



FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOÃO CARLOS COCHLAR DE OLIVEIRA

CLAREZA E LEGITIMIDADE: COMO ELEMENTOS DE TEORIA MUSICAL
PODEM ILUMINAR A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA?

Rio de Janeiro, 2020.



FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOÃO CARLOS COCHLAR DE OLIVEIRA

CLAREZA E LEGITIMIDADE: COMO ELEMENTOS DE TEORIA MUSICAL
PODEM ILUMINAR A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA?

Trabalho de Conclusão de Curso sob
a orientação do Professor Doutor Joaquim de
Arruda Falcão Neto como requisito parcial
para obtenção de grau de bacharel em
Direito.

Rio de Janeiro, 2020.

JOÃO CARLOS COCHLAR DE OLIVEIRA

CLAREZA E LEGITIMIDADE: COMO ELEMENTOS DE TEORIA MUSICAL
PODEM ILUMINAR A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA?

Monografia apresentada à Escola de
Direito do Rio de Janeiro para obtenção de
grau de bacharel em Direito.

Nota final:

Em:

Prof. Dr. Joaquim de Arruda Falcão Neto – Orientador
Escola de Direito do Rio de Janeiro - FGV Direito Rio

Prof. Dr. Thiago Bottino do Amaral – Examinador
Escola de Direito do Rio de Janeiro - FGV Direito Rio

Prof^ª. Dr^ª. Ela Wiecko Volkmer de Castilho – Examinadora
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Eros Roberto Grau – Examinador
Universidade de São Paulo – USP

AGRADECIMENTOS

Frustrarei quaisquer expectativas de concisão por ser muito grato a muita gente.

Agradeço:

Em primeiro lugar, aos meus pais, por terem me proporcionado a educação e o afeto. À minha mãe, por todo amor, carinho e suporte em todos os momentos da minha vida e por ser capaz de juntar em si todas as melhores virtudes que uma pessoa pode ter. Ao meu pai, pelo seu apoio constante e ser meu exemplo pessoal de trajetória de vida vitoriosa, marcada pela perseverança, conquistas e humildade. Não estaria aqui sem vocês.

Às minhas avós e às minhas irmãs por todo amor incondicional que recebo e recebi.

À Gabriella, pelo seu carinho e companheirismo. Por compartilhar comigo os momentos felizes e ser meu modelo de sucesso acadêmico.

Ao Professor Joaquim Falcão, meu estimado orientador, pelo intelectual brilhante, generoso e, sobretudo, entusiasta das ideias excêntricas que é. Agradeço imensamente o seu suporte e encorajamento. Na sua pessoa, agradeço à Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas, onde não só vivi intensos e enriquecedores cinco anos de uma graduação profunda, plural e de alto nível, mas por onde também pude experimentar uma vivência acadêmica internacional de excelência, fundamental para elaboração desse trabalho.

À Professora Ela Wiecko, que, com seu exemplo notável de servidora pública devotada ao Ministério Público Federal, me inspirou a tomar a então difícil escolha de cursar Direito. Decisão da qual não me arrependo.

Ao Professor Thiago Bottino do Amaral, uma inspiração profissional e pessoal, um grande amigo e um inesquecível professor, pelos comentários e impressões neste trabalho. Na sua pessoa, estendo o meu abraço grato e fraterno a todos os professores e colaboradores da FGV Direito Rio pelo ensino e pela convivência.

Ao Professor Eros Roberto Grau, por ser um grande pensador da Teoria do Direito no Brasil (e suas interações com as artes), pela generosidade de compartilhar suas impressões deste trabalho em tão agradáveis conversas.

Ao Professor Fernando Ângelo Ribeiro Leal, pelos primorosos cursos de Teoria do Direito e pelas indicações bibliográficas vitais para a elaboração deste trabalho.

Ao Professor Gabriel Araújo de Lacerda (*in memoriam*), pelo modelo de pensador e questionador do Direito, cujo legado para FGV Direito Rio é o exemplo do ensino

jurídico de vanguarda e imune à mediocridade. Registro a honra de ter sido seu aluno e monitor.

Ao Professor Vittor Santos, pela amizade, paciência e devoção nessa caminhada de estudos que proporciona a visão do lado metodológico e científico da música e justifica o belo que ouvimos.

Ao Professor Pablo Lapidusas, por ter-me aberto as portas da criatividade na música e me acompanhado por tanto tempo; e ao Professor Marcelo de Alvarenga e à Professora Nely de Alencar, por terem continuado esse percurso comigo.

Ao Professor Evaldo José Palatinsky, pela amizade e apoio nos tempos de Colégio, na pessoa de quem cumprimento todos os professores que participaram da minha formação até a minha chegada ao ensino superior.

Ao Professor Henrique Eisenmann, pelas aulas espetaculares e por me proporcionar um valioso caso gerador. Na sua pessoa, agradeço aos professores e colegas do IV Curso de Verão do Internal Compass de Mitzpe Ramon.

A Eduardo Doblas Heringer, pela amizade fraterna e pelos generosos comentários que contribuíram para este trabalho.

A cada colega da minha querida Turma de 2015, por quem desenvolvi uma genuína e verdadeira admiração, cada qual à sua maneira, ao longo dessa jornada de graduação. Faço uma menção carinhosa a Danilo, Guilherme, José Eduardo, Leandro, Thiago e Túlio, com quem vivi mais intensamente essas alegrias e desafios de uma graduação na FGV Direito Rio.

À Biblioteca Mario Henrique Simonsen da FGV, à Biblioteca Nacional da França, à Biblioteca Pública de Informação do Centro Pompidou, às bibliotecas da Sciences Po Paris e da Université Paris Dauphine, onde encontrei obras fundamentais e a estrutura necessária para o desenvolvimento das ideias deste trabalho.

Para Luisa e Luanna,
dedico com carinho.

RESUMO:

Analogias entre direito e música, quando ambos são encarados como teorias da interpretação, foram e são muito usadas pela doutrina nacional e estrangeira para a explicação de ideias complexas sobre fenômenos e institutos jurídicos. O trabalho se ocupa de justificar por que essa analogia é tão eficaz, bem como argumentar que ela transcende o seu mero poder pedagógico. O que se busca investigar é como o modo em que direito e música operam se assemelha para além da analogia, sendo que juízes e músicos-intérpretes se colocam diante de crises interpretativas semelhantes e se valem de critérios similares para tomada de decisão. Após a apresentação de quatro casos, dois musicais e dois jurídicos, o trabalho divide-se em duas etapas: a primeira busca apresentar os pontos de conexão em que música e direito se aproximam enquanto teorias de interpretação, justificando a pertinência da analogia; a segunda busca identificar quais valores interpretativos relevantes na música se espelham (ou deveriam se espelhar) no direito.

ABSTRACT:

Analogies between law and music, when both are seen as theories of interpretation, were and are widely used by national and foreign doctrine to explain complex ideas about Law. This work is concerned about justifying why this analogy is so effective, as well as arguing that such analogy transcends its mere pedagogical power. What we seek to investigate is how the way in which law and music operate is similar to an extent that transcends analogy, since judges and music performers face similar interpretive crises and use similar criteria for decision making. After the presentation of four cases, two musical and two legal, this work divides itself into two stages: the first seeks to present the connection points in which music and law come together as theories of interpretation, justifying the effectiveness of the analogy; the second seeks to identify which relevant interpretative values in music are mirrored (or should be mirrored) in Law.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
1.1. Uma semente que Teori Zavascki plantou.....	10
1.2. Contexto, justificativa e divisão metodológica	12
1.3. Quatro problemas de interpretação.....	15
1.3.1. Da música	15
1.3.2. Do direito.....	19
2. PONTOS DE CONEXÃO.....	28
2.1. Considerações iniciais.....	28
2.2. Texto, linguagem e comunicação.....	31
2.3. A necessidade do intérprete.....	42
2.4. O receptor.....	52
2.5. Estética.....	55
3. POSTURAS HERMENÊUTICAS.....	58
3.1. Notas sobre interpretação na música de tradição europeia ocidental e no jazz.....	58
3.1.1. Considerações iniciais.....	58
3.1.2. Da música de tradição europeia ocidental.....	59
3.1.3. Do jazz.....	63
3.1.4. Três características contrapostas.....	68
3.2. Valores musicais no direito?	69
3.2.1. Considerações iniciais.....	70
3.2.2. O direito e a música entre o formalismo e o não-formalismo.....	71
4. CONCLUSÃO.....	80
BIBLIOGRAFIA.....	83
ANEXO 1.....	86

1. INTRODUÇÃO

1.1. Uma semente que Teori Zavascki plantou.

No dia 06 de junho de 2016, o ministro Teori Zavascki compareceu a um evento no Centro Cultural da Fundação Getúlio Vargas para proferir uma palestra cujo título era “Impacto das crises nas Instituições Públicas: Credibilidade, segurança jurídica e desburocratização”. O público a quem o ministro se dirigia naquela data não era propriamente versado na linguagem do direito. A iniciativa da palestra havia sido tomada pela Escola de Administração da FGV (EBAPE), e o seu objetivo era proporcionar um diálogo entre protagonistas da vida pública brasileira que pudessem esclarecer as inúmeras dimensões da crise que vigorava (e ainda vigora) no país, seja econômica, política, moral, jurídica, entre outras. Chamado para falar, o ministro Zavascki informou à audiência que segmentaria sua fala na dimensão da harmonia da separação entre os poderes. Em outras palavras, o objeto do seu discurso era ativismo judicial sobre as funções legislativas¹.

Tratando-se de público leigo, o início da sua exposição foi marcado por um tom eminentemente pedagógico. O ministro descreveu à plateia quais eram as atribuições ordinárias do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. O Poder Legislativo, em geral, tem uma atuação prospectiva, editando textos normativos de caráter genérico e abstrato para orientar comportamentos sociais futuros. O Poder Judiciário, por outro lado, tem a atribuição de resolver um conflito já existente, editando uma norma específica e concreta para ambas as partes frente a uma situação passada². Da mesma forma que o ministro queria deixar claro que aquela norma concreta, produzida pelo Poder Judiciário, não era proveniente de um absoluto livre-arbítrio do juiz, explicava o ministro que esta norma proferida também não se confundia com o texto normativo. A norma é um ato de vontade

¹ Cf. ZAVASCKI, Teori. **Ciclo de Palestras “Impacto das crises nas Instituições Públicas: Credibilidade, segurança jurídica e desburocratização”**. Proferida em 06 de junho de 2016. Rio de Janeiro: Centro Cultural FGV, 2016. “Ativismo judicial, de um modo geral, é uma expressão que tem um sentido pejorativo, que seria um sentido de se entender aquela função, aquele avanço ilegítimo da função jurisdicional, da função dos juizes, sobre áreas reservadas, pelo menos aparentemente, a outras funções do Estado. Ou a função do legislador ou a função do Poder Executivo.”

² Cf. ZAVASCKI, Teori. *Op. cit.* “Todavia, nós vamos ver que há um campo de criação da norma, que em tese é do legislativo, há um campo de criação da norma muito amplo, que é um campo legítimo para o poder judiciário. Eu começo mostrando isso em qualquer decisão judicial. As decisões judiciais, de um modo geral, consistem num juízo de valor sobre um fato concreto. Nós temos um fato concreto da vida ou uma crise ou uma possível crise entre uma conduta inconcreta e uma norma de regulação de conduta editada abstratamente pelo legislador. Quando há uma possível crise entre... uma crise concreta, entre a norma abstrata e a conduta concreta, quem decide isso? Quem resolve essa crise é o juiz. Isso é o que acontece todos os dias na normalidade da função jurisdicional. Mas o juiz, para tomar uma decisão e, portanto, editar uma norma individualizada dessa conduta.”

de quem profere, mas que deve ser orientado por um ato de cognição do direito aplicável. Explicava o ministro que “uma coisa é o dispositivo da lei, outra coisa é o significado que se tira desse dispositivo. Por isso que na Teoria Geral do Direito se diz que a norma, na verdade, não é o que está escrito, mas aquilo que o intérprete diz que está escrito.”³

A diferença entre norma e texto nem sempre é algo de trivial compreensão para os leigos. Mas a dificuldade de entendimento sobre essa questão pareceu ser rapidamente superada quando o ministro proferiu a seguinte analogia:

“Tod[o] [texto normativo] supõe uma interpretação, assim como uma partitura musical. A música não é a partitura musical. A música é aquilo que o intérprete retira da partitura musical. Ele pode retirar uma boa norma, uma boa música, e ele pode não ser muito fiel à partitura. De um certo modo, a função do juiz é semelhante. Quem retira [do texto], dessa partitura criada pelo legislador, a norma, essa música, é o intérprete. A função de interpretar e, portanto, de retirar a norma dos textos normativos, essa é a função do juiz.”⁴

Zavascki, com essa afirmação, se valeu de uma analogia que, a fundo, propõe uma espécie de equivalência mediante a qual o texto normativo está para a norma assim como a partitura está para a música que dela se executa. Ao mesmo tempo em que assume essa premissa, defende Zavascki que o juiz, em alguma extensão, se assemelha ao músico-intérprete no processo de tomada de decisão, especificamente naquilo que concerne à atividade de extração do significado de um código, uma notação, que orienta o comportamento do agente-intérprete. Apesar de se tratar de uma metáfora intrigante, e suficiente para atingir a finalidade de ilustrar a uma plateia de leigos sobre problemas intrincados de Teoria Geral do Direito, esta monografia se presta a tomar esta afirmação não como um fim, mas como ponto de partida.

Ao invés de esgotar a analogia com a elucidação da diferença entre texto e norma, busca-se partir dela para realizar uma mais profunda análise, uma problematização, sobre a possibilidade de a extração do significado dos signos que prescrevem comandos normativos seguirem cânones semelhantes àqueles que são observados na interpretação musical. Em outras palavras, visa-se responder, sem a pretensão de esgotar sua justificativa, a seguinte pergunta: a forma com que se extrai o significado do texto normativo para aplicação do direito se assemelha com a que se extrai da notação musical para a execução instrumental?

³ Ibid.

⁴ Ibid.

Algumas perguntas-satélite à que formulei anteriormente são as seguintes: Esta aproximação é pertinente e defensável? Qual é a extensão desta similitude? Faz sentido pensar que há posturas de interpretação semelhantes para legitimar a ação do juiz ou do músico-intérprete?

1.2. Contexto, justificativa e divisão metodológica.

Antes de se enfrentar estas perguntas, cabem algumas considerações sobre o caminho que se fez até chegar a elas e o processo de trabalho adotado para o desenvolvimento. Diga-se que este trabalho é produto de um processo de três etapas.

De início, a ideia tinha germinado em trocas com o professor Joaquim Falcão, que, no seu papel de interlocutor-provocador, criou o ambiente propício para a construção de uma ideia primeiramente intuitiva: a de que poderia existir semelhanças na *ratio* de como juízes e músicos interpretam. A primeira etapa do trabalho foi, portanto, uma reflexão introspectiva sobre como construir esse tipo de inter-relação, tentar investigar quais variáveis comuns música e direito compartilham nesse plano e se elas são aplicáveis na solução de problemas interpretativos.

Essa primeira etapa se revelou insuficiente, dando espaço a segunda fase: a leitura sistemática de textos. Em programa de intercâmbio proporcionado pela FGV Direito Rio⁵ em Paris, tive acesso a uma vasta literatura sobretudo na Biblioteca Nacional da França, onde existem obras que se detêm justamente sobre a interação entre direito e música no plano da interpretação⁶. Lá também encontrei livros de filosofia da música que abordam problemas de interpretação musical⁷, cujos autores, muitos deles, tinham também formação jurídica⁸. Isso deu um escopo diferente ao estudo, pois já havia subsídios suficientes na literatura para dar mais consistência as ideias que pretendia veicular num trabalho sob essa temática.

A terceira etapa, por fim, foi a mais desafiadora: a sistematização de ideias. Ela foi acompanhada de duas frustrações. A primeira tem a ver com uma dificuldade de

⁵ Instituição à qual registro toda gratidão nos agradecimentos do trabalho.

⁶ SIGNORILE, Patricia (dir.). **Entre norms et sensibilité: Droit et Musique – Hommage à Norbert Rouland**. Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2017; ROULAND, Norbert. **Retour du Brésil. Impréssions d’un juriste antropologue français**. Paris: Ed. L’Harmattan, 2018, e outros.

⁷ DAVIES, Stephen. **Musical Understandings and Other Essays on the Philosophy of Music**. NY: Oxford University Press, 2011; DANTO, Arthur. **The philosophical disenfranchisement of art**. New York : Columbia university press, cop. 2005 etc.

⁸ SCHENKER, Heinrich. **The art of performance** [Texte imprimé] / Heinrich Schenker ; ed. by Heribert Esser, Auckland : Oxford university press, cop. 2002; STRAVINSKY, Igor. **Poetics of Music in 6 Lessons**. London: Geoffrey Cumberlege, 1947.

organização do pensamento, e a segunda foi a de não poder viabilizar uma “completude” de tudo aquilo que se gostaria de defender nesse trabalho. Entretanto, tais frustrações foram amenizadas com o fato de este trabalho não buscar apenas defender ideias, mas também expor dúvidas.

Explicado o caminho metodológico, voltemos às indagações postas no fim da seção anterior.

Note-se que estas perguntas se inserem em um contexto que não é novo na doutrina. Essa afirmação feita pelo ministro Teori Zavascki, sem prejuízo da sua sensibilidade intelectual, não é pioneira. Inúmeros autores já se valeram da música para elucidar algum aspecto de Teoria do Direito, em dimensões distintas.

O professor Eros Grau, por exemplo, já havia registrado a viabilidade dessa analogia quando sustenta que o direito não é uma ciência em que o intérprete é capaz de apresentar “uma resposta certa”⁹. Afirma categoricamente que “[d]á-se na interpretação de textos normativos algo análogo ao que se passa na interpretação musical”¹⁰. Grau, por outro viés, se utilizou da música para demonstrar não só que a atividade do juiz era vinculada, mas que, apesar disso, o resultado do exercício hermenêutico feito por diversos juízes não necessariamente levarão ao mesmo resultado. Dessa vez, ele se valeu da analogia musical para jogar luz sobre um outro aspecto da teoria do direito, do qual defende: a defesa da impossibilidade de a interpretação jurídica, feita por diferentes juízes, ser unívoca. O autor estabeleceu um paralelo com a execução de peças sinfônicas por diferentes maestros e orquestras: não há uma exata, mas há muitas corretas¹¹.

Seguindo uma mesma lógica, o professor J. J. Calmon de Passos também já contou com a analogia musical para distinguir a ideia de texto da de norma. Dizia o jurista baiano:

“[a] partitura na qual foram consignadas as notações musicais, que permitem reproduzir a melodia por outrem que não o seu criador ou primitivo executor, não é melodia, não é som, não é música, nem harmonia, nem acordes. [...] Também o Direito não é o texto escrito, nem a norma que formalmente se infere, [...] nem

⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 202, 203. Dworkin nega ser um defensor do direito natural e que, portanto, proporia uma resposta única para cada caso, transcendente ao direito positivo. “Antecipo uma objeção filosófica a essas conclusões: a de que estou tratando o direito como uma “onipresença ameaçadora no firmamento”. [...] Portanto, serei acusado de adotar o ponto de vista de que existe sempre **uma** “resposta correta” para uma questão jurídica, a ser encontrada no direito natural ou guardada a sete chaves em alguma caixa-forte transcendental.”

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio/discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002, p. 30.

¹¹ Ibid. “Não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Bethoven: a Pastoral regida por Toscanini, com a Sinfônica de Milão, é diferente da Pastoral regida por von Karajan, com a Filarmônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas – e corretas.”

as leis [...]. O Direito somente é enquanto processo de sua criação ou de sua aplicação no concreto da convivência humana.”¹²

É verdade que a utilidade das analogias, enquanto figuras de linguagem, são úteis para a elucidação de conceitos homólogos mais complexos. Mas sua função não se esgota aí. Elas são ferramentas úteis para o preenchimento de lacunas em todas as áreas do saber, sobretudo no direito, em razão do seu caráter integrativo. Elas se prestam à iluminação de obscuridades que a língua pode impor à comunicação, sendo valiosas para a elucidação de conceitos, muitas vezes revestido de caráter lúdico, mas não só. A analogia transcende o caráter estritamente pedagógico, atingindo também para solução de conflitos. Daí a tamanha importância que detém para a solução de conflitos no campo do direito, justificada pelo fato de o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro determinar (poder-dever) que o juiz se valha da analogia para tomar decisões quando a lei é lacunosa.

Esta é a razão pela qual se assume aqui que a analogia entre direito e música no plano da interpretação transcende o caráter pedagógico ou lúdico. Este é o fundamento por meio do qual se formula a hipótese de que a analogia feita por Teori Zavascki é pertinente para se perguntar se uma investigação sobre se a analogia entre direito e música poderia trazer resultados úteis para problemas de hermenêutica jurídica, em uma verdadeira simbiose.

A justificativa para essa iniciativa é a possibilidade de se notar que a analogia feita por Teori Zavascki, e explorada por tantos outros juristas, parte de uma premissa implícita que é aplicável tanto ao direito como à música: a de que ambas podem ser enfrentadas enquanto *teorias de interpretação*. Tanto os operadores do direito como os intérpretes da música enfrentam, em seu cotidiano, problemas de hermenêutica.

Quando se fala em direito, como exporei adiante, entenda-se que se trata de uma ciência dogmática que, “[a]o disciplinar a conduta humana, [se vale de] normas jurídicas [que] usam palavras, signos linguísticos que devem expressar o sentido daquilo que deve ser.”¹³ Da mesma forma, quanto à música, assume-se que é uma arte cuja realização é orientada por uma notação gráfica específica para determinar como um intérprete deve executar uma determinada obra musical. Trata-se de uma *dimensão deliberadamente restrita* dos conceitos. É evidente que o conceito de direito e música não estão adstritos à interpretação de códigos. Esta é apenas uma dimensão que se manifesta na realização de ambos, e é nesta dimensão apenas em que se busca propor um intercâmbio de ideias.

¹² PASSOS, J.J. Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo. Julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 23. Agradeço a Alexandre Câmara pela indicação do autor.

¹³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 210.

O trabalho, portanto, se divide em quatro grandes partes, cada qual com suas subdivisões. A primeira, introdutória, visa delimitar os conceitos de direito e música através dos quais se busca examinar a possível semelhança no plano interpretativo. Para tanto, serão apresentados quatro problemas, dois musicais – um da música clássica e outro, do jazz – e dois jurídicos, em que agentes de suas respectivas áreas enfrentam dificuldades sobre como interpretar um dado texto, tendo de recorrer a critérios que, de uma certa forma, legitimem aquilo que se pretende executar. A segunda parte procura apontar quatro pontos de conexão entre o direito e a música, em que a operação interpretativa é orientada por alguns fatores semelhantes. Em terceiro lugar, busca-se demonstrar que, em determinados contextos musicais, alguns critérios de como executar/aplicar um texto são ontologicamente semelhantes ao direito. Por fim, busca-se defender que uma dada postura de interpretação jurídica, observado o homólogo musical, é preferível.

Dando continuidade, procura-se na seção seguinte, como se disse, fazer um exercício de duas etapas, no qual, respectivamente, intérpretes de música e direito enfrentam problemas que podem guardar alguma semelhança. A primeira etapa revela como um músico-intérprete enfrenta um conflito entre um comando claro, preciso e determinado da partitura musical e uma insatisfação motivada¹⁴ da sua aplicação. A segunda busca observar como um juiz enfrenta um conflito entre um comando claro, preciso e determinado de um texto normativo e a geração de uma consequência indesejada pelo juiz ou a violação de uma outra norma jurídica, ambas derivadas da aplicação daquele comando.

Observe-se estes exemplos.

1.3. Quatro problemas de interpretação

1.3.1. Da música

Os exemplos musicais são pessoais, embora guardem alguma semelhança por aqueles propostos por Jack Balkin e Sanford Levinson, em obra seminal sobre o tema¹⁵. Durante muito tempo, encarei como desafio pessoal a execução de uma peça para piano de Franz Schubert denominada *Impromptu in Es-dur (D.889-2)*. No decorrer do estudo dessa peça,

¹⁴ A motivação pode ser estética, histórica, mecânica ou, até mesmo, arbitrária.

¹⁵ BALKIN, Jack; LEVINSON, Sanford. **Law, Music and other performing arts**. University of Pensilvania, 1991. V. nota 19 infra.

houve uma situação que me gerou um incômodo. No 70º compasso da peça¹⁶, no segundo tempo, havia algo que me soou estranho após uma primeira leitura. Ao prestar mais atenção, esse “estranhamento” estava em um momento no qual duas notas eram tocadas ao mesmo tempo, mas que elas soavam inadequadas à linguagem que o compositor propunha no decorrer da peça.

Como veremos a seguir, a música é uma arte e uma ciência. Seu estudo transcende a fluência instrumentística e requer a construção de proficiência nas suas inúmeras ramificações. Alguns desses ramos são o estudo da grafia musical e o seu significado; o estudo da harmonia e o estudo do arranjo. O que aconteceu nesse caso foi que a grafia musical de Schubert indicava que se tocasse algo que o estudo da harmonia e do arranjo dizem que poderia ser uma impropriedade. Em outras palavras, enquanto a grafia, clara, orientava uma conduta, a minha compreensão do estudo da harmonia e do arranjo orientava outra.

Da perspectiva da teoria da música, o que havia no mencionado compasso era um contraste entre uma nota *lá* natural, na melodia, que era executada ao mesmo tempo que um *lá bemol*, na harmonia, em um contexto que a escolha dessas notas não fazia sentido com a linguagem que o compositor propunha, violando as tais regras de harmonia e arranjo¹⁷. Na condição de intérprete, compreendi que aquela combinação de notas soava em conflito com a linguagem que o compositor vinha propondo no decorrer da peça (para não cometer a heresia de que assumi uma crença de que aquela nota era inadequada). Foi possível construir uma justificativa teórica para a minha defesa de inadequação daquele *lá* natural naquele momento da peça.

A nota feria uma regra de arranjo que vinha se mantendo no curso da peça¹⁸.

A solução para uma situação como essa seria executar a peça diferente do que a grafia propunha. São opções, por exemplo, omitir o *lá bemol* da mão esquerda, ou substituí-lo por um *fá* ou um *ré*, ou até, mesmo, em abordagem mais radical, desviar a nota melódica para *lá bemol* tal qual se praticou na melodia. Tais opções se revelam possíveis dentro da

¹⁶ Disponível em <https://www.mutopiaproject.org/ftp/SchubertF/D899/SchubertF-D899-2-Impromptu/SchubertF-D899-2-Impromptu-a4.pdf> – acesso em 23 de março de 2020.

¹⁷ Uma objeção possível feita por alguns profissionais é que isto, na verdade, consiste em um efeito teórico denominado “*falsa relação*” ou um cromatismo. Isso procede. Mas, de igual forma, consiste uma violação de regra estética de harmonia e arranjo quando, em contexto de tonalismo, se executa a sétima Maior de uma nota no mesmo momento que a sétima menor do mesmo acorde é executado.

¹⁸ O estudo de harmonia funcional tem uma justificativa para essa objeção que apresentei. Há uma regra de harmonia em que se deve evitar tocar ao mesmo tempo um acorde dominante quando a melodia se apresentar na 7ªM deste acorde. A 7ªM, salvo em situações muito específicas, não é uma nota que se adequa com o acorde dominante, sobretudo no contexto da peça que estava examinando. Note-se que aqui não estou objetando que outras regras poderiam ser levantadas para negar incidência a esta (a de que o *lá* natural é uma nota de passagem, portanto poderia ser tolerada; ou que esse estranhamento gerado é proposital), mas que, sob a égide da primeira regra, o *lá* natural era incompatível.

linguagem que se propunha naquela composição. Em outras palavras, estava propondo uma verdadeira intervenção criativa sobre a obra de Schubert. O que fiz, na verdade, foi apresentar uma justificativa baseada em uma teoria de harmonia funcional para não tocar aquilo que constava graficamente do tal 70º compasso, e substituir uma nota por outra. O fundamento que usei para justificar essa intervenção, a despeito de legítimo em alguma extensão, certamente não é uma unanimidade entre a comunidade de músicos-ínterpretes. Poderia eu substituir o que entendi ser uma “nota equivocada” escrita por Schubert?

Imediatamente após essa pergunta, surge em mente o constrangimento: “que legitimidade tenho eu para dizer que a nota que Schubert escreveu está inadequada? Ainda que eu tenha uma fundamentação para tanto, qual é a legitimidade que eu, enquanto intérprete da sua obra, tenho de sobrepor aquilo que acho certo frente a um comando claro do compositor?”. Pouco depois deste pensamento, foi nesta linha que chamou-me a atenção a professora que orientava meus estudos. Ela trazia um postulado consigo que vale como máxima na música clássica. “A partitura é um documento, e o compositor é a autoridade máxima sobre aquilo que deve ser tocado”. Assim sendo, mesmo que com todas essas elucubrações teóricas suscitadas para “derrotar” uma determinação de Schubert ao intérprete, inclusive propondo alteração numa peça totêmica como essa (que aos olhos de muitos profissionais do mundo de concerto poderia soar herético), o correto seria relevar esse estranhamento e incorporá-lo à minha execução. Naquele momento, decidi que não se deve divergir frontalmente da notação que Schubert registrou, não importa a razoabilidade daquilo que propusesse¹⁹.

¹⁹ Cf. BALKIN, Jack; LEVINSON, Sanford. *Op. cit.* Casos sobre a legitimidade do intérprete em intervir no comando textual de compositores totêmicos para refletir sobre problemas hermenêuticos do direito não é de todo uma novidade. Stanford Levinson e Jack Balkin apresentaram dois casos em que havia problemas interpretativos semelhantes. O primeiro é o caso do pianista e compositor Charles Rosen. No decorrer do estudo do primeiro movimento do Concerto nº.1 para Piano de Beethoven, o pianista relata em seu livro *The Shock of Old* que notou que “há uma irritante ou intrigante nota errada na partitura, um *fá* natural agudo onde a melodia obviamente exige um *fá* sustenido”. É possível falar que na composição de Beethoven há uma “nota errada”? Evidente que todo o intérprete musical carrega consigo uma bagagem teórica que lhe permite compreender o fundamento técnico por meio do qual o compositor produziu aquela obra. Ela não é produto de uma criação espontânea (ou, pelo menos, não é em geral). A música carrega consigo inúmeros dogmas, que são próprios do som, permitindo com que o músico que estudou noções de harmonia, composição ou arranjo musicais possa ponderar sobre as escolhas feitas pelo compositor. Ao afirmar que a nota está errada porque a melodia exige outra, Rosen certamente notou uma incompatibilidade sonora desse *fá* natural com o contexto no qual ele se insere. Há uma justificativa técnica, portanto, para que ele julgue que a nota está errada. Mas além do provável estranhamento sonoro, por mais que fosse da maior sutileza, Rosen levanta ainda uma justificativa histórica: pouco antes de Beethoven publicar essa composição, os pianos não tinham essa tecla. O *fá* sustenido é a nota imediatamente acima do *fá* natural, e esta que era a última do piano na época. Segundo ele, apesar do posterior avanço tecnológico que proporcionou o aumento do número de teclas no piano, que ocorreu pouco depois da publicação da peça, Beethoven não emendou sua composição em razão disso. Balkin e Levinson ainda narram mais um episódio, que fecha essa seção de problemas de interpretação musical. Também em Schubert, narram os autores que Alfred Brendel, renomado pianista, não se sente na obrigação de acatar um sinal de repetição¹⁹ que pode ser encontrado nas últimas sonatas do compositor. São duas as justificativas que teriam sido dadas pelo autor: a primeira é que a repetição tinha a finalidade de que o ouvinte memorizasse aquele fragmento da composição, o que, nos

Contraste-se essa narrativa com outra, atravessando do mundo clássico para o *jazz*. Em agosto de 2019, tive a oportunidade de participar da quarta edição do Internal Compass Seminar of Jazz em Mitzpe Ramon, Israel. Trata-se de um curso de verão de música naquela pequena cidade em algum ponto do deserto de Negev. Naquela ocasião, renomados professores de música de variadas nacionalidades ofereceram diversos cursos de teoria e prática. Na programação, além das aulas que se dividiam por instrumentos e práticas de conjunto, cada um dos professores ofereceria uma aula magna – uma *masterclass* - para todos os alunos lá matriculados.

Uma dessas aulas *magnas* foi ministrada pelo professor e pianista brasileiro, residente em Nova Iorque, Henrique Eisenmann, que tratou do tema da interpretação musical. Ele trouxe como caso gerador das reflexões um dilema que enfrentou quando decidiu estudar há alguns anos atrás a composição *Monk's Mood*, de Thelonious Monk, um dos mais celebrados compositores de jazz da História, com um de seus professores da universidade onde foi aluno. Eisenmann explicou que, apesar de ter uma enorme atração pela peça de Monk, havia dois momentos da composição – dois compassos, para ser mais preciso – dos quais ele simplesmente não gostava. Ele relatava o quanto se incomodava ter de enfrentar aqueles compassos escritos na partitura, até que concluiu que ele gostaria de interpretar a composição sem os tais fragmentos, em detrimento absoluto àquilo que estava prescrito na obra original de Monk.

Ele apresentou esta ideia ao seu professor com algum receio, pelas mesmas razões que o caso Schubert. Thelonious Monk é um dos maiores compositores da história do gênero, a quem se deveria ter respeito e deferência: que legitimidade teria um intérprete de interferir em sua criação? Eisenmann ressaltava ainda que o receio de propor essa ideia a seu professor era ainda maior porque este era aficionado pelo compositor, razão pela qual temeu uma reprimenda. Parecia-lhe, até aquele momento, que considerações pessoais não poderiam se sobrepujar àquilo que a composição exigia dele enquanto intérprete. Em outras palavras, existia um receio de ir adiante com a intenção de tocar algo diferente daquilo que o compositor escreveu, com o agravante de que a justificativa para tanto era apenas o gosto pessoal, sem recorrer a nenhum fundamento teórico, histórico ou qualquer outro que seja.

tempos de hoje, não se faz necessário. Ou já se conhece em função da tradição que essas peças firmaram ou pode-se simplesmente comprar uma gravação para ouvi-la novamente). O segundo argumento tem a ver com um pragmatismo. Uma vez que as práticas contemporâneas de concerto se desenvolveram no sentido de estabelecer que as três sonatas devem ser apresentadas em um intervalo de duas horas, a adoção desses pontos de repetição tornariam o concerto excessivamente longo e frustraria esse objetivo que se concretizou na modernidade.

Para sua surpresa, ao narrar sua proposta de ignorar aqueles compassos e tocar a peça como se eles sequer existissem, o professor o observou com admiração, assentiu e imediatamente os riscou da partitura. Notando que Eisenmann não esperava essa reação, seu professor um comentário cujo teor é semelhante ao seguinte: “O que torna a sua interpretação interessante não é fazer mais do mesmo, mas imprimir sua visão sobre a composição, senão eu vou ouvir o próprio Monk. Isso é de fundamental importância”. A lição que se extrai desse caso, portanto, é que, sob esta ótica, a força do texto deve ser harmonizada com uma atividade proativa do intérprete, cujo êxito na *performance* pode estar intrinsecamente ligado a posturas que contrastam com os comandos claros da notação musical.

É imprescindível destacar, por outro lado, que o contexto no qual se insere o intérprete musical tem absoluta relevância na forma com que manuseia a notação que está interpretando, tal como abordaremos em uma das seções deste trabalho. Mas independentemente da substância das justificativas²⁰ trazidas por cada um dos protagonistas destes dois casos, ambos enfrentaram perguntas da mesma natureza: qual é a legitimidade que um intérprete possui para não aplicar um comando claro, preciso e determinado do texto na sua interpretação? É realmente necessário que eles a justifiquem?²¹

O que se viu foi que, em contextos diferentes e por justificativas diferentes, um intérprete se sentiu à vontade para “derrotar” um comando claro da notação musical e o outro, não.

1.3.2. Do direito

A fim de viabilizar a conexão desses problemas com o direito, contraste-se aqueles casos com outros dois, desta vez jurídicos, a partir dos quais seja possível iniciar uma investigação teórica. A preocupação dos casos a seguir, seguindo uma mesma lógica dos casos anteriores, é explorar problemas nos quais os intérpretes, desta vez do direito, encaram dificuldades na interpretação de textos normativos claros cuja aplicação poderia ensejar questionamentos sobre se de fato promoveu o melhor resultado ao caso concreto.

O primeiro tem como protagonista o juiz Cezar Peluso, nos tempos em que era magistrado de uma Vara de Família no Estado de São Paulo, décadas antes de ingressar no Supremo Tribunal Federal. O caso a ser narrado foi apresentado por Peluso na ocasião do projeto *História Oral do Supremo*, realizado pela Fundação Getúlio Vargas. Na

²⁰ Seja a justificativa fundamentada em suporte teórico relevante ou um mero “simplesmente não gostei”.

²¹ BALKIN, Jack; LEVINSON, Sanford. *Op. cit.*, p. 1599.

ocasião, Peluso concedeu uma longa entrevista sobre sua trajetória desde o início da carreira até sua vida após a aposentadoria do Supremo Tribunal Federal. Ele é magistrado de carreira, tendo sido juiz de direito e desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo até a indicação para a vaga do ministro Sydney Sanches no Supremo Tribunal Federal.

Em dado momento da entrevista, pediu-se para que o juiz narrasse um caso que o marcou em sua carreira antes de ir para o STF. Ele respondeu o seguinte:

“Não é um caso grandioso do ponto de vista das suas repercussões políticas, e econômicas ou sociais, mas é relevantíssimo do ponto de vista da vida pessoal. Era uma baiana, que moveu uma ação contra aquele que constava no registro como pai dela, e contra o irmão dele que não constava no registro. O que tinha acontecido? Eram dois irmãos. Um deles teve essa filha fora do casamento, e o outro irmão, para não causar problema pra mulher do pai, que era casado, assumiu a paternidade da menina, e ali eles passaram a conviver como se ele, o tio, fosse o pai dela. Só que o psiquismo tem uma coisa que alguns chamam de pantominésia do inconsciente, que é o seguinte, que é base hoje da teoria que não se pode esconder nada de quem é adotado, nada, porque o adotado mesmo que não fale, o inconsciente capta que ele não é filho daquela pessoa, ele capta aquilo. E ela captou aquilo. Como ela não tinha certeza absoluta e não tinha uma certeza formal, ela desenvolveu como defesa uma [...] bronquite asmática psicogênica. Gerada por um conflito inconsciente. Ela entrava em crise, entrava em bronquite. Terrível! A moça sofrendo pra burro. Ela entrou com uma ação em São Paulo porque ela estava morando em São Paulo, o fórum dela, e ficou provado por depoimentos de todos, inclusive do tio, que ela era filha dele, do irmão, que estava presente. E ela ouviu toda a instrução do processo, ouviu as testemunhas, ouviu depoimento, então ela tomou conhecimento de que ela era realmente filha do que constava como tio, mas que era o pai. Acontece que ela tinha perdido o prazo de decadência para reconhecer a paternidade, é um prazo de quatro anos depois que completa a maioridade. Ela tinha perdido o prazo. Então eu não podia declarar isso mais. Não podia. A lei impedia. O Código Civil impedia. Aí o que me ocorreu? “Já sei como vou fazer isso aqui”.²²

Antes de examinarmos a resposta a que chegou o então juiz Peluso, parta-se do exercício hipotético de que nós assumimos o seu lugar para julgar o caso, a fim de examinar quais são as regras incidentes no caso concreto e decidi-lo. Suponhamos que os fatos desse caso tenham ocorrido na vigência da Constituição de 1988. Há um enunciado texto normativo que exige do intérprete seu enfrentamento, que vai definir os rumos da decisão. Tal como Peluso falou, o Código Civil não permitia por uma razão: há prazo decadencial excedido. O prazo decadencial de quatro anos a que Peluso se referia consta

²² FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues da; ALMEIDA, Fábio Ferraz de. **História Oral do Supremo [1988-2013] – Cezar Peluso**. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2015, pp. 88, 89.

do art. 362 do Código Civil de 1916, cujo texto foi reproduzido em termos idênticos no art. 1.614 do Código Civil de 2002. Sua redação é a seguinte:

“Art. 362. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, dentro nos quatro anos, que se seguirem a maioridade, ou emancipação.”

Assumindo a narrativa do juiz Peluso como um relatório, nós, na posição do juiz Peluso, estaríamos aqui diante de um caso fácil, do ponto de vista técnico. Isso quer dizer que a lei (o texto normativo) oferece uma resposta clara, precisa e determinada para a solução do caso concreto. Assim sendo, enveredando num exercício silogístico típico da mais elementar doutrina de Teoria do Direito, a premissa maior é a de que configura decadência quando o prazo para o ajuizamento da ação de quatro anos é descumprido; a premissa menor é a de que já se passaram mais de quatro anos da maioridade da autora para o ajuizamento da ação de impugnação de registro de paternidade. Logo, a conclusão seria a de que o direito subjetivo da autora restaria fulminado e, assim, seu pedido deve ser julgado improcedente. Esse seria o resultado no caso de a regra de decadência ser a única fonte juridicamente relevante para produção da norma no caso concreto.

Contudo, ainda na posição do juiz Peluso, considere-se que todo o sofrimento, toda a dor pela qual passava a autora – sem prejuízo do real peso que possui – fosse suficientemente relevante a fim de atrair uma justificativa jurídica que pudesse derrotar a regra de decadência. Que isso atraia algum princípio constitucional. Ou, ainda que o sofrimento da autora não fosse relevante, que seria possível cogitar que um fato manifestamente verdadeiro não pode ir de encontro com um registro público, o que constituiria justificativa suficiente para negar incidência da regra decadencial no caso concreto.

Esse debate não é nenhuma iconoclastia. A despeito de restar pacificado na doutrina majoritária que prescrição e decadência são institutos inflexíveis, emerge na comunidade jurídica, notadamente com a Constituição de 1988, a proeminência crescente da ideologia do direito civil-constitucional. Sobre os institutos de prescrição e decadência, filia-se à possibilidade de abertura para um exame casuístico dos institutos o jurista Anderson Schreiber, defensor da corrente mencionada. Argumenta o referido doutrinador que, como o princípio da segurança jurídica é o vetor que norteia a existência dos institutos de prescrição e decadência, regras desta natureza não poderiam ter imperatividade absoluta, porquanto este mesmo princípio tem igual estatura a outros princípios constitucionais, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III,

CRFB/88)²³, ou mesmo o princípio da verdade real dos registros públicos, que segundo o próprio STJ, é uma face do princípio constitucional da segurança jurídica²⁴ (art. 5º, XXXVI, CRFB/88).

A derrotabilidade desta norma vem parecendo possível neste raciocínio. Isto é tão verdade, que o Superior Tribunal de Justiça, o qual antes mantinha a aplicação da regra decadencial em casos semelhantes²⁵, reformou seus precedentes para construir a tese de que “não atinge o direito do filho que busca o reconhecimento da verdade biológica em investigação de paternidade e a conseqüente anulação do registro com base na falsidade deste”²⁶. Há, portanto, uma justificativa sedimentada na jurisprudência para que, a despeito de haver a regra a ser aplicada no caso concreto, ela poderia ser derrotada pelo juiz em razão de princípios abstratos que julgou relevantes o suficiente para afastar sua incidência, e que assim poderia ser feito. Flávio Tartuce é defensor dessa postura em concreto, nos seguinte termos:

“Em relação à segunda parte do art. 1.614 do Código Civil – que consagra prazo decadencial de quatro anos para o filho menor impugnar seu reconhecimento a contar da maioridade -, a previsão tem sido afastada pela jurisprudência. Isso porque o direito à impugnação envolve estado de pessoas e a dignidade humana, não estando sujeito a qualquer prazo.” (cita precedentes do STJ).²⁷

Voltando ao caso concreto, se não se sensibilizasse à incidência desses princípios, reconheceremos que, do ponto de vista técnico, se trata de um caso fácil. A regra de decadência orienta para uma resposta clara, precisa e determinada ao caso concreto. Todavia, como foram levantados princípios que vão de encontro à aplicação dessa regra ao caso concreto, caberia ao juiz escolher se a resposta jurídica mais adequada ao caso

²³ Cf SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2020, pp. 445, 446. – “A matéria encontra-se, todavia, em aberto no campo de reflexões do civilista contemporâneo: se a segurança jurídica, principal inspiração da prescrição e decadência, é todo o tempo ponderada à luz de outros interesses constitucionalmente protegidos, qual o efeito dessa ponderação sobre os prazos prescricionais e decadenciais. Reconhecer tal espaço de ponderação não significa arruinar o instituto da prescrição nem lança-lo em um processo progressivo de “decadência”. Muito ao contrário: a segurança dos prazos fixos será meramente ilusória se sua aplicação for desacompanhada de qualquer preocupação com a realização dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro. Decisões judiciais que, amparadas em um exercício genuíno de ponderação, detalhadamente motivado, afastam, em dadas hipóteses, os efeitos drásticos do decurso dos prazos legais não representam aberrações nem arbitrariedades, podendo ser debatidas (e reformadas) por meio dos recursos próprios, como já ocorre em tantos campos onde a aplicação direta dos princípios constitucionais impõe um controle judicial da ponderação efetuada em sede legislativa.”

²⁴ STJ. REsp 1.123.141. Rel Min. Luis Felipe Salomão. DJe 07.10.2010. “O princípio da verdade real norteia o registro público e tem por finalidade a segurança jurídica. Por isso que necessita espelhar a verdade existente e atual e não apenas aquela que passou.”

²⁵ Por exemplo, STJ, REsp. 38.856/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. D.J. 21 de junho de 1994.

²⁶ STJ. REsp 987.987. Rel. Min. Nancy Andrihgi. DJe 05.09.2008.

²⁷ TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil, vol. único**. São Paulo: Método, 2018, p. 1545.

implicaria ou em aplicar o texto normativo citado, ou derrota-lo mediante a construção teórica desenvolvida a partir da manipulação dos princípios impostos pela Constituição.

E como Peluso decidiu? O juiz era absolutamente sensível à literalidade da regra a despeito de ela criar uma situação no mundo que frustrava a sua expectativa. O fato de o caso ter acontecido nos idos finais dos anos 70 coloca o juiz em uma situação em que o peso das regras – daquilo que está escrito no texto normativo – quando providos de tamanha clareza, não dariam tanta margem principiológica para desviar de sua aplicação, a despeito de atualmente se negar eficácia à regra²⁸. Peluso, decidindo o caso magistralmente, sustentou que a autora tinha direito subjetivo, como *obiter dicta*, mas afirmou que o direito objetivo não lhe garantia esta prestação jurisdicional, *verbis*:

“Eu dei uma sentença dizendo tudo isso: “Ela é filha dele, sim, por isso, isso, isso...” Aí cheguei ao fim e disse: “Mas, infelizmente, não posso declarar isso na sentença, tal, julgo a ação improcedente”. O advogado dela, falecido, ele chegou para mim e disse assim: “Nós não vamos recorrer da sua sentença”. Eu falei: “Por quê?” “Porque do ponto de vista jurídico é inútil, do ponto de vista prático, para nós é suficiente. Pra ela, ela vai ser curada dessa bronquite só com essa sua sentença”. Porque isto que interessava para ela, uma declaração formal de que era filha do outro. Então isso não tem repercussão nenhuma, mas do ponto de vista do exercício profissional, pra mim foi importantíssimo.”²⁹

Conforme será examinado mais adiante, na seção 3.2 deste trabalho, observa-se aqui um típico caso que o direito oferece uma resposta clara para o caso, mas cujo resultado se reputou ruim. Embora o juiz Peluso tenha feito considerações nesse sentido e redigido acerca da verdade fática em *obiter dictum*, aplicou-se a regra a despeito do seu resultado.

O segundo caso jurídico, que trata de interpretação constitucional, envolve um tema que fixou a atenção de juristas e leigos no Brasil por sua sensível gravidade: a possibilidade de execução provisória da pena após a última decisão em segunda instância. A despeito de se tratar de um assunto controvertido no desenvolvimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, o objetivo de apreciar esse caso não tem a ver com os inúmeros debates jurídicos que são travados para a solução do problema, mas tão somente examinar alguns aspectos do tratamento hermenêutico dado a uma regra específica que tem centralidade à discussão: o art. 5º, LVII, da Constituição³⁰.

²⁸ Vale lembrar que a Constituição de 1967, em seu art. 150, §3º, trata da segurança jurídica nos mesmos termos da Constituição de 1988.

²⁹ FONTAINHA, Fernando de Castro *et. al. Op. cit.*, p. 89.

³⁰ Teor do dispositivo: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Apesar de a dimensão que aqui se quer examinar estar adstrita ao exame da interpretação e aplicação de uma única regra constitucional, é pertinente um breve panorama acerca do desenvolvimento do tema desde que a Constituição de 1988 passou a vigorar. Entre a sua promulgação e o julgamento do HC 84.078/MG, o primeiro julgado notável sobre o tema, era pacificado o entendimento de que a execução provisória da pena prescindia do trânsito em julgado. Esse entendimento era escancarado na Súmula nº. 9, do Superior Tribunal de Justiça, cujo teor era o seguinte: “[a] exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”

O tema se traveste de tamanha sensibilidade, porque o próprio Supremo Tribunal Federal, em um intervalo de exatos 30 anos (entre 1988 e 2018), mudou de entendimento três vezes, alternando-se entre os dois polos verticalmente antagônicos de admissão ou inadmissão da execução antecipada da pena em segundo grau³¹. A primeira vez foi em 2009, no âmbito do já citado HC 84.078/MG (Rel. Min. Eros Grau). Na ocasião, o tribunal, por maioria de 7 votos a 4, entendeu que a execução provisória da pena fere o art. 5º, LVII, da Constituição³². A segunda vez ocorreu em 2016, por ocasião do julgamento do HC 126.292/SP (Rel. Min. Teori Zavascki)³³ e das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44 (Rel. Min. Marco Aurélio)³⁴, quando o tribunal fixou que a execução provisória da pena não viola a regra constitucional examinada. Em ambos, de igual forma, por maioria: 7 votos a 4, e 6 votos a 5, respectivamente. Por fim, no julgamento de mérito das ADCs 43 e 44, em sede abstrata e *erga omnes*, cujo acórdão ainda não publicado, retornou-se ao estado de coisas inaugurado pelo *habeas corpus* relatado por Eros Grau em 2009. O julgamento, mais uma vez, foi por maioria de 6 votos a 5.

Esta sucessão de controvérsias por apertadas maiorias demonstrou a dificuldade de o tribunal pacificar o tema. Apesar de diversos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais serem aplicáveis à matéria, não havia dúvidas de que o grande vetor

³¹ Diz-se verticalmente antagônicos, porquanto houve uma iniciativa por parte de alguns ministros da Corte de se oferecer um caminho intermediário de que a pena poderia ser provisoriamente executada a partir da negativa de seguimento do Recurso Especial perante o Superior Tribunal de Justiça, algo que o ministro Marco Aurélio chegou a sustentar como posição alternativa no seu voto na ADC 43-MC Cf. BRASIL. ADC 43 e 44. Rel. Min. Marco Aurélio. dJE 06.03.2018, p. 23 (p. 11 do voto do ministro).

³² Observe-se o cabeçalho da ementa: “HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.” (sublinhei)

³³ Transcreve-se a ementa: “CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.” (sublinhei)

³⁴

da decisão se fundamenta no art. 5º, LVII, na qual todos os ministros examinaram sua interpretação e travaram um debate profundo sobre a *clareza* do dispositivo e sua aplicação. É esta a dimensão da discussão em que se busca, descritivamente, se ater.

O art. 5º, LVII, da Constituição não possuía enunciados semelhantes nas Constituições Brasileiras anteriores³⁵, sendo verdadeiramente uma nova regra constitucional de tratamento do réu que se tornaria relevante enquanto fonte de direito para a conclusão sobre o tema. A questão é que as manifestações de alguns ministros revelaram críticas profundas acerca de como interpretar o dispositivo.

De um lado, defendeu-se que o dispositivo é claro e autossuficiente, sendo que sua não aplicação poderia ensejar até mesmo a inutilidade da Constituição. Foi como se manifestou o ministro Eros Grau, na primeira assentada de 2009:

“Retomo porém o fio da minha exposição repetindo ser incompleta a notícia de que a boa doutrina tem severamente criticado a execução antecipada da pena. E isso porque na hipótese não se manifesta somente antipatia da doutrina em relação à antecipação de execução penal; mais, muito mais do que isso, aqui há oposição, confronto, contraste bem vincado entre o texto expresso da Constituição do Brasil e regras infraconstitucionais que a justificariam, a execução antecipada da pena.”³⁶ (sublinhei)

Ao enfrentar o argumento de que “os advogados usam e abusam de recursos e de reiterados habeas corpus, ora pedindo a liberdade, ora a nulidade da ação penal”, sustentou ainda o ministro:

“Ora, [...] a prevalecerem essas razões contra o texto da Constituição, melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com o seu porrete, arrebrandando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar. Cada qual com o seu porrete! Não recuso significação ao argumento, mas ele não será relevante, no plano normativo, anteriormente a uma possível reforma processual, evidentemente adequada ao que dispuser a Constituição. Antes disso, se prevalecer, melhor recuperarmos nossos porretes...”³⁷

O ministro Marco Aurélio, já na ocasião dos julgamentos ocorridos em 2016, adotou tom semelhante ao do ministro Eros Grau, seja na defesa da clareza do comando do dispositivo como também a gravidade de se abandonar este sentido “claro” oferecido pela Constituição, *verbis*:

“O abandono do sentido unívoco do texto constitucional gera perplexidades, presente a situação veiculada nestas ações: pretende-se a declaração de constitucionalidade de dispositivo que reproduz o prescrito

³⁵ Cf. BRASIL. ADC 43, 44/MC – Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão, Min. Edson Fachin, dJE. 06.03.2018, pp. 117 e 235.

³⁶ BRASIL. HC 84.078. Rel. Min. Eros Grau. dJE 26.02.2010, p. 15.

³⁷ Ibid, pp. 17, 18.

na Carta Federal. Não vivêssemos tempos estranhos, o pleito soaria teratológico; mas, infelizmente, a pertinência do requerido nas iniciais surge inafastável. [...]

Descabe, em face da univocidade do preceito, manejar argumentos metajurídicos, a servirem à subversão de garantia constitucional cujos contornos não deveriam ser ponderados, mas, sim, assegurados pelo Supremo, enquanto última trincheira da cidadania. Consoante fiz ver ao analisar o habeas corpus n.º.126.292:

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional.”³⁸ (sublinhei)

Veja-se que ambas estas posturas se assemelham àquela que se adotou no caso Peluso: uma abordagem hermenêutica em que o direito se opera mediante um apego ao texto normativo, sendo de importância secundária, ou mesmo irrelevante, as razões que motivam a existência do enunciado³⁹.

De outro lado, uma postura antagônica, que impende apresentar haja vista a profunda controvérsia acerca da interpretação do texto normativo examinado, exige que este texto seja lido em conformidade com outras variáveis relevantes que impõem limites a essa clareza enxergada pelos ministros Marco Aurélio e Eros Grau. Como se depreende dos votos da ministra Ellen Gracie (em 2009) e Edson Fachin (em 2016), consideram que a clareza do enunciado deve ser examinada em conformidade com outros elementos que são relevantes para a tomada de decisão.

A ministra Ellen Gracie sustenta que se o art. 5º, LVII, da Constituição não fosse lido em conformidade com outros dispositivos, chegar-se-ia a uma interpretação equivocada. Daí é possível inferir, por consectário, que se não fossem estes outros dispositivos, o texto do art. 5º, LVII, seria claro naquilo que sustenta:

“É equivocado afirmar que o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal exige o esgotamento de toda a extensa gama recursal, para que, só então, se dê conseqüência à sentença condenatória. Essa extensa gama recursal já foi designada em outra oportunidade pelo Ministro Francisco Rezek como extravagâncias barrocas do processo penal brasileiro. O inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal deve ser lido em harmonia com o que dispõem os incisos LIV e LXVI do mesmo dispositivo, os quais autorizam a privação de liberdade desde que obedecido o devido processo legal e quando a legislação não admita a liberdade provisória, com ou sem fiança.” (HC 84.078, acórdão, pp. 124 e 125).

³⁸ BRASIL. ADC 43, 44/MC. Rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ acórdão Min. Edson Fachin. dJE 06.03.2018, p. 15.

³⁹ LEAL, Fernando. **A Constituição diz o que eu digo o que ela diz: formalismo inconsistente e textualismo oscilante no direito constitucional brasileiro**, in Direitos Fundamentais & Justiça. – ano 11, n. 36, jan./ jun. 2017– Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 106.

Ao propor uma leitura conjugada do art. 5º, LVII, da Constituição com outros dispositivos, entende a ministra Ellen Gracie que aquele texto normativo não tem seu significado esgotado por si só, e justificou essa leitura em razão de um resultado no mundo que seria, a seu ver – citando ainda o ministro Rezek – uma “extravagância barroca”. Na mesma linha seguiu o ministro Edson Fachin na ocasião das cautelares das ADCs 43 e 44, ao sustentar que o resultado da aplicação “absoluta” da norma que é invocada implicaria em um resultado teratológico do sistema, nos seguintes termos:

“Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF, caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Saltam aos olhos, portanto, os limites e as possibilidades que se podem dar à dicção do art. 5º, LVII, da Constituição da República, ao mencionar “trânsito em julgado”.” (ADC 43, 44-MC, acórdão, p. 40)

O que se vê, portanto, são duas formas distintas de tratamento em relação ao que reza o art. 5º, LVII, da Constituição. Enquanto o comportamento adotado por Marco Aurelio e Eros Grau é formalista, ou seja: quando o texto é claro, “ele se torna referência suficiente para a decisão, bloqueando a consideração de outras razões capazes de justificar uma decisão em sentido contrário”⁴⁰, aquele adotado por Ellen Gracie e Edson Fachin é não-formalista, quando variáveis juridicamente relevantes advindas da aplicação literal do texto geram resultados que conflitam com outras variáveis que reputam relevantes, tais como o propósito do autor do texto normativo ou a viabilidade fática da sua aplicação no mundo real.

Divergências sobre como votar no debate constitucional suscitado são legítimas e razoáveis, porquanto haverá argumentos suficientemente persuasivos para se adotar cada uma das posições firmadas⁴¹. Independente do resultado a que se chegue em cada escolha jurisdicional nos casos expostos acima, o que se quer demonstrar aqui é que ao intérprete jurídico pode afligir problemas hermenêuticos semelhantes àqueles que são enfrentados em interpretação musical: quando um texto é claro, preciso e determinado, qual é a legitimidade de um intérprete para não aplicar o seu comando em razão do seu resultado?⁴²

⁴⁰ Ibid, p. 107.

⁴¹ Idem.

⁴² Perguntas como essa orientam imediatamente para um debate sobre derrotabilidade de regras, tendo como “carro-chefe” o controle de constitucionalidade. Todavia, não é incomum de que juizes se valham de outras vias – ou usem o controle de constitucionalidade difuso inadequadamente – para deixar de aplicar textos normativos incidentes ao caso concreto.

Note-se que o simples fato de ter havido uma semelhança da natureza dos problemas que afligiram tanto o intérprete jurídico como o intérprete musical, nos casos suscitados, implica dizer que a analogia utilizada pelo Ministro Teori Zavascki não é um mero artifício retórico. Além da sua pertinência, sua devida investigação tem a expectativa de poder trazer algo de útil para a construção de avanços na solução de problemas de interpretação do direito. Entretanto, como a própria prudência sugere, há de se ter parcimônia na elaboração desse contato entre direito e música, porquanto a conexão entre duas realidades distintas não é óbvia e requer demonstração.

Dessa forma, esse trabalho prossegue em duas partes sucessivas. A primeira é descritiva. Busca-se identificar e desenvolver alguns pontos de conexão entre direito e música no campo da interpretação, mas sem qualquer pretensão de esgotá-los. A segunda parte é normativa, visando defender, partindo da validade das premissas tomadas no plano descritivo, que a observação de posturas hermenêuticas adotadas no plano da música são úteis para iluminar alguns vetores que orientam a interpretação no direito. A justificativa da parte descritiva se deve ao fato de que não se pode propor a utilidade de mecanismos de solução de problemas de interpretação musical para a hermenêutica jurídica sem que a devida imbricação seja demonstrada pelo menos em algumas dimensões.

Por essa razão, são apresentados alguns pontos de conexão que entendo existir entre direito e música no plano da interpretação, sem, porém, pretensão de esgota-los.

2. PONTOS DE CONEXÃO

2.1. Considerações iniciais

Qualquer esforço em se propor que direito e música possuem pontos de conexão que viabilizem o estudo de uma aproximação deve ser precedido de um cuidado teórico. Tanto direito como música são vocábulos que abrigam uma miríade de conceitos em distintas dimensões. Por isso, é de suma importância que se delimite quais são as formas com que se compreende direito e música a fim de que não se comprometa nenhum dos pontos de interseção que se busca propor nessa seção do trabalho.

Para que se possa precisar exatamente qual é a noção de direito que se aborda no presente trabalho, recorre-se a Tércio Sampaio Ferraz Jr., que, em sua obra *Introdução ao Estudo do Direito*, orienta o exame da ciência do direito por dois enfoques teóricos: o dogmático e o zetético. Enquanto a abordagem zetética do direito está mais preocupada notadamente com uma observação descritiva do direito (ou seja, o que é o direito), a

dogmática está mais preocupada com uma função prescritiva do direito (ou seja, o que *deve ser* o direito)⁴³.

Quando se fala em direito nessa pesquisa, foca-se tão somente na perspectiva dogmática. Isso impõe uma observação ao objeto *direito* orientada na exigência a uma vinculação a normas, que se manifestam através de enunciados normativos, e uma pressão para decidir conflitos frente às possibilidades que estes textos oferecem⁴⁴. O recorte se faz ainda mais profundo quando nos alerta ainda Tércio Sampaio de que a visão dogmática do direito se divide em três dimensões que guardam fronteiras muito opacas: a normativa – que compreende a ciência direito como produto de uma ordem sistematizada de regras para obtenção de decisões; a empírica (ou decisória), em que encara as condições de possibilidade de uma decisão hipotética para um conflito hipotético; e a **hermêutica**, que se preocupa com a extração de um sentido dos símbolos das palavras que veiculam um comando normativo frente a um conjunto de fatos sobre os quais uma decisão é exigida. É sobretudo neste último prisma que se preocupa esta pesquisa. Quando aqui se fala em direito, fala-se, portanto, em uma compreensão do direito enquanto uma *ciência dogmática hermenêutica*, no qual o intérprete – o operador que protagoniza essa ação – não pode desconsiderar um texto normativo para tomar uma decisão e precisa dominar um instrumental teórico para extrair um significado legitimado por mecanismos canônicos de interpretação⁴⁵.

No plano musical, atribui-se à música um conceito convencional de que se trata da “arte de combinar os sons simultânea e sucessivamente com ordem, equilíbrio e proporção dentro do tempo”⁴⁶. Além de ser uma arte, a música também é uma ciência, que exige um conjunto de competências que transcende a capacidade de bem executar um instrumento musical. Sobre isso, é valiosa a lição de Bohumil Med, introduzindo sua obra denominada *Teoria da Música*. Lá, apresenta as diversas disciplinas agasalhadas por aquilo que chama de *Teoria Geral da Música*. Essa teoria, segundo o autor, revela o conjunto de competências exigidas de um músico para que realize sua atividade plenamente, *verbis*:

“Alguns instrumentistas limitam-se a dominar a técnica do instrumento. Esses nunca vão atingir a perfeição. Junto com a habilidade mecânica, precisam dominar a **ciência musical**, que se estrutura em várias disciplinas: teoria (básica) da música, solvejo, ritmo, percepção melódica, rítmica, tímbrica e dinâmica, harmonia, contraponto, formas musicais, instrumentos musicais,

⁴³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2018, pp. 18-29.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 28.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 64, 65.

⁴⁶ MED, Bohumil. **Teoria da Música**. Brasília: Musimed, 1996, p. 11.

instrumentação, orquestração, arranjo, fonética e fisiologia da voz, psicologia da música, pedagogia musical, história da música, acústica musical, análise musical, composição, regência e técnica de um ou mais instrumentos musicais.⁴⁷ (grifo original; sublinhado meu)

Dentro desse conjunto de competências que se exige de um músico que exerça seu ofício em maior plenitude, o autor coloca aquilo que chama de *teoria básica da música*. Bohumil Med entende por esse conceito, que é um subconjunto do que chamou de Teoria Geral da Música, aquilo que se preocupa em compreender a grafia musical e o seu significado e os sistemas musicais (conceitos elementares que compõem a linguagem musical [ex.: acorde, escalas, intervalos, modos, tons etc.]). É, portanto, no âmbito da grafia musical e seu significado que se estabelece a noção de música através da qual se pretende criar uma ponte com pontos de conexão com o direito, sendo que este tem seu significado limitado na dimensão daquilo que se entende por uma ciência dogmática hermenêutica.

Em síntese, esta seção que ora se introduz busca demonstrar a viabilidade de aproximar direito e música encarando-os como **teorias de interpretação**, o que faz com que se assumam um conjunto de premissas semelhantes. Isso significa que aqui se defende o argumento de que ambos se preocupam com práticas interpretativas orientadas pelo texto, além de comportarem debates sobre a legitimidade dessas interpretações⁴⁸.

Conforme já salientado, essa investigação é consequência do fato de termos identificado nos casos narrados na seção anterior que os seus respectivos protagonistas são intérpretes enfrentando problemas de decisão, seja no direito, seja na música. Cada qual vai se recorrer dos artifícios teóricos de sua formação para poder solucionar esses problemas. Em razão de termos observado que tanto o intérprete musical como o do direito se fizeram a mesma pergunta sobre legitimidade de tomar uma decisão em sentido diverso do texto, essa semelhança supõe que os cânones de interpretação musical para enfrentamento do problema poderiam iluminar, em alguma extensão, a jurídica (e vice-versa).

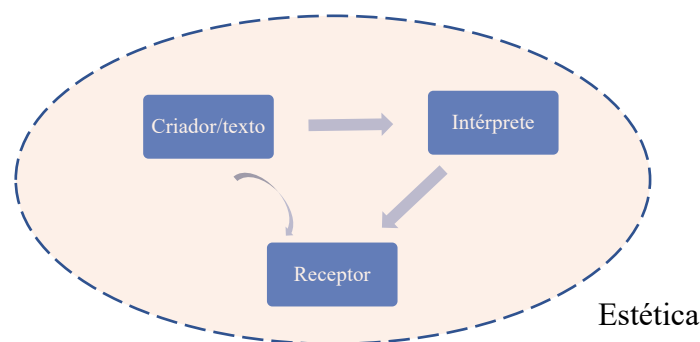
Todavia, não é possível buscar uma similitude musical em problemas de interpretação jurídica se não forem identificados quais são os pontos de conexão entre direito e música no plano da interpretação capazes de justificar esse intercâmbio.

⁴⁷ Idem., pp. 9, 10.

⁴⁸ MANDERSON, Desmond. **Fission and Fusion: From Improvisation to Formalism in Law and Music**. ANU College of Law Research Paper n° 12-41, p. 1.

Para iniciar essa investigação, retomemos a analogia apresentada pelo ministro Teori Zavascki, ao dizer que a norma não é aquilo que está escrito, mas aquilo que o intérprete diz que está escrito. Nessa mesma lógica que seguia o ministro, infere-se que, de igual forma, a partitura não é a música, mas aquilo que o intérprete extrai dela. A metáfora envolve a presença de três elementos relevantes: “aquilo que está escrito”, “o intérprete” e, implicitamente, aquele que vai receber a interpretação feita pelo intermediário. Uma dedução possível dessa ideia apresentada é que, tanto no direito como na música, há uma interação entre o texto (e seu criador); aquele que extrairá seu significado e aquele que receberá a interpretação feita. Balkin denomina esse circuito “criador-texto/intérprete/receptor” de *triângulo de performance*⁴⁹. Além desses três elementos, estou propondo que há um quarto: a influência da ideia de estética na interpretação musical, o que é intuitivo, mas também, e sobretudo, na jurídica.

Cabe, portanto, examinar um a um.



2.2. Texto, linguagem e comunicação

O primeiro dos três elementos de semelhança trazido por Zavascki é “aquilo que está escrito”. Em outras palavras, é o texto. O texto é um elemento intrínseco à ideia de direito, sobretudo em sistemas jurídicos cujo modelo de tomada de decisão seja orientado em regras e princípios inscrito em diplomas promulgados (ou outorgados) pelo poder competente (em oposição ao modelo consuetudinário). O adequado manuseio do texto é imprescindível para que o direito cumpra a sua razão de ser, sob pena de ser um mero instrumento para arroubos arbitrários dos seus aplicadores, porque a razão de ser do texto é exatamente impor um limite. Tal como nos ensina Fernando Leal:

“[O] apelo ao texto remete a um conjunto de significados apreensíveis independentemente de qualquer atividade construtiva, que, se não determina completamente os espaços de decisão dos seus destinatários, ao menos reduz as suas escolhas, a ponto de

⁴⁹ BALKIN, Jack. *Verdi's High C*, 91 Tex L. Rev. (2013), p. 1691.

tornar algumas delas simplesmente inadmissíveis. O texto, com outras palavras, é encarado tradicionalmente no Direito como um limite da atividade decisória.”⁵⁰

O direito escrito, tal como se compreende hoje, sobretudo em países de tradição alemã (*civil law*), é produto de uma evolução que ocorreu com o passar do tempo. Como ensina Caio Mario da Silva Pereira, “[c]om o tempo e a evolução, inclinam-se os grupos sociais a estatuir as regras de conduta pela manifestação autoritária de um chefe ou de um órgão essencialmente incumbido de sua elaboração, e o direito se revela pelo comando emanado desta entidade, sob a forma de um mandamento ou de uma lei, imposto coativamente, e concretizado materialmente. A esta modalidade de manifestação da norma jurídica dá-se o nome de direito escrito, em contraposição à outra, apelidada de direito não-escrito.”⁵¹

A operação desse direito escrito a que se refere Caio Mario se dá através de palavras. E o conjunto dessas palavras que forma o texto jurídico normativo é instituído sobre um alicerce formal que o eleva à condição primária de fonte de direito. Falo das formas inscritas no art. 59 da Constituição da República Federativa do Brasil, não sendo elas exclusivas fontes de direito, mas sendo a expressão por excelência do Poder Legislativo. O direito escrito é, portanto, um dos aspectos notáveis que constituem a evolução histórica do princípio da separação dos poderes. Em um Estado Democrático de Direito, as autoridades constituídas pelo voto, pela legitimidade popular, entregam a tutela dos comandos normativos por eles a um poder que seja capaz de aplicá-la imparcialmente, sendo este o Poder Judiciário. O Poder Legislativo é o criador, por excelência, desse texto. Seu enunciado comunica ao Estado-juiz qual deve ser o comportamento a adotar quando determinados fatos da vida atraem a incidência de dispositivos legais.

Note-se que essa comunicação do direito, ao mesmo tempo em que possui uma linguagem própria – a linguagem jurídica –, não é plenamente independente daquelas que se desenvolvem em outras áreas da atuação humana. A linguagem jurídica é bidimensional. Ao mesmo tempo em que é dotada de um caráter descritivo, porquanto o texto é um instrumento mediato para ideais às quais ele pretende refletir, a linguagem jurídica é igualmente prescritiva, sendo esta característica a que completa sua condição

⁵⁰ LEAL, Fernando. **A Constituição diz o que eu digo o que ela diz: formalismo inconsistente e textualismo oscilante no direito constitucional brasileiro**, in *Direitos Fundamentais & Justiça*. – ano 11, n. 36, jan./ jun. 2017– Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 106.

⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – vol. 1**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 64.

de juridicidade⁵². Vive-se na era do enunciado normativo, da norma posta, em que o direito possui como fonte primária de direito a lei – o enunciado textual normativo⁵³.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. demonstra o que é o texto normativo e qual é o seu papel. O texto jurídico se vale da linguagem verbal, porquanto é transmitido com palavras, que significam algo. “Significar é *apontar para algo* ou *estar em lugar de algo*. Signo é, pois, um ente que se caracteriza por sua *mediatidade*, aponta para algo distinto de si mesmo”⁵⁴, diz o autor. As palavras são signos artificiais, linguísticos. Através do seu uso, nós damos sentido a uma outra ideia do que o próprio signo. Poder-se-ia trazer aqui o exemplo do professor H.L.A. Hart ao tratar de textura aberta da linguagem: “É a proibida a entrada de veículos no parque.” *Proibido, veículo e parque* são os símbolos a que me refiro. No exercício do professor Hart girará em torno do campo semântico de “veículo”, e exigirá um esforço do intérprete, mediante certos métodos de interpretação, para determinar-lhe um sentido.⁵⁵

Esse texto normativo não é (ou a boa técnica legislativa sugere que não deveria ser) como uma narrativa tal como praticada nos romances da literatura. Como apontado anteriormente, a linguagem adotada na redação dos enunciados é normativa, de forma que o vernáculo é empregado de maneira que tenha a essência de um “dever-ser”, elemento sem o qual não se poderia falar em linguagem dessa natureza (é proibido, é permitido, é obrigatório). Há de se encontrar algum elemento desta natureza para que se possa falar em linguagem normativa.

Tércio Sampaio ainda nos ensina que a operação do direito através do texto nada mais é do que uma expressão da comunicação humana. O direito se circunscreve a uma linguagem falada, ao passo que a música, a uma linguagem musical. Ensina-nos o autor:

“Essa comunicação admite várias linguagens (falada, por gestos, pictórica, musical etc.). Em consequência, a descrição da realidade depende da linguagem usada, e em casos como o da música pode-se dizer até que a linguagem (musical) e a realidade (musical) se confundem.”⁵⁶

⁵² Cf. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014, p. 147. “É necessário dizer, também, que tais conflitos e contradições são expressos pelo direito através de uma linguagem, a linguagem jurídica. E a linguagem jurídica porta em si, mais que outras linguagens, postadas em distintos níveis do social, marcas e traços dessas demais linguagens, dos demais discursos do social – mesmo porque o social desenvolve diversos discursos.”

⁵³ FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Op. cit.*, pp. 47-55.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 212.

⁵⁵ SCHEICARA, Fabio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016, pp. 87, 88.

⁵⁶ FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Op. cit.*, p. 15.

A despeito do total e justificado enfoque à linguagem falada, a partir do qual se fundamenta a operação da interpretação/aplicação do direito, Tércio Sampaio deixa claro que a comunicação pode ser dar por outros tipos de linguagem. Desenvolveu-se um mecanismo de comunicação de normas que se deu predominantemente através do texto. Segundo Manderson, o direito legislado poderia ter sido expresso na História através de imagens, por exemplo. Todavia, a tradição cristã, que desconfiava das imagens, acabou por rechaçar sua utilização na evolução do que seria uma tecnologia de comunicação normativa⁵⁷. A comunicação do legislador para os julgadores seria mais precisa mediante o texto.

Do lado da música, haveria de se formatar um mecanismo de comunicação musical, em que o criador de uma obra pudesse transmitir o que gostaria que fosse executado em um instrumento musical. A grafia também foi o caminho, adaptada às peculiaridades que a música exige. Desenvolveu-se um tipo de comunicação em que seria possível veicular comandos que pudessem abarcar, com precisão, ideias de intervalo de tempo, de alturas, de timbres e de intensidade. Surgiu uma notação musical, desenvolvida para abarcar todas essas variáveis em seu texto. Da mesma forma, portanto, a comunicação do compositor e o intérprete musical se deu mediante a grafia, ainda que não se trate de um tipo de texto que se valha de palavras, mas de notações que valorizem a precisa comunicação de elementos musicais para o intérprete.

Daí que é possível se extrair dois argumentos: o primeiro é que a música assume, pelo menos em uma dimensão específica, a forma de linguagem, e a segunda é que a linguagem musical tem natureza igualmente normativa. Apesar do mantra popular de que “a música é a linguagem universal”, defender que música é linguagem é um debate espinhoso do ponto de vista filosófico e jamais se terá aqui a pretensão de esgota-lo⁵⁸.

Uma possível objeção a esses argumentos é a de que os signos adotados no texto musical são absolutamente diferentes dos que se adota no direito, que opera mediante o

⁵⁷ Cf. MANDERSON, Desmond. *Songs...*, p. 32.

⁵⁸ Vladimir Jankéklévitch, filósofo franco-russo que nega a natureza de linguagem da música, em sua obra, desautoriza Schopenhauer por dar à música a condição de linguagem. Este último filósofo dá à música a condição de mais elevada expressão da vontade, em estatura igual à das ideias platônicas, *verbis*: “He [the man] alone, because endowed with the faculty of reason, is always looking before and after on the path of his actual life and of its innumerable possibilities, and so achieves a course of life that is intellectual, and is thus connected as a whole. In keeping with this, melody alone has significant and intentional connexion from beginning to end. Consequently, it relates the story of the intellectually enlightened will, the copy or impression whereof in actual life is the series of its deeds.” [...] “Melody, however, says more; it relates the most secret history of the intellectually enlightened will, portrays every agitation, every effort, every movement of the will, everything which the faculty of reason summarizes under the wide and negative concept of feeling, and which cannot be further taken up into the abstractions of reason. Hence it has always been said that music is the language of feeling and of passion, just as words are the language of reason.” *In* SCHOPENHAUER, Arthur; PAYNE, E.F.J. (trans.). **The World as Will and Representation**. New York: Dover Publications, 1968, p. 258, 259.

uso da palavra. Dentre as diversas plataformas de escrita musical, a partitura, como suscitou Zavascki, é a notável forma de expressão gráfica da música. Diferentemente das palavras, a notação musical, como o próprio nome sugere, está adstrita ao som e ao modo como ele é executado. Ela não tem a pretensão de servir como instrumento para se referir a quaisquer outras ideias tais como as palavras pretendem. Por essa razão que no plano filosófico, há quem objete a “linguisticidade” da música, porque ela não tem o poder de transmitir ideias tal como as palavras têm.

Se não há linguagem, não há comunicação e, portanto, a comparação que se pretende fazer neste trabalho deixa de ter qualquer sentido. Há uma metáfora da qual se vale Vladimir Jankélévitch defendendo essa posição, ao dizer que assumir uma ideia de linguagem para a música significa incorrer em um preconceito metafísico⁵⁹, *verbis*:

“Esta é a diferença entre o geômetra, o poeta e o flautista: o geômetra, como o código civil, diz exatamente o que tem a dizer para sustentar a sua demonstração, sem desperdícios nem subentendidos, sem floreios ou alusões – pois trilhos e arpejos não são assunto de matemático; o poeta, esse, diz outra coisa, ou de mais ou de menos, mas o próprio facto de amplificar ou de sugerir comprova que as suas palavras já possuem um sentido; quanto ao flautista, não exprime absolutamente nada, todo o seu discurso se reduz a arabescos e linhas e frases. A própria distinção entre frase e perífrase, entre locução e circunlocução, entre melodia e floreio ou fioritura denuncia, mais uma vez, o preconceito dogmático e pragmático segundo o qual a música, como linguagem, serviria para transmitir pensamentos.”^{60 61}

Entretanto, se tomarmos o triângulo de *performance* de Balkin como referência, a dimensão intrincada desse debate está apenas no momento da expressão sonora da partitura, ou seja, quando o intérprete comunica para a audiência a composição na forma de som. Mas no que concerne a interação entre o compositor e o intérprete por meio do texto, a objeção da natureza de linguagem dada à música é mais facilmente vencida. É de se ter em mente, de fato, que a ideia de linguagem dependesse de uma demonstração empírica de que o compositor pode transmitir as ideias que pensa através de sons musicais, seria necessário discutir inúmeras acepções do que seja linguagem para

⁵⁹ Cf. JANKÉLÉVITCH, Vladimir. **A música e o inefável**. Almedina: Lisboa, 2018, p. 29. “De facto, o preconceito metafísico assenta na ideia de que a música é uma linguagem, uma espécie de linguagem cifrada cujo alfabeto são as notas da escala. A linguagem é o modo de expressão humano por excelência, o mais manejável e o mais volúvel, mas não é o único: o homem é um animal falante e, secundariamente, é um animal cantor.”

⁶⁰ *Ibid.*, p. 80

⁶¹ Cf. *Ibid.*, p. 75. “A música não é, então, nem uma “linguagem”, nem um instrumento para comunicar conceitos, nem um meio de expressão utilitária (pois nunca se é obrigado a cantar; no entanto, não é pura e simplesmente inexpressiva, nem o espressivo é um pecado!)”

identificar se a música, de fato, é ou não⁶², em uma aventura filosófica de difícil demonstração. É pela dificuldade de se provar que música é linguagem, nessa dimensão, que Jankélévitch, por exemplo, não admite que, ao ouvirmos uma obra qualquer, possamos acessar aquilo que se passava pela mente do compositor. A conclusão disso seria que a ideia de música enquanto linguagem é um preconceito metafísico, tal como adotou Schopenhauer.

De outro modo, se alterarmos o foco da observação para a interação entre o compositor e o intérprete, como mencionado anteriormente, tão somente através da notação musical, não há como se negar o caráter comunicativo da música. A partitura, enquanto plataforma da notação musical, é composta por signos artificiais mediatos que significam sons e as formas na qual eles devem ser executados. O texto musical, portanto, compõe um universo semântico particular, que não tem a ver necessariamente com as ideias que as palavras buscam significar, mas uma semântica estritamente sonora, limitada ainda pelo sistema temperado⁶³. Dessa forma, ao mesmo tempo em que é defensável, e correta, a justificativa de que a partitura musical não é capaz de transmitir uma carga semântica tal qual a linguagem verbal, ela é capaz de comunicar ao seu leitor qual o conjunto de sons e em que condições eles devem ser executados para identificar uma dada composição⁶⁴. Esta é a linguagem musical, que não só comunica, como também prescreve. Jankélévitch inclusive entra em contradição ao sustentar ao mesmo tempo que música não é linguagem, em absoluto, mas que o músico pode propor um sentido que é normativo⁶⁵, *verbis*:

“Mas a força do hábito, da associação e da convenção, consolidando a sugestão facinante do gênio, acabam por tornar

⁶² Ann Clark realiza um estudo sobre quatro possíveis acepções de linguagem pelos quais a música poderia se encaixar nesse conceito. Alguns prosperam e outros, não. Em uma acepção semiótica da música, Clark nega a ideia de linguagem: “There can be no semiotics of music if by “sign” is meant one kind of thing which stands for, and hence is read as, another kind of thing. There cannot be a semiotics of music because musical structures cannot support semantics. A language or symbolic system is a system susceptible of interpretation. As such, it has to have some features which music does not have.” Cf. CLARK, Ann. **Is Music a Language?**, in *The Journal of Aesthetics and Art Criticism*, Vol. 41, No. 2 (Winter, 1982)

⁶³ O sistema temperado é aquele que define um conjunto de sons limitados a doze tons (notas musicais) por oitava (intervalo entre duas notas na qual a primeira tem a metade ou o dobro da frequência da segunda). O sistema temperado não esgota todos os sons possíveis mediante os quais se pode fazer música, mas toda a prática ocidental se voltou ao uso desse sistema.

⁶⁴ Cf. IZZO, Valerio Nitrato. **Interprétation, Musique, Droit: Performance Musicale et Exécution de Normes Juridiques**, Bruxelles: Université Saint-Louis, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* (2007), p. 107. “Le problème [du langage], que nous ne prétendons pas résoudre ici, n’apparaît pas insurmountable si nous considérons la musique comme une structure formée significant, qui se sert d’un code sémiotique formé de signes mais pas de mots.

⁶⁵ Essa pergunta levou Sébastien Cacioppo a se perguntar se é possível se falar em um direito musical ao propor uma analogia entre a regra de direito e a regra musical. Ver CACIOPPO, Sébastien. **Peut-on parler d’un “droit musical”?** *Essai d’une analogie entre la règle de droit et la règle musical* in SIGNORILE, Patricia (dir.). **Entre norms et sensibilité: Droit et Musique – Hommage à Norbert Rouland**. Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2017, pp. 131 a 140.

organicamente **necessário** e quase **normativo** o sentido proposto pelo músico [compositor]. Ninguém pode conceber a *Sonata n.º 2* de Chopin numa tonalidade diferente de Si bemol menor ou a *Barcarola* numa tonalidade que não seja fá sustenido Maior [...]"⁶⁶.
(grifei)

Roger Scruton nega o pensamento de Jankélévitch de que considerar música como linguagem é um preconceito filosófico. Negar o caráter linguístico significa ignorar a coesão interna de como a música opera. Diz o filósofo inglês:

“Music exists when rhythmic, melodic or harmonic order is deliberately created, and consciously listened to, and it is only language-using, self-conscious creatures, I argue, who are capable of organizing sounds in this way, either when uttering them or when perceiving them.”⁶⁷

A vantagem ainda do texto musical é que ele é dotado de muito mais precisão para veicular o pensamento do compositor do que o texto falado. Se para cada nota fosse necessária uma frase da linguagem falada, a interpretação e a execução se tornaria inviável. O tipo de notação que se desenvolveu com Guido de Arezzo no século XI e se aperfeiçoou apesar dos tempos dotou de uma enorme precisão a comunicação sentido musical pretendido pelo compositor ao intérprete. Tanto que Stravinski, ao comparar o cantor lírico com uma intérprete de teatro, cuja atividade é orientada através da linguagem falada, diz esta tem muito mais discricionariiedade na exploração do texto do que aquele. Não é só dever do intérprete musical a deferência a noção musical, como é da própria natureza dessa grafia ser precisa o suficiente para mais restringir a ação do intérprete, *verbis*:

“In addition, the language of music is strictly limited by its notation. The dramatic actor thus finds he has much more latitude in regard to *chronos* and intonation than does the singer who is tightly bound to *tempo* and *melos*.”⁶⁸

Há, portanto, uma comunicação realizada entre o compositor e o intérprete através da notação musical, e esta comunicação se dá através de signos artificiais (notação musical) que remetem ao som e a forma de executa-lo. Como bem explica Valerio Nitrato Izzo:

“La fixation du discours musical à travers l’écriture et l’accomplissement de la fonction de distanciation [entre le créateur et l’interprète] opèrent d’une façon que nous trouvons analogue a celle du droit. En effet, le texte juridique se fixe à partir de

⁶⁶ JANKÉLÉVITCH, Vladimir. *Op. cit.*, p. 74. Ele cita muitos outros exemplos nas reticências.

⁶⁷ SCRUTON, Roger. **Understanding Music**. London/NY: Ed. Continuum, 2009, p. 6

⁶⁸ STRAVINSKY, Igor. *Op. cit.*, p. 122.

l'utilisation du langage naturel, devenu langage technique au sens linguistique.”⁶⁹

E para quê se faz necessário o texto para essas duas atividades? Se o criador do texto, seja jurídico ou musical, fosse capaz de estar presente para enfrentar cada caso concreto, não seria necessário um intérprete. Todavia, na seara da música, especialmente na época em que não se dispunha de tecnologias avançadas de gravação, reprodução e difusão de *performances*, não havia como o compositor instruir quaisquer intérpretes sobre como executar aquele texto, se não através do texto em si. Daí que se torna pertinente o ensinamento de Desmond Manderson, ao sustentar que, tanto para o direito como para a música, “[t]he power of the text corresponds, by definition, to the absence of the author, and therefore to his inability to impose in any direct sense his meaning or intention.”⁷⁰

O mesmo opera com o direito, por razões pragmáticas e ideológicas. As pragmáticas envolvem o fato justamente de o legislador, sobretudo nas democracias, não ser uma figura una, logo não haveria como um integrante do Poder Legislativo se arrojar à posição de qual seria a melhor interpretação de um texto promulgado pela instituição que compõe. Não há como um juiz consultar o legislador sobre o que ele quis dizer com determinada norma a cada caso concreto. A ideia de vontade do legislador é, no máximo, uma metonímia se referindo à justificação do autor do respectivo projeto de lei, a considerações feitas pelo relator no momento de seu referendo ao projeto na Comissão e a debates travados nas sessões legislativas. É evidente que estes elementos podem compor a *ratio decidendi* do juiz, mas a ideia de vontade do legislador não é aquela proposta de legislador racional com capacidades metafísicas⁷¹. Um método de decisão orientado pela *mens legislatoris*, ainda que possivelmente mais institucional, possui altíssimos custos de decisão e de processamento de informações, com altas chances de imprecisão⁷². Por isso que Schauer propõe um modelo de decisão baseado em regras, em que a justificação subjacente ocupa um papel eminentemente secundário:

⁶⁹ IZZO, Valerio Nitrato. *Op. cit.*, p. 106.

⁷⁰ MANDERSON, Desmond. **Fission...** *Op. cit.* p, 4.

⁷¹ Tércio Sampaio, citando Nino, aponta treze propriedades do legislador racional, sustentando que é uma figura singular, permanente, única, consciente, finalista, onisciente, onipotente, justa, coerente, onicompreensiva, econômica, operativa e precisa na sua atividade. Tratando-se este de plano teórico, a implicação na razão prática é a de que “[t]al exigência de compartilhamento de padrões mínimos de racionalidade é condição necessária de todo e qualquer ato interpretativa, dentro de uma teoria geral da interpretação de comportamentos. Atribuir intenções desarrazoadas ao agente interpretado simplesmente mina a possibilidade de interpretar, posto que a identificação de sentidos normativos necessariamente pressupõe uma adequada conceptualização do agente interpretado.” *In* FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Op. cit.*, p. 235.

⁷² V. SCHEICARA, Fabio P.; STRUCHINER, Noel. *Op. cit.*, p. 76; V. também VERMEULE, Adrian. **Três estratégias de interpretação** in RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **A Justificação do Formalismo Jurídico. Textos em debate**. São Paulo, Saraiva, 2011, pp. 147, 153.

“When a legislature enacts a statute, it enacts a set of words, and at no time does it vote on a purpose or a goal or a background justification apart from the words. It certainly does not vote on the intentions expressed in the speeches or writings of individual legislators. Indeed, at times different legislators may well have different intentions or different purposes in mind, and the words enacted may represent the point of compromise among legislators with different goals and different agendas.”⁷³

A razão ideológica tem a ver com o princípio que rege a maior parte das democracias contemporâneas, que é a separação dos poderes. Uma vez que idealmente o legislador é um corpo que reflete uma representação de uma maioria, é nele que se encontra a legitimidade para determinar, através do devido processo legislativo, o comportamento dos indivíduos que se submetem a um sistema jurídico. Os comandos dessas autoridades são emitidos pelo texto, por enunciados normativos, que são confiados a autoridades jurisdicionais para aplica-los aos casos que são submetidos ao seu exame. Estes textos normativos que são promulgados devem ser entregues para um intérprete que não se oriente por valores efêmeros e oscilantes, mas tão somente pelo texto que a ele foi delegado defender. A delegação da interpretação e aplicação do direito a intérpretes neutros visa garantir que a própria vontade da maioria seja assegurada em defesa dela própria e das minorias. A razão institucional de que haja um agente neutro na aplicação do texto normativo faz com que estes enunciados, enquanto fonte de direito, assumam relevância primordial na atuação do juiz. Não há interpretação sem o objeto interpretado, e este objeto é (ou, pelo menos, deve ser) o texto.

Por fim, os juristas Desmond Manderson e Jahiel Ruffier-Meray propõem que há uma convergência histórica que justifica a semelhança entre direito e música no plano do texto. Segundo Ruffier-Meray, tanto o direito como a música de concerto seguem caminhos semelhantes no respectivo processo de *codificação*⁷⁴. Desde o século XI, quando Guido de Arezzo construiu as primeiras noções do que viria a ser a partitura musical no tempo presente, até meados do século XVI, a música ocidental experimentou uma transformação de uma tradição musical puramente oral para uma mescla entre oralidade e escrita, expressa através de *neumas*, que são o embrião da grafia atual⁷⁵. A escrita permitiu uma

⁷³ SCHAUER, Frederick. *Op. cit.*, p. 165.

⁷⁴ Cf. RUFFIER-MERAY, Jahiel. **Lire La Partition Juridique – Interpretation em droit et musique**, in INTERPRETER & TRADUIRE. Actes du colloque international des 25 et 26 novembre 2005. Faculté de Droit de Toulon. Ed. Bruylant Bruxelles, 2007, p. 239. “Ce qui est plus intéressant, c’est que le droit et la musique vont suivre la voie de la codification de manière concomitante.”

⁷⁵ Cf. STREYER, Hope. **From Neumes to Notes: The Evolution of Music Notation**. ... pp. 6, 7. “She [Berger] asserts that even after the creation of the staff, orality was the chosen method of learning music. Notation served as an aide by reminding singers of chants that they already memorized. As the specificity

comunicação de ideias musicais mais abrangente, permitindo com que a transmissão da ideia composicional transcendesse seu escopo não só no espaço, mas também no tempo, nas gerações vindouras. Além disso, nesse intervalo temporal, havia uma enorme tradição da prática da criação espontânea, do improviso. Tal como nos ensina Manderson, “[m]uch of Bach’s greatest music cannot be fully understood without na appreciation of the rich tradition of music improvisation on which it relies”⁷⁶. Uma evidência disso, apesar de já iniciado um movimento de apego ao texto, é o primeiro relato musical trazido neste trabalho, o *impromptu* de Schubert. Do latim, *impromptu* significa improviso.

Da mesma forma o direito evoluiu. O direito predominantemente costumeiro até que as primeiras redações oficiais dos costumes aparecessem entre o final do século XIII e o início do século XIV⁷⁷. Ensina-nos Manderson que, na Inglaterra, o que se tinha como noção de lei nessa época era algo semelhante a uma carta, não uma prescrição, *verbis*:

“An early statute looks and reads like a letter, and that is what it was. “The King to his justices of the bench, greetings,” such letter might begin. Statute laws were not originally statements of norms. They were not intended to declare new doctrines or principles to be followed by a general public. They were *histories*, memos of agreement made at a particular meeting – a parliament – that record by and large procedural instructions from the king to its lieutenants, sheriffs, judges and so on, about how to execute that conversation.”⁷⁸

O enunciado normativo, com o passar do tempo, passou por uma evolução verdadeiramente tecnológica, cujo epítome se deu no Código Civil Napoleônico de 1804. Com essa evolução, uma postura que anteriormente atribuía maior liberdade ao intérprete (elemento que examinaremos na seção seguinte) passou a marchar em sentido contrário. Um avanço na precisão do comando normativo criou uma ideologia mediante a qual o intérprete não deveria fazer quaisquer considerações extratextuais para além das prescrições normativas que deveriam ser simplesmente aplicadas. Explica-nos Ruffier-Meray que “[c]e mouvement de mise par écrit du droit se poursuivra jusqu’à la “sacro-sainte” codification napoléonienne dont le corollaire est bien sûr l’école de l’exégèse et le “culte de la loi”⁷⁹.

of music notation increased, it did not radically replace the use of oral tradition. Instead, orality and music notation continued in complementary roles.”

⁷⁶ MANDERSON, Desmond. *Fission...*, p. 1

⁷⁷ Cf. RUFFIER-MERAY, Jahiel. *Op. cit.*, p. 239. “Les premières redactions officielles des coutumes apparaissent à la fin du XIII^e siècle et au début du XIV^e siècle, notamment dans le Midi.”

⁷⁸ MANDERSON, Desmond. *Fission...*, p. 2

⁷⁹ RUFFIER-MERAY, Jahiel. *Op. cit.*, p. 240.

O ponto defendido nessa aproximação entre direito e música é que o desenvolvimento do texto não teve somente a função de expandir o alcance no espaço e tempo, mas também de restringir a liberdade do intérprete quando tiver de aplica-lo, a fim de buscar preservar a maior correspondência possível entre aquilo que o criador do texto propôs e a realidade que ele busca criar no mundo.

A defesa desse ponto tem razões históricas, pois a música muito influenciou o direito na sua construção teórica. O entendimento do direito enquanto ordenação racional, e não metafísica, contou com elementos de diversas outras áreas do saber, dentre elas a teoria da música. É a lição de Tercio Sampaio Ferraz Jr.:

“Tal formalização é que vai ligar o pensamento jurídico ao chamado *pensamento* sistemático. [...] O pensamento sistemático, sobretudo no começo do século XVII, em conexão estreita com o problema da certeza na discussão teológica, foi transposto da teoria da música e da astronomia para a teologia, para a filosofia e para a jurisprudência.” (sublinhei)^{80 81}

Mais à frente, já no século XIX, Desmond Manderson e Jahiel Ruffier-Meray defendem que a consecução destes propósitos no direito e na música tem as mesmas razões e compartilham similitude histórica do papel do intérprete. Sugerem que a evolução do texto jurídico e musical se deu de uma forma a reduzir as possibilidades de o intérprete de dele desviar⁸². Notadamente no século XIX, não foi só a emergência do positivismo jurídico que prosperou na Europa, mas uma espécie do que seria de positivismo (ou melhor, textualismo) musical. Explica-nos Valerio Nitrato Izzo:

“En termes plus historiques, Desmond Manderson a montré de façon convaincante comment l’abandon de l’improvisation en musique coïncide temporellement avec l’acceptation du formalisme juridique. L’accent sur la rationalisation est effectué par la centralité de la textualité et l’idée d’un véritable interprète est d’apporter une réponse à la volonté de l’auteur, que souffre d’une certaine “anxiété textuelle”, comme il l’a défini.”⁸³

⁸⁰ FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Op. cit.*, p. 42.

⁸¹ Aqui, segundo Tercio Sampaio, vigorou-se um período no qual o direito ficou menos adstrito ao texto e mais dependente de construções teóricas e artificiais. “Ora, o conceito de sistema é, conforme o testemunho de Wieacker (1967:275), a maior contribuição do chamado *jusnaturalismo* moderno ao direito privado europeu.” Cf. *Ibid.*, p. 43. Já se ressaltou, como também se fará adiante, que nesse período os intérpretes da música também não tinham o que Manderson chama de “ansiedade textual” dos compositores, ou seja, uma ansiedade de cumprimento autêntico do comando do texto. Cf. MANDERSON, Desmond. **Fission...**, pp. 3-7.

⁸² Cf. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Op. cit.*, p. 48. “O fato de o direito tornar-se escrito contribuiu para importantes transformações na concepção de direito e de seu conhecimento. A fixação do direito na forma escrita, ao mesmo tempo em que aumenta a segurança e a precisão de seu entendimento, aguça também a consciência dos limites.”

⁸³ IZZO, Valerio Nitrato. **L’improvisation dans le jugement juridique**. In. SIGNORILE, Patricia (dir.). **Entre normes et sensibilité. Droit et musique. Hommage à Norbert Rouland**. Aix-Marseille: Presses Universitaires, 2017, p. 95.

Não é demais repetir: ainda que o texto não seja capaz de esgotar o pensamento do autor, seu propósito não foi para que se mantivesse o protagonismo do autor na criação de uma realidade no mundo, e não do intérprete. Seja porque o texto permite que as ideias de seu autor não dependam da sua presença no espaço e no tempo, seja porque o texto foi ganhando cada vez mais condições de ser mais preciso, a fim de que o intérprete não exerça maior atividade criativa.

Mas sem o intérprete, a criação do autor é apenas texto. E tal como nos ensina Sebastien Cacciopo, *verbis*:

“[L]a règle de droit qui n’est pas appliquée, qui ne fait l’objet d’aucune décision prétorienne, n’a *in fine* aucune utilité; [...] De même, une pièce musicale transcrite sur une partition rangée dans un tiroir, sans jamais n’être jouée, est condamnée à tomber dans l’oubli. Cela ne signifie pas, en revanche, que la musique écrite sur cette partition n’a aucun intérêt artistique, mais si personne ne l’exécute, elle restera à jamais amputée de sa finalité: être entendue du public.”⁸⁴

Quem dará sentido ao texto na irremediável ausência do autor é o intérprete. E é sobre ele que, ainda a partir da analogia de Teori Zavascki, agora se iniciam algumas considerações.

2.3. A necessidade do intérprete.

*“Legislature is like a composer. It cannot help itself: it must leave interpretation to others, principally to the courts.” (Jerome Frank)*⁸⁵

O segundo elemento examinado na analogia que Teori Zavascki fala “daquele que diz o que está escrito”. Em outras palavras, trata do intérprete enquanto agente criador da norma. Rememore-se que a analogia de Zavascki trabalha com a ideia de que a norma não é o que está escrito, mas aquilo que o intérprete diz que está escrito. Daí se extrai que o intérprete, que executa um exercício criativo orientado a partir de uma fonte escrita, é aquele que diz o que está escrito do texto normativo interpretado. A princípio, ele é um intermediário necessário para que tanto o direito como a música se completem.

⁸⁴ CACIOPPO, Sébastien. **Peut-on parler d’un “droit musical”?**, in SIGNORILE, Patricia (dir.). *Op. cit.*, p. 133

⁸⁵ FRANK, Jerome. **Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation.** *Columbia Law Review*, vol. 47, N° 8, Dec. 1947, p. 1264.

Se se parte da premissa que o intérprete é um intermediário necessário para que o direito e a música se completem, cabe indagar: quem são seus respectivos intérpretes?

Mas antes de enfrentar a questão da relevância do intérprete para a operação do direito e da música, é imprescindível lembrar que tanto o jurista como o músico não tem suas atividades adstritas a interpretação e aplicação/execução de textos. Esta é apenas uma dimensão de muitas atividades que exerce.

O operador do direito não é um simples técnico. Ele não se presta somente a extrair significados de textos normativos e aplicar a casos concretos – seja na de uma tese, seja na produção de uma decisão. Ser jurista é algo de dimensão múltipla. Significa, dentre tantas atividades, pensar as instituições que vigem em um sistema jurídico para a consecução mais eficiente de objetivos constitucionais, propor ao legislador enunciados normativos orientados por técnica legislativa adequada, observar o impacto do direito nas outras áreas da realidade humana (sociedade, economia e cultura, por exemplo)⁸⁶.

De igual forma, ser músico implica em atividades que transcendem ler uma partitura. O músico não opera apenas no plano da interpretação, sendo que esta atividade é a que menos exige a criatividade, valor tão caro para qualquer prática artística. São competências do músico, além da interpretação, a composição, o arranjo e a improvisação. Para a composição como para o arranjo sequer é necessário que o músico seja capaz de executar um instrumento ou o faça com maestria. O que é necessário para o exercício dessas duas competências é o domínio das técnicas de notação e análise⁸⁷ musical, e não a fluência instrumentística. Tal como a própria natureza do substantivo “*instrumento*” propõe, ele é totalmente dissociado da música em si. Pianos, violinos, guitarras, violões, ou mesmo a mesa de DJs, não são imprescindíveis para que a música exista, mas é somente através dos instrumentos que os indivíduos não-familiarizados com didática da música são capazes de acessá-la. Compor, arranjar e improvisar são atividades que a criatividade do músico na dimensão mais profunda, que é potencializado através de uma orientação adequada, mediante o uso de técnicas e ferramentas que são obtidas pelo estudo e exercício constantes. A lição de Bohumil Med, citada nas considerações iniciais a esta seção do trabalho, bem ilustra isso.

A atividade de interpretar musical e juridicamente, tal como os casos apresentados na seção anterior podem sugerir, possuem dimensões semelhantes. Ao intérprete cumpre comunicar um texto emanado por um criador a uma audiência de uma outra forma, sendo

⁸⁶Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Op. cit.*, p. 23. Estas atividades compõem o que Tercio Sampaio chama de “zetética jurídica”, conforme os exemplos que dá em sua obra *Introdução ao Estudo do Direito*.

⁸⁷ Esta competência inclui o estudo de harmonia funcional, contraponto, ritmos, solfejo, dentre outras.

que esta só pode ter acesso ao sentido da prescrição produzida por daquele através da ação que este mediador exerce⁸⁸. Interpretar é uma habilidade que requer do intérprete um instrumental teórico e prático que viabilize a extração do sentido do texto conforme determinados cânones técnicos. E a imprescindibilidade do intérprete, seja para o direito como para a música, é justificada seja pela incapacidade do receptor da interpretação de acessar adequadamente o sentido do texto, como também pela necessidade de fazer cessar controvérsias derivadas da vagueza e da textura aberta que os textos ontologicamente carregam. Vale reforçar: o intérprete pode ser considerado o comunicador de uma mensagem, seja ela semântica, se utilizar-se das palavras, seja ela sonora, se utilizar-se dos sons.

Os intérpretes musicais e jurídicos vinculam, respectivamente, ouvintes e litigantes. A necessidade do intérprete, tanto no direito como na música, se impõe por duas justificativas. A primeira é porque o receptor final do texto originário não é capaz de receber o seu sentido autonomamente, dependendo de alguém que domine a tecnologia da respectiva área para compreender esse texto. Já a segunda é a necessidade de que uma mesma comunidade comungue de uma mesma interpretação sobre um mesmo texto nas mesmas circunstâncias, ainda que o receptor final seja capaz de extrair significados adequados do texto. A primeira justificativa, portanto, é uma razão de ordem *cognitiva*, enquanto a segunda, de ordem *autoritativa*.

Examine-se portanto cada uma dessas justificativas apresentadas anteriormente, a começar pelo direito.

A interpretação jurídica não é uma atividade exclusiva do juiz. Advogados, auditores, delegados, professores e os próprios cidadãos também o fazem. A produção de normas não está adstrita ao juiz, porquanto as atividades do cotidiano são diretamente afetadas pelo direito. Isso é facilmente detectável com exemplos do cotidiano, senão vejamos: o simples fato de parar o carro diante do sinal vermelho significa que a interpretação de um sinal gráfico (que sequer é um texto verbal) é capaz de prescrever um comportamento jurídico que, uma vez adimplido, se esgota ali; ou, quando alguém que proceder com a sua declaração de imposto de renda e não cair na “malha fina”, envolve-se de igual forma um conjunto de interpretações de diversos textos que gera diversas normas criadas por intérpretes do direito que não o juiz, mas o cidadão comum⁸⁹. Há uma infinidade de

⁸⁸ Ao mesmo tempo em que o intérprete musical transforma um mesmo objeto da sua expressão de notação musical em som, o intérprete jurídico se vale de operações técnicas – sistemática, gramatical, histórica e teleológica – para reformular parafrasisticamente o mesmo objeto. Ou seja, transforma o meio de expressão do objeto. Cf. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Op. cit.*, p. 239.

⁸⁹ Cf. GRAU, Eros. *Ensaio...*, p. 76. Grau cita um exemplo semelhante que tomou de Carnelutti, *verbis*: “O homem faminto que, sem nenhuma moeda, ao passar por uma barraca de frutas não arrebatava uma maçã

contextos em que essa interpretação pode operar e, portanto, se esgotar em uma relação direta entre o legislador e o cidadão. Aquele foi capaz de prescrever uma conduta sem depender de que um intermediário a imponha ao jurisdicionado, de forma que a prescrição ali se completou⁹⁰. Se considerarmos que a criação da norma por um intérprete final diferente do juiz é uma realização plena do direito, então entende-se que o direito teria pelo menos uma dimensão autográfica, ou seja, “o autor [legislador] contribui sozinho para a realização da obra”⁹¹. Se o direito pudesse se realizar em conformidade com os exemplos apresentados, para que seria necessário o juiz?

Todavia, é intuitivo observar que se o direito fosse plenamente autográfico - ou seja, independente de um intermediário cuja interpretação vincule os receptores finais do texto -, ele seria inútil. Isso porque, além do fato de a linguagem verbal ontologicamente carregar uma patologia que é a vagueza e sua textura aberta, a interpretação jurídica estaria sujeita a um amplo particularismo de quem interpreta e aplica a lei ao caso concreto. Se o direito fosse autográfico, tal como a literatura, a pintura e o cinema são artes autográficas, ele não seria capaz de dirimir conflitos, muito menos de prescrever comportamentos para as pessoas que se submetem àquele sistema jurídico⁹². Diferentemente de uma prescrição de natureza “é permitido”, “é proibido” ou “é obrigatório”, teríamos aí um manual de orientações de conduta ao arbítrio de que o interpreta.

Isso não quer dizer que os destinatários finais dos textos normativos não possam divergir na sua interpretação. O próprio processo civil possui no fundamento de seu desenho a divergência na interpretação da lei, ao colocar sobre disputa uma pretensão resistida que se baseia na busca de a qual tese o sistema jurídico dará razão para a solução do conflito. Se a divergência na interpretação da lei persevera, como o próprio instinto sugere, o caos passa a imperar, na medida em que conflitos não podem ser solucionados. Daí porque uma autoridade há de ter o poder de eleger uma resposta possível dentre as corretas que podem ser extraídas de um texto normativo. Este é o intérprete autêntico de Kelsen, o juiz, que emana, mediante uma decisão, uma norma, um ato de vontade que

interpreta um texto – que coíbe o furto -, *produzindo norma*. Porque a interpretação do direito consiste em *concretar a lei* em cada caso, isto é, na sua *aplicação* [Gadamer 1991; 401], o homem faminto, então, ao interpretar a lei, desde o seu caso concreto, a aplica”.

⁹⁰ Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 245. Kelsen já havia manifestado uma preocupação na qual o direito deve ser compreendido não só por aqueles que também o aplicam, mas por aqueles que somente o observam, *verbis*: “[o]s indivíduos, que têm - não de aplicar, mas -de observar o Direito, observando ou praticando a conduta que evita a sanção, precisam de compreender e, portanto, de determinar o sentido das normas jurídicas que por eles hão de ser observadas.”

⁹¹ *Ibid*, p. 21.

⁹² Não estou aqui ambicionando a criação de um conceito de direito, mas tão somente destacando alguns elementos que constituem finalidades do direito enquanto instrumento de regulação da vida em sociedade.

deve ser produto de um ato de cognição dos textos normativos relevantes. Por esta razão que há razões institucionais para incentivar que juízes não apenas dominem a tecnologia referente à tomada de decisão com maestria, como também estejam desincentivados a tomada de decisão por influências estranhas à operação de justificação da decisão jurídica. Isso justifica por exemplo as garantias constitucionais insculpidas no art. 95 da Constituição da República. A norma de decisão é uma atividade do juiz que visa pôr fim a uma divergência, vinculando as partes (*inter partes*) ou toda a jurisdição (*erga omnes*) a uma orientação interpretativa em detrimento de outras, a fim de resolver conflitos e gerar previsibilidade. Tércio Sampaio bem resume o que seja o argumento autoritativo:

“O órgão interpretante *define-lhe* o sentido [da norma]. Definir, do latim *finis*, significa estabelecer limites, fronteiras. Essa definição, diz Kelsen, é produto de um *ato de vontade*. Trata-se de um “eu quero” e não de um “eu sei”⁹³

Note-se que nas artes em geral, diferentemente do que se opera no direito após a tomada de decisão, uma pluralidade de interpretações é inclusive desejável. Mas isso não significa dizer que qualquer interpretação seja válida, ainda que o objeto interpretado só não precise ser compreendido mediante um intermediário. E é por isso que é tão importante que o intérprete domine o instrumental teórico para vincular aqueles que serão impactados com o exercício de sua interpretação.

Se é dado que não vale qualquer interpretação quanto a arte em geral, menos ainda poder-se-ia admitir uma operação hermenêutica arbitrária no direito. Uma possível interpretação de texto normativo não precisa chegar a este alto grau de qualificação *ad absurdum* para que ela deva ser rechaçada, porque o direito precisa ser previsível. Para que ele bem oriente o comportamento humano, é imprescindível que os jurisdicionados estejam vinculados a um mesmo entendimento normativo em detrimento de outros, ainda que estes sejam possíveis.

O intérprete jurídico existe porque o direito não tolera a divergência quando se trata de qual deva ser a prescrição a ser adotada nos casos em que atraem a incidência de textos normativos idênticos em condições fáticas semelhantes. Sua razão de ser é sobrepor a sua vontade – o seu significado do objeto interpretado – quando uma divergência lhe é apresentada. Ressalte-se que não se está querendo dizer que a divergência não é útil na

⁹³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Op. cit.*, pp. 217, 218. Tércio, adianta, reconhece na filosofia de Kelsen que o argumento autoritativo não é puro, nos seguintes termos: “Kelsen, evidentemente, não desconhece e até reconhece que tais atos de vontade estejam baseados em atos cognitivos. Até por dever de ofício, um juiz, por exemplo, tem que fundamentar sua sentença e dar à fundamentação uma coerência. Para isso, certamente faz uso de seus *conhecimentos doutrinários*. Não obstante, observa Kelsen, se houver um desequilíbrio entre ato de vontade e o de conhecimento, prevalece aquele e não esse.”

construção de soluções de problemas jurídicos quando se enfrenta problemas em condições *de lege ferenda* ou *de jure constituendo*. É por essa razão que corpos legislativos e jurisdicionais são compostos predominantemente de colegiados, e não de autoridades singulares, com a única ressalva, no segundo caso, do juiz de primeira instância, cuja decisão estará submetida ao escrutínio de colegiados de toda forma.

Reforço que o direito não tolera divergência que prevê distintos tratamentos para casos semelhantes. Daí porque a interpretação em caráter final do direito é realizada por aquele que Hans Kelsen chama de intérprete autêntico, o juiz. Porque, além de delimitar o conjunto de interpretações possíveis dentro de uma moldura, ele é responsável por escolher uma delas e, com isso, vincular as partes em conflito na escolha que fez. Ou seja, a justificativa para a imprescindibilidade de um intérprete autêntico do direito não é puramente jurídica, mas jurídico-política, na medida em que o direito se esgota na delimitação de escolhas interpretativas que o intérprete autêntico pode fazer às margens de uma *moldura*. Esta é a lição de Fernando Leal, explicando a teoria de Kelsen, *verbis*:

“O resultado do procedimento interpretativo, como expressão dessa cognição, fixa, assim, apenas uma moldura que delimita os resultados juridicamente possíveis relacionados à norma aplicável (KELSEN, 1934, p. 94 s.).

A escolha por uma dessas opções é considerada um ato de vontade do tomador de decisão, não de conhecimento do direito. Determinar qual das opções dentro da moldura pode ser considerada “correta” é, para Kelsen, um problema não relacionado ao conhecimento do direito positivo e, dessa forma, não é uma questão de teoria do direito, mas um problema jurídico-político (KELSEN, 1934, p. 98).”⁹⁴

Por mais que se entenda que outra escolha diversa daquela que o intérprete autêntico fez poderia ensejar a melhor realização de valores ou consequências no mundo real, a norma editada pelo intérprete implica em seu acatamento e cumprimento, em prejuízo de todas as demais possibilidades que havia antes da decisão⁹⁵. Sobretudo que agora, no Brasil, vive-se um movimento de uniformização dos precedentes imposto pelo novo Código de Processo Civil⁹⁶, em que se busca enquanto valor do sistema jurídico a padronização decisória mediante casos semelhantes.

⁹⁴ LEAL, Fernando. **O formalista expiatório: leituras impuras de Kelsen no Brasil**, in REVISTA Direito GV São Paulo 10(1) | P. 245-268 | JAN-JUN 2014, p. 256

⁹⁵ Cf. IZZO, Valerio Nitrato. **Interprétation....** P. 123. “[L]e besoin de certitude qui distingue les textes juridiques, et qui ne se retrouve pas dans les textes littéraires, ouvert et sans conséquences pour leur interprétation, donc incapables d’assurer la stabilité du résultat de l’interprétation.”

⁹⁶ Vide, por exemplo, arts. 489, VI, 926, 927 do CPC.

O que legitima a autoridade do intérprete é, sobretudo, o reconhecimento pelos seus pares, que se dá em concurso ou por indicação política. E a fonte desse reconhecimento se dá (ou deve se dar) pelo preparo técnico, pela sua fundamentação. Tanto no direito como na música, interpretação que tanto aqui se discute é orientada a partir das premissas de um texto. É preciso, portanto, compreendê-lo. E não é teratológico, de forma alguma, que se diga que é possível que interpretações distintas podem ser extraídas de uma mesma fonte. A questão é que no direito isso é bem menos desejável do que na música. Mas a liberdade que estimula diversas interpretações não é plenamente arbitrária. É como se desprende da lição de Stravinski:

“The submissiveness and culture that we require of the creator, we should quite justly and naturally require of the interpreter as well. Both will find therein freedom in extreme rigor and, in the final analysis, if not in the first instance, success – true success, the legitimate reward of the interpreters who in the expression of their most brilliant virtuosity preserve that modesty of movement and that sobriety of expression. That is the mark of thoroughbred artists.”⁹⁷

Por isso que o argumento autoritativo não é puro. Sua legitimidade depende de um segundo argumento: o cognitivo. Um exemplo interessante que justifica a necessidade do domínio do instrumental teórico para legitimar a ação autoritativa do intérprete pode ser extraído a partir de um ensinamento dado pelo professor Bernard Zirnheld, membro do departamento de História da Arte e Belas Artes da Universidade Americana de Paris, quando ministrou uma disciplina sobre interações entre arte e política no Instituto de Ciências Políticas da mesma cidade. Era uma turma de intercâmbio. Os alunos dessa turma eram heterogêneos, cada um vinha de um contexto diferente: diversos países, distintas formações em nível superior, nem todos familiarizados a uma sensibilidade acurada do que seja o exame de obras de arte visuais (no caso, o foco era pinturas e esculturas).

Em razão disso, suas primeiras aulas tiveram o objetivo de familiarizar os estudantes à interpretação artística mediante uma apresentação panorâmica dos diversos movimentos artísticos que perpassaram a história, chamando a atenção para peculiaridades da estética, da história e de elementos individuais dos expoentes notáveis de cada movimento.

Após este panorama, o professor projetou, mas sem dar o nome, a obra *O Massacre dos Inocentes*, de Rubens⁹⁸ (ANEXO 1), para que examinassem e apresentassem

⁹⁷ STRAVINSKI, Igor. **Musical Poetics in 6 Lessons**. Massachusetts: Harvard College, 1947, p. 127, 128

⁹⁸ Peter Paul Rubens. **The Massacre of the Innocents**, 1610, óleo sobre tela, 142x183 cm, The Thomson Collection at the Art Gallery of Ontario. É uma pintura cuja inspiração foi extraída da passagem bíblica do

elementos conforme a observação de cada um o orientasse a se manifestar. Note-se que o professor o fez antes de denomina-la e contextualiza-la histórica e artisticamente. Chamou à atenção do debate que as formas dessa pintura buscavam replicar autenticamente a forma humana, exagerar as expressões faciais e corporais e impor alguma visão de sagrado ao observador. Essa mesma pintura também fez com que os alunos que a observavam levantassem opiniões de que as pessoas representadas expressavam sensações de sofrimento, dor, morte e desespero. Até aqui, todos os elementos constituem partes válidas de uma interpretação da obra. Todavia, o professor contou um episódio no qual um aluno, ao examinar esta obra, viu que um dos personagens que segurava uma criança para arremessa-la portava um longo tecido vermelho. A partir deste elemento, este aluno procedeu em uma interpretação verdadeiramente inusitada: vermelho, no seu entendimento, representava a cor do amor, e, portanto, esta seria uma obra que relatava a paixão, o amor e noções afins.

A interpretação que este aluno fez se esgotou em nele, mas não necessariamente significa que ela é tão persuasiva quando a daqueles que fundamentaram em sentido diverso. Um dos princípios que regem interpretação artística em geral, a ser retomado em seção posterior, é que algumas interpretações são melhores que outras, não necessariamente porque estão no plano do certo ou errado, mas porque são “mais razoáveis, persuasivas e mais prontamente aceitáveis”. É a lição de Terry Barrett ao examinar princípios sobre a interpretação da arte, *verbis*:

“Some interpretations are better than others. This principle defends against often heard objections by those not knowledgeable about criticism- 'That's just your interpretation'-by which they usually mean that no one interpretation is better than any other, and further, that no interpretation is more certain than any other. This is a form of intellectual relativism that is somehow tolerated more in the arts than in the humanities and sciences. This principle, on the contrary, holds that all interpretations are not equal, that some interpretations are better argued, better grounded in evidence, and therefore more reasonable, more persuasive, and more readily acceptable.”⁹⁹ (grifo original)

O que se observa é que a interpretação daquele aluno é menos persuasiva porque falhou em manipular um instrumental teórico que dê maior consistência ao produto interpretativo que propõe, podendo se falar que é de fato uma visão incorreta da obra

livro de Mateus 2:16-18, no qual é narrado que Herodes determinou que todas as crianças com menos de dois anos fossem mortas, porque dentre elas estaria Jesus, uma ameaça ao poder do rei Herodes.

⁹⁹ BARRETT, Terry. **Principles for Interpreting Art.** Art Education, Vol. 47, No. 5, Interpretation (Sep., 1994), p. 8

porque falhou em se compatibilizar com diversos desses elementos (histórico, estético etc.). É por isso que as atividades que exigem um intermediário para que outros possam acessar os textos produzidos em cada âmbito respectivo possuam intérpretes *expertos* na sua área de atuação – seja para maior aprazibilidade estética de um lado, seja para a segurança jurídica e a construção da melhor decisão para as partes de outro. Note-se que interpretações bem fundamentadas e persuasivas daquela pintura (ou de qualquer obra de arte), chamando atenção para variáveis históricas, estéticas e individuais do autor, também podem ensejar debates e divergências cortantes. Isso não significa dizer que a interpretação esteja orientada por um arbítrio individual, mas por um ato de adequada cognição das fontes relevantes de construção do significado que, marginalmente, pode receber influência da individualidade do intérprete. Ao mesmo tempo em que qualquer interpretação não vale em arte, também não se pode dizer que toda interpretação é idêntica por seguir adequados cânones interpretativos. Reforce-se que a arte pode conviver, em alguma medida, com essa divergência, com uma disputa de entendimentos. Isso não só é possível, como é até mesmo desejável em alguma dimensão, porque a disputa hermenêutica (quando fundamentada) é sempre útil para potencializar todo o poder significador daquela obra àqueles que a observam.

Veja-se portanto que o argumento autoritativo da imprescindibilidade do intérprete é necessariamente acompanhado do argumento cognitivo, já tateado anteriormente. Note-se que o exemplo do imposto de renda ou o do potencial furtador de maçãs poderia ensejar um argumento contrário à justificativa cognitiva da imprescindibilidade do intérprete. Afinal, eles foram capazes de interpretar o texto normativo e aplica-lo a um caso concreto e, para tanto, não dependeram disso da ação do intérprete autêntico. Todavia, como rezam os mantras de interpretação jurídica, o direito não lida somente com casos fáceis, no sentido informal da expressão. A construção de uma “boa solução” jurídica para um problema no qual o direito oferece nenhuma resposta, ou diretrizes obscuras, implica em um trabalho que Eros Grau chama de “artesanal”, no seguintes termos:

“O trabalho jurídico de construção da norma aplicável a cada caso é trabalho artesanal. Cada solução jurídica, para cada caso, será sempre, renovadamente, uma nova solução. Por isso mesmo – e tal deve ser enfatizado –, a interpretação do direito realiza-se não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o quê bastaria ao intérprete ser alfabetizado.”¹⁰⁰

¹⁰⁰ GRAU, Eros. Ensaio e discurso..., p. 26.

A existência de um intérprete autêntico busca garantir que o produto desta interpretação está dotada de maior grau de persuasão e convencimento possível, embasada em um instrumental teórico que viabilize estas qualidades.

No caso da música, a imprescindibilidade do intérprete se deve por uma razão eminentemente cognitiva, que pode se resumir ao seguinte: o receptor daquela interpretação (i.e., o público em geral) não domina a teoria que possibilita a leitura e compreensão da notação musical.

Na música, o problema que enseja um intérprete que medeie a obra e o receptor não envolve necessariamente a divergência, mas a cognição em si. Sem a transformação da grafia em uma emanção sonora, o público (pelo menos o não alfabetizado na grafia musical) não ouviria a música. Sem a interpretação e aplicação do direito, os conflitos não seriam solucionados.

Há uma diferença, porém, no que concerne à missão desses intérpretes. Ao juiz cumpre pôr fim aos conflitos sociais. Ao músico-intérprete cumpre proporcionar uma experiência de contemplação estética. A diferença de finalidades poderia simplesmente mancomunar a viabilidade de aproximação pela via do receptor, que será proposta na subseção seguinte, até mesmo porque o músico está muito mais preocupado em proporcionar a melhor experiência estética para o ouvinte do que o juiz está em proporcionar a solução mais aprazível para seus jurisdicionados. Como nos ensina Eros Grau:

“Os músicos interpretam partituras visando à produção de fruição estética. Os juízes, diversamente, interpretam os textos da Constituição e das leis vinculados pelo dever de aplica-los, de sorte a prover a realização dos fins e objetivos alinhados pela Constituição do Brasil.”¹⁰¹

Todavia, a existência do receptor, seja jurisdicionado ou espectador, impõe um dever de responsabilidade ao intérprete.

“One might object that only a connoisseur requires a perfect performance and that for the audience at large an inferior one might do. I say “No!”, for precisely the general public is most in need of an authentic and perceptive rendition in order to be led to the work;¹⁰²

No que concerne a interpretação jurídica, há dois sentidos que vigoram na doutrina. Segundo Scheicara e Struchiner, “interpretar, em sentido amplo, envolve discernir o

¹⁰¹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**, 9ed. São Paulo: Ed. Malheiros, p. 375, 376.

¹⁰² SCHENKER, Heinrich. *Op. cit.*, p. 4.

sentido de um texto legal”¹⁰³, enquanto, em um sentido “mais estreito, interpretar envolve discernir o sentido de um texto legal que, a princípio, *é difícil ou obscuro*”¹⁰⁴. Eros Grau também explica que “[d]a interpretação do texto surge a norma, manifestando-se, nisso, uma expressão de *poder*, ainda que o intérprete compreenda o sentido originário do texto e o mantenha (*deva manter*) como referência de sua interpretação [Gadamer 1991/381]. Daí porque Kelsen qualifica os intérpretes possíveis, chamando de “intérprete autêntico” aquele dotado desse poder [o juiz].”¹⁰⁵ Ainda Grau, quando é o mencionado intérprete autêntico que realiza a interpretação, ele executa nessa mesma ação a *aplicação* do direito¹⁰⁶. Interpretação e aplicação do direito são, portanto, nessa dimensão, ações indissociáveis.

Na música, fala-se em interpretação e execução como duas atividades superpostas. Segundo Stravinski, pensar em interpretação é ter consciência das limitações que são impostas no processo de transmitir a música a um compositor. Por outro lado, a ideia de execução implica em colocar em prática uma vontade expressa adstrita aos comandos impostos ao executor¹⁰⁷. Para Stravinski, um intérprete é um executor, mas não necessariamente o contrário é correto. Explica-nos o notável compositor:

“Between the executant pure and simple and the interpreter in the strict sense of the word, there exists a difference in make-up that is of an **ethical** rather than of aesthetic order, a difference in make-up that is of an ethical rather than an aesthetic order, a difference that presents a point of conscience. [...] The sin against the spirit of the work always begins with a sin against its letter and leads to the endless follies which an ever-flourishing literature in the worst taste does it best to sanction.”¹⁰⁸

Tanto o músico como o juiz sofrem alguns tipos de preconceitos pelos leigos das duas áreas que, curiosamente, são rigorosamente opostos. Ao mesmo tempo que se diz que o juiz não tem liberdade de decisão porquanto ele deve um rigor ascético à letra fria da lei, se diz que o músico é dotado de plena liberdade porque, por se tratar de uma arte, a liberdade é o seu princípio fundante. Todos errados. O direito não é uma atividade puramente cognitiva, ao mesmo tempo que a música não é puramente uma atividade volitiva. Ambas comungam de um elemento criativo, para além do cognitivo e do

¹⁰³ SCHEICARA, Fabio; STRUCHINER, Noel. *Op. cit.*, p. 69.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**, 9ªed. *Op. cit.*, p. 205.

¹⁰⁶ Cf. GRAU, Eros. **Ensaio...**, *Op. cit.* p.25. “Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação [Marí]. Interpretação e aplicação consubstanciam **um processo unitário** [Gadamer], superpondo-se.

¹⁰⁷ STRAVINSKY, Igor. *Op. cit.*, p. 122.

¹⁰⁸ *Ibid.*

autoritativo. Isso não quer dizer que cada qual seja dosado conforme seu contexto, mas todas estas características estarão sempre inevitavelmente presentes.

Cumpre-nos agora falar do destinatário da interpretação, que será, portanto o segundo intérprete: o receptor.

2.4. O receptor (ou o intérprete do intérprete)

Um outro elemento da analogia proposta por Teori Zavascki está implícito: é o receptor final da interpretação do intérprete. Defende-se que é um ponto de conexão no direito e na música que as audiências *influenciam* no processo de interpretação jurídica. Todavia, é imprescindível que fique claro como se opera essa conexão, sob pena de defender o indefensável: o populismo interpretativo.

Eros Grau chama a atenção de que o juiz jamais deverá ter plateia. Entende que este não é (ou, pelo menos, não deveria ser) um ponto de aproximação possível entre direito e na música. Diz o autor que “[a] plateia subverte mesmo os mais autênticos intérpretes musicais. [...] Quanto aos juízes, para eles não há, ou não deveria haver, plateia alguma. Não obstante, há...”¹⁰⁹

Quando Grau faz essa afirmação, aqui a plateia deve ser entendida enquanto um público geral, e esse tipo crítica que o ministro faz é absolutamente pertinente. Ela visa combater, e nesse sentido que a crítica é feita, juízes que se valem da toga para decidir conforme a opinião pública, a fim de obter a aprovação social da forma mediante a qual decide. É fato que esse tipo de interferência é ilegítimo. Grau, portanto, nega a existência de plateia ao juiz, porque a sua atividade não é estética, apesar de poética (criativa).

Veja-se que Igor Stravinski, de igual forma, também defendia que o valor de uma obra musical também sequer deveria ser avaliada por uma plateia. É óbvio que ninguém é obrigado a gostar da música de ninguém, pois essa fruição estética individual é eminentemente subjetiva, e não objetiva. Todavia, a fruição estética que o indivíduo tem sobre determinada obra musical não pode influenciar no valor que ela ontologicamente possui. Fala o grande compositor:

“The judicial function presupposes a code of sanctions which mere opinion does not have at its disposal. And it is quite illicit, to my way of thinking, to set the public up as a jury by entrusting to it the task of rendering a verdict on the value of a work. It is already quite enough that the public is called upon to decide its ultimate fate.

¹⁰⁹ GRAU, Eros. **O direito...**, *Op. cit.* 2014, p. 376.

The fate of a work, of course, depends in the final analysis on the public tast, on the variations of its humor and habits; in a word, on its preferences. **But the fate of a work does not depend upon the public's judgment as if it were a sentence without appeal.**¹¹⁰ (grifei)

No direito, a plateia não exerce (ou não deveria exercer) influência na interpretação jurídica orientada por seu humor e seus hábitos. Muito menos deve ser capaz – pelas razões cognitivas e autoritativas mencionadas na seção anterior – de firmar um julgamento final sobre um problema jurídico. Mas isso não significa que à plateia não incumba o exercício de alguma legítima influência. Há uma influência institucionalizada.

Não se pode dizer que dessa crítica se extrai a conclusão de que o juiz não recebe influência de plateia alguma. Pelo menos, se entendermos plateias como espectadores diretamente interessados naquele exercício de interpretação: as partes de um processo. Nesse caso, o juiz tem um dever institucional de se deixar influenciar, dentro de balizas dogmaticamente estabelecidas.

É verdade que o juiz jamais deve se orientar pelos calores da opinião pública ou muito menos se deixar constranger por interesses que se arroguem a suplantar o direito positivo. A questão é que, através do direito positivo, há dois tipos de plateia possíveis: as partes, que influenciam (ou deveriam influenciar) o juiz por mandamento legal no processo, e a comunidade de intérpretes *lato sensu*, que são os doutrinadores e outros intérpretes que lidaram com casos semelhantes.

O art. 5º, LIV, da Constituição traz o princípio do devido processo legal à ordem jurídica brasileira. Ensina-nos Alexandre Câmara que “[o] processo civil brasileiro é um procedimento constitucional em *contraditório*, que se desenvolve de forma *isonômica* perante um juiz natural”¹¹¹. A forma em que a jurisdição se exerce envolve uma pretensão resistida que assume em um processo com duas partes antagônicas. E o princípio do contraditório, segundo o mesmo doutrinador, “é a garantia constitucional de que os interessados no resultado do procedimento poderão dele participar, com *influência no resultado*.”¹¹²

O fato de as partes exercerem influência no processo não significa que elas serão exitosas na sua pretensão, da mesma forma que a plateia que vá assistir a um concerto não é obrigada a gostar da *performance* que lhe foi apresentada. Ninguém é obrigado a

¹¹⁰ STRAVINSKY, Igor. *Op. cit.*, p. 131, 132.

¹¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 2.

¹¹² Material oferecido na aula de *Procedimentos Especiais no Direito Processual Processo Civil* no dia 10 de fevereiro de 2020 pelo professor Alexandre Freitas Câmara na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro.

gostar da arte de ninguém, da mesma forma que ninguém é obrigado a gostar da decisão do juiz em seu processo. Todavia, aquela foi a *performance*, aquela foi a decisão do juiz. Desta, em geral, cabe recurso, mas vincula. Daquela não tem recurso, mas sempre se pode ir embora do auditório.

A Constituição exige que os subordinados à interpretação do juiz possam influenciar em seu resultado. Isso não quer dizer que o juiz deva fazer populismo judicial, mas significa permitir com que, nas balizas do direito positivo, possam obter uma pretensão mais favorável a seus interesses. Se em um processo judicial entre X e Y houver uma regra de direito que instaure as possibilidades G, H, e I de direitos subjetivos, sendo que a primeira é mais favorável para X, a segunda é mais favorável para Y e a terceira igualmente desfavorável para ambos, evidentemente que as partes influenciarão dentro de um escopo legítimo para que I não seja a norma eleita pelo juiz. É na existência dessa influência do receptor da *performance* jurisdicional que existe a comunicação com a plateia de uma execução musical: **a existência de uma audiência cria responsabilidades para aquele que vai interpretar o texto**¹¹³. O jurisdicionado exerce uma influência institucional no processo de extração do significado do intérprete autêntico a fim de que se fomente a legitimidade do exercício de interpretação e aplicação do direito.

Isso é muito diferente do populismo judicial, cuja forma mais notável atualmente é o chamado *lawfare*, objeto de debate constante sobretudo nas democracias latino-americanas. A palavra, que é conjunção das expressões em inglês “law” (direito) e “estado de guerra” (warfare), significa um fenômeno através da qual o Poder Judiciário vem sendo usado como instrumento para o avanço de uma agenda contra adversários políticos de ideologias ou personagens com quem julgadores são ideologicamente alinhados. Esta é a nova dimensão através da qual se toma decisões, como disse o professor Eros Grau, “para a plateia”. Nisso, por óbvio, direito e música não se aproximam. Na música, isso é desejável a depender do contexto. No direito, jamais.

2.5. Estética

¹¹³ Cf. BALKIN, Jack. **Verdi’s High C**, *Op.cit.*, p. 1691. “Why audiences are so important? First, the presence of an audience creates distinctive responsibilities for the performer – responsibilities of faithful performance not only to the author of the text, but also to the audience. Part of the point of being a performer is to perform *before* someone – to move, impress, or affect an audience. Performance is a relationship to another, with effects and responsibilities that come with that relationship.”

Um último ponto que poderia ser extraído na analogia de Zavascki é quando comenta o seguinte: “[o intérprete] pode retirar uma boa norma, uma boa música, e ele pode não ser muito fiel à partitura.” Ainda que o propósito de cada intérprete ao retirar uma boa norma e uma boa música seja completamente diferente¹¹⁴, esse processo de extração do significado do texto para o direito e para a música se insere em um contexto em que a ideia de estética não é irrelevante. Parece que a estética, na verdade, é um elemento no qual direito e música estão inseridos e são influenciados, sendo que esta, por se tratar de uma forma de arte, tem maior preocupação no seu discurso com a estética do que o direito.

Música é uma arte. Como tal, busca despertar a sensibilidade das pessoas. A ideia de estética se insere justamente neste objetivo. Segundo Schopenhauer, a música é uma forma especial dentre as artes, cuja força estética transcende até mesmo as demais formas de expressão artística. Dentro de sua filosofia, é a mais proeminente. Algo hierarquicamente equivalente às ideias platônicas na expressão da sua ideia de mundo enquanto vontade, que construiu na sua obra “*O mundo como vontade e representação*”. Schopenhauer destaca como a força estética exerce poder sobre cada indivíduo, *verbis*:

“Therefore, from our standpoint, where the aesthetic effect is the thing we have in mind, we must attribute to music a far more serious and profound significance that refers to the innermost being of the world and of own self.”¹¹⁵

É de se ter em mente que interpretar não é um processo mecânico. Se assim fosse, os intérpretes poderiam ser substituídos por robôs datilógrafos. Estes agentes, para consecução dessas atividades, não têm sensibilidade. O exercício interpretativo recebe influência de variáveis que transcendem a tríade texto normativo/fatos/decisão. Uma série de elementos sensíveis impactam na percepção do mundo. O discurso jurídico sempre se viu impregnado de elementos simbólicos: desde a oratória enfática, permeada por uma retórica de ideais abstratos como justiça e igualdade, como os símbolos da justiça com a espada e a balança, o uso da toga, entre tantos outros exemplos. Tais elementos não existiriam se não exercessem alguma influência no direito e, por conseguinte, no processo interpretativo.

Desmond Manderson é pioneiro do estudo das interseções entre direito e estética, área na qual a ideia de “direito e música” pode estar inserida. O doutrinador australiano nos ensina que estética é um elemento indelével da própria efetividade e da existência do

¹¹⁴ Vide nota 100 supra

¹¹⁵ SCHOPENHAUER, Arthur. *Op. cit.*, p. 256.

direito. O direito é profundamente influenciado e governado por retórica, metáforas, formas, imagens e símbolos¹¹⁶, *verbis*:

“Aesthetics is the faculty which reacts to the images and sensory input to which we are constantly exposed and which, by their symbolic associations, significantly influence our values and our society. “Legal aesthetics” suggest that the discourse of law is fundamentally governed by rethoric, metaphor, form, images and symbols.”¹¹⁷

A interpretação jurídica não está imune de forças simbólicas que circundam os signos que são objetos de exame por um julgador, o que nos lembra que o direito não está adstrito a operações eminentemente lógicas, mas também por outros elementos em que uma ideia estrita de racionalidade não necessariamente é reputada como desejável.¹¹⁸

Essa interação entre estética e direito se dá, segundo o autor, em três dimensões. A metodológica, que se preocupa sobre como o direito se revela a partir de elementos estéticos; a epistemológica, se orienta sobre o que o direito revela a partir de elementos estéticos; e a normativa, que se preocupa sobre o que o direito deve se revelar/prescrever através de elementos estéticos.

Explica-nos o doutrinador australiano cada uma delas:

- a) Dimensão metodológica – “Law is not just a sequence of logical propositions or abstract rules. It is also a collection of forceful symbols and persuasive methafors.”¹¹⁹
- b) Dimensão epistemológica – “illuminate the social values which find expression in law as well as the form they take (social conflicts as battlegrounds of symbols)”¹²⁰
- c) Dimensão normativa – “normative implications of aesthetics. Symbolism and imagery of law is part of its power.”¹²¹

Do que se pode observar das reflexões postas acima, a estética, ao mesmo tempo que se preocupa com a ideia de belo, também se preocupa com a ideia de “forma”. Conforme nos ensina Desmond Manderson, citando filósofos como Gadamer e Dewey:

“We must conclude, therefore, that any hope that the aesthetic is a representation of objective truth, or even that beauty itself can be defined, must be set aside. [...] The right question is

¹¹⁶ MANDERSON, Desmond. **Songs Without Music. Aesthetic Dimensions of Law and Justice**. Los Angeles: University of California Press, 2000., p. ix.

¹¹⁷ Idem. Ibidem.

¹¹⁸ Cf. Idem, p. 45. “In ignoring the formal and symbolic meaning of texts, legal and otherwise, readers are missing a great deal of what they read. This is a central element of aesthetic dimension, and the voice of music is central to how I demonstrate those points. The very distance between how we think of law and how we think of music adds force to their conjunction.”

¹¹⁹ Ibid, p. 43.

¹²⁰ Ibid., p. 44

¹²¹ Ibid., p. 45.

not what the aesthetic communicates to us but *how* it does so. As Hans-Georg Gadamer and John Dewey emphasize, the aesthetic at its heart involves an experience of process of sensory perception, whether the experience is that of an artist or an audience.”¹²²

Quanto à música, estética é um conceito que lhe é imanente. Trata-se, afinal, do artesanato dos sons que, organizados através da ação criativa do artista, se volta para a sua apreciação estética. Para o direito, isso é menos óbvio. Como o direito se presta a resolver problemas concretos de uma comunidade, seu propósito não vê em seu horizonte uma demanda em ser “belo”. Luís Satie colocou a diferença entre arte e direito da seguinte forma: “As formas da arte são produtos da imaginação solitária; as do direito são criadas para resolver problemas concretos de uma comunidade: *ubis societas, ibis jus*.”¹²³

Mas a dimensão estética que se preocupa aqui – e que entendo conectar música e direito - não é necessariamente aquela que tem a ver com o belo. A ideia de estética de que aqui se trata é que a **forma** não só é parte integrante do significado do discurso, mas é capaz de uma comunicação que este não é capaz de veicular¹²⁴. Em outras palavras, o que se entende por estética é um mecanismo de comunicação que o discurso verbal não é capaz de realizar. Daí porque a dimensão estética do direito não é interdisciplinar, mas transdisciplinar¹²⁵.

Um exemplo disso no direito é o estudo da retórica e da oratória nas faculdades, útil para a atividade profissional em qualquer seara dogmática do direito (civil, penal, tributário etc.). Não se trata de disciplinas cuja preocupação seja o que veicular, enquanto discurso, mas formas e técnicas de como veicular o discurso. Preocupações como voz, fala, respiração e postura são o centro dos debates dessas disciplinas¹²⁶.

O direito não se esgota na sua argumentação via discurso. Não se trata apenas do contraste entre duas teses sobre o direito positivo e sua melhor expressão em um caso concreto. Tal como nos alerta Desmond Manderson, um pioneiro do estudo de Estética Jurídica:

¹²²Ibid, pp. 9, 10.

¹²³ SATIE, Luis. **Direito e estética: nota crítica**, in Revista Direito GV. São Paulo 6(2), p. 632, JUL-DEZ 2010.

¹²⁴ Cf MANDERSON, Desmond. *Op. cit.*, p. 38. “Central to the aesthetic dimension is the idea that the form of something is part of its meaning. Formal design or structure – whether of a poem or a statute – is not just the medium through which ideas are expressed but itself an aspect of meaning.” [...] “Form is evidence not of legal epistemology but of its ontology.”

¹²⁵ Ibid, p. 36. “The aesthetic dimension of law is not interdisciplinary but transdisciplinary.”

¹²⁶ Cf RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 158. “Para quem luta pelo direito, é característica a mistura singular de frieza e ardor, de intelectualismo generalizador que do caso concreto leva ao seu princípio, e da paixão individualizadora que fulmina o ilícito a que combate como se fosse uma monstruosidade única. A forma de expressão adequada da luta pelo direito é, pois, a retórica, cuja essência consiste em dotar o geral com a clareza e eficácia do particular, enquanto, inversamente, a poesia empresta ao particular a significação simbólica do universal.”

““Legal aesthetics” suggest that the discourse of law is fundamentally governed by rhetoric, metaphor, form, images and symbols. [...] By treating a text, legal or otherwise, as merely a sequence of logical propositions, readers miss its formal, metaphorical, and symbolic meanings. In the pages that follow, therefore, aesthetic as well as logical techniques are used to develop this argument.”¹²⁷

Em outras palavras, isso significa que os elementos que circundam o discurso jurídico também compõem seu significado.

3. POSTURAS HERMENÊUTICAS.

3.1.1. Notas sobre interpretação na música de tradição europeia ocidental e no jazz:

3.1.2. Considerações iniciais

Esta seção não se presta a oferecer um minicurso daquilo que Bohumil Med chama de *teoria básica da música*, que concerne à grafia musical e seu significado. O que se busca aqui é colocar uma contraposição de valores que orientam a prática interpretativa de músicos que operam em duas esferas distintas da realização sonora: a música de tradição europeia ocidental e o jazz.

Uma característica importante da notação musical, se comparada com a linguagem falada, é a precisão¹²⁸. Há quem defenda que se há algum problema de clareza na notação musical, isso normalmente se deve de alguma imperícia de quem redigiu ou de quem interpretou, mas raramente com uma patologia intrínseca à grafia de expressar aquilo que o compositor deseja. Este é intrínseco às palavras. Um clássico exemplo disso é o já citado exercício feito pelo Professor H. L. A. Hart sobre a regra que proíbe veículos no parque.

A despeito do maior poder de precisão comunicativo da notação musical, conforme descrito na seção 2.2, se contraposto com as palavras (focando-se aqui nos enunciados normativos), o contexto no qual se insere o intérprete influencia gravemente no produto da interpretação. Tanto que a escolha feita na seção 1 do trabalho por dois movimentos artísticos que se inserem em contextos tão diferentes, para não dizer antagônicos, não foi acidental. Note-se que os problemas de interpretação apresentados naquela seção foram tirados da música clássica e do jazz.

¹²⁷ MANDERSON, Desmond. **Songs Without Music: Aesthetic Dimensions of Law and Justice**. *Op. cit.*, pp. ix e x.

¹²⁸ Tratou-se desse assunto no tópico “texto, linguagem e comunicação”. Vide também nota 67 supra.

O fato de aqui se tratar de gêneros distintos, e aqui fico adstrito a somente estes dois, faz com que a postura do intérprete ao enfrentar um texto musical, no contexto de cada gênero respectivamente, será completamente diferente. Um recital e uma *jam session* exigem que o intérprete seja capaz de adaptar os cânones daquilo que Med chamou de teoria básica da música para que a composição interpretada seja adequadamente realizada¹²⁹.

Mas, para que se possa tecer considerações sobre a interpretação na música tradicional europeia ocidental e no jazz, é necessário compreender duas coisas. A primeira é o que se quer dizer para fins deste trabalho quando se fala nestes dois gêneros. A segunda é que a crescente simbiose entre estilos musicais fizeram com que muitos desses valores que norteiam a interpretação musical em ambos os estilos se tornassem mais opacos.

Passemos a estas considerações.

3.1.3. Música de tradição europeia ocidental

Stravinski já adianta alguns pontos fundamentais sobre alguns fatores de regência da hermenêutica da música de concerto. Diz o renomado compositor:

“The secret of perfection [of the interpreter] lies above all in his consciousness of the **law imposed upon him by the work he is performing**. And here we are back at the great principle of submission that we have so often invoked in the course of our lessons. This submission demands a flexibility that itself requires, along with **technical mastery**, a **sense of tradition** and, commanding the whole, an aristocratic culture that is not merely a question of acquired learning.”¹³⁰ (grifei)

Fala-se em rigor, senso de tradição e cumprimento de comando. Fala-se também na lei imposta ao intérprete por força da obra que está executando.

Não foi sempre assim.

Técnicas e valores interpretativos na tradição da vulgarmente chamada música clássica oscilaram conforme o tempo e os diferentes compositores e movimentos artísticos. Apesar disso, é a ideologia que encontra em Stravinski seu maior defensor a que hoje domina os teatros e salas de concerto¹³¹.

Segundo Stenzl e Zedlacher, a visão de Stravinski sobre os valores na interpretação musical é a segunda etapa de uma evolução de três fases: a primeira chamou de

¹²⁹ MED, Bohumil. *Op. cit.*, p. 10.

¹³⁰ STRAVINSKY, Igor. *Op. cit.*, p. 127

¹³¹ STENZL, Jürg; ZEDLACHER, Irene. **In Search of a History of Musical Interpretation**, in *The Musical Quarterly*, Vol. 79, No. 4 (Winter, 1995), p. 689.

interpretação *espressivo*; a segunda, da que se fala, de interpretação neo-objetiva; a terceira, de interpretação reformativa ou historicizante [*historicizing*]. Em brevíssimos comentários sobre estas posturas interpretativas, cabe ressaltar que a primeira admitia uma flexibilização na interpretação do *tempi*, ou seja, da duração das notas melódicas a despeito da indicação gráfica^{132 133}. A terceira tem a ver com um esforço do intérprete em recuperar historicamente a forma mediante a qual a obra era executada no tempo em que foi produzida, flexibilizando as prescrições grafadas em favor desses elementos¹³⁴. Se houver elementos extratextuais, de ordem histórica, persuasivos o suficiente para flexibilizar o rigor da partitura, tal flexibilização é legítima.

No que diz respeito a segunda corrente interpretativa, que será objeto de maior atenção, é viável destacar três elementos que em geral norteiam o processo de cognição/execução de obras musicais. A primeira característica é que se deve entender como música clássica (em sentido *lato*) como uma expressão musical ocidental, notadamente praticada na Europa, na qual se encampa repertório cuja interpretação é extremamente preocupada com a **forma e o texto**, mais do que sobre variáveis do contexto no qual o compositor estava inserido ou dos valores estéticos daquele que está prestes a executar uma peça deste repertório¹³⁵.

A segunda característica é que, na música clássica, a figura do **compositor** da música clássica é, normalmente, objeto de maior culto do que o próprio intérprete. Só se ouve falar em Glenn Gould, Arthur Rubinstein e Martha Argerich porque eles foram precedidos de Bach, Bethoven, Haydn, Prokofiev e tantos outros. Tanto assim o é que o nome destes compositores atravessou as gerações mesmo depois de sua morte, e seu legado continua na mente das pessoas, o que reverberou em menor impacto aos intérpretes notáveis.

Por fim, em terceiro lugar, tradicionalmente, a música clássica é executada em contextos **solenes**: seja em salas de concertos ou Igrejas, em que se segue toda uma liturgia tradicionalmente construída ao longo dos séculos (a ordem da entrada dos músicos e do maestro, silêncio entre os movimentos de uma peça etc.). As execuções de

¹³² Cf. Idem, p. 688. "For the conductors Liszt and Wagner the rigorous beating of time was rather the exception"

¹³³ Vide nota 67 supra.

¹³⁴ Cf. STENZL, Jurg; ZEDLACHER, Irene. *Op. cit.*, p. 692. "The most recent of the three interpretative approaches - but one whose beginnings also reach back to the beginning of this century - is the aforementioned *restorative* or *historicizing* interpretation. The parallels to Stravinsky's uncompromising rejection of all "interpretations" of the *espressivo* sort are striking. The declared goal here is to perform early music-often on "early" (or reconstructed) instruments specific to the period--in a manner that corresponds to the way the music was played at the time of its creation."

¹³⁵ Isso é produto de uma evolução do repertório clássico com passar do tempo, o que será objeto de exame logo a seguir.

obras clássicas vem seguidas de uma ritualística desenvolvida ao longo de gerações: a preocupação com o vestuário, a ordem de entrada dos músicos (a orquestra, o solista e, por fim, o maestro), o cumprimento do maestro ao primeiro violinista, o rechaço moral aos aplausos entre os movimentos de uma obra, dentre tantas outras solenidades. Essa característica vem sendo comumente criticada por alguns autores justamente por afastar as classes populares da música clássica.¹³⁶

A preocupação quanto a forma e o rigor na leitura do texto é algo que teve um profundo peso sobretudo no século XIX. Como veremos a seguir, quando dedicaremos uma parte dessa seção ao exame da improvisação da música, até a chegada do século XIX, não era incomum que as músicas de concerto contassem com criações espontâneas dos intérpretes. O menor grau de complexidade de certas composições bem como uma certa homogeneidade estética permitiam que os músicos improvisassem. Há quem argumente, inclusive, que a operação da improvisação na música clássica e no jazz era semelhante¹³⁷. Quando abordarmos o assunto da improvisação, veremos que a complexificação do repertório e das estéticas fizeram com que os compositores procurassem esgotar o máximo de informações possíveis na notação musical, construindo-se uma ideologia acadêmica em que o papel do intérprete nada mais é do que fazer valer a expressão do próprio texto. Jahiel Ruffier-Meray sustenta que houve uma emergência concomitante no direito e na música quando o assunto é a primazia do texto em detrimento da individualidade do intérprete:

“Le XIX^{ème} siècle va se révéler être un siècle terrible sur le plan de l’interprétation qu’il s’agisse du droit ou de la musique. Sur le plan juridique c’est l’apparition de l’école de l’exégèse et du nécessaire respect dû à la loi... (Le juge est la bouche de la loi!) Sur le plan musical une série d’outils mécaniques voient le jour: ils sont censés vérifier que le musicien s’applique à respecter religieusement le texte écrite par le compositeur.”¹³⁸

Eric Hobsbawm complementa, contrapondo o jazz à música tradicional europeia, que esse apego ao texto já denunciado por Ruffier-Meray se deve de fato a uma ideologia estética de apego à vontade do compositor. Isso cria uma lógica em que há uma soberania que atravessa gerações de se preservar a vontade do compositor, *verbis*:

¹³⁶ Cf SCRUTON, Roger. *Op. cit.*, p. 10 “By ‘privileging’ the concert-hall experience we make ‘bourgeois’ attitudes part of the very fabric of music, and so protect them from criticism—a criticism ever more necessary now that most music exists outside the concert hall.”

¹³⁷ GOULD, Carol S.; KEATON, Kenneth. **The Essential Role of Improvisation in Musical Performance.** The Journal of Aesthetics and Art Criticism, Vol. 58, No. 2, Improvisation in the Arts (Spring, 2000), p. 144

¹³⁸ Cf. RUFFIER-MERAY, Jahiel. *Op. cit.*, p. 242.

“A música e o drama têm de ser executados, porém a nossa geração acadêmica tem, cada vez mais, pretendido com isso “interpretar [a obra] o mais próximo possível da intenção original de seu produtor”. Virtualmente todo o academicismo histórico musical não faz mais do que tentar recuperar essa autenticidade original e autoritária. [...] Com o jazz a coisa simplesmente não funciona assim. A sua arte não é reproduzida, mas criada, e existe apenas no momento da criação.”¹³⁹

Por fim, cabe repisar uma questão, já debatida quando tratamos do texto enquanto um ponto de conexão entre direito e música, que é o fato de a grafia musical ter um poder de precisão muito maior do que as palavras na transmissão de ideias. Defendeu-se que aqui que a notação musical não busca comunicar ideias tal como ambicionam as palavras, mas isso não compromete a sua natureza de linguagem dos sons. Se for possível tratar nestes termos, trata-se de um campo semântico muito mais restrito do que as palavras¹⁴⁰. A despeito de não se ignorar que a música, em suas diferentes expressões, é capaz de gerar sonoramente diferentes emoções e reações nos ouvintes, a dimensão de linguagem musical que se examinou aqui não se ambiciona descrever objetos, pessoas, pensamentos ou quaisquer outras coisas que não o som em si. A notação só faz referências a sons, e a combinação dessas notações evocam que elas podem estar contextualizadas em uma linguagem sonora. E o que aumenta a precisão é justamente a divisão proporcional de melodia, harmonia e ritmo no tempo. Daí porque falam que música é matemática. O simples fato de que noções de matemática operam na realização da música retiram muito do subjetivo do intérprete em favor da convergência entre grafia e expectativa do compositor.

A lógica que opera nessa forma de interpretação musical é que deve-se esgotar ao máximo as prescrições claras e precisas do texto. Havendo lacunas, após executar de forma mais precisa possível o que tiver sido comandado pelo texto, aí sim o intérprete poderá complementar.

É a lógica de Stravinski já citada¹⁴¹. Stravinski, em seus escritos, contesta até o mesmo os mais sutis tipos de interferência dos maestros. Critica, como exemplo, que se amplie

¹³⁹ HOBSBAWM, Eric. **História Social do Jazz**. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 2017, p. 179.

¹⁴⁰Cf. STRAVINSKY, Igor. *Op. cit.*, p. 122. Não custa mais uma vez repisar a assertiva de Stravinski: “In addition, the language of music is strictly limited by its notation. The dramatic actor thus finds he has much more latitude in regard to chronos and intonation than does the singer who is tightly bound to tempo and melos.”

¹⁴¹ Ibid., pp. 127, 128 “The submissiveness and culture that we require of the creator, we should quite justly and naturally require of the interpreter as well. Both will find therein freedom in extreme rigor and, in the final analysis, if not in the first instance, success – true success, the legitimate reward of the interpreters who in the expression of their most brilliant virtuosity preserve that modesty of movement and that sobriety of expression. That is the mark of thoroughbred artists.”

uma obra destinada a quarteto de cordas para um octeto, porque a acústica exigiria. De igual maneira, questiona quando se acelera o andamento ou se altera a dinâmica da execução de suas obras porque há pouco tempo de apresentação. Estas são decisões que maestros se sentem autorizados a tomar sob o argumento muitas vezes de que o texto não pode prever circunstâncias da vida real que justificariam essa decisão. Em outros contextos, esse tipo de medida seria óbvia.

Mas, para Stravinski, não se haveria prerrogativa de executar suas obras se tais alterações, ainda que sutis, fossem realizadas.

Caso diverso se vê no jazz.

3.1.4. O jazz

Como Hobsbawm já nos adiantou, o jazz opera de uma forma completamente diferente, de tal forma que a tripartição histórica proposta por Stenzl e Zedlacher sequer fazer sentido. Se contrapusermos aquelas três características da música com o *jazz*, veremos que se trata de uma prática musical muito mais preocupada com a *performance* do que com a ideia de forma. Ao invés da forma e do texto, o jazz surgiu é baseado na espontaneidade, informalidade e nas **impressões individuais** dos próprios intérpretes. Em contraposição ao culto ao compositor da música clássica, o *jazz* teve como protagonistas os grandes intérpretes, relegando um papel absolutamente secundário aos compositores. Por fim, em oposição à música clássica, o *jazz* surgiu como uma música da população comum, e não originalmente consumido por um da extrato da elite. Dessa forma, não se seguia um ritual mediante o qual os ouvintes vestiam suas melhores roupas para ir a um teatro luxuoso e ouvir uma obra complexa de quatro movimentos, que seguiam toda uma tradicional liturgia. O jazz era espontâneo, acontecia nas ruas e nos bares. Ele simplesmente acontecia onde quer que houvesse espaço para acontecer.

Refleta-se sobre esses três aspectos.

A grafia musical tem um papel tão secundário que, no início, os clássicos do jazz eram “tirados de ouvido”. Em razão da tradição popular que originou o jazz, os músicos se instruíam pela tradição oral. Ouviam os outros músicos naquele processo de criação espontânea e simplesmente incorporavam elementos que sua percepção auditiva lhes permitia.

Muito depois, nos anos 70, um projeto da *Berklee College of Music* de Boston ambicionou transcrever todo esse repertório consuetudinário do jazz em um grande livro

(tratado como uma Bíblia do jazz) chamado *The Real Book*¹⁴². A ambição desse livro era muito mais informativa do que prescritiva, porque deu acesso a um conhecimento que muitos músicos não tinham, mas sem nenhuma pretensão de impor como deveriam tocar. O Real Book se tornou um guia valioso, mas não uma lei. Esclarecia, e não impunha.

Ao abrir o *The Real Book*, é fácil observar que todos os grandes clássicos do jazz lá registrados, os chamados *standards*, são obras cujo texto é muito mais simples do que se comparado com as peças do fim do século XVIII. Ainda, diferentemente da liturgia que circunda a música clássica, o *jazz* emergiu enquanto uma música das ruas, sendo produto, dentre os fatores, da chegada do *know-how* europeu às camadas populares dos Estados Unidos, especialmente a população negra, recém-emancipada, que passava a migrar para o norte do país ávida e livre para escolher seu próprio entretenimento¹⁴³.

Além disso, do ponto de vista da realização musical, o *jazz* exige do intérprete duas atividades que são, em geral, estranhas à prática da música clássica, e são fundamentais para que se entenda *jazz* enquanto *jazz*: o **swing** e a **improvisação**. Esses dois elementos salientados são características que tão quase que um poder-dever ao intérprete de “harmonizar” o comando escrito no texto com os valores estéticos que ele individualmente deseja imprimir naquela obra. Vale dizer que o *jazz*, diferentemente da música clássica, emergiu em um momento na vida em que a percepção da música não dependia apenas do texto. Era um momento a partir do qual as gravações de grandes obras eram amplamente difundidas pela sociedade. As diferentes abordagens pelos diferentes intérpretes reforçava como cada interpretação de uma mesma peça era tão diferente uma da outra. Se tomarmos, por exemplo, a peça *Autumn Leaves*, a diferença na *performance* de Miles Davis, John Coltrane ou Keith Jarrett é tão profunda que jamais passaria pela cabeça de qualquer ouvinte – ou mesmo do intérprete – que ninguém ambicionou a tocar conforme as rigorosas prescrições de uma partitura.

Em música, entende-se por *swing* a conjugação de duas técnicas rítmicas denominadas síncope – que é o atraso de uma nota no tempo no qual deveria ser inserido - e do contratempo – quando se desloca uma nota que estaria localizada em um tempo “forte” para um tempo fraco. Já a improvisação constitui um processo de criação espontânea do executante. É um momento em que, se nos valêssemos da ideia proposta por Balkin (*triangle of performance*), há uma convergência entre os vértices do

¹⁴² History of the Real Book. **The Official Real Book**. Hal Leonard Corporation, 2019. Acesso em 02 de maio de 2020. Disponível em: <https://officialrealbook.com/history/>

¹⁴³ HOBSBAWN, Eric. *Op. cit.*, p. 71

compositor e intérprete na mesma pessoa que executa uma determinada composição. O executante cria e executa ao mesmo tempo.

Não se ignora, contudo, não é nestes dois elementos onde música clássica e *jazz* se segregam em fronteiras ascéticas. Tanto o *swing* como a improvisação podem de igual forma estar presentes na música clássica, sendo que esta última já estava antes mesmo de se pensar em *jazz*. O *swing*, por outro lado, foi uma contribuição do *jazz* para a música clássica, porquanto ofereceu uma “ambiência” jazzística ao repertório produzido após a emergência do *jazz* enquanto movimento artístico. Mas isso não significa que ambos necessariamente se misturem. Tal como nos ensina Eric Hobsbawm:

“[O jazz] tem realizações, porém, não em termos de música erudita, cujos próprios conceitos lhe são alheios. Isso não significa que o jazz não possa influenciar a música erudita, ou se fundir com ela. Na verdade ele tem, ultimamente, mostrado uma tendência nesse sentido. Quando o faz, porém, deixa de ser jazz para ser música erudita com bases jazzísticas, da mesma forma que a *Carmen* de Bizet, ou mesmo a obra de De Falla, não são música espanhola popular, mas música erudita com coloração espanhola.”¹⁴⁴

Em segundo plano, quanto à improvisação, o fato de ela ser normalmente considerada como um diferenciador entre música clássica e *jazz* não significa dizer que inexista improvisação na música clássica. Ao contrário. Diferentemente do *swing*, que teve o poder de influenciar a música clássica através de compositores como George Gershwin, a improvisação já era praticada por *performers* antes mesmo da emergência do *jazz*. Um exemplo notável disso é o próprio exemplo musical na seção 1 deste trabalho, que envolveu a obra denominada *Impromptu in Es-dur*, de Schubert. O título da obra, em português, significa *Improviso* em mi bemol. Trata-se, portanto, de uma composição que assume a forma de uma criação espontânea que pode ter sido em seguida registrada na notação gráfica.

Até mesmo hoje ainda se pratica a improvisação na música clássica¹⁴⁵. No período Barroco, era comum que a improvisação fizesse parte da formação dos músicos da época, porquanto era uma exigência pragmática das atividades litúrgicas que se alongavam no tempo.¹⁴⁶ Todavia, há pelo menos duas razões pelas quais a improvisação perdeu espaço no repertório da música clássica. A primeira é que, com a chegada do movimento

¹⁴⁴ HOBBSAWM, Eric. *Op. cit.*, p. 178.

¹⁴⁵ Um exemplo recente de improvisação na música clássica é o projeto do pianista brasileiro Henrique Vaz Romano chamado *Human Music*. É uma série de composições com notável característica sonora de música clássica, mas que foi gerada espontaneamente, por improvisação.

¹⁴⁶ REIMANN, Heli. **Jazz versus Classical Music: Their Objects and Criteria for Aesthetical Evaluation**. Proc. of the Hawaii Int. Conf. on Arts and Humanities (2003): pp. 1 e 2.

romântico, as técnicas de composição musical foram se aprimorando, e as obras produzidas à época foram se tornando extremamente complexas para que se pudesse improvisar.¹⁴⁷ A segunda razão é que, com a emergência de inúmeros compositores e estilos diferentes no século XIX, a realização de improvisação em linguagem consistente com a estética proposta pelo compositor ou o estilo da época poderia ser muito comprometida. Havia uma certa frustração na capacidade de os intérpretes executarem a criação espontânea conforme as expectativas dos compositores¹⁴⁸.

Essas duas justificativas para que a improvisação perdesse espaço no repertório clássico implica reconhecer que ela não é um exercício de livre-arbítrio absoluto do intérprete. Improvisar, sobretudo quando se o faz no contexto de uma composição já existente, implica em para a conjugação daquilo que está escrito na partitura com a bagagem teórica que o intérprete carrega (escalas, acordes etc.) para viabilizar um bom “vocabulário” na sua improvisação. Uma analogia esclarecedora para isso é a própria fala. Quando uma pessoa encontra um conhecido na rua e inicia uma comunicação, ela não premeditou sobre quais seriam as palavras que usaria para uma conversa. Todavia, qualquer discurso estará fundamentado não só pelas normas da língua na qual os interlocutores se comunicam, como também elas se inserirão em um determinado assunto. O mesmo opera na música. Da mesma forma que na fala é imprescindível o domínio da língua e do assunto tratado, é requisito do executor não só dominar a fluência do seu instrumento, bem como também ser capaz de identificar quais notas são pertinentes dentro de um determinado contexto no qual realizará sua improvisação. Os cânones de improvisação, portanto, não se prestam a impor limites àquele que improvisa, mas na verdade potencializar a capacidade de improvisar.

O que faz da improvisação um elemento distintivo do *jazz* em relação à música clássica é justamente o seu propósito. O *jazz* deixou de ser apenas um gênero musical e se transformou em um método didático capaz de oferecer conjunto de ferramentas útil para potencializar a expressão da individualidade do intérprete através da improvisação. Isso não quer dizer que os intérpretes de outros tempos como do período medieval, renascentista ou barroco não improvisavam, mas nunca na história nunca houve um método de como improvisar a capacidade de criar espontaneamente sem depender dos padrões estéticos e composicionais daquilo que outros fizeram¹⁴⁹. Isso nos permite argumentar que, na música clássica, por outro lado, a improvisação era voltada para

¹⁴⁷ GOULD, Carol S.; KEATON, Kenneth. *Op. cit.*, p. 144

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ EISENMANN, Henrique. Anotações da *masterclass* proferida no Internal Compass Summer Jazz Course, no dia 19 de agosto de 2019, em Mitzpe Ramon, Israel. Acervo pessoal do autor.

atender uma expectativa do compositor ou do contexto da peça interpretada mais do que expor a individualidade do intérprete.

Ambas as justificativas – excesso de complexidade e inadequação estilística – podem ser agasalhadas por uma só: a de que a improvisação na música clássica passou a ser incapaz de transmitir com proficiência aquilo que era o desejo do compositor, seja por uma notação extremamente complexa ou seja pela multiplicidade estilística.

Este é o ponto fundamental, repise-se, que torna a improvisação um elemento distintivo do *jazz* distintivo: ela se presta para exprimir a individualidade do intérprete no momento em que espontaneamente cria, sem, em geral, estar apegado aos comandos do compositor. Ainda segunda Hobsbawm,

“o jazz é uma música de executantes. Tudo nele está subordinado à individualidade dos músicos, ou deriva de uma situação em que o executante era senhor. Até pouco tempo atrás o compositor, figura-chave na música erudita ocidental, era, com raras exceções, figura totalmente secundária em jazz. Seu lugar era tomado, se é que havia mesmo, pela figura modesta e corretamente denominada “arranjador”. [...] [N]ão há duas execuções exatamente iguais de uma mesma música por uma banda. E, se idênticas, mesmo que o arranjo seja o mesmo, então uma delas estará deliberadamente imitando a outra.”¹⁵⁰

3.1.5. Três características contrapostas

Retomemos o exemplos apresentados na seção 1.3.1: os casos Schubert e Eisenmann.

O que se enfrentou no primeiro caso foi um conflito de dois pronunciamentos que reclamariam, aos olhos do intérprete, a mesma força autoritativa: um era o comando claro do texto que determinava que se tocasse uma determinada nota (*lá* natural) enquanto outro era outro comando igualmente claro de que a nota grafada pelo compositor vai de encontro à linguagem harmônica que ele próprio sugeriu.

Se tomarmos os valores que foram identificados na música clássica como relevantes, vê-se que a objeção à redação do texto tende a não ser pertinente, pois a autoridade do compositor, mediante a sua manifestação pelo texto, é superior a prescrições de outros ramos da ciência musical¹⁵¹. Mas é importante salientar que se houvesse rigor ascético

¹⁵⁰ HOBBSAWN, Eric. *Op. cit.*, p. 52.

¹⁵¹ Este exemplo é muito semelhante àquele trazido na sexta objeção de Lon Fuller às ideias positivistas de H.L.A. Hart. Em seu artigo-resposta em que discutir direito e moral. Na assentada, se referiu à manifestação do Papa sobre os deveres dos juízes católicos que por ventura se defrontarem com processos de divórcio. Tanto a palavra do Papa como as enunciados normativos de direito positivo se arrogam a posição de ser posicionamentos autoritativos frontalmente conflitantes. Cf. FULLER, Lon. **Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart**. Harvard Law Review, Vol. 71, Nº. 4 (Feb. 1958), p. 638. “I refer to the kind of question raised by the Pope's pronouncement concerning the duty of Catholic judges in divorce

nesse tipo de postura, computadores poderiam executar peças clássicas de forma a mais potencializar estes valores do que os próprios músicos. A primazia do texto não significa a anulação do intérprete¹⁵², mas significa que as performances devem ser orientadas pela ambição de atender com a realização mais próxima possível da notação musical¹⁵³.

Ambientes como a universidade e os concursos de piano certamente (e lamentavelmente) reputarão indesejável que o intérprete não cumpra com aquilo que prescreve o compositor, independente das razões.

Por outro lado, o caso Eisenmann se insere em um contexto em que a autoridade do compositor, seja mediante o texto ou até mesmo as gravações originais do próprio compositor (que poderiam ser consideradas uma fonte autoritativa forte o suficiente para interpretação), tem menos força frente a elementos extratextuais que o intérprete propuser.

Essa decisão, todavia, não é puro arbítrio. Tampouco quer dizer que o *jazz* prescindir de intensa formação técnica porque espontaneidade é um valor intrínseco. A experiência estética é tão mais profunda quanto maior for o domínio do músico no instrumental teórico que o *jazz* oferece. Lembre-se que o *jazz* deixou de ser um simples gênero e tornou-se ferramenta, na medida que foi capaz de didatizar mecanismos de improvisação e potencialização das possibilidades do intérprete. É daí que surge viável a discricção de simplesmente cortar compassos do texto, tal como Eisenmann decidiu, e fazer disso uma variável desejável na execução do *jazz*. Roger Scruton já fez exatamente a mesma ponderação valendo-se, inclusive, de outra obra do mesmo compositor, *verbis*:

“Only some of the extant versions of 'Round Midnight achieve the heights, or depths, of melancholy soulfulness that Monk coaxed from the piano, and all listeners will have their favourites. Nevertheless there really is a musical work which is 'Round Midnight, and the work concept is as usefully applied in such a case as in the case of a Mozart symphony. In the case of 'Round Midnight, however, much more is left to the performer's discretion than is left by the score of a Mozart symphony, and a talent of the same kind as the composer's is needed, if the performance is to be truly successful.”¹⁵⁴

actions. This pronouncement does indeed raise grave issues. But it does not present a problem of the relation between law, on the one hand, and, on the other, generally shared views of right conduct that have grown spontaneously through experience and discussion. The issue is rather that of a conflict between two pronouncements, both of which claim to be authoritative; if you will, it is one kind of law against another.”

¹⁵² V. infra 14, contextos em que intérpretes “derrotam” notas.

¹⁵³ Cf. HOFFMANN APUD GOEHR, Lydia. **Being True to the Work**, in *The Journal of Aesthetics and Art Criticism*, Vol. 47, No. 1 (Winter, 1989), p. 55. “A work is fixed with respect, at least, to the properties indicated in the score and it is repeatable in performances. Performances themselves are transitory sound events intended to present a work by complying as closely as possible with the given notational specifications.”

¹⁵⁴ SCRUTON, Roger. *Op. cit.*, p. 12.

Após a fundamentação de três valores contrapostos entre música de concerto e jazz, podemos comparar o processo interpretativo entre a música clássica ao jazz, nos critérios que foram destacados, da seguinte forma:

-//-	Música clássica	Jazz
Quanto à fonte cognitiva para execução musical	Apego ao texto	Espontaneidade
Quanto ao agente protagonista	Compositor	Intérprete
Quanto ao contexto	Solene	Informal

3.2. Valores musicais no direito?

3.2.1. Considerações iniciais

Retornemos à analogia de Zavascki. A analogia proposta implica no fato de haver uma separação conceitual entre a ideia de texto normativo e de norma jurídica. O texto é um conjunto de símbolos que orienta a criação de um produto derivado de uma operação cognitiva e autoritativa exercitada por um intérprete, que é a norma direcionada a um receptor. Argumentou-se ainda que a ideia de estética permeia os processos interpretativos musicais e jurídicos.

Observe-se agora os três valores contrapostos na seção anterior. É possível argumentar que eles podem iluminar a interpretação jurídica feita nos casos apresentados na seção 1.3?

Veja-se que o desenvolvimento da interpretação musical se desenhou de uma forma em que há vários binômios entre os diferentes elementos que compõem o processo interpretativo no direito e na música: compositor/intérprete; texto/espontaneidade; solene/informal. Estes binômios não são meramente estéticos. Eles são institucionais: ao se instaurar cânones de interpretação nos diferentes gêneros musicais, se buscou atingir a consecução de valores. Enquanto os músicos clássicos são formalistas, os jazzistas são não-formalistas. Até mesmo a ideia de improviso, examinada na seção anterior, é aproximável do direito¹⁵⁵. Uma interpretação musical orientada no protagonismo do compositor, do texto e da solenidade realiza valores **diferentes** (não menores) do que se

¹⁵⁵ IZZO, Valerio Nitrato. **L'improvisation dans le jugement juridique: similitudes et différences entre musique et droit**, in SIGNORILE, Patricia. *Op. cit.*, p. 91-104.

o enfoque fosse ao intérprete, à espontaneidade e à informalidade. A metodologia dos músicos clássicos encontra guarida no texto; a dos jazzistas, em noções de harmonia, arranjo, orquestração, improvisação ou, por que não, próprio arbítrio. Sob esses aspectos eles posicionam a métrica dos binômios compositor/intérprete; texto/espontaneidade; solene/informal.

Estes binômios encontram similaridade no direito. Da mesma forma que métodos de interpretação musical são decorrência da realização de valores mais amplos, subjacentes ao gênero e contexto musicais, técnicas de interpretação são, nas palavras de Leal, “decorrências de alguma concepção mais ampla sobre o direito, a democracia, a separação de Poderes ou a racionalidade, para citar os casos mais comuns”¹⁵⁶.

Com base nos exemplos citados na seção 1.3.1, procura-se investigar na seção seguinte quais valores são preponderadas em uma métrica que oscila entre o protagonismo do legislador ou do juiz; entre o rigor do texto ou da sua justificação subjacente; entre a formalidade ou a informalidade dos rituais e procedimentos.

3.2.2. O direito e a música entre o formalismo e o não-formalismo.

Considerar que direito e música, enquanto teorias de interpretação, guardam similaridades implica dizer que os binômios existentes na música, apontados na seção anterior, podem ser adaptados para o direito. Constantemente, doutrinadores enfrentam discussões sobre teoria do direito em que se coloca o peso do texto *versus* a promoção de certos valores; o protagonismo do legislador *versus* o protagonismo do juiz (o que se vê na oposição entre *civil law* e *common law*) e a flexibilidade ou inflexibilidade dos enunciados normativos que orientam o processo de tomada de decisão. Diferentes concepções de direito podem fazer com que a métrica de cada binômio oscile em seus respectivos intervalos, e procurar-se-á, após breve revisão conceitual, investigar como os intérpretes citados neste trabalho consideraram estas concepções na sua tomada de decisão.

Frederick Schauer nos ensina que a interpretação de enunciados normativos [*statutory interpretation*] para aplicação do direito geram três tipos de casos: o primeiro é quando a linguagem do enunciado normativo é capaz de oferecer uma resposta clara e satisfatória ao caso concreto; o segundo é quando o sistema não oferece uma resposta; por fim, o

¹⁵⁶ LEAL, Fernando. **A Constituição...**, p. 100.

terceiro, é quando o enunciado normativo oferece uma resposta clara e insatisfatória¹⁵⁷. Ainda segundo o autor, o primeiro o caminho é aquilo que se chama, em teoria do direito, de caso fácil [*easy case*]. O segundo e o terceiro, de casos difíceis [*hard cases*]. Note-se também que o direito oferecer uma resposta clara ao caso concreto não significa que se trata de um caso fácil.

Tratemos inicialmente do primeiro e terceiro casos, para, em seguida, tratarmos do segundo.

Nesta primeira dupla, a estrutura conceitual de Schauer trabalha com uma ideia fundamental: a de clareza do texto. No primeiro caso citado pelo autor, a doutrina sequer se debruça muito sobre o tema, porque se enunciado normativo oferece uma resposta clara, precisa, determinada e satisfatória para o caso concreto, cabendo ao juiz interpretar o texto conforme esse núcleo de certeza e aplica-lo. Ainda que haja outras opções adequadas para solucionar o problema, dificilmente, nestes casos, o resultado será transversal àquele que o sentido literal do texto propõe¹⁵⁸. A interpretação/aplicação do direito se esgota, portanto, sem considerações extrínsecas ao próprio texto normativo. Nesta situação, opera-se um tipo de interpretação que Wroblewski e Dascal chamam de “L-interpretação” (*intepretation sensu largo*): quando o significado contido em um signo linguístico pertence a uma determinada linguagem e sua eventual textura aberta ou vagueza não são suficientemente capazes de gerar compreensões ambíguas o suficiente para ensejar divergência entre todas as partes do discurso. Seu uso se dá de acordo com as regras dessa linguagem e cujo significado é aceito entre os agentes que se comunicam¹⁵⁹.

Uma outra situação – a terceira proposta por Schauer – é quando o enunciado claro gera um resultado que o intérprete reputa ruim no mundo. Neste caso, o texto normativo, que é claro, tem uma aplicação reputada insatisfatória. Diferentemente da situação anterior, este é um tipo de caso que chama atenção de muitos debates acadêmicos. Nestas

¹⁵⁷ SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 156, 157.

¹⁵⁸ Cf Idem, p. 157. “When language itself provides a plausible answer – the first category – that is typically the end of the matter. If the words of the law provide a sensible solution to a problem or a dispute, even if not the only sensible answer, it is rare for the literal meaning of the words not to determine the legal outcome.”

¹⁵⁹ Cf. DASCAL, Marcelo; WROBLÉWSKI, Jerzy. **Transparency and Doubt: Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law**. *Law and Philosophy*, Vol. 7, Nº. 2 (Aug. 1988), pp. 203, 215. “Interpretation sensu largo [L-interpretation] means an ascription of meaning to a sign treated as belonging to a certain language and as being used in accordance to the rules of that language and to accepted communicative practices. To understand a linguistic sign means, thus, to L-interpret it. Semantics and, as will be argued below, also pragmatics are concerned with interpretation in this sense. [...] This corresponds, in pragmatic terms, to its being (L-)interpreted transparently, i.e., with no need to look for a meaning other than its semantically computed utterance meaning.

circunstâncias, o caso não é considerado difícil em função de uma indeterminação linguística, mas sim porque o direito oferece uma resposta ao caso que plausivelmente não é a melhor, ou mesmo sequer boa¹⁶⁰. É sobretudo nestas últimas hipótese que se entende que a interpretação musical se comunica com a interpretação jurídica no escopo deste trabalho. Joaquim Falcão, alertando que é comum que o comportamento judicial no Brasil seja orientado pela aplicação da justificação subjacente às regras, explica como opera estas duas dimensões dos casos difíceis:

“Não é incomum que a finalidade subjacente da norma seja utilizada na justificação de decisões judiciais, tanto para afastar a sua incidência em um caso que se enquadrem nas expressões linguísticas que aparecem no texto da norma, como para aplicar a norma a um caso que não se enquadre perfeitamente na sua hipótese de incidência. Dada essa propriedade da decisão "baseada em regras", é geralmente reconhecida a possibilidade de os juízes aplicarem diretamente a finalidade subjacente à regra, especialmente em casos nos quais o apego puro e simples à formulação normativa - isto é, a recusa em considerar qualquer outro elemento não reconduzível ao texto - possam levar a resultados tratados como "absurdos".”¹⁶¹

Uma tomada de decisão orientada por justificações subjacentes ao texto normativo no caso concreto precisam de uma manipulação intelectual maior do que a mera interação com os enunciados da lei¹⁶². Insere-se, portanto, no grupo dos casos difíceis.

Casos difíceis exigem outro tipo de interpretação, conforme o olhar de Dascal e Wroblewski. Trata-se do que chamam de “S-interpretação” (*“interpretation sensu strictu”*), em que o significado de dados sinais linguísticos carrega um elemento de dúvida que compromete de cumprir com o seu propósito comunicativo. Segundo os autores:

“Unlike L-interpretation, S-interpretation refers, thus only to ‘problematic’ understanding, due to such phenomena as obscurity, ambiguity, metaphor, implicitness, indirectness, change of meaning etc. Legal practice often faces such problems, and consequently there is a tendency to view this sense of ‘interpretation’ as the only relevant one for law.”¹⁶³

Dascal e Wrobléwski defendem que situações nas quais se deve operar a S-interpretação precisam de uma complementação semântica por parte do intérprete

¹⁶⁰ Ibidem. Ibid.

¹⁶¹ Cf. FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luiz Fernando; WERNECK, Diego. **Jurisdição, incerteza e Estado de Direito**. Revista de Direito Administrativo, v. 243, 2006, p. 95.

¹⁶² É um modelo interpretativo similar ao terceiro apresentado por STENZL e ZEDLACHER.

¹⁶³ DASCAL, Marcelo; WROBLÉWSKI, Jerzy. *Op. cit.*, p. 204.

mediante extração de informações contextuais. Para eles, o intérprete deve performar¹⁶⁴ este levantamento de dados para que complete ou especifique sentenças cujos significados são incompletos para um determinado caso, ou que em uma situação diversa da vida significariam algo completamente diferente¹⁶⁵.

Os autores conceituaram dois tipos de interpretação: um para casos fáceis (*sensu largo*), outro para casos difíceis (*sensu stricto*). A adoção de qual tipo de interpretação depende necessariamente da ideia de clareza, conforme lecionam:

“Two relevant facts are beyond dispute: (a) not all applied legal texts are S-interpreted; and (b) sometimes the alleged clarity of the text is used as an argument for its direct understanding and against the need of S-interpretation. These two bona fide facts justify the use of the concepts of S-interpretation and clarity in the description and explanation of legal practice.”¹⁶⁶(grifei)

Clareza é, portanto, uma ideia central.

Se olharmos os casos apresentados na seção 1.3.1, veremos que todos os argumentos que justificaram a aplicação de regras jurídicas invocados por Peluso (no caso de família) e por Eros Grau e Marco Aurélio no caso de prisão em segunda instância tem justamente a ver com a **clareza do texto**. Peluso mesmo chegou a fazer considerações sobre o fato de a regra não ser boa, haja vista o destaque que deu à doença que a autora da ação sofria por não ter a paternidade reconhecida, mas mesmo assim não deixou de aplica-la. Da mesma forma, para Marco Aurelio e Eros Grau, considerações sobre a qualidade do resultado da aplicação da regra são pouco relevantes frente à clareza que estes juízes extraíram do texto.

Estas são posturas tipicamente formalistas. Juízes aplicam regras ao caso concreto, mesmo em detrimento dos efeitos desejáveis, não porque consideram o direito um fim em si mesmo, mas porque consideram que o apego ao texto é uma via que leva à concretização de valores mais importantes que os trazidos pelo casuísmo, como a separação de poderes e a segurança jurídica. Esta é a fala de Beever ao tratar do formalismo no direito e na música, *verbis*:

¹⁶⁴ Usa-se o anglicismo deliberadamente, porque Jack Balkin já havia defendido que juízes e músicos são *performers*, algo cujo significado entendo que oscila entre intérpretes e executores, mas não é exatamente um destes termos. V. BALKIN, Jack. **Verdi's High C**. *Op. cit.*.

¹⁶⁵ Cf. DASCAL, Marcelo; WROBLÉWSKI, Jerzy. *Op. cit.*, p. 213. “Let us call the meaning thus 'completed' the 'utterance-meaning'. It was soon realized, however, that (a) not only deictics are responsible for 'incompleteness' of sentence-meaning and (b) even the completed utterance-meanings may not correspond to what is actually conveyed by an utterance in a given communicative situation. Examples of (a) are the implicit comparatives such as tall in John is tall, whose interpretation implies a reference to a standard or average that has to be gathered from the context. Examples of (b) are the so-called conversational implicatures (e.g., I have a lot of work to do today meaning, in a given context, 'The interview is over').”;

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 215.

“The formalist accepts that the law ought to make the world a better place. But it need not do this by causing wanted effects. The law may cause such effects and may be valued, in part, because it does so, but those effects do not belong to the law as such. They are, if you like, positive externalities in the way that the listener's pleasure is a valuable effect of music but does not actually belong to the music. Rather, the formalist insists, the law makes the world a better place, not because of what it brings about, but because of what it is.”¹⁶⁷ (grifei)

A despeito de uma postura apegada ao texto ter a possibilidade de gerar injustiças no caso concreto, o formalismo, segundo Schauer, é relevante por realizar valores como democracia e Estado de Direito¹⁶⁸. Pode-se dizer até que estes valores são decorrência da realização de outros valores, quais sejam, separação de poderes e segurança jurídica, respectivamente. Mas, orientados por estes valores, o que se vê é que a clareza do texto é uma variável que constrange o intérprete a se apegar ao texto. É dentro dessas fronteiras que a legitimidade do juiz está adstrita.

Vale dizer que o constrangimento do juiz às prescrições do texto não significa que ele não possa derrotá-lo. Enfrentar um texto normativo cuja aplicação o juiz, por alguma razão, considera inadequada envolve uma operação interpretativa diferente que deve considerar variáveis extratextuais. Para derrotar uma regra no caso concreto, o juiz depende de variáveis de caráter autoritativo igual ou superior ao comando incidente. Os limites da identificação dessas variáveis é sempre algo extremamente controverso na doutrina porque envolve diferentes concepções de direito. Não-formalistas admitem o avanço nas consequências e na justificação subjacente aos textos normativos para derrotá-los. Formalistas, por outro lado, se fazem, sempre com muita restrição.

Essa concepção de direito guarda profundas relações com o caso Schubert. Pensando nesse exemplo musical, vemos que a operação hermenêutica do intérprete o levou à conclusão de que ele não deve destoar dos comandos gráficos na execução da peça. Vê-se também que a obra se insere em um contexto no qual, por mais que se considere colidente com a linguagem que o próprio compositor desejou, há de se seguir o que o texto claramente comanda. Há como um valor intrínseco a esse tipo de realização musical, que é o prestígio àquilo que foi grafado, em detrimento de quaisquer outras considerações que o intérprete considere autoritativas o suficiente¹⁶⁹. Ainda que o intérprete considere, individualmente, que o compositor possa ter se equivocado. É da estética desse tipo de

¹⁶⁷ BEEVER, Alan. **Formalism in Law and Music**. The University of Toronto Law Journal, Vol. 61, N.º. 2, Understanding Law on its Own Terms: Essays on the Occasion of Ernest Weirib's Killam Prize (Spring 2011), p. 234.

¹⁶⁸ SCHAUER, Frederick. *Op. cit.*, p. 165.

¹⁶⁹ Vide nota 149 supra.

realização musical a deferência do intérprete às prescrições, à vontade grafada do compositor. É como se fosse um princípio da primazia da grafia musical e seu significado, quando claro. É o que esclarece, mais uma vez, Stravinski:

“It is taken for granted that I place before the performer written music wherein the composer’s will is explicit and easily discernable from a correctly established text. [...] [T]heoretically, one can only require of the executant the translation into sound of his musical part, which he may do willingly or grudgingly[...]”¹⁷⁰

Nesse contexto, se supuséssemos que intérpretes dessa corrente musical fossem capazes de operar a interpretação jurídica, eles seriam simpáticos à postura de Peluso, Grau e Marco Aurélio. Isso não quer dizer que não haja argumentos razoáveis para que o direito espere desses intérpretes a postura que adotaram, pois, afinal, há normas jurídicas que determinam que juízes não apliquem normas inconstitucionais, por exemplo. No caso Peluso, que opera no plano infraconstitucional e, portanto, admite controle difuso de constitucionalidade, há argumentos persuasivos o suficientes para derrota da regra em questão. A prescrição da regra é clara e cognoscível, mas sua aplicação poderia gerar um resultado inconstitucional. Há alguma espontaneidade do intérprete na medida em que há de se fazer uma avaliação de constitucionalidade da norma quando, por ventura, se tratar de inconstitucionalidade. Todavia, esta postura reza por um prestígio do texto como um caminho de prestigiar seu autor.

Por outro lado, os jazzistas não olhariam com bons olhos esse tipo de postura. O jazz considera que o texto é meramente instrumental, podendo ser alterado, derrotado e manipulado em nome de outros valores estéticos que o intérprete vise prestigiar. E antes que se cogite novamente que isso é produto de puro arbítrio, já se ressaltou nas seções anteriores que o próprio *jazz* se tornou uma ferramenta metodológica de criação espontânea por parte do executante. Transcendeu para além de ser um mero estilo musical. Então, até mesmo nas situações em que uma prescrição do texto soe satisfatória, o intérprete pode ter condições de derrota-la mesmo assim. Tal como vimos, a teoria da música oferece amplos subsídios teóricos para justificar “decisões sonoras” do músico. E mais: ainda que não a justifique, a ideia de jazz é intrínseca à de liberdade. Poderia, portanto, sequer justificar se o intérprete não quisesse.

Não é dada essa prerrogativa ao juiz¹⁷¹. Ele deve fundamentar sempre as escolhas que faz. A diferença do jazzista para o juiz, enquanto intérpretes, é que aquele conta com um amplo arsenal metodológico para criação espontânea de “soluções musicais”

¹⁷⁰ STRAVINSKY, Igor. *Op. cit.*, p. 123, 124

¹⁷¹ Art. 93, IX, da CFRB/88.

consistentes, podendo suplanta-las em relação ao texto prescritivo. O juiz, por outro lado, sofre a crítica de combativa doutrina de que concepções de direito que sempre prestigiem a consecução de valores abstratos em detrimento de regras carecem de rigor metodológico¹⁷². Posturas como essa prestigiam espontaneidade¹⁷³ em detrimento do texto, e prestigiam a liberdade do intérprete em detrimento da prescrição do texto e da vontade do seu autor.

Mas há um outro cenário dentre aqueles citados por Schauer. É o segundo caso citado pelo autor: quando há ausência de clareza. Esta é uma outra espécie de caso difícil, que o direito enfrenta diuturnamente. Ainda segundo Schauer, esta hipótese trata de quando o direito não oferece respostas a um problema jurídico em questão por duas razões: seja porque os enunciados normativos incidentes são vagos (ex.: “dignidade humana”; “equidade”; “razoabilidade”), seja quando textos normativos são claros para casos, mas, se aplicados por analogia a um caso concreto, tornam-se vagos¹⁷⁴. Há uma terceira hipótese que poderia ser, por ventura, acrescentada, que é quando enunciados de igual estatura normativa, mas com prescrições contrastantes, exigem a imposição de limites ao sentido mais próximo da literalidade do texto normativo examinado no caso concreto.

Essa última postura foi a que pareceu terem adotado os ministros Ellen Gracie e Edson Fachin no caso da prisão em segunda instância. Em certas situações, juristas inevitavelmente tem de operar mecanismos de harmonização de normas colidentes ou conflitantes quando guardam estatura equivalente, sobretudo quando se fala de interpretação constitucional. A dificuldade de se L-interpretar a Constituição é porque o seu texto está imbuído de termos vagos, amplos e de uma carga política de altíssima relevância, em que as fronteiras do direito e a política, economia, estatísticas, ciências sociais e outras áreas podem se misturar no processo de fundamentação decisória.

A S-interpretação, operação interpretativa para casos difíceis, às vezes é inevitável. O caso dos veículos no parque do Professor Hart evidencia o quanto o esforço uma busca da justificação subjacente da norma é fundamental para a solução do caso concreto. Tão relevante quanto são situações em que se opta por uma alternativa jurídica mais distantes do núcleo de certeza do texto normativo, que geram mais utilidade em um caso concreto.

Todavia, há uma dificuldade em se enxergar o direito como uma ferramenta útil se chegarmos a conclusão diversa da de que o recurso à investigação da justificação

¹⁷² Quanto ao direito alternativo, v. GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. *Op. cit.*, p. 154. Quanto à doutrina do direito civil-constitucional, v. LEAL, Fernando. **Seis objeções ao direito civil-constitucional**. *Op. cit.*, p. 103-108

¹⁷³ E aqui, falo de espontaneidade orientada por justificativas decisórias, que não necessariamente derivam de puro arbítrio.

¹⁷⁴ SCHAUER, Frederick. *Op. cit.*, p. 157.

subjacente da norma (da vontade legislativa ou outras justificativas extratextuais) deva ser extremamente subsidiário. É o que sustenta Fernando Leal, ao defender, por outro viés, sua crítica a doutrina do direito civil constitucional. Sustenta o autor que, a despeito do seu correto fundamento em assegurar maior efetividade às prescrições da Constituição, segue-se uma rota metodológica que aumenta o número de variáveis de cognição necessárias para se chegar a um resultado¹⁷⁵. É, portanto, suscetível de um viés particularista, que privilegia alguma espécie de maximização do caso concreto em prejuízo dos potenciais efeitos sistêmicos que a emergência de um precedente pode gerar¹⁷⁶. Se a escolha por S-interpretação se dá em razão de uma promoção de valores que o julgador reputa desejáveis em detrimento do enunciado do texto, é possível até que se maximize utilidade no caso concreto, mas cria precedentes para que esse juízo de conveniência não tenha uma percepção maximizadora em relação ao sistema, e até mesmo aos olhos das partes em outros casos.

Quando o Parlamento promulga um enunciado normativo, não se promulgou conjuntamente as justificativas do projeto respectivo. Por essa razão que o prestígio ao texto há de ser considerado, porque ele possui o escrutínio do processo legislativo, que a expressão notável do poder político em um Estado Democrático de Direito. As intenções não se submeteram à votação no Parlamento. Por isso há de ser ideológico do direito que o enunciado normativo prolatado – ou seja, o artigo da lei - foi o único acordo a que foi capaz de chegar o Parlamento, ainda que com suas possíveis ambiguidades e contradições. É o que nos alerta Jerome Frank, naquilo que chamei de razão pragmática para deferência ao texto (seção 2.2.): “[w]hile the musical composer is a definite known person, when judges speak of the legislature’s intention or purpose, they have difficulty in ascertaining to what persons they refer.”¹⁷⁷

A música, como se vê, está menos suscetível a este tipo de problema hermenêutico, que é a aguda falta de clareza. É normalmente suficientemente claro para o músico-intérprete qual é o grau de liberdade que ele tem em relação ao texto quando executa uma peça musical, de maneira que as eventuais dificuldades interpretativas residiriam em alguma atecnia na grafia do texto por parte do autor ou alguma limitação de proficiência do leitor. Isso não quer dizer que inexista casos de vagueza na música. Haverá momentos

¹⁷⁵ Cf. LEAL, Fernando. **Seis objeções ao direito civil constitucional**, Op. cit., p. 98. Cita o professor que são problemas dessa corrente “(i) o aumento de variáveis no processo decisório; (ii) escaladas de justificação até os mais rarefeitos compromissos constitucionais e (iii) particularismo decisório, isto é, a visão de que decisões jurídicas devem ser tomadas levando sempre em consideração todas as propriedades relevantes do caso concreto e as normas a ele relacionadas.”

¹⁷⁶ Idem. Ibidem.

¹⁷⁷ FRANK, Jerome. **Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation**. Columbia Law Review, Vol. 47, nº. 8 (Dec. 1947), p. 1269.

em que o intérprete não encontrará explícito no texto certas lacunas que precisam ser preenchidas para uma execução proficiente.

Na seara jurídica, Mauro Cappeleti, para ilustrar casos como esse, acaba por se valer desse fenômeno para defender uma visão mais alargada acerca da liberdade do juiz, a partir do momento em que entende que os textos legislativos estão sempre inevitavelmente sujeitos a mudanças e aberto a questões incertezas, *verbis*:

“Por mais que o intérprete se esforce para permanecer fiel ao seu ‘texto’, ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre – porque não há texto musical ou político, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e *nuances*, para a criatividade interpretativa. Basta considerar que as palavras, como as notas na música, outra coisa não representam senão símbolos convencionais, cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas.”¹⁷⁸

Todavia, apesar de ser uma consideração oportuna, esta linha argumentativa normalmente é utilizada para *travestir de direito uma vontade do intérprete*, fugindo-se do núcleo de certeza dos textos normativos. Repise-se: isso não significa dizer, por óbvio, que não exista zona de penumbra na linguagem quando o juiz interpreta para decidir, mas igualmente não se deve dizer que o texto *per se* seja sempre insuficiente para a solução de controvérsias jurídicas. E ainda que o texto não seja suficiente por si só para solucionar um problema e depender de outros critérios normativos para tal, a falta de clareza não é um salvo-conduto decisório para o juiz, como disse o ministro Zavascki em sua palestra:

“Agora, o importante, tanto na interpretação da lei, tanto nesse processo de extrair de um texto o seu sentido real, como nessa outra hipótese de produzir uma norma para colmatar uma lacuna do legislador, em qualquer caso, o papel do juiz não é absolutamente discricionário. O juiz não pode, a pretexto de interpretar a lei, retirar da lei um sentido essencial. O seu sentido essencial.”¹⁷⁹

A identificação do sentido essencial da lei, a que se refere Zavascki, nem sempre é algo trivial. Não se busca aqui identificar metodologias que sugiram qual seja o caminho para identificar sentidos essenciais das normais, se é que isso seja possível. Esta é inclusive uma pergunta cujo debate e o nível de profundidade não conhecem limites. Permito-me apenas uma colocação musical, já feita por Stravinski. Quando há elementos obscuros na música a serem identificados, sugere-se que é o saber prático que capacita o intérprete/executor a completar adequadamente as lacunas do texto. Stravinski explica essa linha:

¹⁷⁸ Cf. CAPPELETI, Mauro APUD GRAU, Eros. **Ensaio discurso...** p. 75.

¹⁷⁹ ZAVASCKI, Teori. *Op. cit.*, t=42:44.

“But no matter how scrupulously a piece of music may be notated, no matter how carefully it may be insured against every possible ambiguity through the indications of *tempo*, shading, phrasing, accentuation and so on, it always contains hidden elements that defy definition, because verbal dialectic is powerless to define musical dialectic in its totality. The realization of these elements is thus a matter of experience and intuition, in a word, of the talent of the person who is called upon to present the music.”¹⁸⁰

O formalismo judicial é uma prática orientada pelo prestígio da L-interpretação, na medida em que juízes exerçam esforços para que fiquem adstritos para o núcleo de certeza dos enunciados normativos. E o que é muito peculiar nas convergências do direito com a música, houve uma convergência histórica em que ambos operassem conforme esta mesma ideologia. Esta é a lição de Desmond Manderson, quando fez um resgate histórico de uma ideia primitiva de formalismo, mas que se desenvolveu ao longo dos séculos:

“Formalism or classicism was then an essential strategy for both the social legitimation of lawyers and musicians, and the political legitimation of their enterprises. That strategy was based not on judgment but on technique, not on individual discretion but on the privilege accorded to the text. So the key in both law and music by the end of the eighteenth century lay in these two features: first, a language of purity, abstraction, formal rigor, internal coherence, and artificial reason. [...] And second, in the decline of the decline of practices of judgment and improvisation, and their replacement by judicial and musical subservience to the goal of a faithful reproduction of the written text, the *werktreue* in which “the great performer disdains to let his personality intervene in any way”¹⁸¹

4. CONCLUSÃO

Este trabalho se dividiu em duas partes fundamentais: descritiva e normativa. A primeira buscou apresentar uma justificativa teórica sobre o porquê de o recurso à analogia musical para explicar interpretação jurídica é tão eficiente. Demonstrou-se que música e direito se aproximam profundamente se compreendidos enquanto teorias da interpretação. Tal perspectiva implica dizer que há elementos semelhantes na operação de suas atividades, quais sejam: o texto e seu autor, o intérprete, o receptor e a ideia de estética. A forma de operar estes elementos é orientado por pilares diferentes a depender de seu contexto. Gêneros musicais distintos oscilam entre binômios de deferência ao compositor ou ao intérprete; o texto e a espontaneidade; a formalidade e a informalidade.

¹⁸⁰ STRAVINSKY, Igor. *Op. cit.*, p. 123.

¹⁸¹ MANDERSON, Desmond. *Fission...*, *Op. cit.* p. 5.

A apresentação de problemas de interpretação no direito e na música buscou demonstrar que ambos possuem uma forma semelhante de enfrentá-los. Métodos e teorias de interpretação de determinadas partituras musicais visam buscar a consecução de valores estéticos condizentes com o respectivo gênero musical, da mesma forma que técnicas hermenêuticas aplicadas a enunciados normativos visam atingir diferentes valores da ideia de direito (democracia, Estado de Direito, racionalidade etc.)

A separação das atribuições do compositor e do intérprete é pragmática e estética. O pragmatismo tem a ver com a possibilidade de se executar a obra de compositores sem que eles estejam fisicamente presentes (ou mesmo vivos), e a estética tem a ver com a ideia de prestigiar aquilo que foi idealizado por ele na execução musical, privilegiando as instruções presentes no texto musical. Já a separação do legislador e do intérprete no direito tem a ver consecução de objetivos que transcendem a estética. Um desenho que prestigie valores como separação de poderes, garantias nos ritos processuais, segurança e previsibilidade se revelou um modelo eminentemente orientado na expectativa de um intérprete virtuoso que, mediante o casuísmo, será capaz de resolver os problemas que lhe são submetidos. Sem falar que prestigia aqueles cujo poder foi outorgado pelo voto popular.

Compositores se legitimam por si mesmos. Na música, sobretudo tradicional europeia, vige a primazia do compositor sobre o intérprete. O legislador, por outro viés, se legitima pela Constituição, em primeiro lugar, e pelo voto, em seguida. No Brasil, não vige a supremacia do Parlamento¹⁸², como se vê na Inglaterra¹⁸³, mas a primazia da Constituição, que admite que juízes derrotem regras que entendem confrontarem com este documento que é fonte de toda legitimidade.

Os valores estéticos que são vistos na interpretação musical se expressam através de métricas que oscilam entre o protagonismo do compositor *versus* o intérprete; do *texto versus* do casuísmo; da *formalidade versus* da informalidade. O direito pode ser observado a partir dessas métricas e identificar um desenho que mais atenda os princípios

¹⁸² Cf. Reino Unido. Suprema Corte Britânica. **R. v Secretary of State for Exiting the European Union (Muller I)**. d.J. 24/01/2017. “This is because Parliamentary sovereignty is a fundamental principle of the UK constitution, as was conclusively established in the statutes referred to in para 41 above. It was famously summarised by Professor Dicey as meaning that Parliament has “the right to make or unmake any law whatsoever; and further, no person or body is recognised by the law as having a right to override or set aside the legislation of Parliament”

¹⁸³ É de se deixar claro que, apesar de haver um princípio da supremacia do Parlamento na Inglaterra, isso não significa que não haja estatutos normativos com status constitucional. O próprio excerto da decisão acima deixa isso claro. Cf. BARENDT, Eric. **An Introduction to Constitutional Law**. University College London, 1998, p. 32. “According to Dicey, the United Kingdom has an unwritten, or partly written, constitution. That proposition is acceptable inasmuch as it is another way of stating that there is no single authoritative text. But is quite inaccurate if it is taken to mean that there is *no written* constitutional law”.

constitucionais que norteiam a jurisdição. Entende-se que o direito é mais justo quando vige um prestígio à vontade do legislador, ao enunciado do texto e ao devido processo legal. Todavia, não plenamente. O caso concreto pode exigir do intérprete uma criatividade para a solução do caso concreto, o desprestígio do texto por gerar uma aplicação inconstitucional ou mesmo que se submeta a alguma convenção processual a fim de que o direito das partes seja melhor assegurado. Este improviso realizado pelo intérprete jurídico se orienta mediante técnicas e métodos que o fundamentam e, portanto, legitimam essa flexibilidade. Não é um improviso de puro arbítrio, mas um improviso metodológico.

Cabe ressaltar, ainda, que a ideia de direito está impregnada pela noção de estética. Retórica, símbolos e imagens podem não só interferir diretamente o *iter* hermenêutico do intérprete, como também pode influencia-lo de forma imperceptível, por vias das heurísticas e vieses. Deram-se justificativas, nas palavras de Manderson, metodológicas, epistemológicas e normativas da força da estética no direito, que, por intuitivo, é um valor intrínseco a música.

A segunda parte buscou aproximar cânones de interpretação musical ao de interpretação jurídica, e identificou-se profundas semelhanças entre o formalismo jurídico e o musical, a despeito de se tratarem de textos profundamente distintos (o primeiro opera com palavras, o segundo, com notações musicais). A aproximação desses cânones visou evidenciar que a semelhança entre direito e música transcende a analogia pedagógica e pode ser um instrumento útil para identificação de quais valores devem nortear o processo hermenêutico, de um ou de outro.

Já dizia Desmond Manderson que “[w]hile “law and literature” has at times a weak understanding of law, “law and economics” has a weak understanding of human beings.”¹⁸⁴ Quem sabe “direito e música” talvez não possa ter uma noção melhor de ambos.

¹⁸⁴ MANDERSON, Desmond. *Songs without music: aesthetic dimensions of law and justice*. *Op. cit.*, p. 33.

BIBLIOGRAFIA

1. Livros

- BARENDT, Eric. **An Introduction to Constitutional Law**. University College London, 1998.
- BREYER, Stephen. **Pour une démocratie active**. Paris: Ed. Odile Jacob, 2005.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro, 4ª ed.** São Paulo: Atlas, 2018.
- DANTO, Arthur. **The philosophical disenfranchisement of art**. New York : Columbia university press, cop. 2005
- DAVIES, Stephen. **Musical Understandings and Other Essays on the Philosophy of Music**. NY: Oxford University Press, 2011
- DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, vol. 1**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2018.
- FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues da; ALMEIDA, Fábio Ferraz de. **História Oral do Supremo [1988-2013] – Cezar Peluso**. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas, 2015.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio/discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014.
- HOBBSAWN, Eric. **História Social do Jazz**. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 2017.
- JANKÉLÉVITCH, Vladimir. **A música e o inefável**. Almedina: Lisboa, 2018.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LEAL, Fernando (org.). **Direito privado em perspectiva: teoria, dogmática e economia**. São Paulo: Ed. Malheiros e FGV Direito Rio, 2016.
- MANDERSON, Desmond. **Songs Without Music. Aesthetic Dimensions of Law and Justice**. Los Angeles: University of California Press, 2000
- MED, Bohumil. **Teoria da Música**. Brasília: Musimed, 1996.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – vol. 1**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os Onze: O STF, seus bastidores e suas crises**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- ROULAND, Norbert. **Retour du Brésil. Impressions d'un juriste anthropologue français**. Paris: Ed. L'Harmattan, 2018.
- SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- SCHEICARA, Fabio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016.
- SCHENKER, Heinrich. **The art of performance [Texte imprimé] /; ed. by Heribert Esser ; transl. by Irene Schreier Scott, Auckland : Oxford university press, cop. 2002.**
- SCHOPENHAUER, Arthur; PAYNE, E.F.J. (trans.). **The World as Will and Representation**. New York: Dover Publications, 1968.
- SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2020
- SCRUTON, Roger. **Understanding Music**. London/NY: Ed. Continuum, 2009.

SIGNORILE, Patricia (dir.). **Entre normes et sensibilité – Droit et musique. Hommage à Norbert Rouland**. Aix-Marseille: Presses Universitaires, 2017.
 STRAVINSKY, Igor. **Musical Poetics in 6 Lessons**. Massachusetts: Harvard College, 1947.

2. Artigos

BALKIN, Jack. **Verdi's High C**, 91 *Tex L. Rev.* (2013), p. 1691
 BALKIN, Jack; LEVINSON, Sanford. **Law, Music and other performing arts**. University of Pennsylvania, 1991.
 BARRETT, Terry. **Principles for Interpreting Art**. *Art Education*, Vol. 47, No. 5, Interpretation (Sep., 1994).
 BEEVER, Allan. **Formalism in Music and Law**, in *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 61, No. 2, UNDERSTANDING LAW ON ITS OWN TERMS: ESSAYS ON THE OCCASION OF ERNEST WEINRIB'S KILLAM PRIZE (Spring 2011), pp. 213-239.
 BUENO, Cassio Scarpinella. **Direito, Interpretação e Norma Jurídica: Uma aproximação musical do direito**, in NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Renan Lotufo*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 170-193.
 CLARK, Ann. **Is Music a Language?**, in *The Journal of Aesthetics and Art Criticism*, Vol. 41, No. 2 (Winter, 1982)
 DASCAL, Marcelo; WROBLÉWSKI, Jerzy. **Transparency and Doubt: Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law**. *Law and Philosophy*, Vol. 7, Nº. 2 (Aug. 1988).
 FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luiz Fernando; WERNECK, Diego. **Jurisdição, incerteza e Estado de Direito**. *Revista de Direito Administrativo*, v. 243, 2006.
 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Moses und Aron: Música e Libreto de Arnold Schoenberg**, in FORTES, Pedro Rubim Borges (org.). **Cadernos FGV Direito Rio, vol. 12 – Educação e Direito**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2015.
 FRANK, Jerome. **Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation**. *Columbia Law Review*, vol. 47, Nº 8, Dec. 1947.
 FULLER, Lon. **Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart**. *Harvard Law Review*, Vol. 71, Nº. 4 (Feb. 1958).
 GOEHR, Lydia. **Being True to the Work**, in *The Journal of Aesthetics and Art Criticism*, Vol. 47, No. 1 (Winter, 1989).
 GOULD, , Carol S.; KEATON, Kenneth. **The Essential Role of Improvisation in Musical Performance**. *The Journal of Aesthetics and Art Criticism*, Vol. 58, No. 2, Improvisation in the Arts (Spring, 2000).
 IZZO, Valerio Nitrato. **Interprétation, Musique, Droit: Performance Musicale et Exécution de Normes Juridiques**, Bruxelles: Université Saint-Louis, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* (2007)
 KORNSTEIN, Daniel J.. **Introductory Remarks: Panel on Politics**. in *Cardozo Law Review*, vol. 20, no. Issues 5-6, May-July 1999
 LACERDA, Gabriel. **Direito e Ópera: Estímulos a uma percepção sensível do direito**, in FORTES, Pedro Rubim Borges. (org.) **Cadernos FGV Direito Rio, vol. 11 – Educação e Direito**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2015.
 LEAL, Fernando. **A Constituição diz o que eu digo o que ela diz: formalismo inconsistente e textualismo oscilante no direito constitucional brasileiro**, in *Direitos Fundamentais & Justiça*. – ano 11, n. 36, jan./ jun. 2017– Belo Horizonte: Fórum, 2017
 LEAL, Fernando. **O formalista expiatório: leituras impuras de Kelsen no Brasil**, in *REVISTA Direito GV São Paulo* 10(1) | P. 245-268 | JAN-JUN 2014

- MANDERSON, Desmond. **Fission and Fusion: From Improvisation to Formalism in Law and Music**. ANU College of Law Research Paper n° 12-41.
- MANDERSON, Desmond; CAHILL, David. **Modes of Law: Music and Legal Theory – An Interdisciplinary Workshop Introduction**, in *Cardozo Law Review*, vol. 20, no. Issues 5-6, May-July 1999
- REIMANN, Heli. **Jazz versus Classical Music: Their Objects and Criteria for Aesthetical Evaluation**. Proc. of the Hawaii Int. Conf. on Arts and Humanities (2003)
- RUFFIER-MERAY, Jahiel. **Lire La Partition Juridique – Interpretation em droit et musique**, in **INTERPRETER & TRADUIRE**. Actes du colloque international des 25 et 26 novembre 2005. Faculté de Droit de Toulon. Ed. Bruylant Bruxelles, 2007.
- SATIE, Luis. **Direito e estética: nota crítica**, in *Revista Direito GV*. São Paulo 6(2), JUL-DEZ 2010.
- STENZL, Jürg; ZEDLACHER, Irene. **In Search of a History of Musical Interpretation**, in *The Musical Quarterly*, Vol. 79, No. 4 (Winter, 1995)
- STRAYER, Hope R., **From Neumes to Notes: The Evolution of Music Notation**. (2013). Music and Worship Student Presentations. 14.

3. Palestras

ZAVASCKI, Teori. **Ciclo de Palestras “Impacto das crises nas Instituições Públicas: Credibilidade, segurança jurídica e desburocratização”**. Proferido em 06 de junho de 2016. Rio de Janeiro: Centro Cultural FGV, 2016.

4. Jurisprudência

- BRASIL. STF. **HC 84.078**. Rel. Min. Eros Grau. d.J. 26.02.2010, p. 15.
- BRASIL. STF. **ADC 43, 44/MC** – Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão, Min. Edson Fachin, d.J. 06.03.2018, pp. 117 e 235.
- BRASIL. STJ. **REsp 1.123.141**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. D.J. 07.10.2010
- BRASIL. STJ, **REsp 38.856**, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. D.J. 21.06.1994.
- BRASIL. STJ. **REsp 987.987**. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJe 05.09.2008.
- REINO UNIDO. Suprema Corte Britânica. **R. v Secretary of State for Exiting the European Union (Muller I)**. d.J. 24/01/2017.

5. Outros.

- EISENMANN, Henrique. Anotações da *masterclass* proferida no Internal Compass Summer Jazz Course, no dia 19 de agosto de 2019, em Mitzpe Ramon, Israel. Acervo pessoal do autor.
- RUBENS, Peter Paul. *The Massacre of the Innocents*, 1610, óleo sobre tela, 142x183 cm, The Thomson Collection at the Art Gallery of Ontario.

ANEXO 1



Peter Paul Rubens. The Massacre of the Innocents, 1610, óleo sobre tela, 142x183 cm, The Thomson Collection at the Art Gallery of Ontario.