

Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro

Revista de Direito Mercantil

FUNDADORES

1a FASE: Waldemar Ferreira

FASE ATUAL: Profs. Philomeno J. da Costa

e Fábio Konder Comparato

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Soveral Martins, Judith Martins-Costa, Ana de Oliveira Frazão, Luis Miguel Pestana de Vasconcelos, Carlos Klein Zanini, Paulo de Tarso Domingues, Gustavo José Mendes Tepedino, Ricardo Oliveira Garcia, Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Rui Pereira Dias, José Augusto Engrácia Antunes, Sérgio Campinho

COMITÊ DE REDAÇÃO

Calixto Salomão Filho, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, Luiz Gastão Paes de Barros Leães, Paulo Frontini, Mauro Rodrigues Penteado, Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca, Newton de Lucca, Juliana Krueger Pela, Paula Andréa Forgioni, José Marcelo Martins Proença, Rachel Sztajn, Balmes Vega Garcia, Antonio Martin, Rodrigo Octávio Broglia Mendes, Eduardo Secchi Munhoz, Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Francisco Satiro de Souza Junior, Sheila Christina Neder Cerezetti, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, Vinicius Marques de Carvalho, José Alexandre Tavares Guerreiro, Manoel de Queiroz Pereira Calças, Marcos Paulo de Almeida Salles, Marcelo Vieira von Adamek, Newton Silveira

COORDENADOR ASSISTENTE DE EDIÇÃO:

João Paulo Braune Guerra

ASSESSORIA DE EDIÇÃO DISCENTE

Camila Bovolato Rodrigues, Carolina Capani, Giulia Ferrigno Poli Ide Alves, Isabella Petrof, Julia Borges Endler, Matheus Chebli, Rodolfo Pavanelli Menezes, Sergio Coelho de Azevedo Junior, e Virgílio Maffini Gomes

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos
Diagramação e Capa: Daniel Carvalho e Igor Carvalho
Revisão: Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

AUTORES: Daniel Araújo de Assis; Kamilla Ranny Macedo Niz, Daniela Nunes de Amartine, Erasmo Valladão Azevedo França e Novaes, Érico Andrade, Gabriel Tajra, Georges Gmoussa, Gustavo Cerqueira, Herbert Wiedemann, Iacyr de Aguiar Vieira, Leonardo Parentoni, Lucas Carneiro Gorgulho Mendes Barros, Luiz Daniel Haj Mussi, Luiz Felipe Galloti Rodrigues, Mariana Hofmann Fuckner, Paulo Burnier Silveira, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Thiago Saddi Tannous, Thomas Bergmann.

ISBN: 978-65-89904-60-1

Publicado Pela Editora Expert, Belo Horizonte Maio De 2022

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



AUTORES

AGUILAR VIEIRA, Iacyr de.

Ancien professeur à l'université fédérale de Viçosa, Brésil, avocat inscrit au barreau de Minas Gerais, Brésil.

AMARTINE, Daniela Nunes de.

Graduada em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), com período sanduíche na Universidad Nacional de Colombia através do Programa de Desenvolvimento Acadêmico Abdias do Nascimento, fomentado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Pós-graduada em Licitações e Contratos.

ANDRADE, Érico.

Professore “adjunto” nell’Università Federale di “Minas Gerais”.

ASSIS, Daniel Araújo de.

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) e pós-graduando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC RS). Especialização em Gestão de Negócios e Inovação (MBA) pela Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil (ESA OAB/MG).

BARROS, Lucas Carneiro Gorgulho Mendes.

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (2016), com extensão universitária realizada na EBS Universität für Wirtschaft und Recht (2014). Mestre em Direito Empresarial na Universidade de São Paulo (2021).

BERGMANN, Thomas.

Possui graduação em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS (FMP). Pós-graduação lato sensu em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestrado em Direito junto ao programa de pós-graduação *stricto*

sensu da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

CERQUEIRA, Gustavo.

Agrégé des facultés de droit, professeur à l'université de Nîmes.

FUCKNER, Mariana Hofmann.

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Societário Aplicado da UFPR. ÁREA DO DIREITO: Direito societário e mercado de capitais.

HAJ MUSSI, Luiz Daniel.

Doutor e Mestre em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo – USP. Professor de Direito Empresarial da UFPR. Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Societário Aplicado da UFPR.

MOUSSA, Georges.

Graduando em Direito na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (EDESP-FGV). E-mail: <georgesvicentini@aol.com>.

NIZ, Kamilla Ranny Macedo.

Graduanda na Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

PARENTONI, Leonardo.

Professore “adjunto” nell’Università Federale di “Minas Gerais”.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos.

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Doutor e Mestre pela USP. Foi Diretor Executivo da Fundação PROCON de São Paulo, Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Consultor Jurídico do Ministério da Justiça e Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

RODRIGUES, Luiz Felipe Galloti.

Acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB).

SILVEIRA, Paulo Burnier.

Professor-Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Doutor em Direito pela Universidade de Paris II e pela Universidade de São Paulo (USP).

TAJRA, Gabriel.

Graduado em Direito na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). E-mail: < gabriel.aguiar.tajra@gmail.com >.

TANNOUS, Thiago Saddi.

Doutorado em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2014-2017). Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2013). Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (2009).

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes.

Graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (1973), mestrado em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (1992), doutorado em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (1998) e livre-docência em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (2012). Professor associado. Ex-Chefe do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em São Paulo (2016-2019).

SUMÁRIO

O JURISTA, O MÚSICO E O TRADUTOR: NOTA INTRODUTÓRIA A “INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E INTERPRETAÇÃO MUSICAL – UM ENSAIO”, DE HERBERT WIEDEMANN	15
<i>Erasmu Valladão Azevedo França e Novaes; Thiago Saddi Tannous</i>	
INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E MUSICAL – UM ENSAIO	19
<i>Herbert Wiedemann</i>	
COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA PARA CONSTITUIÇÃO DE CONDOMÍNIO-HOTEL: NATUREZA EMPRESARIAL E CONSEQUENTE INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	37
<i>Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer</i>	
O AFROEMPREENDEDORISMO COMO NICHOS ESPECÍFICO DE NEGÓCIOS: UM ESTUDO COMPARADO COM BASES EMPÍRICAS DO BRASIL E DA COLÔMBIA	81
<i>Daniela Nunes de Amartine; Paulo Burnier Silveira</i>	
A DIFUSÃO DE INFORMAÇÕES E O FUNCIONAMENTO DO MERCADO DE CAPITAIS	111
<i>Lucas Carneiro Gorgulho Mendes Barros</i>	
ASPECTOS REGULATÓRIOS DA LEI SARBANES-OXLEY APLICÁVEIS ÀS EMPRESAS BRASILEIRAS	151
<i>Gabriel Tajra; Georges Gmoussa</i>	

IL SUPERAMENTO DELLA PERSONALITÀ GIURIDICA NEL DIRITTO

BRASILIANO ASPETTI SOSTANZIALI E PROCESSUALI 175

Érico Andrade; Leonardo Parentoni

CRÍTICA AO SISTEMA DE OFERTA PÚBLICA DE DISTRIBUIÇÃO DE CONTRATOS
DE INVESTIMENTO COLETIVO HOTELEIRO SOB O PRISMA DA PROTEÇÃO AO
INVESTIDOR E DA CONFIABILIDADE E DA EFICIÊNCIA DO MERCADO 201

Luiz Daniel Haj Mussi; Mariana Hofmann Fuckner

GRUPO DE SOCIEDADES NO BRASIL 257

Thomas Bergmann

LES ÉNONCÉS INTERPRÉTATIFS : UN MOYEN DE RESTRUCTURATION

DU DROIT COMMERCIAL BRÉSILIEN* 285

Iacyr de Aguiar Vieira; Gustavo Cerqueira

A CONCESSÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL ÀS ASSOCIAÇÕES CIVIS UMA ANÁLISE
DA POSSIBILIDADE JURÍDICA COM BASE EM CASOS PARADIGMAS..... 305

Daniel Araújo de Assis; Kamilla Ranny Macedo Niz

ASPECTOS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DE SOCIEDADES
ANÔNIMAS: PECULIARIDADES, RESPONSABILIZAÇÃO E CONSEQUÊNCIAS..... 351

Luiz Felipe Galloti Rodrigues

INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E MUSICAL – UM ENSAIO* -**

Herbert Wiedemann

I. A INTERJEIÇÃO

Imagens ilustrativas e comparações bem sucedidas também foram introduzidas, atualmente, na linguagem jurídica da jurisprudência e da doutrina. Na maioria dos casos, elas se perdem em discussões ininterruptas. Às vezes, repetem-se e, ocasionalmente, são criticadas. Isso ocorreu com o então Presidente do Superior Tribunal de Justiça (*Bundesgerichtshof*) Günter Hirsch, quando ele citou a seguinte passagem de uma palestra mais antiga⁶:

“Phillip Heck, o grande teórico da metodologia jurídica (1858-1943), enxergou a relação do legislador para com o juiz ainda como aquela entre o senhor e o escravo. Ao menos desde a entrada em vigor da Constituição, isso é apenas ainda limitadamente correto. De acordo com o art. 20, parágrafo 1º da Constituição, está o juiz vinculado à “Lei e ao Direito”. Isso não é nenhuma tautologia, Lei e Direito recobrem-se, com efeito, em toda norma, porém, como o passado alemão demonstrou, ‘não necessariamente e sempre’ (Corte Constitucional). Em caso de conflito deve o juiz orientar sua decisão pelo Direito (suprapositivo), [pois] o positivismo como incondicional obediência diante da lei está ultrapassado. Dessa forma,

⁶*Tradução de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França (Professor Associado na Faculdade de Direito da USP. Ex-Chefe do Departamento de Direito Comercial) e Thiago Saddi Tannous (Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP).

**Texto originalmente publicado em livro em homenagem a Rolf Wank: HENSSLER, M.; JOUSSEN, J.; MATIES, M.; PREIS, U. (Hsg.) *Festschrift für Rolf Wank zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck, 2014. As referências no texto ao “homenageado” são, portanto, a Rolf Wank. Nesta tradução, as notas de rodapé foram indicadas apenas em português.

Günter Hirsch, ZRP 2006, p. 161; Cf., do mesmo autor, JZ 2007, p. 853.

o quadro do senhor e do escravo não corresponde mais à nossa realidade constitucional. Se procurarmos uma imagem mais adequada para a relação entre o juiz e o legislador, ela seria, na minha opinião, a do pianista e do compositor. Ele interpreta as diretivas [os dispositivos], mais ou menos virtuosamente, tem discricionariedade, mas não pode falsear a peça [musical]”.

Quando menos em razão da imagem marcante, essas considerações ecoaram na imprensa e foram objeto de críticas mais ou menos agudas na imprensa especializada.⁷ É difícil avaliar até que ponto os votos discordantes de quatro juízes da Corte Constitucional, na deliberação de 15 de janeiro de 2009⁸, representariam um tardio eco à explanação de Hirsch, com o propósito de pôr fim ao debate. De qualquer modo, o desenvolvimento jurisprudencial do direito não é uma *res judicata*.

Em retrospectiva, é digno de nota que o assentimento ou a reprovação se baseiem integralmente na representação do artista que cria livremente, mas que não se diga nenhuma palavra sobre a sua adequação. Se o músico executante tiver somente uma limitada margem de discricionariedade em relação ao compositor, a imagem perderia então sua força sugestiva com referência à criação jurídica do juiz, porque faltariam os pressupostos para a comparação escolhida. Assim, nossa questão é a seguinte: como se acha o pianista diante de sua partitura?

7 Cf. Auer, ZEup 2008, p. 517, 531; Hassemer, ZRP 2007, p. 213; do mesmo autor, *Rechtsteorie*, 39 (2008), p. 1; Möller, FAZ v. 26.10.2006, n. 249, p. 37; Rüthers, ZRP 2008, p. 48; do mesmo autor, *Rechtsteorie*, 40 (2009), p. 253; do mesmo autor, NJW 2011, p. 1.857; do mesmo autor, JZ 2013, p. 823, 828; M. Schröder, *Gesetzbindung des Richters und Rechtsweggarantie im Mehrebenenssystem* (2009), p. 64.

8 Cf. BverfGE 122, p. 248, parágrafos 95 e ss.

II – A FIDELIDADE À OBRA

Para a interpretação musical, no que concerne à música clássica em geral, não há nenhuma teoria geral da execução, o que, em face da diversidade da música sacra ou de câmara, sinfônica ou operística, não surpreende. Muitos músicos praticantes, porém, escreveram suas experiências como dirigentes ou solistas e transmitiram suas concepções aos alunos. A partir disso e por tradição oral pode-se chegar à conclusão de que o objetivo de “fidelidade à obra” é também ainda hoje o *Leitmotiv* da representação musical. Nesse contexto, uma interessante passagem encontra-se em um escrito inicial do grande pianista Edwin Fischer, do ano de 1929. Ele escreve:

“Existe uma grande tensão entre as exigências colocadas aos intérpretes: alguns exigem, categoricamente, tocar apenas o que está lá; outros definem: uma reprodução de uma peça musical é um fragmento da natureza visto pelo temperamento de um artista; enquanto outros são da opinião de que cada reprodução deveria ser um ato criativo e de que há, de fato, extremos distantes na arte da representação... Mas se já se pode dizer quanto às normas gerais do direito: se o compositor é o legislador, então o intérprete é o advogado e o juiz. O legislador cria a lei para harmonizar os interesses dos indivíduos. Todavia, é ao juiz que cabe não se curvar ao direito, mas sim adaptá-lo à vida, observando que não será a letra, e sim o sentido da lei a ser seguido (...).”⁹

A inversão de perspectiva da comparação surpreende talvez os juristas, mas não os músicos. Também se diz ao aprendiz que ele não deveria tocar com muita ênfase um *sforzato* do compositor. O mandamento de fidelidade à obra exige três coisas: a exata observância do texto original, conhecimento das circunstâncias

⁹ Edwin Fischer, *Musikalische Betrachtungen*, Insel-Verlag (1950), p. 27 e ss.

determinantes da época da criação, bem como dados sobre a história de seus impactos. Hoje, permanecem disponíveis reimpressões dos manuscritos originais, os quais suplantaram antigas edições ampliadas com acréscimos – bem intencionados – dos editores. Aos relevantes elementos de interpretação pertencem, outrossim, a época de criação, a ocasião e primeira execução da obra mesma. Para a adequação do estilo, são dados pontos de vista próprios nos concursos musicais, de forma que, por exemplo, oscilações inadequadas de ritmo possam ser eliminadas. São também imprescindíveis indicações do compositor para a execução. Sobre isso, veja-se um exemplo extraído dos primeiros ensaios para as Valquírias: no sortilégio (*Feuerzauber*) anunciou-se o maestro Helmsberger e disse: “Maestro, nós não podemos tocar isso”. Ao que Richard Wagner teria respondido: “Isso vocês também não devem tocar; vocês têm apenas que manter a tonalidade indicada”. Anedotas como estas são apanhadas e difundidas especialmente por alunos e permitiram, conjuntamente com experiências posteriores, que se desenvolvesse uma prática de execução da respectiva obra, que, com isso, aparenta desenvolver uma vida própria. A tradição da prática de execução é o mais firme componente da formação musical e conserva a recordação sobre a pessoa do autor e suas concepções na vida.

A fidelidade à obra exige do intérprete fazer viva a música à luz da partitura; ela não reclama nem uma representação de época da composição nem uma representação objetiva e tampouco pode aspirar a essas coisas. Há muitas razões para isso. Na música barroca e na antiga música clássica há apenas parcimoniosas indicações de interpretação anotadas, [não sendo] transmitidos esboços ou relatos de execução. Para canções (*Lieder*) ou obras para corais, essa falha é limitadamente compensada por meio do conteúdo da letra musical, mas isso não ajuda bastante para o fraseado e pausas. Um outro

obstáculo para a estrita fidelidade à obra surge da sonoridade dos instrumentos, que foram alterados e aperfeiçoados no curso do século XIX, ou, bem ao inverso, deixaram de existir na vida dos concertos. A execução com instrumentos originais e ornamentações históricas (*historische Besetzungstärke*) permanecem insatisfatórias nas modernas salas de concerto e pode-se questionar se realmente correspondem ao espírito dos compositores ou se fazem jus ao propósito de sua obra. Johann Sebastian Bach escreveu o seu Cravo Bem Temperado para címbalo ou clavicórdio. Algumas das fugas lá escritas ajustam-se melhor aos modernos pianos de cauda, por ecoarem mais plásticas em sua sonoridade. Mas isso são externalidades. O compositor depende, para a existência musical, inteiramente da pessoa de seus intérpretes e, com isso, de seu temperamento, talento e formação. Isso justifica – no contexto da definição de objetivos artísticos comuns – uma interpretação meramente ilimitada de obras antigas. A amplitude mostra-se particularmente clara em gravações de um mesmo artista feitas em épocas diferentes. A execução é influenciada, por fim, quando, por consideração aos ouvintes, passagens específicas são excluídas ou repetições são omitidas – o que, atualmente, em consideração à fidelidade à obra, é visto como algo menos profissional e, dessa forma, evitado.

Como todo autor, o compositor depende da boa vontade dos músicos para que suas concepções sejam tanto quanto possível preservadas. A configuração necessária para isso geralmente está disponível; o critério da fidelidade à obra, em sentido amplo, vale incontestavelmente como elemento contínuo da execução musical. Isso torna-se particularmente claro em contraste com modernas execuções teatrais. Imagine-se encenar o poeta Torquato Tasso desde o começo da peça em uma gaiola da altura de um homem da qual ele sai para sua entrada em cena e mais tarde volta a retornar; assim, o espectador perderia seu interesse no prosseguimento da trama. Acima de tudo ele não quer, por ocasião de uma apresentação teatral, tornar-se destinatário de mensagens políticas que não tenham nenhuma conexão com o que acontece no palco. O contrassenso torna-se

incompreensível quando, na execução das óperas, as diretrizes do compositor são estritamente tocadas no fosso da orquestra e os cantores declamam versos com as cores do alemão antigo, mas a representação cênica negligencia ambos os elementos. De vez em quando são ofertados simultaneamente ao espectador, então, original e paródia.

III – A *RATIO LEGIS*

Voltemos à comparação entre a liberdade artística e a vinculação jurídica. A diferente situação jurídica entre, de um lado, o art. 5º, parágrafo terceiro, da Constituição; e, de outro lado, o art. 20, parágrafo terceiro, é perceptível. Do caráter de uma obra musical e das circunstâncias da história da composição surgem, respectivamente, particulares exigências na apresentação que o músico, pelo ensaio da peça, conhece. A ciência do direito dedica à metodologia uma disciplina própria que abrange as demais matérias, e que se mostra com diferentes variantes nas áreas jurídicas específicas. Para o direito comunitário, para o direito constitucional, para leis ordinárias e acordos coletivos, as competências se encarregam, por si só, da diversidade de opiniões. Em um ensaio, dois âmbitos de problemas da metodologia poderiam ser identificados, os quais figuram novamente, na época atual, no centro das discussões, e para os quais o homenageado contribuiu de forma fundamental.¹⁰ Trata-se, notadamente, (a) da interpretação do texto e (b) da ordem hierárquica dos conhecidos critérios de interpretação em geral.

10 Cf., dos abrangentes escritos, Wank, *Die Auslegung von Gesetzen* (5ª ed., 2011); do mesmo autor, *Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht* (2013).

a) A interpretação de enunciados

Ao conhecido acervo da metodologia alemã pertence o rol de critérios interpretativos atribuídos a Savigny, de acordo com os quais a aplicação da lei deve considerar o texto, a posição no sistema, a história do seu surgimento e, por fim, o sentido e o fim da norma jurídica. O que se ensina na sala de aula é tomado por algo óbvio na práxis dos tribunais e dos escritórios de advocacia. Para a jurisdição comunitária e constitucional e para a doutrina jurídica, uma longa [e] persistente luta de opiniões se vincula aos elementos de interpretação¹¹. Há diversas razões para isso. Em primeiro lugar, cada critério específico de interpretação tem experimentado uma própria exegese: para a interpretação gramatical, alcança-se a linguística; na interpretação do contexto, inserem-se o direito constitucional e o direito comunitário;¹² quanto à história do surgimento, até mesmo a influência dos interesses representados deveria ser examinada – o que, no cotidiano jurídico, só pode ser feito de forma sumária. Em segundo lugar, retornaremos ao caráter estrito e à hierarquia dos critérios de aplicação (*Testfragen*).

Palavra e notas do texto são, como se diz, o primeiro passo da interpretação e para ela são determinantes, na medida em que elas fornecem informação segura e clara. Algumas vezes, porém, a clareza é apenas aparente, resultando de conhecimento deficiente ou fantasia. Segundo a transmissão do presságio do oráculo de Delfos ao Rei Midas, quando ele ultrapassasse a fronteira de seu reino, ele destruiria um grande reino. A ambiguidade tornou-se evidente quando ele iniciou sua campanha, sofreu uma derrota e perdeu seu reino e sua vida. Em seu drama *Ifigênia em Tauris*, Goethe realizou uma nova e surpreendente reinterpretação de um provérbio oracular, para dar à

11 Antes indicado equivocadamente como contradição entre a teoria subjetiva e a teoria objetiva. Cf. além disso, em certa medida, Larenz/Canaris, *Methodenlehre*, (3ª ed. 1995), p. 164 e s.; Looschelders/Roth, *Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung* (1996), p. 29 e ss.; Melin, *Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland* (2005), p. 267 e ss.; Rùthers/Fischer/Birk, *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre* (7ª ed., 2013), § 22, p. 472 e ss.; Wank, *Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitslehre* (2013), p. 72.

12 Veja-se, entretanto, *Höpfner/ Rùthers*, AcP 209 (2009), p. 1, p. 21 e ss.

peça um fim conciliatório. Mais próximo da ciência do direito e do nosso tema está uma outra formulação do poeta, que se tornou um ditado: “a lei e o direito transmitem-se hereditariamente como uma eterna enfermidade”. O fato de que com isso não se faz referência a um direito natural suprapositivo resulta do contexto das linhas seguintes: “infelizmente, não se trata nunca dos direitos que nascem conosco”. A alusão somente pode se referir, conseqüentemente, ao direito hereditário romano¹³. A conexão entre as palavras lei e direito encontra-se na linguagem jurídica do século XIX¹⁴ e remanesceu nas deliberações do Conselho Parlamentar para inspiração da Constituição. Os pais da Constituição inseriram então o vocábulo para descrever o ordenamento jurídico estatal em sua totalidade, incluindo, dessa forma, a Constituição. Mas isso não permaneceu ao longo do tempo. A Corte Constitucional introduziu uma nova interpretação e legitimou o desenvolvimento jurisprudencial do direito¹⁵, “que no Estado moderno é decididamente imprescindível”. A doutrina jurídica seguiu-a amplamente¹⁶ – um claro exemplo das possibilidades de uma exegese.

A jurisprudência da Corte Constitucional privilegiou principalmente uma estrita interpretação literal, atenuando-a, entretanto, sob o pressuposto de que bastaria a prévia alusão ao texto. A Corte Constitucional, nos últimos julgados relevantes de 14.6.2007 (erro na fixação de pena)¹⁷ e de 15.1.2009 (reclamação [trabalhista] em caso de atrofia)¹⁸, respectivamente, atribuiu novamente ao texto claro ou unívoco um papel central na interpretação:

13 Cf. também Trunk, *Goethe Faust Kommentar* (13^a ed. 1986), p. 545 e ss.

14 Sobre a história do surgimento do art. 20 da Constituição, veja-se *Grzeszick*, em: *Maunz/Dürig/Herzog* (Dez. 2007, Lfg 51), Art. 20 GG, VI, par. 63; *Hilgruber*, JZ 2008, p. 745.

15 Jurisprudência pacífica, pela primeira vez na BverfGE 122, p. 248, nota de rodapé 97; minuciosamente, sobre isso, *Hilgruber*, JZ 2008, p. 745.

16 BverfG v. 14.2.1973, BverfGE 34, p. 269, 286 e ss., BverfG v. 3.4.1990, BverfGE 82, p. 6 e 12.

17 BverfGE 118, p. 212.

18 BverfGE 122, p. 248; Cf. além disso BverfGE 128, p. 193, nota de rodapé 53.

BverfGE 118, s. 212, Rn.91: “A interpretação conforme a Constituição não é aceitável quando ela incorrer em contradição à letra da lei e à vontade claramente reconhecível do legislador (cf. entre outros, BverfGE 71, 81, 105; 95, 64, 93). Aos tribunais é vedado, por via da interpretação, atribuir à uma lei um sentido oposto à sua letra e ao seu sentido inequívoco, ou redefinir, de forma fundamental, o conteúdo normativo de um dispositivo (BverfGE 90, 263, 275). Uma tal correção da lei estaria, por último, contrariando o art. 100, parágrafo 1º da Constituição, o qual busca preservar a autoridade do legislador parlamentar em relação à jurisprudência. (BVerfGE 63, 131, 141; 86, 71, 77)”

BverfGE 122, p. 248, parágrafos 97 e 98 (voto especial): Se o legislador tiver tomado uma inequívoca decisão, não pode então o juiz alterá-la em razão das próprias ideias juspolíticas e substituí-la por uma solução judicante, que não teria sido alcançável no Parlamento... O ponto de partida da interpretação é o enunciado do dispositivo. Ele nem sempre dá, entretanto, indicações suficientes sobre a vontade subjetiva ou objetivada do legislador (veja-se, por todos, Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3ª ed., 2008, p. 613-616; Rütters, Rechtstheorie, 4ª ed., 2008, parágrafos 731-743; minucioso, Klatt, Theorie der Wortlautgrenze, 2004).

A doutrina jurídica afirma que não há declarações unívocas; em razão da plurivocidade dos conceitos, cada texto seria passível e necessitaria de interpretação¹⁹ – musicalmente falando: cada um ouve uma voz diferente. Também nesse sentido há uma atenuada formulação, segundo a qual uma exegese vai até o limite do possível sentido do texto e então pode ser também vinculante²⁰.

19 Cf., na literatura, Depenheuer, *Der Wortlaut als Grenze. Thesen zu einem Topos der Verfassungsinterpretation* (1988); Melin, *Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland* (2005), p. 253 e ss.; Rütters/Fischer/Birk, *Rechtstheorie* (7ª ed., 2013), § 22 D., p. 432 e ss.; Linsenmaier, in: *Festschrift für Klaus Bepler* (2012), p. 373, 377 e ss.; Wank, *Die Auslegung von Gesetzen* (5ª ed., 2011), § 5 IV, p. 45 e seguinte.

20 Cf. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (6ª ed., 1991), p. 333.

Os conhecimentos de hermenêutica das ciências afins²¹ quanto à possibilidade e à necessidade de interpretação não podem, de forma irrefletida, ser transmitidos à ciência do direito, pois contrapõem-se ao mandamento de vinculação do juiz ao direito e à confiança dos seus destinatários. A muito discutida decisão do Tribunal Federal do Trabalho sobre o conceito de ocupação prévia²² no § 14, n. 2, segunda frase, TzBfG, contém um exemplo alarmante. A Câmara Julgadora queria limitar a fatispécie da norma, com apelo ao texto legal e, para esse fim, corrigir o texto. O texto do § 14, n. 2, segunda frase, TzBfG é, todavia, relativamente claro e também permanece em outro contexto, em comparação com a aplicação do vocabulário. Se não se quiser aceitar o resultado, porque desproporcional, resta à disposição para tanto apenas um desenvolvimento adicional que exceda a lei, cujos pressupostos aqui não serão discutidos.

b) A hierarquia dos critérios de interpretação

A opinião comum (*Meinungsbild*) quanto à hierarquia dos elementos de interpretação é menos clara. As causas são variadas, porque os quatro elementos de interpretação são descritos diferentemente, conforme conteúdo, natureza e delimitação.

- Quanto ao conteúdo, deve-se esclarecer em que medida a vontade do legislador como um conjunto de motivos no passado e como objetivo para o futuro seria idêntica. Mesmo na hipótese em que se negue isso, deve-se observar uma acentuada ponderação das circunstâncias temporais em que ela se desenvolveu. De forma atenuada, isso vale igualmente em relação à interpretação literal, na medida em que se tratar da compreensão do texto desejada pelo legislador.

21 Cf., além disso, Malin, *Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland* (2005), p. 157 e seguinte.

22 Cf. BAG v. 6.4.2011, AP n. 82 ao § 14 TzBfG (Wiedemann); além disso Höpfner, NZA 2011, p. 893; Linsenmaier, in: *Festschrift für Klaus Bepler* (2012), p. 373; Wank, RdA, 2012, p. 361 e 363.

- Quanto à natureza dos critérios de aplicação (*Testfragen*), eles foram antes classificados no mesmo patamar, fazendo-se uma ponderação pelo judiciário apenas no caso concreto. Progressivamente, sustenta-se a opinião de que elementos isolados de interpretação teriam – no caso de resultado positivo – eficácia normativa e conduziriam, desse modo, sob o referido pressuposto, à interrupção do processo de interpretação. Em caso de estrita interpretação literal, isso enseja a observação crítica: “mas isso não está na lei”. Nessa correlação figuram o texto e a finalidade da lei, os quais conduzem fundamentalmente à sujeição ao direito e, dessa forma, a uma hierarquia desses critérios de interpretação.
- Finalmente, no que concerne às delimitações, as variantes retratadas do conteúdo e da natureza implicam os problemas a seguir. Pode a vontade do legislador histórico ser ao mesmo tempo meio e fim da interpretação? Não há, em caso de estrita interpretação literal, nenhuma exegese quanto à história e à finalidade da lei que autorize correções da mesma, o preenchimento de lacunas e a adaptação do direito? A metodologia, nesse sentido, percorreu um caminho próprio e hoje incontestado, no âmbito do qual ele concede aos magistrados competência para a criação do direito para *além* do cânone da interpretação, criação essa que é confirmada pelo direito constitucional. O desenvolvimento jurisprudencial do direito foi, por assim dizer, desvencilhado da interpretação teleológica.

A moderna literatura retoma esse desenvolvimento e procura introduzi-lo no ordenamento em vigor. Rolf Wank²³ tem chamado diversas vezes a atenção sobre a utilização da finalidade da lei como meio de interpretação e como fim da interpretação, relacionando esse tema com a diferença entre o momento do surgimento e o momento da aplicação da interpretação. A tarefa da história do surgimento é

23 Cf., por último, Wank, *Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht* (2013), p. 71 e seguinte.

investigar a vontade do legislador histórico; a tarefa da questão do sentido e da finalidade é descobrir a vontade hipotética do legislador atual. Rüthers/Fischer/Birk²⁴ propõem, no lugar da divisão temporal, uma divisão factual (objetiva). Para que se revele a finalidade histórico-juspolítica da regra, a finalidade da norma seria objetivo da interpretação; em contraste, a finalidade da norma será meio da interpretação quando se indagar se determinados enunciados fáticos estariam incluídos no âmbito de aplicação da fatispécie. Totalmente diversa é a formulação de Claus Wilhelm Canaris. Ele divide os elementos da interpretação segundo sua vinculação normativa e os atribui apenas à finalidade da norma. Nesse contexto, ele enfatiza que a *ratio legis*, a qual o legislador constitucional reconhecidamente colocou como base para o legislador histórico – isto é, para os membros do órgão legislativo – é vinculante para o aplicador do direito, desde que essa *ratio* tenha, de alguma forma, sido expressada na lei²⁵. Isso seria uma autêntica regra de prioridade, a qual, por consequência, não deixaria espaço para uma ponderação com outros critérios. Se a visão do legislador não tiver encontrado nenhuma expressão na lei, não adquire ela, com efeito, nenhuma eficácia vinculante, mas representa, pelo menos, um dos elementos de ponderação compreendidos pelo processo de interpretação. No seu conjunto, a atual discussão mostra mais divergências do que convergências.²⁶

Existe consenso, para além disso, quanto ao fato de que a interpretação feita pelo tribunal não pode servir para levar em consideração os interesses das pessoas e grupos recém-chegados no processo legislativo, ou para questionar a eficiência econômica da regulamentação ou bem sua adequação. A posição do *effet utile* no direito nacional está ainda aberta. Assim como pode parecer desejável uma correção de rumo em relação à influência de forças extraparlamentares em casos excepcionais, essa correção não

24 Rüthers/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*, 7ª ed., 2013, p. 429.

25 Canaris, in: *Festschrift für Dieter Medicus* (1999), pp. 25, 55.

26 Pormenorizadamente, Melin, *Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland* (2005), pp. 267 e ss.

pertence às competências tradicionais da jurisdição. E assim são também as decisões típicas, nas quais a Corte Constitucional cassou os julgados dos tribunais especiais por quererem substituir a concepção do legislador por um modelo próprio.²⁷

Por outro lado, há imprecisões especialmente na apreciação da natureza jurídica dos elementos de interpretação. Se enxergamos corretamente, então a doutrina clássica do século XX parte quase sempre do caráter heurístico e, assim, da natureza preparatória das linhas de pensamento. Sua tarefa é, então, recolher e filtrar os respectivos argumentos sob a perspectiva correta, apresentando o resultado em uma análise global. Na medida em que não se trata de uma regra do processo normativo, mas pelo contrário de valores da experiência científica, pode-se ajustar o cânone e, por exemplo, complementá-lo por meio do direito comparado. Os julgados da Corte Constitucional acima citados e representantes da metodologia moderna, ao contrário, não atribuem efeitos normativos – e, nessa medida, uma primazia – a critérios isolados de interpretação. Isso deve valer para o texto legal que for claro, bem como para a clara vontade do legislador:²⁸ se uma ou outra linha de pensamento já conduz a um resultado, interrompe-se a interpretação, porque o seu objetivo foi alcançado. Se o resultado permanecer duvidoso, deve a interpretação seguinte orientar-se novamente pelos tradicionais cânones de interpretação. Contudo, há muito em favor de se realizar primeiramente, para tanto, uma ponderação dos argumentos isolados em uma apreciação global, decidindo-se para um caso concreto específico. O cânone de interpretação intenta chamar à consciência os pontos de vista determinantes e, dessa forma, não avaliar ou afastar por antecipação os elementos isolados. A própria Corte Constitucional defende uma visão mediadora,²⁹ com a formulação prevalente, segundo

27 BVerfG de 13.1.1982, BVerfGE 59, p. 231; BVerfG de 19.10.1983, BVerfGE 65, p. 182; BVerfG de 25.1.2011, BVerfGE 128, p. 193.

28 Sobre a identificação da vontade do legislador histórico, cf. *Fleischer*, NJW 2012, p. 2087; *Baldus/Theisen/Vogel*, „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung (2013), p. 12 e ss., p. 97 e ss., p. 175 e ss.

29 Cf. BVerfG de 5.1.2009, BVerfGE 128, p. 193, nota de rodapé n. 98.

a qual a interpretação serve para concretizar a vontade “subjéitiva ou objetivada” do legislador. Com igual resultado salienta Melin³⁰ que a jurisdição especial muitas vezes parte de um sentido objetivo da lei, mas seus fundamentos determinantes recorrem, todavia, à história do surgimento da lei. Recomenda-se, por mais uma razão, manter aberta, inicialmente, a hierarquia dos critérios de aplicação. De forma semelhante ao que ocorre na arte, também na execução da lei a peça quer ser compreendida conforme a sua peculiaridade. As normas do direito de trânsito são interpretadas diferentemente das normas de direito de família, assim como as normas constitucionais em relação ao direito comunitário. Uma primazia geral não pode ser atingida, por fim, mesmo com a aprovação do caráter vinculante, se este título for outorgado a mais elementos de interpretação, como por exemplo ao claro texto da lei ou às divergentes – mais não menos ambíguas – concepções do legislador. Nestes e em casos semelhantes é novamente questionada a competência do juiz.

IV – O ESPÍRITO DA ÉPOCA

Em um estado de direito, os juizes incorrem em um dilema, se a interpretação conforme as regras da arte produz um resultado que a eles **não parece apropriado** sob o ponto de vista temporal ou de sua natureza. As razões para tanto são variadas e, abstraídas de alterações, podem ser reconduzidas às relações vitais da realidade ou ao reconhecido ordenamento de valores. O tribunal não pode negar o curso do tempo, mas não pode arbitrariamente realizar nenhuma modificação da lei. Para esta e para situações semelhantes, a metodologia, como relatado, procura uma solução por meio do conceito de “desenvolvimento jurisprudencial do direito” que outrora foi considerado como interpretação objetiva. Em princípio, geralmente

30 Detalhadamente: *Melin*, Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland (2005), pp. 248, 249.

reconhecidos e aprovados pelo direito constitucional,³¹ os pressupostos e consequências de uma criação judicial do direito remanescem incertos. Não se pode reconhecer como estabelecido, com isso, que o significado de uma lei ou de outra obra intelectual não se afirme para sempre. Deve-se analisar também, com os requisitos, a delimitação para a interpretação da lei conforme a sua finalidade e conforme a primazia da legislação ordinária, demonstrando os critérios para a competência dos tribunais. Tudo isso extrapola o tema. Somente um lançar de olhos sobre os paralelos com a interpretação musical é permitido, porque aqui revela-se particularmente clara a sujeição do intérprete à época e também frente aos seus predecessores, e não somente em relação ao criador. As gravações do clássico de Viena por Wilhelm Furtwängler ou das obras corais de Bach por Karl Richter eram perfeitas criações posteriores – atemporais elas não são. Uma obra intelectual não pode desenvolver nenhuma vida independente e certamente não tem nenhuma vontade própria. Ela reflete, porém, em sua execução, a consciência dos intérpretes e contemporâneos. A título de exemplo, a transformação da noção do tempo nas interpretações da época de Weimar, do pós-guerra e do presente encerraram-se em mais rápidas indicações de tempo, as quais atingem os limites de valor se as personagens musicais específicas não são mais consideradas. Cada intérprete pode tentar colocar-se na situação histórica do autor; mas só não pode, desse modo, afastar a sua consciência do presente.

31 Cf. BVerfG de 12.11.1997, BverfGE 96, p. 375, notas de rodapé ns. 54 e ss., BVerfG de 14.6.2007, BverfGE 118, p. 212, nota de rodapé n. 91; BVerfG de 15.1.2009, BverfGE 122, p. 248, nota de rodapé n. 98.