. No entanto, se não for identificada como norma jurídica, não é apta a fundar a validade das normas inferiores. Por conseguinte, é necessário, imperativamente, se se propõe a considerar as normas jurídicas como válidas, pressupor que a Constituição é válida. Este pressuposto é a norma fundamental. Kelsen chega a contestar a maioria das objeções que lhe foram opostas, sublinhando que ele mesmo não pressupõe realmente a existência de uma norma fundamental, que esta norma não existe, mas que é apenas uma hipótese lógica-transcendente, que fazem todos os juristas de maneira espontânea e que a Teoria Pura do Direito revela simplesmente a sua consciência. O raciocínio de Kelsen é perfeitamente admissível, mas não preenche inteiramente a função que a Teoria Pura atribuiu-lhe: permite compreender porque os juristas têm as normas como válidas, mas não porque o são real ou objetivamente.

A teoria realista da interpretação permite evitar esta dificuldade. Se é o intérprete que determina a significação da norma contida num enunciado, então a pergunta “porque a norma é válida, porque ela pertence à ordem jurídica?”, é suficiente responder: porque ela foi produzida durante o processo de interpretação.

A segunda dificuldade é epistemológica e somente se pode tratá-la por alusão. Se a validade for percebida como um relatório de conformidade entre os significados, então as proposições de Direito, pelas quais a Ciência do Direito descreve normas válidas, não descrevem fatos empíricos. Os positivistas encontram-se então confrontados a uma tarefa terrível: construir uma Ciência do Direito sobre o modelo das ciências empíricas, embora ela não tenha por

^{NT} Caso o leitor queira se aprofundar acerca das críticas proferidas por Troper contra a Teoria kelseniana, cf. principalmente: TROPER, Michel. *Pour une théorie juridique de l'Etat*, cit., p. 45-90; Id. Ross, Kelsen et la validité. *Droit et société*, Paris, n. 50, p. 43-57, jan. 2002 ; DAVID, Marcel. Positivism juridique et souveraineté du peuple selon Michel Troper. *Revue du Droit public*, Paris, n. 4, p. 965-993, agosto 1997.

objeto fenômenos empíricos. Ao contrário, a Teoria Realista permite tratar o Direito como um conjunto de fatos empíricos, dado que se tratam de atos pelos quais os intérpretes determinam o significado dos enunciados.

Mas a interpretação não envolve somente os enunciados, ela passa também pelos fatos.

2.2 Os fatos

Se o sentido não está presente no enunciado antes da interpretação, é porque o enunciado não está “naturalmente” dotado de sentido. Este sentido apenas lhe é atribuído pela interpretação. Mas pode-se também atribuí-lo a qualquer fato que também não seja naturalmente portador de sentidos. É, aliás, o que se produz em pelo menos dois casos.

O primeiro caso é o do costume. De acordo com a definição habitual, o costume é uma prática repetida, decorrente de um sentimento do caráter obrigatório desta prática. É, por conseguinte, um fato. Mas, como um fato não pode ser produtor de Direito, é necessário, primeiro, que uma norma prescreva que se deve conformar-se ao costume. Em segundo lugar, necessita-se que uma autoridade habilitada declare que tal prática reiterada, admitida com um sentimento de obrigação, consiste num costume e que ela apresente, assim, o significado de uma norma à qual é necessário conformar-se.

A interpretação porta aqui sobre a via secundária de um silogismo (é necessário conformar-se ao costume; ora, isto é um costume, por conseguinte...). A especificidade desta operação consiste no fato de que ela transforma um fato em norma.

Na verdade, a cada vez que a interpretação envolve a via secundária do silogismo, ela não transforma um fato em Direito mas pode substituir-se à interpretação de um texto. É o que se produz com a qualificação jurídica. Veja-se o caso do famoso acórdão *Gomel*. Nos termos da lei, a Administração pode recusar uma licença para construir se o edifício projetado prejudica a perspectiva de um monumento. Para apreciar se uma recusa de tal gênero é legal, o juiz pode determinar o significado da expressão “perspectiva de um monumento” ou pesquisar se tal lugar possui ou não uma perspectiva monumental. Se o magistrado toma a segunda via, aparentemente ele não terá interpretado o texto, mas apenas qualificado o fato. A operação apresenta-se como uma subsunção: dado que existe uma classe, é suficiente pesquisar se um objeto apresenta os critérios relativos a esta classe para poder lhe atribuir a qualificação. Mas, na realidade, somente existe contencioso porque não existe uma lista dos critérios de enquadramento em uma classe, em outros termos, não há realmente uma definição. A afirmativa, feita pelo juiz, de que um dado lugar apresenta ou não uma perspectiva monumental não pode, evidentemente, resultar da simples observação do tal lugar e constitui, sim, uma definição da perspectiva monumental.

Tudo se passa realmente como se o juiz tivesse interpretado o texto. Aliás, os juristas não se enganam quando, para dar o sentido de uma expressão, dão longas listas de casos onde o texto que o contém foi aplicado.

O juiz, com efeito, determinou a extensão do conceito. Esta definição não poderia ser outra que voluntária, mas oferece, relativamente à interpretação do texto admitida, uma dupla vantagem. Em primeiro lugar, não se apresenta como uma interpretação. Ora, às vezes é difícil para um juiz admitir que interpreta, quando, como é o caso do direito francês, o direito positivo não o habilita expressamente a fazê-lo e ainda é mais difícil quando, como na França Revolucionária, o direito simplesmente o proibia de interpretar. Por outro lado, ela não precisa ser justificada em relação a um dos métodos de interpretação canônicos, dado que estes métodos valem apenas para os respectivos textos. Por último, a qualificação do fato somente vale, em princípio, para o caso concreto, se bem que, como a definição que foi necessário empregar continuou a ser implícita, o juiz não pode ser vinculado pelas suas próprias formulações.

3 O PODER DO INTÉRPRETE

Dado que a interpretação é uma operação da vontade e envolve igualmente fatos e enunciados, ela deve ser compreendida como o exercício de um poder considerável. Analisar este poder é determinar o seu fundamento, a sua sede, as normas que ele permite produzir e os limites nos quais ele se exerce.

3.1 O fundamento de poder

O fundamento do poder da interpretação reside na validade da interpretação que ele produz.

Esta interpretação não é, com efeito, suscetível de ser verdadeira ou falsa. Isto não diz respeito, como se escreve às vezes, ao fato de que não existe interpretação *standard* à qual se poderia comparar à que emana do intérprete autêntico. A ausência de uma interpretação *standard* poderia apenas servir de argumento à tese de que não se pode demonstrar a verdade ou a falsidade da interpretação autêntica, mas não serviria à teoria que se refere ao estatuto lógico da interpretação autêntica. Na verdade, também não se pode demonstrar a verdade ou a falsidade da interpretação científica. Esta não é logicamente mais suscetível de ser verdadeira ou falsa. Mas, no que se refere à interpretação autêntica, se ela não pode ser verdadeira ou falsa, é simplesmente porque, qualquer que seja seu conteúdo, a ordem jurídica confere-lhe efeitos. Ela é a decisão de conferir um sentido a um enunciado ou a um fato e uma decisão não pode ser nem verdadeira nem falsa, mas apenas válida ou inválida numa dada ordem normativa.

A validade da decisão interpretativa é exclusivamente formal, ou seja, ela resulta apenas da competência jurídica da autoridade que a toma e não do

seu conteúdo, nem mesmo dos métodos pelos quais é justificada. O fato de uma autoridade ter recorrido a tal ou tal método de interpretação não tem qualquer incidência na validade. Isto não diz respeito à distinção conhecida entre *context of justification* e *context of discovery*, ou seja, na realidade, a decisão pode ter sido tomada por razões muito diferentes das que são invocadas para justificá-la. A ordem jurídica, com efeito, liga as consequências não ao método invocado ou realmente empregado, mas apenas ao exercício, por uma autoridade habilitada, da competência que lhe foi conferida. Quem é então esta autoridade? Quem deve ser considerado como um intérprete autêntico?

3.2 O autor da interpretação

Se a interpretação autêntica é apenas aquela à qual a ordem jurídica atribui efeitos, aquela que não pode ser contestada e que, por conseguinte, no caso da interpretação de um texto, se incorpora a este texto, então o intérprete autêntico é qualquer autoridade competente para fornecer esta interpretação.

Trata-se, naturalmente, em primeiro lugar, dos órgãos jurisdicionais supremos. Mas há, além destes, outras autoridades que têm a competência para dar interpretações autênticas. São elas as que, embora não jurisdicionais, possam dar uma interpretação incontestável perante um órgão jurisdicional qualquer. A Constituição Francesa de 1958 oferta alguns exemplos: o Presidente da República interpreta, sozinho, os termos do artigo 16^{NT} e decide o que significam as expressões “ameaça grave e imediata” ou “interrupção do funcionamento regular dos poderes públicos”. Note-se, aliás, que a interpretação pode, como no caso do acórdão *Gomel*, envolver quer o texto, quer as circunstâncias do caso. Do mesmo modo, é ele quem decide que, no artigo 13, a expressão “o Presidente da República assina as *ordonnances*^{NT} e os decretos deliberados em

^{NT} Possibilidade prevista no artigo 16, que enuncia:

“Quando as instituições da República, a independência da Nação, a integridade do seu território ou a execução os seus compromissos internacionais são ameaçadas de maneira grave e imediata, e o regular funcionamento dos poderes públicos constitucionais for interrompido, o Presidente da República tomará as medidas exigidas por estas circunstâncias, após consulta oficial do Primeiro Ministro, dos Presidentes das assembléias [Assembléia Nacional e Senado] bem como o do Conselho Constitucional.

Ele informa à Nação as medidas tomadas através de uma mensagem.

Estas medidas devem ser inspiradas pela vontade de assegurar aos poderes públicos constitucionais, nos menores prazos, os meios para realizar as suas missões. O Conselho Constitucional deve ser sobre elas consultado.

O Parlamento reúne-se regularmente.

A Assembléia Nacional não pode ser dissolvida durante o exercício dos poderes excepcionais.”

^{NT} A Constituição Francesa prevê, em seu art. 38, a possibilidade de autorização dada pelo Parlamento ao governo, através de um mecanismo denominado *habilitação*, para editar normas jurídicas. Estas normas são denominadas *ordonnances* (ou ordenações). Eis a redação do referido dispositivo constitucional:

“Art. 38. O Governo pode, para a execução de seu programa, solicitar ao Parlamento a autorização de tomar, pela expedição de ordenações, durante um prazo limitado, medidas que são normalmente do domínio da lei. As ordenações são adotadas pelo Conselho de Ministros, após parecer do Conselho de Estado. Elas entram em vigor desde a sua publicação, mas caducam se o projeto de lei de ratificação não for proposto perante o Parlamento antes da data fixadas pela lei de habilitação.

Após a expiração do prazo mencionado na primeira alínea do presente artigo, as ordenações somente podem ser modificadas pela lei, nas matérias que são do domínio legislativo.»

Conselho de Ministros” significa também que tem o direito de não os assinar.² Do mesmo modo, ainda, é o Parlamento quem decide o que é a “alta traição”, sob o fundamento do qual o Presidente da República pode ser condenado.^{NT} É, aliás, o que muito propriamente exprimiu Gerald Ford, então líder republicano do Senado, de acordo com o qual “high crimes and misdemeanors”, que justificam o *impeachment* do Presidente dos Estados Unidos, são aqueles que o Senado assim decide.

Observa-se que a interpretação autêntica dada por uma autoridade não jurisdicional é, assim, uma decisão que pode eventualmente ser interpretada como criminosa por outra autoridade. Tal é efetivamente o caso do referido artigo 16 da Constituição [Francesa] de 1958: o Presidente da República pode interpretar tal ou tal circunstância como justificadora da instituição dos poderes de crise, esta interpretação, no entanto, pode ser interpretada pelo Parlamento como constitutiva do crime de alta traição. Se o primeiro toma a sua decisão considerando a possível decisão do segundo, a interpretação autêntica é uma atividade exercida conjuntamente e o seu produto é o resultado de uma relação de forças entre autoridades competentes.

3.3 O produto da interpretação

Se a interpretação é realmente uma decisão, esta decisão tem por objeto a produção de normas que pertencem ao nível do enunciado interpretado. Assim, de acordo com a fórmula freqüentemente citada do bispo Hoadly: “*whoever hath an absolute authority to interpret any written or spoken laws, it is he who is truly the Law-giver to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them*”.³

Por conseguinte, um tribunal encarregado, como a nossa Corte de Cassação, de controlar a aplicação das leis, e assim, de interpretá-las, deve ser considerado como que dispendo de um poder legislativo. Trata-se, no entanto, apenas de um poder legislativo parcial. A razão não é, como poderíamos ser tentados a acreditar, que antes de qualquer interpretação, é necessário que o texto tenha sido adotado pelo Poder Legislativo “oficial”. O poder de interpretar pode, com efeito, ser exercido sobre quaisquer textos. E as normas de caráter legislativo podem ser transplantadas sobre os enunciados mais diversos. Ora, se este tribunal é apenas co-legislador, é porque a sua decisão pode sempre ser superada por um novo texto. Sem dúvida, este novo texto, por sua vez, poderá também ser interpretado, mas nesta prova de força que se instaura, o tribunal não está certo de ter a última palavra.

^{NT} CCf. art. 68 da Constituição Francesa de 1958: «O Presidente da República é responsável pelos atos realizados no exercício das suas funções apenas em caso de alta traição. Ele somente pode ser acusado pelas duas Assembléias, através de votação idêntica ao escrutínio público, obtida a maioria absoluta dos seus membros; ele é julgado pela Alta Corte de Justiça.»

Da mesma maneira, uma Corte Constitucional é, ela, co-constituente. Ela também pode interpretar livremente a Constituição e a sua interpretação pode transplantar-se aos enunciados constitucionais mais diversos ou mesmo produzir-se em ausência de enunciado, como ela o faz, ocasionalmente, quando proclama princípios não escritos. Mas ela também pode ver as suas decisões superadas por um novo texto constitucional, produzido pelo Poder Constituinte. Somente se a referida Corte conseguir dotar-se de um poder de controlar amplamente a validade das leis de revisão constitucional [emendas constitucionais], é que deveria ser considerada, não como co-constituente, mas simplesmente como Poder Constituinte.

Mas a interpretação autêntica é sobretudo uma fonte de poderes formidáveis se ela permite a uma autoridade estender a sua própria competência. É o que acontece quando esta competência resultar de textos que ela mesma interpreta. Assim, em 1803, a Corte Suprema dos Estados Unidos interpretou a Constituição Americana de tal maneira que este texto confere-lhe o poder de controlar a constitucionalidade das leis. O Conselho Constitucional Francês procedeu da mesma maneira na França em 1971.

Neste ponto, a teoria realista da interpretação vê-se freqüentemente opôr por um raciocínio absurdo: ela conduziria a inverter completamente a hierarquia das normas; a Constituição, com efeito, somente seria uma norma por conta da interpretação do legislador, a lei, pela dos tribunais e assim em diante, até a execução material, de modo que a autoridade suprema seria o policial.⁴

A objeção pode, no entanto, ser facilmente afastada. A hierarquia da ordem jurídica não é, de modo algum, uma hierarquia de enunciados ou de textos. Entre dois textos, não pode existir relação hierárquica, somente entre os conteúdos ou significados destes textos. Mas se alguém determina simultaneamente o significado do texto da Constituição e o do texto da lei, ou seja, se determina as duas normas, estabelece ao mesmo tempo a existência de uma hierarquia entre elas, que não é oposta, mas idêntica à hierarquia, como apresenta-se habitualmente. A norma legislativa, tal como é determinada pelo processo da interpretação, encontra o fundamento da sua validade ou, se preferirmos, é apresentada como obrigatória, devido à sua conformidade com a norma legislativa, tal como ela própria é determinada pela interpretação. Em outros termos, do fato de que a validade provém do processo de produção de normas inferiores resulta não que a hierarquia é invertida, mas apenas que deve ser considerada como interna ao discurso do intérprete.

Quanto à idéia segundo a qual seria o policial a interpretar a decisão do tribunal, ela não é falsa, mas não se pode aí limitar-se e esquecer-se que esta interpretação não é de modo algum autêntica. Ela é suscetível de ser contestada e destruída pela de outro tribunal. Em outras palavras, de acordo com a teoria realista, a hierarquia das normas reflete a dos poderes.

3.4 A liberdade do intérprete

Opõe-se, então, à teoria realista outra objeção segundo a qual o intérprete, nomeadamente quando se trata de um juiz, sujeito a coações múltiplas, de modo que não se saberia dizer se ele é livre e se exprime a sua vontade.⁵ Este argumento repousa realmente numa confusão entre livre-arbítrio e liberdade no sentido jurídico.

Quando se afirma que uma autoridade qualquer, um órgão da ordem jurídica é livre, não se quer evidentemente dizer que ela está isenta de qualquer determinismo. A teoria tradicional admite por exemplo que, se não há controle de constitucionalidade, o legislador é livre para adotar leis de qualquer conteúdo, reconhecendo, ao mesmo tempo, que quando o Parlamento vota, não escapa à causalidade e encontra-se submetido a toda sorte de coações. A liberdade para contrair matrimônio não significa que a decisão de casar-se e a escolha do cônjuge não estão sujeitas às influências sociais ou psicológicas, mas apenas que qualquer escolha é considerada pelo direito como válida. O que se entende aqui por “liberdade” não é uma situação privada de qualquer determinação, mas apenas uma liberdade “jurídica”. Uma autoridade é juridicamente livre se pode escolher entre várias condutas igualmente válidas em Direito, ainda que a escolha seja, na verdade, produto do determinismo. Assim, a afirmação segundo a qual a interpretação é livre significa apenas que, quando uma autoridade é investida do poder de dar uma interpretação autêntica, todas as interpretações dadas por esta autoridade serão igualmente válidas ou, por outras palavras, incorporar-se-ão ao texto interpretado ou, ainda, produzirão efeitos jurídicos, o que, na verdade, é apenas outra maneira de afirmar que se trata de uma interpretação autêntica. Isto não significa de modo algum contestar o fato de que o comportamento do intérprete obedece a múltiplas causas. Aliás, as críticas não se enganam, dado que acusam precisamente à teoria da interpretação-vontade formulada pelo realistas americanos que façam da sentença o resultado da qualidade do café-da-manhã do juiz.

Os limites do argumento tirado da existência de coações aparecem claramente se considerarmos o regime despótico, tal como o define Montesquieu: um sistema onde só um governe, não de acordo com as leis, mas de acordo com os seus caprichos. O déspota goza, por conseguinte, da liberdade jurídica mais plena. No entanto, ele também é limitado por pressões de todas as espécies, que resultam da situação econômica e financeira do país, do risco de resistência por parte dos súditos, da má execução, etc. Uma decisão que ignora estas pressões afetaria, sem dúvida, a eficácia da ação. Seria, no entanto, válida.

Pode-se continuar a análise. É porque admite que a interpretação é juridicamente livre que a teoria realista pode compreender-se sujeita a um determinismo. Pelo contrário, uma teoria que admite que a interpretação consiste em descobrir um sentido já integrado no texto pode apenas procurar o que o intérprete deve fazer e proíbe de se explicar aquilo que ele faz realmente.

Precisamente, restam dois fenômenos a explicar:

Os juízes são livres para interpretar de acordo com a sua vontade e, no entanto, eles exprimem com demasiada freqüência o sentimento de estarem presos, de tal modo que a realidade deste sentimento não pode ser questionada. Aliás, não é suficiente afirmar que eles são vítimas de uma ilusão, porque ainda é necessário compreender o que pode provocar uma ilusão tão comum.

Por outro lado, se os juízes não são vinculados por um significado do texto (que nele já estaria contido) e se eles apenas exprimem a sua vontade, eles podem alterar as suas interpretações de acordo com os seus próprios caprichos. No entanto, a jurisprudência apresenta uma coerência suficiente para que as decisões não sejam totalmente imprevisíveis.

Pode-se-ia atribuir estes fenômenos à formação dos juízes e à ideologia da qual estão impregnados, ideologia que visa a função judicial como de aplicação e não de criação. Poder-se-ia, também, invocar a consciência de todo detentor de poder de que está sujeito a pressões de fato. Nenhuma das explicações convém.

A primeira, porque a norma que prescreve ao juiz a aplicar o Direito, e não a criá-lo, é uma norma moral, não uma norma jurídica. Pode-se encontrar certamente disposições do direito positivo que ordenam precisamente ao juiz que se limite a aplicar os textos, mas estas disposições devem elas mesmas serem interpretadas antes de serem aplicadas e a questão de saber o que o obriga a aplicá-las novamente se põe. O que cria esta obrigação de aplicar as normas dos sistemas jurídicos pode, por conseguinte, ser apenas uma norma externa ao próprio sistema.

Ora, o sentimento dos juízes é o de estar obrigado não moral, mas juridicamente. Por outro lado, se se tratasse realmente de uma obrigação moral, ela não seria sentida da mesma maneira por todos os juízes, que obedecem naturalmente a morais diferentes. Aliás, esta norma seria, sem dúvida, com muita freqüência transgredida, principalmente em caso de conflito com outras normas morais. Enfim, e sobretudo, a norma que prescreve aplicar o direito não tem qualquer conteúdo específico quanto à conduta interpretativa que convém adotar. Ela pode prescrever que se interprete o texto em conformidade com o seu sentido "verdadeiro", mas não prescreve a maneira de descobri-lo e se o juiz apenas teria um sentimento de estar obrigado, não tendo o de estar obrigado a interpretar num certo sentido e não em outro.

Quanto à idéia segundo a qual os juízes teriam simplesmente consciência de estarem sujeitos a coações de fato, ela sobretudo não revela o sentimento que eles exprimem de estarem vinculados. Contrariamente ao déspota, que pode ter o sentimento de estar sujeito a pressões de fato, mas não condicionado por obrigações, o juiz não considera simplesmente que uma decisão ou uma interpretação é inoportuna devido às suas conseqüências, mas que ela é válida ou inválida em Direito.

Deve-se, por conseguinte, levar a sério a idéia segundo a qual o Direito não contém somente obrigações – que se poderia facilmente ignorar ou transgredir, mas que, nesta situação, conforme já se viu, elas não existem –, mas ele organiza um conjunto de pressões, que se pode chamar de coação jurídica. Se esta hipótese for verificada, seria necessário admitir que, ao lado das coações de fato, que vêm da natureza ou da sociedade, há coações que resultam do sistema jurídico e que fazem com que os agentes, que têm o direito de escolher entre um elevado número de condutas possíveis, vejam esta escolha como extremamente limitada.

Certamente, a expressão “coação jurídica” parece conter uma contradição em seus termos, dado que a coação inscreve-se no determinismo, que é da competência do *sein* [do ser] e não do *sollen* [dever-ser]. No entanto, pode-se conceber a existência de dois tipos de coação comparáveis às coações materiais e que resultam do sistema jurídico.

A coação no sentido forte resulta de regras constitutivas, ou seja, de regras que não se limitam a prescrever uma conduta, mas a constituem (no sentido que é a observação destas regras que permite qualificá-la).⁶ Assim, “o casamento deve ser celebrado por um escrivão do registro civil” significa que uma cerimônia que é celebrada por outra pessoa não seria um casamento ao sentido jurídico do termo. Um casamento apenas pode definir-se como uma união celebrada de determinada maneira. Regras deste tipo organizam uma verdadeira coação, na medida em que apresentam-se como meios necessários para realizar certo fim: o único meio para casar-se é fazer celebrar o casamento pelo escrivão do registro civil. Tais coações não pesam, evidentemente, sobre a atividade de interpretação. Não existe regra cuja observação permitiria qualificar um ato de interpretação jurídica e ainda menos qualificá-lo de interpretação justa. Aliás, se existisse, seria necessário interpretá-lo.

Em contrapartida, pode-se falar de coação jurídica no sentido fraco: quando normas colocaram um indivíduo ou um órgão numa situação tal que ele deve comportar-se de certa maneira para agir de maneira razoável e eficaz. Tal situação encontra-se primeiro nos órgãos jurisdicionais colegiados, quando um dos membros propõe-se a persuadir os seus colegas. Mesmo se estiver plenamente convencido da verdade da tese realista, é-lhe evidentemente impossível afirmar que o juiz pode dar ao texto qualquer significado, porque, fora do argumento de oportunidade, não há qualquer razão de preferir um significado a outro. Pode-se, por conseguinte, considerar que existe uma coação objetiva que leva a recorrer a argumentos tirados da verdade do texto.⁷

Uma situação de coação fraca encontra-se, ainda, quando as normas organizam as relações entre autoridades de tal maneira que o poder arbitrário de uns dissuade os outros a exercer o seu próprio poder arbitrário de maneira excessiva. Assim, todo o sistema da balança dos poderes, tal qual concebido nas Constituições do fim do século XVIII, é efetivamente uma disposição de normas tal qual resulta de uma legislação e uma prática política “moderadas”

no sentido dado por Montesquieu: as Câmaras evitarão adotar leis excessivas, porque o rei oporia o seu veto. O Rei não adotará qualquer contrária às leis, porque seus Ministros recusariam-se a ratificá-la. Do mesmo modo, o Presidente da 5ª República^{NT} hesitará a interpretar as circunstâncias como suscetíveis de comportar uma ameaça grave e imediata, se ele sabe que o Parlamento pode interpretar o seu comportamento como constitutivo do crime de alta traição. A coação deve aqui ser considerada como “fraca” porque estes comportamentos não são impossíveis como poderia o ser um casamento celebrado fora das formas prescritas. Eles podem produzir-se, e serem perfeitamente qualificados em conformidade com as intenções dos seus autores. No caso do voto de uma lei excessiva no seu conteúdo, não se trataria mesmo de transgressão e o veto real não seria uma sanção. Tal atitude simplesmente não seria razoável, enquanto – tal é pelo menos a opinião dos publicistas do século XVIII – será bem preferível adotar uma lei de compromissos que se arriscar à não adoção de qualquer lei.

Pode acontecer também que as situações que resultam de um conjunto de normas em vigor incitem o agente a adotar uma condução moderada, não para evitar conseqüências nefastas, mas para aumentar o seu poder. O paradoxo é apenas aparente e resulta de uma percepção do poder perfeitamente ilustrada pela descrição do despotismo feita por Montesquieu. Contrariamente à Monarquia, onde só um governa, mas “por leis fixas e estabelecidas”, o despotismo é um sistema onde só um governa sem leis, de acordo com os seus caprichos. Assim, o poder despótico é, de acordo com Montesquieu, maior que o do Rei, dado que não é limitado por qualquer lei, tendo por objeto apenas “o deleite do príncipe”. A super potência déspota, assim, é concebida de maneira meramente negativa – como a do Rei da França que é *legibus solutus* e à imagem da de Deus, se for definida como a capacidade de fazer milagres, ou seja, de subtrair-se às leis da natureza ou a alterá-las a qualquer momento.

Em contrapartida, se se definir o poder de maneira positiva, como a capacidade de determinar o comportamento de outro, aumenta-se, então, o seu poder, não decidindo de acordo com os seus caprichos mas, pelo contrário, enunciando regras gerais e estáveis que permitirão aos homens prever as conseqüências das suas ações e, por conseguinte, de escolher dentre as condutas possíveis aquelas que lhes serão mais vantajosas. Emancipando-se das leis, prescreve-se uma classe específica de ações, submetendo-se a elas, é uma classe geral que impera.

Nada impede que o Conselho de Estado ou a Corte de Cassação dê a um texto qualquer um significado qualquer, tendo em vista que toda interpretação será igualmente válida, mas se eles assim se comportassem, é claro que os órgãos jurisdicionais inferiores e os jurisdicionados estariam na incapacidade de regular as suas próprias condutas, porque ser-lhes-ia impossível prever as conseqüências dos seus atos.

^{NT}Na história constitucional francesa, cada Constituição que adotou democraticamente o regime de governo republicano foi considerada como instauradora de uma República. Assim, quatro antecederam a atual (1793, 1848, 1875 e 1946), datada de 1958.

No caso do juiz constitucional, não há órgãos jurisdicionais inferiores. Contudo, o legislador é efetivamente um legitimado a acioná-lo: assim, não somente uma seqüência de interpretações arbitrárias poderia conduzir a uma diminuição, *in casu*, da legitimação do juiz mas, sobretudo, este não poderia contribuir para determinar, como o faz, o conteúdo de toda a legislação futura. A consciência da estabilidade da jurisprudência é que permite ao legislador fazer uma estimativa razoável da licitude e, por conseguinte, a viabilidade das suas ações. Por jurisprudência, aliás, deve-se entender, aqui, não simplesmente as regras que resultam do conjunto de decisões jurisdicionais, como também os métodos e os sistemas de conceitos que permitem chegar a elas. É empregando os mesmos métodos e os mesmos conceitos que os jurisdicionados e as outras autoridades poderão esperar prever as decisões jurisdicionais, conhecer as regras às quais estão sujeitos e, desta forma, regular as suas próprias condutas.

REFERÊNCIAS UTILIZADAS PELO AUTOR

BECHILLON, Denys de. L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation – réflexions critiques. *Revue de la Recherche Juridique*, p. 247 e ss, 1994-1.

GRAY, J. *The Nature and sources of the law*. 2. ed. 1927, p. 102.

KELSEN, Hans. *General Theory of law and state*. New-York: Russell & Russell, 1945, reed. 1961.

_____. *Théorie générale du droit et de l'Etat*. Paris: LGDJ, 1997.

MEUNIER, J. *Le pouvoir du Conseil constitutionnel: essai d'analyse stratégique*. Paris: LGDJ, 1994.

PEYREFITTE, Alain. *C'était de Gaulle*. Paris: Fayard, 1994.

SEARLE, J. R. *Les actes de langage*. Paris: Hermann, 1972.

REFERÊNCIAS UTILIZADAS PELA TRADUTORA

BECHILLON, Denys de; TROPER, Michel. L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation. *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, Paris, n.1, p. 245-274, jan. 1994.

DAVID, Marcel. Positivisme juridique et souveraineté du peuple selon Michel Troper. *Revue du Droit Public*, Paris, n. 4, p. 965-993, agosto 1997.

GUASTINI, Riccardo. Michel Troper sur la fonction juridictionnelle. *Droits*, Paris, n. 37, p. 111-122, jun. 2003.

- HAMON, Francis. Quelques réflexions sur la théorie réaliste de l'interprétation. In: *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*. Paris: Economica, 2006, p. 487-500.
- JOUANJAN, Olivier. Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper. *Droits*, Paris, n. 37, p. 31-48, jun. 2003.
- LEBEN, Charles. Troper et Kelsen. *Droits*, Paris, n. 37, p. 13-29, jun. 2003.
- LIMA, Francisco Gérson Marques de. Bloco de constitucionalidade: os sistemas francês e espanhol. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, a. II, n. 3, p. 103-111, 2004.1.
- MILLIARD, Eric. Quelques remarques sur la signification politique de la théorie réaliste de l'interprétation. In: *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*. Paris: Economica, 2006, p. 725-734.
- PFERSMANN, Otto. Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie: En réponse à Michel Troper. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Paris, n. 52, p. 759-788, out. 2002.
- RAYNAUD, Philippe. Philosophie de Michel Troper. *Droits*, Paris, n. 37, p. 3-11, jun. 2003.
- RIALS, Stéphane. La démolition inachevée: Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique. *Droits*, Paris, n. 37, p. 49-85, jun. 2003.
- TROPER, Michel. *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*. Paris: LGDJ, 1980.
- _____. *La théorie du droit, le droit, l'État*. Paris: PUF, 2001.
- _____. L'élaboration du droit: la jurisprudence. *Revue Administrative*, Paris, numéro spécial 3, p. 86-87, dez. 2000.
- _____. *Pour une théorie juridique de l'Etat*. Presses universitaires de France (PUF), 1994.
- _____. *La philosophie du droit*. Paris: PUF, 2003.
- WACHSMANN, Patrick. La volonté de l'interprète. *Droits*, Paris, n. 28, p. 29-45, jun. 1998.

¹ Exposição inédita realizada no Seminário do Centro de Filosofia do Direito da Universidade Paris II.

² Este poder de interpretação do Presidente da República também não foi ignorado pelos autores políticos e pelos juristas. Assim, Alain Peyrefitte suscita esta observação do ministro de Broglie ao Conselho de Ministros feita em 19 de setembro de 1962, a propósito da revisão da Constituição através do artigo 11: "Ninguém falou do poder de interpretação da Constituição do Presidente da República. É um poder fundamental e, pelo menos implicitamente, incluído na Constituição. É precisamente nos casos em que os juristas estão divididos entre si que o Presidente da República deve usar este poder. Ele tem os meios para fazê-lo, recorrendo ao povo soberano, de acordo com o direito que lhe é reconhecido expressamente. Ele constata as discussões

entre os juristas. Ele expõe o seu sentimento, e o povo resolve.” De acordo com A. Peyrefitte, de Gaulle não apresentou qualquer resposta (PEYREFITTE, Alain. *C'était de Gaulle*. Paris: Fayard, 1994, p. 230).

³ Citado por GRAY, J. *The nature and sources of the law*. 2. ed. 1927, p. 102. Retomado por KELSEN, Hans. *General theory of law and state*. New-York: Russell & Russell, 1945, reed. 1961, tradução francesa: *Théorie générale du droit et de l'Etat*. Paris: LGDJ, 1997, p. 152 da edição americana.

⁴ BECHILLON, Denys de. L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation – réflexions critiques. *Revue de la Recherche Juridique*, p. 247, 1994-1. E a réplica de Michel Troper, na mesma revista, página 267.

⁵ Esta objeção foi notadamente formulada por Denys de Bechillon, no artigo citado e pelo decano Georges Vedel na exposição mencionada na nota 1.

⁶ SEARLE, J. R. *Les actes de langage*. Paris: Hermann, 1972, sobretudo p. 72.

⁷ MEUNIER, J. *Le pouvoir du Conseil constitutionnel: essai d'analyse stratégique*. Paris: LGDJ, 1994.

A REALISTIC THEORY OF INTERPRETATION

ABSTRACT

This paper proposes a realistic theory of interpretation, distinguished by the idea that interpretation is an activity related to will and not to knowledge and which has as a subject facts and propositions, not the rules, granting the exegete a specific power residing on the validity of the interpretation presented. The author also discourses about other elements of this model of interpretation, such as ground, product and agent, including agent freedom.

KEYWORDS: Realistic theory of interpretation. Characteristics. Elements.

UNE THÉORIE RÉALISTE DE L'INTERPRÉTATION

RÉSUMÉ

Il s'agit d'un article qui propose une théorie réaliste de l'interprétation, caractérisée par son regard spécifique sur l'interprétation, vue comme une fonction de la volonté et non pas de la connaissance, ayant pour objet des énoncés ou des faits (et non pas des normes) et qui confère à l'interprète un pouvoir spécifique, fondé sur la validité de son interprétation. Aussi, l'auteur énonce d'autres éléments d'un tel modèle d'interprétation: ses fondements, son produit et son agent (ainsi que la liberté de celui-ci).

MOTS-CLÉS: Théorie réaliste de l'interprétation. Caractéristiques. Éléments.