

Hatsuo Fukuda

**VERDADE E OBJETIVIDADE NA CONSTRUÇÃO DAS
DECISÕES JUDICIAIS: O IDEAL DA SEGURANÇA JURÍDICA**

Curitiba

2004



Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais

**ATA Nº 106 DA DEFESA E DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM
DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL DO ALUNO HATSUO
FUKUDA**

Aos vinte e seis dias do mês de agosto do ano de dois mil e quatro realizou-se na sala 125-B do CCJS, às 19hs. Rua Imaculada Conceição, 1155, nesta Capital, a sessão pública de defesa da dissertação sob título "Verdade e Objetividade na Construção das Decisões Judiciais: o ideal da segurança jurídica", apresentada pelo mestrando Hatsuo Fukuda, Bacharel em Direito, ano de ingresso 2002, concluiu os créditos exigidos para obtenção do título de Mestre em Direito, segundo os registros constantes nos arquivos da Secretaria de Processamento de Dissertações e Teses da Pós-Graduação. Os trabalhos foram instalados pela Profa. Katya Kozicki, Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Orientadora e Presidente da Banca Examinadora, também constituída pelos seguintes professores: Celso Luiz Ludwing, Doutor pela Universidade Federal do Paraná (convidado); Cláudia Maria Barbosa, Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina (membro); Francisco Carlos Duarte, Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina (suplente). Procedeu-se a arguição pública e defesa do trabalho. Encerrada a fase os examinadores expediram o parecer final sobre a dissertação, que foi considerada aprovada, tendo sido atribuídas ao candidato, as seguintes notas:

- Profa. Dra. Katya Kozicki (Orientadora)

Nota: (10,0 dez) assinatura Katya Kozicki

- Prof. Dr. Celso Luiz Ludwing (Convidado)

Nota: (10,0 dez) assinatura Celso Ludwing

- Profa. Dra. Cláudia Maria Barbosa (Membro-PUCPR)

Nota: (10,0 dez) assinatura Cláudia Maria Barbosa

O candidato foi aprovado com a média:

(10,0) conceito: (A) Katya Kozicki

Assinatura da Presidente da Banca Examinadora

Proclamados os resultados pela Profa. Dra. Katya Kozicki, Presidente da Banca Examinadora foram encerrados os trabalhos, e para constar eu Eva de Fátima Curelo, confiro e assino a presente ata juntamente com os membros da Banca Examinadora.

Curitiba, 26 de agosto de 2004.

Katya Kozicki
Profa. Dra. Katya Kozicki

Eva de Fátima Curelo
Eva de Fátima Curelo - Secretária



Hatsuo Fukuda

**VERDADE E OBJETIVIDADE NA CONSTRUÇÃO DAS
DECISÕES JUDICIAIS: O IDEAL DA SEGURANÇA JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Mestrado
em Direito da Pontifícia Universidade
Católica do Paraná como requisito
parcial para a obtenção do grau de
Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Katya Kozicki

Curitiba

2004

Dedicatória

Dedico este trabalho ao Professor Sansão José Loureiro, meu mestre de Direito Constitucional e Paraninfo da Turma 84/88 da Universidade Federal do Paraná. Durante aqueles anos, em que, eventualmente, aprendíamos a decifrar leis, e em que o país laboriosamente partejava a sua Constituição, sua voz serena e equilibrada nos lembrava imemoriais lições de direito. Mas antes do racional, culto e acurado senso do direito, aprendemos, nas entrelinhas de um sutil didatismo, a intuí-lo como uma humana experiência, a ser vivenciado integralmente. Hoje, de volta aos bancos escolares, reencontro o generoso espírito do mestre, espalhado em incontáveis livros por ele doados à Biblioteca da PUC, e constato, mais uma vez, deliciado, que sua voz, como não poderia deixar de ser, ecoava antigas vozes imemoriais, que, sempre, a cada geração, repetem as eternas lições da convivência humana. Acima das paixões políticas que dividem os homens, há aqueles que, com equilíbrio, mas obstinadamente, num permanente diálogo consigo e com o outro, buscam acima de tudo o esclarecimento, e sempre, até o último momento, ousam pensar por si mesmos. Esta, talvez, seja a função reservada à Academia, e o Professor Sansão José Loureiro melhor do que ninguém o fez.

Agradecimentos

O estudo é uma atividade, no mais das vezes, realizada na solidão, mas, na realidade, o estudante não é um solitário. Mesmo na qualidade de modestos ouvintes, privamos da companhia dos grandes mestres e, se aos olhos de um observador desatento estamos sós, em verdade, a sala em que nos encontramos está povoada de tantos e tantos que no decorrer dos tempos aquele imenso legado da civilização nos deixaram. Esta preciosa amizade sem limites é acompanhada por todas as outras, de amigos, colegas de academia, os sempre anônimos e indispensáveis funcionários, a família ao fim sacrificada, os professores, o Professor. Não gostaria, nesta nota, de deixar qualquer um deles ausente, pois – e nisto creio sinceramente – todos contribuíram para que esta caminhada chegasse a um final. Assim, por todos, agradeço a minha cara Professora-Orientadora, Dra. Kátia Kozicki, que, como âncora, pacientemente trouxe realidade ao processo; ou com sabedoria mostrou rumos – impossível, sozinho, percorrer tais caminhos – e, com o característico amor ao conhecimento que deve permear a universidade, não tergiversou com a disciplina acadêmica e suas exigências. Nela, simbolicamente, vejo amigos, colegas, funcionários, familiares, a instituição PUC-PR, que generosamente nos acolheu e nos auxiliou com uma bolsa, sabedores todos que as falhas deste trabalho se devem ao estudante, não à mestra.

Resumo

Este trabalho se propõe a discutir como, dado o fato da positividade dos princípios no direito contemporâneo, pode-se compatibilizá-lo com o ideal de segurança jurídica. Articula-se com uma concepção contemporânea do direito, que tem como substrato o Estado de Direito libertado de sua matriz liberal, atualizado pelo pensamento de BOBBIO e HABERMAS. Mostra os fundamentos do positivismo a partir do historicismo e do iluminismo, e suas conseqüências: um sistema fechado, composto de normas e princípios dissociado da realidade social que lhe deu origem, cujo método é o método lógico-subsuntivo. Reporta Kelsen, Hart, Engisch, Esser, demonstrando que, no aplicar a lei, em *hard cases* ou no uso de conceitos jurídicos indeterminados, em todos recai-se na discricionariedade judicial e na insegurança jurídica, vítima da licença para uma atuação subjetiva do juiz. No quadro da emergência dos princípios, escolhe Dworkin como pensamento paradigmático: o direito como um sistema de regras e princípios, rejeitando o modelo positivista de regras. Inexiste a discricionariedade judicial, em todo caso controvertido existe um direito a ser determinado pelo juiz; a discricionariedade deve ser repelida porque vai contra os princípios do sistema, a separação de poderes e o direito a ter um julgamento com base em uma lei, e esta sendo anterior ao caso proposto.

Palavras-chave

Direito. Filosofia. Positivismo. Decisões judiciais. Poder discricionário. Dworkin, Ronald. Princípios gerais do direito.

Abstract

The author seeks to bring to harmony the general principles of law and the ideal of legal security. The starting point is the concept of State of Right ("Rechtsstaat", "Stato di diritto") as found in HABERMAS and BOBBIO. The fundamentals of legal Positivism are approached from the perspective of Historicism and Enlightenment, with special attention to its consequences, as a closed system which shapes rules and principles, and builds its own logic-subsumptive method, without any association with social reality, where they should otherwise have their origins. The theories of Kelsen, Hart, Engisch and Esser are then revisited with a special view to their understanding of the contradictory pair made by both judicial discretion and the certainty of the law, the latter seen as a victim of the subjective actuation of the judge. On the framework of the general principles of law, Dworkin's theory is taken as paradigmatic: law is a system of rules *and* principles, which implies rejecting the positivist model. Here, judicial discretion is refused because it clashes with the principle of separation of powers as well as with the principle of the rule of law (or legality).

Key words

Law. Philosophy. Positivism. Adjudication. Judicial discretion. General principles of law. Dworkin, Ronald.

SUMÁRIO

Dedicatória.....	3
Agradecimentos	4
Resumo.....	5
Introdução	10
Capítulo 1	
Fundamentos: Jusracionalismo e Historicismo	16
1.1 Montesquieu. O poder freia o poder. O juiz como boca da lei. Beccaria. Razões que levaram a tal entendimento.	19
1.2 O Código Napoleão. A Escola da Exegese. O dogma da completude da lei.	24
1.3 Escola histórica do direito. Savigny e Puchta. Jurisprudência dos Conceitos.	28
1.4 Atualidade do princípio do Estado de Direito e da lógica da divisão de poderes.	36
1.5 Excurso: A evolução do pensamento jurídico no pós-Segunda Guerra Mundial, segundo ARTHUR KAUFMANN. Teorias hermenêuticas, argumentativas, e os " <i>general principles of law</i> "	46
Capítulo 2	
Um modelo e três desdobramentos.....	52
2.1. O método sistemático de Savigny: unidade e universalidade na interpretação.	55
2.2 A interpretação da lei como operação lógica. A subsunção. Conceitos concretos na lei. Elastecimento dos conceitos concretos. O conceito de "casa" em Pontes de Miranda.	63

2.3 A decisão discricionária: HANS KELSEN. A unidade do ordenamento jurídico. A norma fundamental. Indeterminação da norma e interpretação. .	72
2.4 A decisão discricionária: H. L. A. HART. Regras primárias e secundárias. A textura aberta do direito e a interpretação.....	78
2.5 Conceitos jurídicos indeterminados em Karl Engisch. Tipologia e conceituação. Conseqüências no âmbito da interpretação.....	85

Capítulo 3

A hegemonia dos princípios no Direito Contemporâneo..... 92

3.1 A normatividade dos princípios. Princípios e direitos humanos. A hegemonia dos princípios. A questão da segurança jurídica.....	92
3.2 Diferenças entre <i>common law</i> e <i>civil law</i> . Recaséns-Siches, Esser e Cappelletti.....	104
3.3 Os princípios jurídicos nas codificações segundo Esser. Princípios necessários e informativos. Positividade dos princípios.	109
3.3.1 Os princípios jurídicos como base para a interpretação criativa. A subjetividade como técnica de achamento da decisão. Crítica de LARENZ e ENGISCH.....	114

Capítulo 4

Regras e princípios: segurança e flexibilidade..... 122

4.1 Regras e princípios segundo RONALD DWORKIN. Argumentos de política e argumentos de princípios. Decisão judicial com base em princípios e política. Inexistência de discricionariedade judicial. A tese dos direitos. .	122
4.2 O direito como integridade: uma terceira via ao convencionalismo e ao pragmatismo.	133
4.2.1 Convencionalismo.....	137
4.2.2 Pragmatismo.....	140
4.3 O direito como integridade. “ <i>Chain of law</i> ”. A interpretação.....	143

4.3.1 Interpretação e intenção. <i>Intentio operis. Intentio auctoris. Intentio lectoris.</i>	146
Considerações finais	151
Bibliografia	156

Introdução

Este trabalho nasceu originalmente da inquietação de um advogado militante, curioso em aprender porque as pretensões jurídicas por ele eventualmente patrocinadas dependiam antes da álea nos serviços de distribuição de feitos do que da pretensão jurídica a solicitar a tutela judicial. Esta ingênua curiosidade, de caráter pragmático, pode ser observada não apenas nos foros de primeiro grau, onde os juízes, pela natureza das causas, em contato direto com as partes e as sempre oscilantes produções de prova, seriam mais suscetíveis a maiores variações na aplicação do direito, mas também nos tribunais recursais e mesmo nos tribunais cujo papel precípua é a uniformização da jurisprudência, como o Superior Tribunal de Justiça.¹

Para nós, não há dúvida que o tema é apenas um dos aspectos – não menor, mas em uma perspectiva sistêmica uma questão derivada - da chamada crise do Poder Judiciário, e, especificamente, da crise de função, como acertadamente diagnosticou CLÁUDIA MARIA BARBOSA.² A insegurança quanto às expectativas no pedido de prestação jurisdicional em última análise imbricam-se com a resolução da questão por ela proposta quanto às funções do Poder Judiciário no Estado contemporâneo. A escolha entre diferentes concepções sobre tais funções, que, *grosso modo*, por conveniência, BARBOSA denomina modelos

¹ Para uma visão da oscilação da jurisprudência no STJ e sua discrepância com o STF, ver: WAMBIER, LUIZ RODRIGUES. *Da integração dos subsistemas recursal e cautelar nas hipóteses de recurso especial e recurso extraordinário*, in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM, e NERY JR., NELSON (Orgs.). São Paulo: Editora RT, 2001.

² BARBOSA, CLÁUDIA MARIA. *Crise de função e legitimidade do Poder Judiciário Brasileiro*. Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção da titularidade da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2004.

sociológico, liberal e administrativo, em última instância definirá as possíveis soluções. O debate, que em verdade, se originou nas transformações sociais ocorridas após a Segunda Guerra Mundial, e, particularmente, no direito, em função das profundas marcas operadas pelos totalitarismos, está em curso, no Brasil, particularmente após a redemocratização e o processo constituinte, tendo atingido finalmente o coração do sistema, o Poder Judiciário. Sua reforma – que em nossa opinião não se esgota na “Reforma do Judiciário” da pauta política - está em causa, e seus desdobramentos serão vistos a seguir.

Não duvidamos que o foro privilegiado e decisivo para a resolução da questão é o político. Trata-se de um processo em curso, e seu passo mais avantajado foi dado no processo constituinte, mas que nele não se esgotou, assim como não se esgotará na denominada “reforma” em curso. Diz respeito, em última análise, ao país que a sociedade quer, e, no quadro de uma institucionalidade precária, num país extremamente complexo, construir-se-á aos poucos, como efetivamente tem se construído. Entretanto, os contornos institucionais já se podem vislumbrar na própria Constituição, de fortes contornos sociais, característicos de um Estado intervencionista. Um Estado democrático de Direito. Neste contexto, o papel do Poder Judiciário como instância de resolução de conflitos se avanta. A primeira crise do Judiciário a ser enfrentada é a crise de um poder tradicionalmente fictício³ que hoje se quer – a sociedade quer – como uma

³ Quando se argumenta sobre a fragilidade das instituições no Brasil, a primeira imagem que nos ocorre é a do regime militar, com seus ucasses preparados por subservientes juristas, sua “reforma do Poder Judiciário” (Pacote de Abril), as aposentadorias forçadas de ministros do Supremo Tribunal Federal, etc. Mas a ditadura militar não foi um simples interregno entre um regime constitucional e outro. É falso e ilusório este entendimento. Ela apenas desnudou a permanente fragilidade das instituições jurídicas. O que dizer de um Estado em que o ditador edita um decreto-lei, alterando o regime de reconhecimento de filhos naturais (DL 4737, de 24/09/1942) exclusivamente para beneficiar um apaniguado do Estado? (MORAIS, FERNANDO. *Chatô. O rei do Brasil*. Companhia das Letras, 1994, pág. 408). Ou, para trazer um exemplo de um período “constitucional”, o julgamento do mandado de segurança de Café Filho, em que este pleiteava o seu direito líquido e

autêntica instância resolutória de conflitos, sejam eles individuais ou de natureza coletiva ou econômica.

Assim, o papel do Poder Judiciário na estrutura do Estado desde logo transcende os limites liberais, mesmo aqueles reciclados em novas propostas visando obter uma maior efficientização e garantias jurídicas à atuação empresarial, como demonstrado por CLÁUDIA MARIA BARBOSA no estudo anteriormente citado. Mas, neste contexto de questionamentos acerca da natureza e das funções do Poder Judiciário, insta ver a atualidade de definições fundantes do Estado que, desligando-se das circunstâncias históricas que propiciaram sua criação e desenvolvimento, tornam-se hoje indispensáveis à atuação jurisdicional. A separação de poderes – a divisão de funções estatais – a neutralidade do Poder Judiciário, e a estabilidade na prestação jurisdição necessitam ser redimensionadas ou re-conhecidas no quadro de uma atuação judicial que, em contato com as realidades da vida,

certo a ocupar a Presidência da República por ocasião da vacância do cargo. O insólito pedido, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, entrou nos anais da Corte como um de seus julgamentos célebres. Em lugar nenhum talvez esteja mais exposto o caráter das instituições do que no voto proferido pelo ministro NELSON HUNGRIA. Dizia ele: *“Contra uma insurreição pelas armas, coroada de êxito, somente valerá uma contra-insurreição com maior força. E esta, positivamente, não pode ser feita pelo Supremo Tribunal, posto que este não iria cometer a ingenuidade de, numa inócua declaração de princípios, expedir mandado para cessar a insurreição. Aí está o nó górdio que o Poder Judiciário não pode cortar, pois não dispõe da espada de Alexandre. O ilustre impetrante, ao que me parece, bateu em porta errada. Um insigne professor de Direito Constitucional, doublé de exaltado político-partidário, afirmou, em entrevista não contestada, que o julgamento deste mandado de segurança ensejaria ocasião para se verificar se os ministros desta Corte “eram leões de verdade ou leões de pé de trono”. Jamais nos inculcamos leões. Jamais nos vestimos, nem podíamos vestir a pele do rei dos animais. A nossa espada é um mero símbolo. É uma simples pintura decorativa no teto ou na parede das salas da Justiça. Não pode ser oposta a uma rebelião armada. Conceder mandado de segurança contra esta seria o mesmo que pretender afugentar leões autênticos sacudindo-lhes o pano preto de nossas togas”*. (MS n.º 3557, Distrito Federal, r. João Café Filho, in <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/JulgHistoricos/arquivos/MS3557.RTF>)

Isto, mais do que o formalismo legalista de um positivismo estreito, talvez melhor explique a alienação característica das instituições judiciais e dos juristas brasileiros, hoje sob pesado ataque da opinião pública, com reflexos no parlamento e no Poder Executivo.

já claramente abandonou uma atuação dogmática e formalista, mas mesmo assim permanece errática, suscitando questionamentos de todos os setores da sociedade. Tais marcos, definidos em conjunto com HABERMAS e BOBBIO, são o ponto de partida para o estudo a que se propõe o trabalho.

O objetivo central consiste em demonstrar como, num contexto de superação de um modelo de direito positivista, a positividade dos princípios pode tornar-se fator não apenas de adaptação do direito aos complexos câmbios da realidade levados ao Poder Judiciário, mas também um fator pacificador e estabilizador do direito. Sua indeterminação, sob a ótica da teoria dos princípios de RONALD DWORKIN, é aparente, tornando possível a realização do direito visando o asseguramento das expectativas jurídicas da sociedade. Um complexo manejo de um sistema de princípios torna possível, na visão dworkiana, a “aplicação” do direito, retirando do sistema uma discricionariedade judicial perniciosa ao ideal de estabilidade. Esta é tomada como um dado, justificada a partir do sistema constitucional, este também condicionante à prática jurídica. A partir do entendimento, expurga-se do sistema a subjetividade ínsita a uma “aplicação” de princípios, constitucionalizados ou não, que se tornam escolha arbitrária do julgador.

Com este objetivo em mente, começamos por analisar, no primeiro capítulo, as duas vertentes em que se hauriu o positivismo jurídico, o jusracionalismo e o historicismo. Vindos de diferentes matrizes, portando bandeiras próprias, mas ao final, acabando por confluir em uma idéia de direito positivo formal, fechado, sistemático e pleno, independente da realidade social. Em tal sistema o achamento do direito passa a ser uma operação lógica, consistente em subsumir as realidades dadas em um sistema de normas e princípios. Optamos por circunscrever o trabalho à busca dos fundamentos do positivismo, deixando de acompanhar os posteriores desenvolvimentos do direito a partir de PUCHTA, por entendermos suficientemente caracterizado, para nossos objetivos, os temas

centrais de um modelo positivista. Entretanto, como pano de fundo para o estudo de DWORKIN, acrescentamos um pequeno excursus do desenvolvimento do direito após a Segunda Guerra Mundial, na visão de ARTHUR KAUFMANN.

Ainda no primeiro capítulo, uma fundamentação da teoria dos três poderes e das razões pela qual ainda se faz presente, na visão de BOBBIO e HABERMAS. Em BOBBIO a separação de poderes faz-se necessária como instrumento de contenção de abusos – e este é um dado permanente em qualquer estrutura social. Para ele o Estado de Direito transcende seus limites liberais, impondo-se a qualquer tipo de sociedade; recusa BOBBIO a idéia de que o Estado é apenas um instrumento de dominação de classes; os direitos civis e a separação de poderes do Estado fazem-se conquistas civilizatórias, com fundamento nos princípios da legalidade e da imparcialidade.

Para HABERMAS, a razão comunicativa promove uma atualização do princípio da soberania popular, tornando-o fator de ligação entre um sistema de direitos e o Estado de direito. Para que tal ocorra, há a necessidade de uma ampla garantia de direitos ao indivíduo, garantias estas propiciadas por um Judiciário independente; no princípio da legalidade; na separação entre o Estado e a sociedade. A formação de uma vontade racional, por cidadãos autônomos, demanda a compreensão destes princípios.

No segundo capítulo, destacamos as características de um modelo de direito positivista, observando sua gênese em SAVIGNY, como um sistema; e a concepção da aplicação do direito como uma operação lógica e subsuntiva, demonstrando, ainda neste item, suas insuficiências, na análise de ENGISCH. A seguir, no mesmo capítulo, mostramos que as teorias do direito de KELSEN, HART e ENGISCH acabam por permitir a

subjetividade interpretativa do julgador, abrindo margem a uma criação de direito discricionária e ensejadora de criação de instabilidade sistêmica.

A partir do terceiro capítulo, entra-se no tema princípios, analisando o entendimento dos mesmos em uma fase em que estes eram considerados sem eficácia positiva; verifica-se a sua assunção ao centro de um sistema, mas em que ainda se colocam as antigas questões concernentes à sua aplicação. Neste item, estuda-se o pensamento de JOSEF ESSER, mostrando a riqueza de aportes que trouxe ao tema, a partir do estudo comparativo que faz do direito de caso e do direito codificado, ressaltando-se suas insuficiências, particularmente quando abraça teses irracionalistas de achamento do direito.

Finalmente, no quarto capítulo, adentra-se ao pensamento de DWORKIN, visto como um paradigma – não o único, mas uma das vertentes a que se abre o pensamento jurídico contemporâneo a fornecer um instrumental mais flexível ao entendimento do direito, aparentemente superando as perplexidades derivadas dos entendimentos anteriores. Aqui, o direito é visto como um sistema de regras e princípios – com isso supera-se a rigidez positivista, abre-se o sistema jurídico aos câmbios da realidade e dos valores ignorados pelo positivismo; na visão dworkiana, em *hard cases* não há discricionariedade judicial, existindo um direito a amparar as partes, direito a ser descoberto pelos juízes a partir de uma coerente visão de um sistema de princípios. Rompe-se a unilateralidade judicial, propícia a violar as bases constitucionais e o direito da parte a ser julgado com base em um direito antecedente ao caso. A segurança é preservada, visto que o direito deve assegurar as expectativas da sociedade. O direito é visto como um empreendimento interpretativo, e assemelha-se a realização de uma gigantesca obra, um romance em cadeia, no qual participam todos os juízes, buscando-se nele adequação e justificação.

Capítulo 1

Fundamentos: Jusracionalismo e Historicismo

O jusracionalismo, em sua versão iluminista, e o historicismo são as duas grandes raízes sob as quais se fundou esta visão do direito que, ora se denomina simplesmente positivismo, ou positivismo científico, ou positivismo legal (embora naturalmente não sejam conceitos idênticos, o que se discutirá mais adiante). Esta visão do direito, embora hoje altamente contestada, constituiu, fundamentalmente, o pensamento jurídico do mundo ocidental, e, posteriormente, tornou-se dominante globalmente. A evolução do pensamento positivista (particularmente após a Segunda Guerra Mundial, mas em um movimento que já se tornara claro ainda no auge das grandes codificações do século XIX), transformou-se numa grande corrente que, talvez na ausência de denominação mais precisa, face a multiplicidade de pensamentos jurídicos nem sempre redutíveis a denominadores comuns, os doutrinadores chamam de pós-positivismo. Ainda assim, o pensamento jurídico contemporâneo encontra-se profundamente impregnado daquilo que, foi, fundamentalmente, pensado pelos filósofos e juristas particularmente a partir do século XVIII, mas cujas raízes remotas, como todo o pensamento ocidental, encontram-se nos primórdios do pensamento grego. Nesta primeira parte, pretende-se fazer um breve retrospecto destes fundamentos, destacando um modelo interpretativo que, na realidade, apesar de toda a renovação do pensamento jurídico a partir da Segunda Guerra Mundial, predomina nas escolas de direito e, difusamente, na consciência dos juristas práticos.

O iluminismo e o jusracionalismo, embora intimamente conectados, não são, naturalmente, idênticos. Este foi a manifestação, na Idade Moderna, de um pensamento (jusnaturalismo) que, desde a

Antigüidade, marcou o pensamento da maior parte dos povos da Europa. Aliás, o próprio direito natural é um tema permanente da humanidade acerca do homem e seu papel na sociedade, que, desde os primórdios da filosofia na Grécia Antiga até os tempos atuais tem mobilizado os pensadores. Já o iluminismo foi uma ruptura moral ou, em última análise, religiosa⁴ – no sentido de uma nova atitude perante a vida –, em consequência da qual surgiu uma imensa modificação na opinião pública e, em nome dela, grandes reformas nas instituições políticas. Trata-se de uma mentalidade, uma atitude cultural e espiritual, que não é somente dos filósofos, mas de toda a sociedade da época, inclusive de alguns governantes, não caracterizando um sistema de idéias ou escola. A crença iluminista na razão, contraposta à autoridade e ao preconceito, no espaço da política e do jurídico (na esteira do direito natural), pretenderá poder construir um corpo de normas jurídicas universais e imutáveis, reordenando o Estado e a sociedade por critérios que supostamente levariam ao progresso do gênero humano.

A influência do jusracionalismo sobre a cultura jurídica moderna, no entender de FRANZ WIEACKER⁵, numa visão panorâmica, poder-se-ia observar em quatro regiões, e de diferentes modos: na Alemanha (e também na Europa setentrional e oriental), o jusracionalismo, via soberanos e altos funcionários de Estado influenciados pelos pensadores jusracionalistas, tornou-se uma ética política e programa de governo do despotismo esclarecido. Por todos emblemático foram os trabalhos em prol da codificação na Prússia. Frederico Guilherme I, em 1713, deu o impulso inicial para a codificação referindo-se, no edito que determina a realização do código, à “*reta razão*”, caracteristicamente iluminista. Já seu sucessor,

⁴ A propósito, leia-se a nota referente a BECCARIA, abaixo. Este diz: “Data de cinco anos minha conversão à filosofia, e devo-a às Cartas Persas”. No período revolucionário, chegou-se a coroar a deusa Razão.

⁵ WIEACKER, FRANZ. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 311 e seguintes.

Frederico II, tipicamente influenciado por Voltaire e Montesquieu, pretendia que o código refletisse uma clarificação e racionalização da lei com base na razão e na constituição dos territórios. Todo este esforço acabou por frutificar com Frederico Guilherme II que promulgou o *Allgemeines Landrecht* (ALR - Código Geral do Direito Territorial Prussiano) em 1794.

Na Inglaterra, a face política da idéia jusnaturalista da liberdade foi a que mais cedo se impôs, em contraste com o absolutismo vigente no continente. Foram idéias inglesas que primeiro forjaram o liberalismo, e posteriormente vieram a influenciar, entre outros, Montesquieu. No âmbito da jurisprudência, no entanto, a influência do jusracionalismo foi diminuta. JEREMY BENTHAM e sua luta por um direito codificado e racional influenciou mais a codificação no continente do que em sua própria terra, onde o *common law* permaneceu incólume, graças, principalmente ao uso da *equity* nos tribunais reais, que deram às exigências éticas do direito natural medieval uma realização mais plena do que no continente.

Nos Estados Unidos, como bem observa WIEACKER, predominou a forte paixão dos primeiros pioneiros pelo direito e liberdade, eis que muitos deles expulsos de seus países de origem em virtude de crenças religiosas. Assim, os manuais jusracionalistas de PUFENDORF e GROCIO, junto com MABLY e JOHN LOCKE, vieram a influenciar os líderes da Independência; posteriormente, com FRANKLIN e THOMAS PAYNE, aportou, recém-chegada da França, a idéia da democracia nacional, que acabou por dar, com JEFFERSON, às treze colônias, o *pathos* unitário das nações modernas.

Finalmente, na França, o jusracionalismo fundamentou o Estado moderno e a sua ordem jurídica. Ao contrário da Alemanha, onde os ideais iluministas eram partilhados por uma elite de altos funcionários do Estado, irmanados em torno de soberanos absolutistas, também sob a

influência dos grandes pensadores da época – veja-se a relação estreita que uniu, por exemplo, VOLTAIRE e FREDERICO da Prússia – na França a filosofia das luzes era o modo de pensar de uma elite burguesa, de parte da nobreza e de intelectuais já desiludidos com uma monarquia atrasada. Aqui, predominou a paixão pela liberdade, que, em virtude do conservadorismo das instituições do Estado, desaguou, com as lutas dos cidadãos, na Revolução e, no âmbito jurídico, nos projetos das codificações que acabaram por ser finalizados por Napoleão.

1.1 Montesquieu. O poder freia o poder. O juiz como boca da lei. Beccaria. Razões que levaram a tal entendimento.

Charles-Luis de Secondat, BARÃO DE MONTESQUIEU, a partir de observações que fez em uma viagem à Inglaterra, passa a redigir uma análise da Constituição Inglesa que, reescrita várias vezes, dá origem ao *Espírito das Leis*, trabalho este inspirado nitidamente em LOCKE (pelo menos na parte que trata das funções do Estado), cujo *Two Treatises of Government*, de 1690, já propugnava a repartição das funções do Estado, com base nas teorias do direito natural.⁶ Como observa SIMONE GOYARD-

⁶ Para LOCKE, os homens, em estado de natureza, são governados pela razão natural, sendo todos iguais e independentes, e, pela razão da natureza, cada um deve respeitar a vida, liberdade e propriedade alheia. Mas para escapar ao estado de guerra, os homens ligam-se entre si através da sociedade. Se a razão da natureza consistia em que o homem só poderia ser limitado pelas leis da natureza, a liberdade do homem em sociedade consiste em que este somente pode ser limitado por um *poder legislativo* fruto do consenso da sociedade. O poder legislativo, portanto, define como a força da comunidade poderá ser usada para conservar a si mesma e aos seus membros. Além do poder legislativo, a ser exercido por uma assembleia, e separado dele, haverá um *poder executivo*, ao qual será entregue a execução das leis criadas pelo primeiro. Além desses, LOCKE vê também no poder executivo um *poder federativo*, cuja tarefa é representar a sociedade frente a outras comunidades. Estes poderes, executivo e federativo, devem permanecer nas mesmas mãos, porque praticamente inseparáveis.

FABRE, Montesquieu “*é um homem de um único livro, não só porque dedicou mais de vinte anos à preparação de **L’esprit des lois**, mas porque nos seiscentos capítulos que compõem a obra ele trata de todos os problemas – virtude política, espírito das nações, riqueza das nações, (...)*”⁷.

No modelo da tripartição de poderes do Estado de Montesquieu, descrito no capítulo VI do Livro XI do livro, reservava-se ao Poder Judiciário a mera aplicação das leis. Em suas palavras:

(...) não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o juiz seria legislador. Se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.⁸

Tal entendimento levou a que o juiz, no cumprimento de suas funções, fosse visto apenas como “*a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a sua força, nem o seu rigor*”.⁹ Em outro trecho da obra, reitera Montesquieu o entendimento de que aos juízes cabe apenas o papel de mero aplicador da lei, eis que os julgamentos devem ser “*a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto exato da lei*”, pois “*se fosse uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos*”.¹⁰

(ABBAGNANO, NICOLA. História da Filosofia, volume VII. Lisboa: Editorial Presença, p. 85)

⁷ GOYARD-FABRE, SIMONE. *Montesquieu*, in HUISMAN, DENIS. *Dicionário dos Filósofos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, página 704.

⁸ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. *O Espírito das Leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 119.

⁹ Ob. cit., p. 123:

¹⁰ Ob cit., p. 120.

A rigidez do pensamento de Montesquieu, no tocante ao papel dos juízes na estrutura do Estado, relaciona-se muito com a importância que este dá à figura do despotismo. Como se sabe, ao diferenciar os diferentes tipos de governo, Montesquieu classificou-os em republicano, monárquico e despótico. O governo republicano seria aquele em que o povo, como um todo, ou parcela dele (aristocracia), detém o poder soberano; a monarquia seria o regime em que um só governa, mas de acordo com leis estabelecidas; e, no governo despótico, uma só pessoa, sem freios ou limites governa.¹¹ No dizer do autor:

Nos Estados despóticos não existe lei: a regra é o próprio juiz. Nos Estados monárquicos, existe uma lei e, onde esta é exata, o juiz a observa; onde não existe, ele procura-lhe o espírito. Nos governos republicanos é da natureza da constituição que os juízes observem literalmente a lei. Não existe um cidadão contra o qual se possa interpretar uma lei, quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida.¹²

A idéia de que não cabe ao juiz interpretar a lei, cabendo-lhe apenas aplicá-la, retoma com mais desenvoltura em BECCARIA. Influenciado por MONTESQUIEU¹³ e ROUSSEAU e sua teoria do contrato social, conforme anota EVARISTO DE MORAIS, ao prefaciar a tradução para o português de *"Dos Delitos e das Penas"*,¹⁴ BECCARIA desenvolve a tese de que as leis deveriam ser simples¹⁵, acessíveis a qualquer cidadão, e que estas somente podem ser feitas pelo legislador, *"que representa toda a*

¹¹ Ob. cit., p. 9.

¹² Ob. cit., p. 57.

¹³ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Ed. Atena, 1959, p. 228. O autor afirma, em correspondência ao tradutor da obra para o francês, o Abade Morellet, sua dívida a Montesquieu e Helvetius: *"Data de cinco anos minha conversão à filosofia, e devo-a à leitura das Cartas Persas"*.

¹⁴ Ob. cit., p. 13.

¹⁵ Frederico II da Prússia, ao receber em 1786 o Projeto de um código geral para o Estado da Prússia, por ele encomendado a uma comissão de juristas: *"É ainda muito grosso, e as leis devem ser curtas e não pomenorizadas"*. (WIEACKER, *História*, p. 374)

*sociedade unida por um contrato social*¹⁶. Decorre daí que aos juízes não cabe interpretar as leis penais, visto que não são legisladores. Tendo recebido as leis da sociedade – do soberano, que é o representante da sociedade –, somente este teria legitimidade para interpretá-las. Segundo BECCARIA, o papel do juiz consiste tão-somente em examinar se o acusado praticou o ato contrário às leis, a partir de um raciocínio lógico:

O juiz deve fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for constrangido a fazer um raciocínio a mais, ou se o fizer por conta própria, tudo se torna incerto e obscuro¹⁷.

BECCARIA vê a diversidade do pensamento humano, suas diferentes paixões, sua maior ou menor inteligência, até mesmo sua boa ou má digestão, ou suas relações com o acusado, e teme as consequências de tudo isto no julgamento das lides, se ao juiz coubesse o papel de intérprete da lei:

Veríamos, assim, a sorte de um cidadão mudar de face ao passar de um para outro tribunal, e a vida dos infelizes estaria à mercê de um falso raciocínio, ou do mau humor do juiz. Veríamos o magistrado interpretar apressadamente as leis, segundo as idéias vagas e confusas que se apresentassem ao seu espírito. Veríamos os mesmos delitos punidos diferentemente em diferentes tempos, pelo mesmo tribunal, porque, em lugar de escutar a voz constante e invariável das leis, ele se entregaria à instabilidade enganosa das interpretações arbitrárias¹⁸.

BECCARIA aponta as vantagens de tal proceder: libertaria a sociedade do jugo de “*uma multidão de pequenos tiranos*” (!) e daria segurança ao cidadão, que saberia com certeza qual o comportamento

¹⁶ Ob. cit., p. 35.

¹⁷ Ob. cit., p. 38.

¹⁸ Ob. cit., p. 39.

reprovável; acrescentando que tais princípios desagradariam a tais tiranos, mas ele não receia desagradá-los, porque “os tiranos não lêem”.¹⁹

NORBERTO BOBBIO anota que a tipologia das formas de governo, em Montesquieu, introduz uma novidade na tradição do pensamento filosófico, que, desde Aristóteles, considera o despotismo uma degeneração da monarquia, ou seja, uma espécie do gênero. Tal importância demonstra-se na análise que Montesquieu faz do despotismo, que é descrito em seus vários aspectos – naturais, econômicos, jurídicos, sociais, religiosos, etc. –, sendo a técnica de separação de poderes, “a resposta do constitucionalismo moderno ao perigo recorrente representado pelo despotismo”.²⁰

Aliado ao temor do despotismo, que se caracterizaria pelo acúmulo de funções do Estado em um único personagem, a necessidade de subordinação dos juízes à lei deriva também da necessidade de segurança jurídica, eis que se os julgamentos se fizessem com base nos entendimentos particulares dos juízes, o cidadão não saberia “*precisamente os compromissos que nela são assumidos*”.²¹

Para o iluminismo, movimento de idéias no qual se insere Montesquieu, a insistência acerca da natureza e do espírito das leis e das constituições nasce do temor ao despotismo e do culto da liberdade civil e política, consubstanciada no entendimento de que as obrigações da sociedade civil encontram expressão e limite na lei. É o iluminismo a filosofia

¹⁹ Ob. cit., p. 40.

²⁰ BOBBIO, Norberto. *A Teoria das Formas de Governo*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora UnB, 7.ª ed., 1994, p. 137.

²¹ MONTESQUIEU, ob. cit., p. 120.

da burguesia por excelência, que luta por reformas contra o obscurantismo e os privilégios da aristocracia e do clero.²²

1.2 O Código Napoleão. A Escola da Exegese. O dogma da completude da lei.

O pensamento iluminista, na França, após a Revolução, acabou por frutificar no Código Napoleão. Já durante a Revolução, perseguiu-se a idéia de um Código de leis gerais, "*simples, claras e adaptadas à Constituição*".²³ Tal idéia já havia sido exposta por Beccaria, que dizia que o texto da lei deveria ser um livro familiar aos homens do povo, propugnando que quanto mais homens o lessem, menos crimes haveria²⁴.

MIGUEL REALE aponta a existência, no plano especificamente jurídico, de um longo processo histórico de racionalização jurídica (de formação de uma "consciência normativa") que se inicia com a Escola de Glosadores, no século XII, e culmina, na maturidade, com o Código Napoleão.²⁵

BOBBIO também destaca que o Código, a par das concepções iluministas, representou também a expressão "*orgânica e sintética da tradição francesa do direito comum*",²⁶ e, nas intenções da Comissão composta pelos juristas Tronchet, Maleville, Bigot-Préameneau e Portalis,

²² BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora UnB, 2.^a ed., 1986, p. 608.

²³ Lei sobre o ordenamento judiciário, de 16 de agosto de 1790, art. 19, *apud* BOBBIO, in *O Positivismo Jurídico*, p. 66.

²⁴ BECCARIA, ob. cit., p. 41.

²⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 11.^a ed., 1986, p. 412.

²⁶ BOBBIO, *O Positivismo Jurídico*, p. 72.

significaria “*um ponto de chegada e partida ao mesmo tempo, uma síntese do passado que não deveria excluir a sobrevivência e a aplicação do direito precedente*”.²⁷

Para os fins do presente trabalho, importa destacar a polêmica surgida com a redação dada ao artigo 4.º do Código, que estabelecia a obrigatoriedade do juiz decidir as questões que lhe fossem submetidas. Dizia o artigo:

O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada.²⁸

Tal artigo viria a ser reproduzido, no essencial, em outras legislações, e estabelecia, em síntese, o dogma da completude do ordenamento jurídico, inclusive no caso de lacunas (“silêncio da lei”). O Código Civil Brasileiro de 1916, em seu artigo 5.º, reproduzia o dispositivo, posteriormente revogado pela Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, permanecendo, entretanto, no Código de Processo Civil, cujo artigo 126 estabelece o princípio, remetendo o magistrado, no caso de lacunas, à “*analogia, aos costumes, e aos princípios gerais do direito*”.

Narra BOBBIO que a Comissão, liderada por PORTALIS, defendia que, na falta de uma lei precisa, o juiz deveria se reportar aos usos, às decisões similares, e, em se tratando de uma questão totalmente nova, aos princípios do direito natural,²⁹ com isso, abrindo caminho para a **criação do direito** pelo magistrado. Tal intenção era contemplada no artigo 9.º do anteprojeto, que expressamente remetia o juiz, na ausência de norma legal,

²⁷ Idem, p. 73.

²⁸ Idem, p. 74.

²⁹ BOBBIO, ob. cit., p. 76.

ao juízo de equidade, definindo-o como “o retorno à lei natural e aos usos adotados no silêncio da lei positiva”.³⁰ Para BOBBIO, esta seria uma porta aberta à criação de direito pelos magistrados, porta esta aberta em função da experiência judicial do período revolucionário, em que os juízes, na ausência de norma legal, abstinham-se de decidir a causa e remetiam a questão ao poder legislativo para que este legislasse sobre o tema. Esta postura dos magistrados, naturalmente, refletia a própria doutrina da separação dos poderes, na qual a criação do direito estava reservada ao legislativo, interpretada rigidamente, como queriam os doutrinadores como BECCARIA, mas também uma atitude de prudência e temor dos juízes, em virtude da instabilidade política própria dos períodos revolucionários, em que os grupos alternam-se no poder ao sabor das paixões das massas. Entretanto, o artigo 9.º foi retirado do texto definitivo, por decisão do Conselho de Estado, permanecendo apenas o artigo 4.º, que fundamentou, a partir daí, o pensamento abraçado pela Escola da Exegese, ou seja, que apenas a lei – e somente a lei - disciplinaria todos os casos porventura trazidos ao magistrado: o dogma da completitude da lei.

A Escola da Exegese tem sua origem mais próxima no próprio Código de Napoleão. A influência avassaladora deste, somada à doutrina da separação dos poderes, de Montesquieu e Beccaria, tornou a Escola da Exegese a doutrina dominante na França, em paralelo a movimentos jurídicos de conteúdo semelhante em outros países. Assim, na Inglaterra, desenvolveu-se a “analytical school”, com fundamento nos ensinamentos de JOHN AUSTIN; na Alemanha, os pandectistas seguiam uma orientação essencialmente normativista; na Itália, com base na Escola da Exegese e nos pandectistas, desenvolveu-se uma escola que teve como expoentes CHIOVENDA, MANZINI e ARTURO ROCCO, que, guardadas as diferenças

³⁰ Idem, p. 76.

entre os seus pensamentos, perseguiram também uma orientação normativista.³¹

Características da Escola da Exegese, anota BOBBIO³², seriam, basicamente: a inversão das relações entre o direito natural e o direito positivo, passando o direito positivo a uma posição de proeminência, e o direito natural ser relevante somente na medida em que fosse incorporado à lei – em decorrência de tal entendimento, o artigo 4.º do Código Civil é lido como afirmando a completude da lei. Em segundo lugar, trata-se de uma visão rigidamente estatal do direito; o direito é somente aquilo que o legislador promulgou. O direito natural e as leis morais somente são obrigatórios se o legislador os acolher. De tal posição surge a terceira característica, de natureza interpretativa: a interpretação da lei segundo a vontade do legislador (interpretação subjetiva). Nos casos em que não se depreende a compreensão do texto legal – obscuridade ou lacuna – busca-se a vontade do legislador. Outras características seriam o culto do texto da lei, estando o intérprete rigorosamente atado às disposições legais, e, finalmente, o respeito ao princípio da autoridade. Esta última característica, conforme BOBBIO, decorre da própria natureza do direito, visto que os juristas não podem proceder exclusivamente com base em afirmações racionais ou empiricamente verificáveis, sobre o que é lícito ou ilícito. Assim, o direito comumente atribui a alguém o poder de estabelecer o que é justo, e este alguém é o legislador. O recurso ao princípio da autoridade, então, é particularmente forte na Escola da Exegese, não só pelo fetiche da lei, mas também pela autoridade dos primeiros comentadores do Código Civil.

³¹ REALE, Miguel, ob. cit., p. 415/421.

³² BOBBIO, *O Positivismo Jurídico*, p. 83/89.

1.3 Escola histórica do direito. Savigny e Puchta. Jurisprudência dos Conceitos.

O racionalismo iluminista podia elencar um grande rol de triunfos a seu favor. Havia abolido a tortura, desmascarado a superstição das bruxas, acabado com as formas cruéis de execução, posto de parte as penas cruéis e infamantes, e, de uma maneira geral, erguido o estandarte da humanidade. Entretanto, como observa FRANZ WIEACKER, embora os códigos iluministas constituíssem o triunfo de uma cultura jurídica voltada para uma moral prática, deixaram de produzir frutos plenos, *“porque, quer a ciência jurídica técnica, quer a jurisprudência, não se deixaram arrastar senão à força pelo ímpeto reformador”*.³³ A excessiva simpatia dos legisladores absolutistas por soluções que restringiam o desenvolvimento científico do direito, vinculando a interpretação a comissões ministeriais, como na Prússia, ou legislativas, como na França, produziram uma quebra na vivacidade do direito comum. Particularmente na Alemanha, a anti-historicidade do racionalismo freqüentemente bloqueou o desenvolvimento de uma consciência jurídica afeita à tradição e a racionalidade do existente.

Para a Escola Histórica do Direito, a ciência jurídica é pré-determinada pela historicidade do direito do presente – e não pelas abstrações do jusracionalismo ou comandos de legisladores iluministas. Ela descobre na historicidade do direito a historicidade do próprio povo. Ela vê no direito o *espírito do povo*. O direito era visto como parte de uma cultura global, aparecendo como um desabrochar a partir do inconsciente do povo, como a música popular, ou a épica popular. Esta reflexão abriu na ciência jurídica um processo que ainda hoje não chegou ao seu termo, segundo WIEACKER:

³³ WIEACKER, FRANZ. *História do direito privado moderno*, pág. 397.

O espírito do povo de Savigny, o direito dos juristas de Puchta, o direito popular de Beseler, a finalidade do direito de Ihering, o direito social e comunitário de Gierke, todos eles são (tal como a alienação do homem na sociedade de mercadorias, segundo a concepção de Karl Marx) tentativas de reaquisição da identidade da consciência jurídica e jurídico-científica com o caráter histórico e, portanto, social – agora descoberto – da existência (nacional ou social).³⁴

Características fundamentais do historicismo, segundo BOBBIO³⁵: 1) o sentido da variedade da história devido à variedade do próprio homem (não existe o homem abstrato, existem homens, diversos entre si conforme a raça, o clima, o período histórico). 2) o sentido do irracional na história, em contraposição à interpretação racionalista da história dos filósofos iluministas. O historicismo escarnece da concepção de que o Estado tenha se originado de uma decisão racional para por fim ao estado de natureza. 3) Estreitamente ligada à idéia da irracionalidade da história é o pessimismo historicista. O historicista não crê que a razão possa melhorar a sociedade e transformar o mundo. BOBBIO vê nisto a evidência conservadora do pensamento historicista. 4) O elogio e o amor ao passado. Os historicistas têm uma grande admiração pelo passado, que vê de uma maneira idealizada, ao contrário dos iluministas, que desprezam o passado e exaltam o tempo de “luzes” da idade racionalista. A Idade Média, particularmente, é um fator de disputa, visto por uns como um período de trevas e pelos historicistas como uma época na qual se realizou uma civilização profundamente humana e que exprime o espírito do povo. 5) Finalmente, o amor pela tradição, isto é, os costumes e instituições existentes na sociedade e formados por desenvolvimento lento e secular.

Expoente maior e fundador do historicismo, em FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY encontram-se todas as características apontadas por

³⁴ WIEACKER, FRANZ. *Idem*, p. 409.

³⁵ BOBBIO, N. *O positivismo jurídico*, págs. 48/51.

BOBBIO, inclusive pela sua origem e ligações sociais (membro de uma elite social e cultural, um aristocrata que privava da amizade do monarca, tendo sido inclusive chanceler da Prússia, no período de 1842 a 1848.). Um estudioso precoce do direito, cuja *Juristische Methodenlehre* foi composta aos 22 anos (embora tenha sido publicada somente após a sua morte, como fruto de anotações de um aluno), SAVIGNY já aos trinta anos planejava a elaboração do *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* (História do Direito Romano na Idade Média) e o *System des heutigen römischen Rechts* (Sistema do Direito Romano Atual). Publicado a partir de 1815, a História do Direito Romano na Idade Média desvela o pensamento de SAVIGNY. Para ele, a unidade da cultura jurídica europeia e da tradição constituíam uma obra cultural e literária do passado. Essa concepção fundamental, segundo WIEACKER, confere “*arrebato e tensão*”³⁶ aos quatro primeiros volumes. Com efeito, nele se lê:

Il diritto di un popolo, a somiglianza della sua lingua, non può avere un carattere fisso perchè l'essere suo proprio consiste in una perpetua genesi ed esplicazione. Laonde, volendo noi esporre le vicende del Giure romano nel medio evo, è d'uopo che prima ci facciamo a considerare per ciascun popolo ed in ciascun periodo di quell'età la forma sotto cui quel diritto appare e si attua. (...)

Il diritto primitivo di Roma, come di tutti i popoli, era quello che noi chiamiamo diritto consuetudinario e che si fonda unicamente, senza vil sibile derivazione, nella fede e coscienza comune del popolo.³⁷

³⁶ WIEACKER, F. *História*, p. 442.

³⁷ SAVIGNY, FRIEDRICH KARL V. *Storia del diritto romano nel medio evo*. Torino: Gianini e Fiore, Editori, 1854. Tradução do alemão por Emmanuele Bollati, página 19. Negritei. “O direito de um povo, a semelhança de sua língua, não pode ter um caráter fixo porque em sua essência consiste em uma perpétua gênese e desenvolvimento. Por isso, querendo expor as mudanças do Direito romano na Idade Média, é preciso que antes consideremos para cada povo e para cada período daquela época a forma sob a qual o direito aparece e atua...O direito primitivo de Roma, como de todos os povos, era aquele que nós chamamos direito consuetudinário e que se funda unicamente, sem tergiversações, na fé e consciência comum do povo.”

Nestas poucas linhas perscrutam-se as linhas mestras do pensamento do jurista: o seu tema medieval, a analogia do direito com a linguagem, a permanente evolução do direito, sua historicidade característica a cada povo, a fonte primária do direito como sendo a fé e a consciência comum do povo.

“*Fé e consciência comum do povo*”, espírito do povo – *Volksgeist* – belas palavras cujo sentido necessita ser esmiuçado. Para SAVIGNY, sujeito do direito é o povo, e, na observação de sua história, mais além das primeiras manifestações do direito positivo, encontra-se um sentimento de necessidade que acompanha suas manifestações, sentimento este que se expressa particularmente nos mitos da origem divina do direito. Analogamente à língua, cuja origem se encontra além dos tempos históricos (além das manifestações escritas, *positivadas*), o direito tem sua origem neste espírito geral que anima todos os membros da nação. E o direito, como a vida dos povos, como a vida humana, nunca estaciona e nunca deixa de se desenvolver:

Puédese, en efecto, comparar la vida de los pueblos, y cada uno de sus elementos constitutivos, á la vida humana, que nunca aparece estacionaria y ofrece una continua sucesión de desenvolvimientos orgánicos. Tanto las lenguas como el derecho, ofrecen en su existencia una serie de transformaciones no interrumpidas, cuyas transformaciones proceden del mismo principio que su origen, están sometidas á la misma necesidad y son igualmente independientes del acaso y de las voluntades individuales.³⁸

SAVIGNY, entretanto, observa que o povo deve ser visto não como uma reunião dos indivíduos existentes em uma mesma época: o povo deve ser considerado como uma *unidade*, no seio do qual sucedem-se as gerações, unidade que enlaça o presente com o passado e o futuro. A tradição vela pela conservação do direito, e a tradição é uma herança que se

³⁸ SAVIGNY, F.K. *Sistema del derecho romano actual*. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 2.^a edição, tomo 1.º, página 71.

transmite pela sucessão contínua e insensível de gerações.³⁹ O desenvolvimento do direito encontra sua origem no espírito do povo, mas, com o desenvolvimento das sociedades, o direito deixa de ser acessível a todos os membros da nação, surgindo então uma classe especial de pessoas, os jurisconsultos, que, dominando o direito, passam a desenvolvê-lo. Diz SAVIGNY:

Así el derecho, que antes vivía en la conciencia del pueblo, por consecuencia de las nuevas relaciones que crea en la vida real, adquiere tal desarrollo, que su conocimiento cesa de ser accesible á todos los miembros de la nación. Entonces, se forma una clase especial, la de los jurisconsultos, que, en dominio del derecho, representan al pueblo de que forman parte. Esta es una forma nueva, bajo la cual prosigue el derecho popular su desenvolvimiento, que, desde entonces, tiene una doble vida. Sus principios fundamentales subsisten siempre en la conciencia de la nación, pero su determinación rigurosa y las aplicaciones de detalle pertenecen a los jurisconsultos.⁴⁰

São os jurisconsultos, doravante, os representantes da consciência comum do povo, verdadeiros representantes da nação, artífices do desenvolvimento do direito, e assim o farão, numa dupla função: criadora, pois reúnem toda a atividade intelectual da nação, e científica, pois, apoderando-se do direito, recompõem-no e traduzem-no em uma forma lógica.⁴¹ “Povo não é, portanto, para Savigny de modo algum a realidade política e social da nação histórica, mas um conceito cultural ideal – a comunidade espiritual e cultural ligada por uma cultura comum”, como frisa WIEACKER.⁴²

O direito não é um simples mecanismo; a relação de direito tem uma natureza *orgânica* que se manifesta, seja pelo conjunto de suas partes

³⁹ SAVIGNY, F. K. *Sistema del derecho romano actual*, pág. 73.

⁴⁰ SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, pág. 87.

⁴¹ *Idem*, p. 87/88.

⁴² WIEACKER, *ob. cit.*, p. 448.

constitutivas que se equilibram e se limitam mutuamente, seja pela sua origem e seus desenvolvimentos sucessivos.⁴³ Em suas palavras:

Si el juicio de un caso particular es de naturaleza restringida y subordinada; si encuentra su raíz viva y su fuerza de convicción en la apreciación de la relación de derecho, la regla jurídica y la ley, que es su expresión, tienen por base las instituciones cuya naturaleza orgánica se muestra en el conjunto mismo de sus partes constitutivas y en sus desenvolvimientos sucesivos. Así, pues, cuando no se quiere limitarse á las manifestaciones exteriores, sino penetrar la esencia de las cosas, se reconoce que cada elemento de la relación de derecho, se refiere á una institución que lo domina y le sirve de tipo, de la misma suerte que cada juicio está dominado por una regla, y este segundo encadenamiento, ligándose con el primero, encuentra allí a realidad y la vida.⁴⁴

A natureza orgânica da instituição não pode ser esgotada por uma regra abstrata. Segundo SAVIGNY, o legislador, para fazer uma boa lei, deve abraçar em seu conjunto a natureza orgânica da instituição, e, por um procedimento artificial, tirar dela a prescrição abstrata da lei, operação inversa do juiz, que deve recompor o todo orgânico da instituição daquilo que a lei mostra uma única face.⁴⁵ ⁴⁶Tais regras abstratas, uma vez

⁴³ SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, p. 65/66.

⁴⁴ SAVIGNY, *idem*, p. 66/67.

⁴⁵ SAVIGNY, *Sistema*, *ob. cit.*, p. 86.

⁴⁶ Já disse alguém que não se pode estudar filosofia sem conhecer alemão ou grego, cujas estruturas lingüísticas propiciam a compreensão filosófica. Polêmica à parte, a verdade é que o desconhecimento da língua germânica, para os que pretendem estudar o direito, é um obstáculo quase intransponível, face a dificuldade de acesso a obras de juristas alemães em línguas que não a germânica. No caso de Savigny, o estudante teve acesso aos exemplares da *História do Direito Romano na Idade Média*, em versão italiana; e versões em espanhol do *Sistema do Direito Romano Atual*, e *Da Vocação do Nosso Tempo para a Legislação e Jurisprudência*; a primeira, uma edição espanhola, a segunda, uma edição argentina. A versão da *Metodologia Jurídica*, em português, foi traduzida de uma edição espanhola (uma dupla traição!). Ora, a versão do *Sistema do Direito Romano Atual*, confrontado com a explanação que do pensamento de Savigny faz LARENZ, em sua *Metodologia* (tradução para o português de JOSÉ LAMEGO), induz a sérias dúvidas ao leitor. Com efeito, em toda a explicação de LARENZ, abunda a afirmação que o conceito de instituição de Savigny só se apreende operacionalizando a **intuição** e o pensamento racional. Citações literais de Savigny, entre outras, tiradas do *Sistema*, induzem a isso. Lê-se em LARENZ: “A

extraídas das instituições, estruturar-se-ão à maneira da lógica formal. Tal foi o ponto de partida da jurisprudência dos conceitos de GEORGE FRIEDRICH PUCHTA.⁴⁷

SAVIGNY, fiel à historicidade do direito, pensava o sistema do direito como uma unidade à maneira de um organismo, em que os elementos constitutivos do sistema gravitam em torno de um centro, e todos os elementos definem-se em relação a este. Trata-se de um sistema comparável a um círculo.⁴⁸ Para PUCHTA, discípulo e sucessor de Savigny, entretanto, a unidade do sistema jurídico assemelha-se a uma pirâmide de conceitos formal, onde, no vértice, colocar-se-ia o conceito superior, o mais geral possível, a partir do qual subsumem-se espécies e subespécies dos

única forma em que uma tal convicção (da comum convicção jurídica do povo) logra constituir-se não é, manifestamente, de uma dedução lógica, mas a de um sentimento e intuição imediatos” (pág. 13). Em outro trecho, com citação literal do Sistema: “ ‘Sem prejuízo de toda a conformação e elaboração conceptual’, é, pois, ‘na **intuição** do instituto jurídico’, que as regras encontram ‘o seu último fundamento’ ” (pág. 13). Mais adiante, LARENZ volta a frisar o papel da intuição: “Assim como o legislador tem de ter sempre presente ‘a **intuição integral do instituto jurídico**’ como todo ‘orgânico’ e há de, a partir dela, ‘por um processo artificial, estabelecer a preceituação abstrata da lei’, (...) o juiz tem, por seu turno, ‘por um processo inverso, de lhe restituir o nexo orgânico de que a lei mostra uma simples secção’ ” (pág. 14, em LARENZ). Ora, uma busca minuciosa na versão espanhola do Sistema não nos traz este entendimento, que seria, talvez, dedutível por um esforço do intérprete, em face do conjunto da obra de Savigny, e da intelecção de seu conceito de instituição orgânica. Assim, este último texto a que se refere LARENZ, na versão espanhola, aparece assim: “Hay aquí un defecto de proporción entre la ley y la institución de derecho, cuya naturaleza orgánica no puede ser agotada por una regla abstracta. Sin embargo, para hacer una buena ley debe el legislador abrazar en su conjunto la naturaleza orgánica de la institución, y, por un procedimiento artificial, sacar de ella la prescripción abstrata de la ley, de la misma manera que el juez, por una operación diversa, debe recomponer el conjunto orgánico, de que la ley muestra una sola faz”. (Sistema, p. 86). Trata-se, evidentemente, do mesmo texto, no qual não há referência à intuição do instituto orgânico, repetindo-se o mesmo problema em outros trechos que LARENZ retira de Savigny, e, entre aspas, refere-se ao uso da intuição como elemento indispensável à apreensão das instituições jurídicas. Aplica-se, aqui, em toda a sua inteireza, a antiga máxima: *traduttore, traditore*.

⁴⁷ LARENZ, KARL. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, 3.^a edição, tradução de JOSÉ LAMEGO, pág. 15.

⁴⁸ LARENZ, K. Ob. cit., págs. 21/22.

demaís conceitos, em direção à base, com graus de abstração progressivamente menores. PUCHTA denominou tal sistema de “genealogia de conceitos”, pretendendo que se pode seguir, tanto no sentido ascendente como descendente, a proveniência de cada conceito. Tal hierarquia de conceitos é construída de forma contínua e sem lacunas e a dedução das normas jurídicas isoladas e das decisões jurídicas concretas torna-se possível observando-se o estrito rigor lógico. Desta forma, introduz-se o processo de deduzir a norma e a decisão jurídica a partir do conceito, em vez de, ao contrário, produzir o sistema e os conceitos através de indução tomando-se como ponto de partida as normas jurídicas, as decisões jurisprudenciais e as valorações sociais, ou seja, a realidade.

O conceito supremo de PUCHTA, do qual se deduzem todos os demais, procede da filosofia do direito, ou seja, a jurisprudência dos conceitos não prescinde de um fundamento suprapositivo. Para LARENZ, o *a priori* filosófico de PUCHTA não é outro senão o conceito kantiano de liberdade, do qual PUCHTA deduz o conceito de sujeito de direito como pessoa, em sentido ético, e o direito subjetivo como o poder jurídico de uma pessoa sobre um objeto.⁴⁹ Para PUCHTA, então, só pode ser direito positivo o que se deduz deste conceito supremo. Destaca LARENZ, portanto, a incorreção de se equiparar pura e simplesmente jurisprudência dos conceitos e positivismo, como se faz comumente. Se o próprio legislador deve retirar a legitimidade de seus conceitos do conceito de sistema (do conteúdo *a priori* dado pelo conceito fundamental), então, neste sentido, PUCHTA opõe-se ao positivismo, que considera direito tudo aquilo que o legislador disser que é. De todo o exposto importa destacar que o processo lógico-dedutivo da jurisprudência dos conceitos preparou o terreno ao formalismo jurídico, formalismo este que viria a prevalecer por mais de um século e ainda hoje, mitigado, exerce grande influência no pensamento jurídico.

⁴⁹ Idem, p. 25.

Mas, com isso, conforme destaca WIEACKER, a ciência jurídica desconectou-se da realidade social. O conceito científico desligou-se da vida e passou a ter existência apenas intelectual. A vitória do formalismo significou “o *alheamento da ciência jurídica em relação às realidades sociais, políticas e morais do direito*”.⁵⁰

1.4 Atualidade do princípio do Estado de Direito e da lógica da divisão de poderes.

A propósito da atualidade da doutrina liberal do Estado de Direito, consubstanciada basicamente na garantia dos direitos do homem e na divisão dos poderes, e sua transcendência às circunstâncias históricas que propiciaram o seu nascimento, BOBBIO já observara que esta tem um caráter permanente, por exprimir uma exigência da luta contra os abusos do poder. É permanente, eis que, por um lado, todo poder tende a abusar, e, por outro, na estrutura formal do Estado de Direito há possibilidades de reprimir quaisquer atentados às garantias da liberdade individual, de onde quer que partam, inclusive da burguesia. Observa BOBBIO que, na luta contra os regimes fascistas, os próprios partidos marxistas a travaram levantando as bandeiras liberais, em nome, portanto, daqueles limites ao poder do Estado que tornam a convivência social mais civilizada e menos selvagem.⁵¹

Para BOBBIO, a divisão de funções no Estado interessa a qualquer sociedade independentemente de sua composição social. Numa

⁵⁰ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, p. 458.

⁵¹ BOBBIO, NORBERTO. *Teoria geral da política. A filosofia política e a lição dos clássicos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2.^a edição, pág. 278.

sociedade capitalista, onde, segundo os marxistas⁵², haveria uma ditadura da burguesia – só uma classe domina - há uma diferenciação das funções.

⁵² BOBBIO desenvolve a polêmica com os marxistas italianos acerca da permanência dos valores liberais. Como pano de fundo, a luta política italiana e, internacionalmente, a disputa entre o bloco socialista, União Soviética à frente, e o bloco capitalista. Recorde-se que em MARX, *“O executivo do Estado moderno não é mais do que uma comissão para administrar os negócios coletivos de toda a classe burguesa”* (Manifesto do Partido Comunista in MARX-ENGELS, Obras Escolhidas, tomo I. Lisboa: Edições Avante, 1982, pág. 109). Mais ainda: *“Como o Estado é a forma em que os indivíduos de uma classe dominante fazem valer os seus interesses comuns e se condensa toda a sociedade civil de uma época, segue-se que todas as instituições comuns são mediadas pelo Estado, adquirem uma forma política. Daí ilusão de que a lei assentaria na vontade, e para mais na vontade dissociada da sua base real, na vontade livre. Do mesmo modo o direito é, por seu turno, reduzido à lei.”* (Feuerbach. Oposição das concepções materialista e idealista (Capítulo I de A ideologia alemã). MARX-ENGELS, Obras Escolhidas, tomo I, Edições Avante, 1982, pág. 72). Já LENIN, em um contexto revolucionário – véspera da Revolução de Outubro de 1917 – escreveu *O Estado e a Revolução*, repassando a doutrina marxista do Estado visando a iminente tomada do poder. Ao mesmo tempo panfleto doutrinário e de luta contra os adversários dos bolcheviques, *O Estado e a Revolução* reafirma a doutrina marxista de que o Estado é um instrumento de dominação de classe e que se extinguirá com o advento da sociedade sem classes, a sociedade comunista. Segundo LENIN, *“La sociedad capitalista, considerada en sus condiciones de desarrollo más favorable, nos ofrece una democracia más o menos completa en la república democrática. Pero esta democracia se halla siempre comprimida dentro del estrecho marco de la explotación capitalista y, por esta razón, es siempre, en esencia, una democracia para la minoría, sólo para las clases poseedoras, sólo para los ricos. La libertad de la sociedad capitalista sigue siendo siempre, poco más o menos, lo que era la libertad en las antiguas repúblicas de Grecia: libertad para los esclavistas.”* (*O Estado e a Revolução*, in Obras Escolhidas. Moscou: Editorial Progreso, pág. 338). Envolvido com as tarefas da iminente tomada de poder – na ocasião em que escreveu, estava na clandestinidade, da qual saiu somente às vésperas da revolução – LÊNIN não detalhou seu pensamento sobre as instituições do Estado que se seguiriam à tomada do poder; entretanto, parece certo que via a passagem da sociedade capitalista para o socialismo, e desta para o comunismo, como uma questão de pouco tempo, bastando para tal a existência de algumas premissas (liquidação do analfabetismo, a instrução e educação dos operários na disciplina social através do desenvolvimento de correios, ferrovias, grandes fábricas, do grande comércio, dos bancos, etc.): *“Existiendo estas premisas económicas, es perfectamente posible pasar en seguida, de la noche a la mañana, despues de derrocar a los capitalistas y a los burocratas, a sustituirlos por los obreros armados, por todo el pueblo armado, em la obra de controlar la producción y la distribución, en la obra de computar el trabajo y los productos.”* (pág. 349). Com isso, abrem-se as portas à sociedade comunista, etapa posterior e superior à socialista: *“Pues cuando todos hayan aprendido a dirigir y dirijan en realidad por su cuenta la producción social; cuando hayan aprendido a llevar el cómputo y el control de los haraganes, de los señoritos, de los granujas y demás “depositarios de las tradiciones del*

Uma sociedade de caçadores de marmotas (o exemplo é dele) constitui sociologicamente um grupo homogêneo; no entanto, em seus estatutos pode-se observar que a função deliberativa é prerrogativa da assembléia de sócios, a função executiva de um comitê que é responsável perante a assembléia, e a função judiciária pertence a um colegiado de árbitros.⁵³

capitalismo”, el escapar a este registro y a este control realizado por la totalidad del pueblo será sin remisión algo tan inaudito y difícil, una excepción tan rara, y suscitará probablemente una sanción tan rápida y tan severa (pues los obreros armados son gente práctica y no intelectualillos sentimentales, y será muy difícil que nadie juegue con ellos) que la necesidad de observar las reglas nada complicadas y fundamentales de toda convivencia humana se convertirá muy pronto en una costumbre. Y entonces quedarán abiertas de par en par las puertas para pasar de la primera fase de la sociedad comunista a su fase superior y, a la vez, a la extinción completa del Estado. (O Estado e a Revolução, ob. cit., pág. 350).

No entanto, LENIN enganou-se em seus prognósticos. Após a tomada do poder e a subsequente guerra civil, a Rússia devastada viu a construção de um Estado poderoso sob a égide de Stálin, e aquilo que seria provisório tornou-se permanente. Após a guerra europeia de 1914/18 não se viu o triunfo da Revolução, e sim o ressurgimento do capitalismo e a emergência do fascismo. Mais ainda: a observância das “regras nada complicadas da convivência humana” transformando-se em mero costume revelou-se apenas fantasia, no quadro de fortalecimento dos Estados contemporâneos – seja o Estado socialista, ou o Estado fascista, ou o *Welfare State*. Com isso, os marxistas forçaram-se a repensar a idéia do Estado conforme a visão que dele tinham MARX e LENIN. Uma corrente militante, no Brasil, influenciado pelo pensamento de GRAMSCI, passou a declarar, com todas as letras, que a democracia possui um valor universal, contrariando o pensamento ortodoxo. Assim, CARLOS NELSON COUTINHO, diz que é preciso “(...) afirmar claramente que, tanto na fase de transição quanto no socialismo plenamente realizado, continuarão a ocorrer situações que só a democracia política será capaz de resolver no sentido mais favorável à explicitação do gênero humano. (...) A pluralidade de sujeitos políticos, a autonomia dos movimentos de massa e dos organismos da sociedade civil em relação ao Estado, a liberdade de organização, a legitimação da hegemonia através da obtenção permanente do consenso majoritário: todas estas conquistas democráticas, tanto as que nasceram com a sociedade burguesa quanto as que resultam das lutas populares no interior do capitalismo, continuam a ter pleno valor em uma sociedade socialista”. (COUTINHO, CARLOS NELSON. *A democracia como valor universal*. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1980, pág. 24.) Aparentemente irrelevante após os recentes acontecimentos ocorridos na Europa, esta polêmica ainda tem sua razão de ser, não apenas em face das ameaças totalitárias, aqui e ali ressurgentes, como monstruosa cabeça de hidra, mas também das complexas interações entre os novos e poderosos atores sociais, os “corpos intermediários renascidos na redescoberta da sociedade civil”, a que se refere BOBBIO (*Teoria Geral da Política*, págs. 320/342).

⁵³ BOBBIO, *Teoria geral*, pág. 287.

A divisão de poderes, entendida como um grande conjunto de aparatos ou instrumentos jurídicos que constituem o Estado de Direito, pode reduzir-se a dois grandes princípios, segundo BOBBIO: 1) o princípio da legalidade; 2) o princípio da imparcialidade. A dependência da função executiva e da função judiciária em relação à função legislativa serve para garantir o princípio da legalidade. As normas serão criadas mediante um procedimento formal próprio dos órgãos legislativos. A independência do poder judiciário em relação aos outros dois estabelece o princípio da imparcialidade, visto que as pessoas que cumpriram a função serão distintas daqueles que exercem funções executivas e legislativas. E ambos os princípios são freios contra dois abusos recorrentes em qualquer sociedade onde haja governantes e governados: o abuso derivado de um juízo arbitrário – não fundado em uma norma geral -, e o abuso derivado de um juízo parcial, favorecendo uma das partes em causa.⁵⁴

HABERMAS, em outro registro, o da ação comunicativa, como veremos a seguir, a nosso ver, reforça o argumento de BOBBIO. É a lição trazida por CELSO LUIZ LUDWIG:

Via ação comunicativa, HABERMAS argumenta pela origem de direitos fundamentais não mais na vontade autônoma, mas na aplicação do princípio do discurso. Determinados princípios, sem os quais a ação comunicativa se inviabiliza, constituem-se em direitos fundamentais. Portanto, nos termos da razão comunicativa, há direitos básicos inscritos no discurso. Esses direitos transformam-se pragmaticamente em fundamento do processo de legitimação do direito.⁵⁵

A gênese lógica de direitos pode ser reconstruída passo a passo, indo do abstrato ao concreto, segundo HABERMAS. Começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação

⁵⁴ Idem, pág. 288.

⁵⁵ LUDWIG, *Formas da razão*, pág. 182/183.

em geral, e termina quando acontece a institucionalização jurídica de um exercício discursivo da autonomia política. O direito fundamental a iguais liberdades subjetivas de ação, em graus sucessivos de concretização, consubstancia-se no 1) direito fundamental a de membro politicamente autônomo de uma associação voluntária; 2) em direitos fundamentais à proteção de direitos individuais; 3) direitos à igual participação na formação da opinião e da vontade (ou seja, autonomia política) e, finalmente, 4) direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que estes se tornem necessários a um aproveitamento dos três primeiros itens.⁵⁶ Tais direitos fundamentais são necessários à institucionalização do direito, existindo abstratamente e demandando que os civis participantes, através do legislador constitucional, especifiquem os direitos que confirmam ao princípio do discurso a figura jurídica de um princípio de democracia. Introduzido o sistema de direitos desta maneira, segundo HABERMAS, torna-se compreensível a interligação entre direitos humanos e soberania do povo. Conforme destaca LUDWIG:

Não há como não reconhecer que HABERMAS, na sua empresa de superar o positivismo, encontra efetivamente novo *locus* para fundamentação do direito, com o que supera a “invenção” moderna do conceito de razão prática como faculdade subjetiva, via ação comunicativa. Os direitos por ele elencados não se constituem em novidade. São basicamente direitos da primeira, segunda, terceira e quarta gerações. O novo que não é pouco, no entanto, está na **fundamentação**, na **modalidade** da razão e na **metodologia** (o *modus* e intencionalidade) da relação entre facticidade e validade, isto é, entre a razão instrumental e comunicativa”.^{57 58}

⁵⁶ HABERMAS, JÜRGENS. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade, volume I*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, págs. 158/160.

⁵⁷ LUDWIG, *Formas da razão*, pág. 184. Os destaques são do original. Comentando a questão dos direitos, LUDWIG ainda se reporta a CELSO LAFER: “Afim são direitos do homem que se afirmam como direitos individuais face ao poder do Estado; também direitos individuais exercidos coletivamente, através do direito de associação, do direito ao trabalho, à saúde, à educação; ou então os direitos, cujos titulares são entes coletivos, como a família, o povo, a nação e outros; ou os direitos vinculados ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à paz e assim por diante. Cf. LAFER, A reconstrução dos direitos, p. 126/131”.

⁵⁸ LUDWIG, no entanto, critica a ação comunicativa, por entender que a comunidade de comunicação e a conseqüente razão comunicativa constituem uma totalidade fechada a toda e qualquer razão diferente, pois não toma a categoria da exterioridade como fundante de uma outra racionalidade. Segundo ele, nas condições da América Latina esta outra razão – a da exterioridade – é a condição de possibilidade de argumentação como tal. Marcando decididamente uma posição, diz: *“Ouso afirmar que a exclusão é também exclusão da comunidade ideal de comunicação porque os pressupostos da razão comunicativa (...) são parte de uma racionalidade comunicativa, a qual Apel atribui a condição de um fato histórico herdado culturalmente. Caberia perguntar: herdado por quem? E qual racionalidade foi herdada para constituir-se em fato histórico? Certamente não das sociedades excluídas, da Cultura negada. Certamente não da racionalidade fundada na exterioridade”* A conseqüência prática é que o excluído recebe os efeitos de um consenso do qual não fez parte, visto que a exclusão é anterior à sua formação. O excluído está “incomunicável”, e o consenso pode ser de dominação e exclusão. (*Formas da razão*, pág. 161/162). LUDWIG encontrará, em suas reflexões, a fundamentação do direito na racionalidade do outro, tendo como princípio básico o da libertação da exclusão; libertação da miséria e da opressão de todas as lógicas de dominação no plano concreto. *“Desta forma, a racionalidade é condição da libertação, na modalidade da racionalidade excluída”*. Mas não existe racionalidade crítica sem sua fonte epistêmica e eticamente originária, a dimensão da exterioridade. (*Formas da razão*, p. 195). Cabe salientar, entretanto, que, para nós, o registro ludwigiano da exterioridade retorna a HABERMAS, eis que *“o direito fundamental do outro enquanto exterioridade consiste no direito de expressar, de manifestar sua razão ou suas razões”* (idem, p. 199), embora as ressalvas feitas pelo próprio autor, a seguir.

KATYA KOZICKI também vê criticamente o pensamento habermasiano. (KOZICKI, KATYA. *Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas*. Tese. Florianópolis, 2000. Doutorado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina). Para ela, a democracia deliberativa, na ótica de HABERMAS e RAWLS, desconsidera questões fundamentais. A participação de todos no processo deliberativo de maneira racional e visando a um consenso possível é tão-somente um ideal a ser alcançado e obscurece a realidade da vida política; ainda, como LUDWIG, ressalta as diferenças entre os cidadãos na sociedade, ficando sem resposta as questões referentes às desigualdades de renda, educação, acesso a informação e as possibilidades de igual participação nos processos deliberativos. Entretanto, KOZICKI centra sua crítica à questão da compatibilização do pluralismo – premissa irreduzível da democracia deliberativa –, entendido este como uma impossibilidade de obtenção de um acordo racional quanto a valores, filosofia de vida, etc. –, com a necessária obtenção de um consenso moral quanto a princípios, e não apenas sobre procedimentos. Segundo KOZICKI, esta compatibilização é obtida através da determinação de um espaço não sujeito ou excluído do pluralismo, de forma que o consenso pode ser obtido sem exclusão. Opera-se aqui uma clivagem entre o público e o privado (neste coexistem as diferenças, naquele não), reafirmando-se pura e simplesmente o liberalismo. A coexistência entre diferentes concepções somente pode se dar desde que o espaço público seja neutro: *“Esta é a manifestação clássica do pensamento liberal, relegando a diferença ao reino privado, e esterilizando o reino público de qualquer possibilidade de contestação”*. (págs. 100/104) A partir da constatação de que sob a ótica da razão as teorias da democracia agregativa e deliberativa não conseguem explicar a importância das

O pensamento iluminista produziu o dogma da separação de poderes do Estado, institucionalizando uma divisão de funções estatais na qual ao Poder Judiciário estava reservado o papel de mero aplicador da lei,

paixões e dos interesses no cenário político, KOZICKI repensa as instituições sob o enfoque da democracia radical. Esta parte do reconhecimento da pluralidade e da necessidade do reconhecimento do outro; as identidades são relacionais e co-dependentes; e a vivência democrática faz-se no contexto da equivalência dos direitos. Haverá sempre uma tensão entre os impulsos de fragmentação das múltiplas identidades e a necessidade de estabilização que permita a coexistência dos diferentes sujeitos envolvidos. Neste contexto o direito pode servir como um instrumento para a estabilização de sentido entre as distintas possibilidades de valores e lutas. (*Conflito e estabilização*, págs. 205/206).

As visões críticas de CELSO LUDWIG e KATYA KOZICKI podem ser comparadas a de EROS ROBERTO GRAU. Este também critica a legalidade – embora frise a importância do domínio da lei, declarando que não há opção entre o Estado de Direito e a opressão – considerando que a lei, nas sociedades latino-americanas, é um dado de pura abstração, inteiramente dissociado da realidade da imensa maioria. Arrisca-se a dizer que “*Em nada, absolutamente em nada, contribui a legalidade, enquanto apenas expressão formal do Estado de Direito, para alterar as condições sociais de existência dos economicamente desprivilegiados, no modo de produção capitalista*”. (GRAU, EROS ROBERTO. *O Direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo, Malheiros, 4.^a edição, 2000, pág. 169.). Arriscada afirmação, nos quadros de uma Constituição que agasalha direitos fundamentais de 1.^a, 2.^a, 3.^a e 4.^a geração, que tem fundamentado decisões judiciais indiscutivelmente favoráveis à condição social dos despossuídos. Mas, na realidade, a crítica de GRAU direciona-se a um conceito meramente formal da legalidade, esta entendida como um mito burguês. Desmitificar tal legalidade, para ele, importa em substituir a noção de um Estado de Direito formal por um Estado de Direito material, no que, concordamos todos. (*O direito posto e o direito pressuposto*, p. 179). Também MARGARIDA MARIA LACOMBE CAMARGO constata a necessidade de repensar o Estado de Direito. Embora contestável a validade de suas bases históricas e políticas, segundo ela, “*não se pretende o afastamento do princípio da legalidade, capaz de conter o arbítrio e controlar a conduta política e social. . Portanto, é o Estado de Direito que se quer revigorado. Mas não o Estado do legalismo puro e simples, artificial e inconteste, conforme preconizado por Locke e Montesquieu, mas o Estado da legalidade: da legalidade dos direitos fundamentais. Suas bases são os direitos humanos originados no pós-guerra, quando a lei não é mais vista como sinônimo do justo, tornando-se necessário, para alguns, o apoio em uma ordem moral transcendente às disposições legais traduzidas em competências. Afinal, norma jurídica e justiça não se confundem*”. (CAMARGO, MARGARIDA MARIA LACOMBE. *Hermenêutica e constituição*, in *Hermenêutica plural*. BOUCAULT, CARLOS E. DE ABREU e RODRIGUEZ, JOSÉ RODRIGO (Orgs.). São Paulo: Martins Fontes, 2002, pág. 371.). O debate, interminável, prossegue. Neste trabalho, fez-se um recorte habermasiano. Trata-se de um ponto de partida, sem o qual não se chegará a lugar nenhum.

lei esta produzida pelo legislador, detentor da soberania popular. A análise da soberania popular realizada por HABERMAS⁵⁹ confere atualidade ao princípio e fundamenta, no nosso entender, uma teoria do direito adequada aos tempos contemporâneos, razão pela qual a adotamos neste trabalho. Segundo HABERMAS, o princípio da soberania popular conecta o sistema de direitos e a construção de um Estado de direito. Interpretado pela teoria do discurso, implica: 1) no princípio da ampla garantia legal do indivíduo, garantia esta obtida através de uma justiça independente; 2) no princípio da legalidade da administração e do controle judicial e parlamentar da administração; 3) no princípio da separação entre sociedade e Estado.⁶⁰

O princípio da soberania do povo significa que todo o poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos; o exercício do poder político orienta-se pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos, num processo democrático, destinado a garantir a aceitabilidade racional dos resultados obtidos.

Particularmente no aspecto que nos interessa – a separação de funções estatais -, no dizer de HABERMAS, a formação política da vontade visa a uma legislação, porque, por um lado, o poder estatal só pode ser organizado e dirigido através de leis, e, por outro, o sistema de direitos que os cidadãos mutuamente reconheceram só pode ser interpretado e configurado através de leis. A divisão de competências da legislação e aplicação do direito em dois diferentes poderes do Estado, naturalmente não se deu por si mesma, existindo exemplos históricos de um mesmo corpo reunir as duas funções (Atenas, por exemplo). Embora se possa alegar razões pragmáticas para a distinção – a complexidade da dogmática do direito e a cientificização da jurisprudência – a razão comunicativa vê outros

⁵⁹ HABERMAS, JÜRGENS. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*, volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

⁶⁰ *Direito e democracia...*, pág. 212.

argumentos decisivos: as formas comunicativas de discurso em um e outro caso diferem, em face dos diferentes tipos de argumentos lógicos destinados a criação ou aplicação de normas. Neste último caso, há uma constelação de participantes: as partes apresentam suas razões a uma autoridade mediadora, que deve ser um representante imparcial da comunidade; já nos discursos de fundamentação (criação) de normas existem apenas participantes. Também a necessidade de executar as suas decisões implica no uso do aparelho de repressão estatal, o que implica em um poder administrativo. Assim, a justiça precisa ser separada da legislação e impedida de se autoprogramar, embora ligada ao direito vigente.

A lógica da argumentação distinta para as atividades de fundamentação de normas e aplicação explica também a diferenciação entre legislativo e executivo, bem como a necessidade de colocar a atividade administrativa sob a reserva da lei. A reserva da lei faz com que estatutos, ordens, prescrições e medidas que contradizem uma lei sejam nulos. O poder administrativo não pode interferir em processos de normatização do direito e da jurisdição.

Finalmente, a questão da separação entre sociedade e Estado, que, originariamente, implicava em um modelo de Estado liberal – que se limitava a garantir a segurança interna e externa –, hoje inexistente, nos quadros de uma sociedade civil onde ascende a força de um “poder social”, torna-se ainda um tema de atualidade e importância. HABERMAS vê no poder social tanto a possibilidade como a restrição do poder comunicativo. As possibilidades existem, na medida em que as forças sociais, formalmente iguais, exercitem com autonomia sua ação comunicativa ou liberdades comunicativas. Partidos políticos, por exemplo, em negociações políticas, conseguem credibilidade para si e seus propósitos através do poder social. Mas a possibilidade de restrições ao poder comunicativo estão presentes, também, na medida em que, através de seu poder social, empresas,

organizações, associações, partidos, imponham seus interesses próprios, em detrimento do conjunto da sociedade.

Portanto, a idéia de que o Estado seja um poder neutro em relação à sociedade, que, no entender de HABERMAS sempre foi ideologia, no contexto da sociedade civil contemporânea adquire foros de uma necessidade, eis que

(...) um processo político que resulta da sociedade civil tem que adquirir uma parcela de autonomia em relação a potenciais de poder ancorados na estrutura social (poder das associações, modo de financiamento do partido) a fim de que o sistema não se degrade, assumindo a forma de um partido entre outros partidos, seja no papel do poder executivo, seja como poder de sanção. Assim, existe o perigo de que o Estado, na medida em que participa de arranjos corporativistas, lance fora a pretensão de realizar justiça política através de um direito legitimamente normatizado.⁶¹

Em resumo, o princípio do Estado de direito, numa visão habermasiana, atualiza as concepções iluministas no tocante à arquitetura estatal, fundamentando-o, a partir de uma visão comunicativa, na soberania popular, que se auto-organiza numa associação política – uma associação de membros livres e iguais no direito - com o auxílio de um sistema de direitos. As instituições do Estado de Direito devem garantir a formação de uma vontade formada racionalmente, exercitada por cidadãos autônomos, dotados de poder comunicativo, que se expressa em programas legais, aplicados racionalmente, desenvolvendo sua força de integração social através da estabilização de expectativas e da realização de fins coletivos.⁶²

Este é o nosso ponto de partida e nosso norte, em torno do qual tentaremos demonstrar como, a partir da constatação das insuficiências do positivismo – referência central, não somente porque importante do ponto

⁶¹ *Direito e democracia...* pág. 219/220.

⁶² *Direito e democracia*, pág. 220.

de vista histórico, mas mais ainda porque continua sendo o principal referencial no cotidiano dos profissionais do direito -, torna-se possível, no quadro de um direito que se pretende menos formalista e mais adequado às cambiantes realidades de uma sociedade mutável, obter uma segurança que não seja sinônimo de rigidez e inflexibilidade.

1.5 Excurso: A evolução do pensamento jurídico no pós-Segunda Guerra Mundial, segundo ARTHUR KAUFMANN. Teorias hermenêuticas, argumentativas, e os “*general principles of law*”.

ARTHUR KAUFMANN⁶³ aponta que a decadência do positivismo jurídico na Alemanha começou logo quando este exteriorizou seus maiores sucessos, as grandes obras legislativas do Século XIX, o Código Penal, o Código de Processo Civil, o Código de Processo Penal, o Código Civil, o Código Comercial. Tais monumentos jurídicos, assentados sob os dogmas da proibição de denegação da justiça e proibição de criação de direito pelo juiz, pressupunham um terceiro, por imperativo lógico: o da completude do ordenamento jurídico. A inexistência de lacunas demonstrou-se insustentável, e, por conseqüência, a proibição de criação de direito pelo juiz também, em face da necessidade obrigatória do pronunciamento judicial. Outra falha apontada por KAUFMANN é que o positivismo é impotente em face das leis injustas e imorais. O positivismo, ao declarar que só a lei é o direito, admite que *qualquer* lei é direito. Ora, aos legisladores do século XIX, imbuídos de uma ética material, sequer ocorria a possibilidade de redigir leis que não fossem justas ou pelo menos, não fossem injustas. Mas, e quando os legisladores não fossem justos?

⁶³ KAUFMANN, Arthur. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história, in Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 121.

No período nazista promulgaram-se leis “abjetas”, “imorais”, “criminosas”, no dizer de KAUFMANN.⁶⁴ Entretanto, o negror do período acentua-se ao se repassar a postura dos filósofos do direito, os quais, na maioria, foram apoiadores do regime (alguns de forma “*enérgica*” e com um “*zelo meticoloso*”⁶⁵). Poucos foram os que se afastaram e optaram pela emigração interna ou externa, como ERICH KAUFMANN, HERMANN KANTOROWICZ, ARTHUR BAUMGARTEN, GUSTAV RADBRUCH.⁶⁶ A partir da experiência nazista, conclui KAUFMANN,

A experiência histórica ensina-nos que tanto a doutrina clássica do direito natural como o positivismo jurídico clássico falharam. O direito natural, com seu rígido sistema de normas, talvez possa funcionar em sociedades com uma estrutura muito simples, mas não basta à sociedade moderna, altamente complexa, com um sistema econômico muito sensível. Por outro lado, é certo que o positivismo jurídico promoveu as grandes obras legislativas do século XIX, porque o legislador da altura era guiado por uma forte consciência moral. Contudo, nas ditaduras do nosso tempo, tal pressuposto já não é mais válido sem mais; leis vergonhosas já não se limitam a ser exemplos acadêmicos, tendo se tornado realidade. O conceito de lei puramente formal falhou.⁶⁷

A partir da Segunda Guerra Mundial, portanto, foi intensa a busca de novos caminhos no direito. Para KAUFMANN, a busca de uma terceira via entre o direito natural e o positivismo é hoje, em todo mundo, o tema da filosofia do direito. Neste tema, aponta alguns caminhos já percorridos: GUSTAV RADBRUCH, para KAUFMANN, é uma ponte entre posições antagônicas do passado. Abstraindo-se afirmações isoladas, ele situa-se para além do direito natural e do positivismo. Caracterizariam esta ultrapassagem: seu conceito de direito, um direito que se inclui na cultura, orientado para valores, cuja realidade tem como razão de ser o servir a

⁶⁴ Idem, p. 123.

⁶⁵ KAUFMANN, ob. cit., p. 123.

⁶⁶ Idem, p. 123.

⁶⁷ Idem, p. 124.

justiça; uma concepção de um sistema aberto, fundamentando-se em uma teoria objetivista de interpretação, uma teoria de “conceitos ordenadores” (“conceitos tipo”) e uma aproximação à hermenêutica, cujo pensamento lhe era familiar, segundo KAUFMANN.⁶⁸

Outras vertentes tentativas de superação do direito natural e do positivismo apontadas por KAUFMANN incluem: a resistência de uma doutrina católica do direito natural; a tentativa de construção de uma antropologia jurídica, e as diversas teorias que buscam a argumentação em um sistema aberto, destacando-se, entre estas, a hermenêutica⁶⁹, a teoria da argumentação⁷⁰, e a teoria dos “*general principles of law*”, cujo maior expoente é RONALD DWORKIN.

Tanto o direito natural quanto o positivismo comprometeram-se com o conceito objetivista de conhecimento, o conceito de direito substantivo-ontológico e com a idéia de um sistema fechado. A superação de ambos poderia ser alcançada através da abertura do sistema, e o mote: “argumentar no sistema aberto” estaria inscrito na hermenêutica jurídica e na teoria da argumentação. A hermenêutica – cujos clássicos são FRIEDRICH ERNST DANIEL SCHLEIERMACHER, WILHELM DILTHEY, MARTIN HEIDEGGER e HANS-GEORG GADAMER, declarou guerra a todos estes dogmas.

⁶⁸ Idem, p. 142.

⁶⁹ Para a hermenêutica: por todos, GADAMER, HANS-GEORG. *Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis, Editora Vozes, 3.^a edição; *Verdade e Método II. Complemento e índice*. Editora Vozes, 2002.

⁷⁰ Para a argumentação: PERELMAN, CHAIM e OLBRECHTS-TYTECA, LUCIE. *Tratado da argumentação. A nova retórica*. São Paulo, Martins Fontes, 2002; PERELMAN, CHAIM. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000; ALEXY, ROBERT. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traducción de MANUEL ATIENZA e ISABEL ESPEJO. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; ATIENZA, MANUEL. *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Editora Landy, 2002.

Para KAUFMANN, a hermenêutica é filosofia transcendental, no sentido em que designa as condições de possibilidade de compreensão do sentido em geral. Sinteticamente, pode-se dizer que a hermenêutica opõe-se ao conceito objetivista de conhecimento, suprimindo o esquema sujeito-objeto (o sujeito cognoscente conhece o objeto na sua pura objetividade sem interferência de elementos subjetivos) no fenômeno da compreensão.

(...) a compreensão é simultaneamente objetiva e subjetiva, o sujeito que compreende insere-se no “horizonte de compreensão” e não se limita a representar passivamente o objeto da compreensão na sua consciência, mas configura-o – por outras palavras, ele não “subsume” simplesmente o caso na lei, situando-se à margem deste processo, antes desempenha na chamada “aplicação do direito” um papel ativo-configurador. (...) está fadada ao fracasso qualquer tentativa de separar, nas ciências da compreensão, a racionalidade da personalidade de quem a compreende.”.⁷¹

Tal entendimento, entretanto, não recai no mero subjetivismo; o pensamento hermenêutico vive antes da herança da tradição como o “solo comum do mundo comum em que nos situamos”. *“A hermenêutica parte do princípio de aquele que quer compreender está ligado ao que é transmitido e está em contato ou estabelece contato com a tradição, da qual brota o que é comunicado”*.⁷² A determinação do direito não é um ato meramente subsuntivo, é um ato criativo: o direito não é substancial, não está nas coisas; tem uma natureza relacional, existe nas relações dos homens entre si e as coisas. O ato de julgar, não sendo puramente receptivo, implica também em uma compreensão de si do julgador. Para que o texto possa se expressar, o intérprete deve abordá-lo a partir de uma “pré-compreensão”, conforme ESSER, ou um “preconceito”, na expressão de GADAMER. *“Só entrando, ele mesmo, no horizonte de compreensão – com toda a tradição*

⁷¹ KAUFMANN, ob cit., p. 150.

⁷² Idem, p. 151.

de que é portador – logrará fundamentar argumentativamente aquilo que ele já tinha antecipado como resultado ‘provisório’ (‘círculo hermenêutico’ ou ‘espiral’).”⁷³

Não há, no dizer de KAUFMANN, a teoria da argumentação, e sim várias correntes argumentativas. Entre estas, não necessariamente há consenso sobre várias questões, mas algumas coincidências podem ser encontradas. Nenhum teórico advoga um sistema fechado à maneira positivista ou do jusnaturalismo (o sistema será aberto, ou não haverá sistema, e o pensamento será problemático). O raciocínio subsuntivo é estranho à teoria da argumentação. A teoria de interpretação de Savigny, segundo a qual existem apenas quatro modos de interpretação (gramatical, lógico, histórico e sistemático), é equivocada, eis que podem ser apontados outros argumentos para justificar decisões judiciais, tais como a garantia de segurança jurídica ou da justiça, valorização das conseqüências, sensibilidade jurídica, praticabilidade, etc., sendo em princípio ilimitado o número de argumentos possíveis. Ela não acompanha a hermenêutica em sua abolição sujeito-objeto, prevalecendo-se antes da objetividade – chega-se mesmo a afirmar a completude dos argumentos e a excluir os acasos.⁷⁴

Finalmente, uma terceira tentativa de fuga aos dilemas direito positivo-direito natural repousa na teoria dos “*general principles of law*”, cujo expoente maior é DWORKIN. KAUFMANN ressalta que a distinção entre “princípios” e “regras” de há muito encontra-se assentada no direito continental, lembrando em especial JOSEF ESSER (*Grundsatz und norm...* que data dos anos 50); ele próprio já descrevera, em 1962, um sistema de princípios gerais de direito, regras jurídicas (normas jurídicas) e decisões jurídicas; ALF ROSS, em 1968, escreveu sobre “*directives and*

⁷³ Idem, p. 152.

⁷⁴ Idem, p. 154.

norms", entre outros.⁷⁵ As teses de DWORKIN serão expostas em outra parte deste trabalho, de modo que, neste item, cumpre salientar que, na tentativa de descobrir a terceira via através dos princípios jurídicos, há inúmeros autores, entre eles, KARL LARENZ, que pretende chegar ao direito correto apenas por meio de princípios de direito: *pacta sunt servanda*, boa-fé, princípio da culpa, princípio do tratamento igual, princípio da proporcionalidade e outros.

⁷⁵ Idem, p. 157.

Capítulo 2

Um modelo e três desdobramentos

Como vimos, em PUCHTA houve a inversão da atividade do jurista, desde que este abandonou, na prática, as instituições jurídicas “orgânicas” de Savigny, e seu sistema assemelhado a um “organismo vivo”, e em seu lugar instalou uma pirâmide de conceitos formal hierarquicamente organizada. Nesta pirâmide, construída de forma contínua e sem lacunas, a dedução das normas jurídicas isoladas e as decisões jurídicas concretas só se tornam possíveis observando o estrito rigor lógico. *“A legitimidade da norma jurídica baseia-se agora exclusivamente na sua correção sistemática, na sua verdade lógica e na sua racionalidade; a própria criação do direito torna-se num ‘desenvolvimento a partir do conceito’”,* como diz WIEACKER.⁷⁶ Deduz-se a norma a partir do conceito, em vez de, pelo contrário, produzir o sistema e os conceitos a partir das normas jurídicas, decisões jurisprudenciais e valorações sociais. Outros juristas prosseguiram na construção do método, levando-o para outras áreas do direito. Esta ciência jurídica estava baseada na perspectiva do positivismo científico, o qual deduzia as normas jurídicas exclusivamente do sistema, dos conceitos e princípios doutrinários da ciência jurídica, desprezando considerações de ordem ética, política ou econômica, assuntos que seriam estranhos à seara jurídica. Este positivismo científico, no entender de WIEACKER, uma vez que deriva do formalismo gnoseológico de KANT, seria mais exatamente designado por formalismo científico.

⁷⁶ WIEACKER, *História*, p. 457.

Esta visão deve ser diferenciada do positivismo científico em geral, baseado nos ensinamentos de Augusto Comte, transformada em filosofia geral, ou mesmo religião, que compreendia uma doutrina sobre a sociedade e normas necessárias para reformar a sociedade, conduzindo-a à etapa “positiva”. E também do positivismo legalista, que, embora sempre combatida, continua presente na prática jurídica, com sua concepção de que todo o direito é criado pelo legislador estatal e consiste em seus comandos.

Um balanço deste positivismo científico (jurídico) para WIEACKER⁷⁷, a partir do conceito de sistema fechado, baseado em conceitos e princípios reconhecidos pela ciência poder-se-ia resumir em dois aspectos: a) seria um sistema fechado, autônomo e coerente, de instituições e normas, portanto, independente da realidade social por elas regulada. Em consequência, a decisão de todas as situações jurídicas pode-se fazer por meio de uma operação lógica que subsuma a realidade dada às normas, instituições e princípios gerais (este sistema fechado foi a idéia fundamental e a contribuição específica da renovação do direito *circa* 1800); b) por outro lado, o fechamento do sistema exige, a partir de seus próprios conceitos, a plenitude. Embora as normas não sejam plenas, por óbvio, os conceitos e suas conexões lógicas na pirâmide conceitual permitem um preenchimento das lacunas da lei positiva através da “construção criadora”. Um trabalho científico de limar e polir conceitos permite o processo subsuntivo lógico em relação a conceitos e princípios para todos os casos imagináveis, permitindo ao juiz o achamento da decisão através da subsunção correta (os críticos dirão que o juiz torna-se um autômato da subsunção). Mesmo nos casos de lacunas da lei, o juiz não cria direito novo, ele não faz mais que desvelar soluções latentes contidas no sistema.

⁷⁷ WIEACKER, *História*, p. 494/499.

Uma das contribuições originais do positivismo jurídico à ciência do direito, a idéia do ordenamento jurídico, é também destacada por NORBERTO BOBBIO⁷⁸. A partir deste conceito chega-se ao coração do positivismo jurídico, diz o mestre. Ele observa que no campo da terminologia jurídica, a expressão “ordenamento jurídico” é recente. Na língua latina, não há uma expressão correspondente, mostrando que o conceito não existia. (Ele supõe que, em sua origem, esteja a expressão alemã *Rechtsordnung*.) Anteriormente à sua introdução na ciência jurídica pelo positivismo, faltava ao estudo do direito a idéia de um sistema unitário constituído por um conjunto sistemático de todas as normas. O conceito de ordenamento jurídico, segundo ele, é o ponto de partida do positivismo (que pretendeu dar coerência a um conjunto fragmentado de legislação vigente na Europa no século XVIII e início do século XIX, sob o espírito da *Aufklärung*), e seu clímax e ponto de chegada, com a sua mais coerente expressão no pensamento de HANS KELSEN, a partir do qual começa a sua decadência, sua crise.

E, naturalmente, características essenciais da teoria do ordenamento jurídico são a unidade, a coerência, e a completude, estes dois últimos, estreitamente ligados entre si. BOBBIO, aqui, se reporta a SAVIGNY (Sistema do direito romano atual), que, utilizando a expressão “sistema” (em vez de ordenamento jurídico, mas no mesmo sentido), estabelece que o complexo das fontes do direito formam um todo, que apresentam as características de unidade e completude, questão esta que foi objeto de outra parte do trabalho. A questão da unidade do ordenamento jurídico, para BOBBIO, encontra sua mais alta expressão em KELSEN, a respeito de quem se discutirá em outra parte do trabalho.

⁷⁸ BOBBIO, NORBERTO. *O positivismo jurídico*, ob. cit., p. 197/198.

No tema método de interpretação (vista em sentido lato, abrangendo toda a atividade científica do jurista) vê BOBBIO como característica do positivismo uma teoria mecanicista de interpretação, em que há o predomínio do elemento declarativo sob o produtivo ou criativo do direito. O objeto da interpretação é explicitar por meios lógico-rationais o conteúdo das normas jurídicas previamente dadas, e, neste ponto, segundo ele, simplesmente seguindo a tradição do pensamento medieval, que, baseados na codificação justiniana, consideravam sua atividade como voltada ao descobrimento nesta das regras já postas previamente pelo legislador.

Assim, por todas as razões, importa repassar estes dois aspectos da metodologia jurídica, primeiro, esmiuçando o método interpretativo segundo Savigny, e, a seguir, o método da subsunção.

2.1. O método sistemático de Savigny: unidade e universalidade na interpretação.

O SAVIGNY intérprete necessita ser diferenciado. Há o jovem, que, aos 22 anos (1802/1803) lecionou um curso de Metodologia Jurídica, o qual foi transmitido à posteridade pelas anotações de JACOB GRIMM^{79 80}, e o jurista maduro, que, a partir de 1839 publicou o Sistema do Direito Romano Atual, no qual suas idéias acerca da interpretação estão inteiramente desenvolvidas. Embora a *Juristische Methodenlehre* se apresente de uma forma esquemática (ao contrário do material interpretativo

⁷⁹ LARENZ, K. *Metodologia*, p. 9, em nota de rodapé.

⁸⁰ JACOB GRIMM, que, junto com seu irmão Wilhelm, escreveu *Haus und Kindermärchen* (Contos domésticos e infantis). Diz WIEACKER que Grimm representa na maior pureza a contribuição do primeiro romantismo ao ramo germanista da Escola Histórica. (*História*, pág. 463)

no Sistema, onde ocupa todo o capítulo V do Livro I), devido à sua natureza de anotações de um curso, nele encontram-se presentes, em germe, as principais convicções de SAVIGNY.

O amor de SAVIGNY à literatura, e a importância que ele dá à mesma, manifesta-se já na Introdução à Metodologia Jurídica. Discutindo a questão do método necessário ao sucesso dos trabalhos eruditos, para que estes atingissem o ideal científico, imediatamente, Savigny chama a história da literatura como ciência auxiliar. A história da literatura nos levará a um método, bem como o conhecimento das escolas e períodos através da história da literatura.⁸¹ O jovem SAVIGNY já acreditava na elaboração histórica da legislação, que o sistema deve ser concebido como em constante progresso. A interpretação deve ser elaborada histórica e sistematicamente. A interpretação *"deve analisar o pensamento contido na lei, deve pesquisar o conteúdo da lei. O intérprete deve se localizar no ponto de vista do legislador, e, assim, produzir artificialmente seu pensamento"*.⁸² Para esta tarefa, três aspectos devem ser levados em conta: a) a lógica; b) gramática e c) histórica.

A parte lógica da interpretação consiste na apresentação do conteúdo da lei na sua origem, apresentando a relação das partes entre si, e também a apresentação genética do pensamento na lei. A parte gramatical, uma condição necessária da lógica, visto que o pensamento só pode ser expresso através da linguagem. A parte histórica da interpretação, visto que a lei é dada num momento determinado, para um povo determinado.⁸³ (Esta condição, particularmente em se tratando dos estudos de SAVIGNY, deve levar em conta que o direito germânico da época (direito comum, direito civil) era constituído por uma massa herdada do direito romano, de um direito

⁸¹ SAVIGNY, F.K. *Metodologia Jurídica*. Campinas: Edicamp, 2002, p. XV.

⁸² SAVIGNY, K. *Metodologia*, p. 9.

⁸³ SAVIGNY, *Metodologia*, p. 9/10.

germânico bárbaro, além de um direito das comunas independentes e um imenso direito costumeiro).

Todas as premissas da interpretação devem estar na lei ou em conhecimentos gerais como a linguagem da época. O intérprete deve se colocar no ponto de vista da lei – e aqui SAVIGNY recusa expressamente que a interpretação dependa da intenção do legislador⁸⁴ – será a intenção do legislador desde que apareça na lei. Interpretação, portanto, “*é reconstrução do pensamento (claro ou obscuro, é o mesmo) expresso na lei, enquanto seja possível conhecê-lo*”.⁸⁵ A interpretação deve ser, simultaneamente, individual e universal. Individual no sentido de que todo o texto de uma lei deve expressar uma parte do todo, e o intérprete deve descobrir aquilo que é particularidade do texto, que deve ser considerada tanto quanto possível. Por outro lado, esta mesma particularidade deve ser compreendida de tal forma que se amolde ao todo, ao sistema.⁸⁶

O jovem SAVIGNY rejeitava expressamente a interpretação extensiva e restritiva, considerando-a uma adição artificial e arbitrária às razões da lei. A razão não se encontra na lei, a lei expressa algo objetivo.⁸⁷ Deste entendimento, LARENZ observa que SAVIGNY rejeita uma interpretação “teleológica”: o juiz deve atender apenas e tão-somente ao que

⁸⁴ Subjetivista ou objetivista? LARENZ (*Metodologia*, p. 16, nota ao pé de página) rejeita a inclusão de Savigny entre os subjetivistas. Para ele, a operação intelectual que Savigny pede ao intérprete (“reconstrução do pensamento expresso na lei”) implica em “uma atividade espiritual própria” que forçosamente o levará além do pensamento original do legislador histórico. Uma teoria subjetiva de interpretação, segundo Larenz, exige uma concepção psicológica de vontade que é completamente alheia ao pensamento de Savigny; o mesmo se aplicando a um conceito realista e racionalista de lei, subjacente à teoria objetivista de interpretação. Larenz conclui que Savigny está muito além de ambas as teorias. Já ENGISCH (*Introdução*, p. 170) simplesmente arrola Savigny entre os subjetivistas.

⁸⁵ SAVIGNY, *Metodologia*, p. 10.

⁸⁶ SAVIGNY, *idem*, págs. 15/18.

⁸⁷ SAVIGNY, *idem*, p. 40/42.

o legislador preceituou, não o que buscou atingir.⁸⁸ Entretanto, SAVIGNY aceita uma interpretação analógica, desde que uma regra particular seja obtida mediante a conclusão de uma norma geral, ou com a descoberta de uma regra que seja aplicável a um caso semelhante. A questão, portanto, resolve-se com a redução a uma regra superior.⁸⁹ A diferença entre este tipo de problema e a interpretação restritiva ou ampliativa é que nestas, há uma adição estranha à lei, adição que somente pode ser realizada pelo legislador.

O SAVIGNY da maturidade desenvolveu os pensamentos do jovem, e em parte retificando-o. O estudo da interpretação da lei, como ainda na *Metodologia*, faz-se sob dupla ótica: tomando a lei separadamente e sob o ângulo das fontes em seu conjunto. Na observação do sistema deve-se procurar o duplo caráter da universalidade e da unidade. O objeto da interpretação ainda é a reconstrução do pensamento expresso na lei. Ele observa que a interpretação da lei em nada difere da interpretação de qualquer pensamento expresso pela linguagem, mas tem suas particularidades. Quatro elementos se distinguem na interpretação: o elemento gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático.⁹⁰ O elemento gramatical tem por objeto a linguagem da lei. O elemento lógico a decomposição do pensamento ou as relações lógicas que unem suas diferentes partes. O histórico tem por objeto o estado do direito existente sobre a matéria, na época em que a lei foi dada, determina o modo de ação e a mudança por ela introduzida. Finalmente, o elemento sistemático tem por objeto as ligações íntimas que unem as instituições e regras do direito em um sistema, em uma unidade.

⁸⁸ LARENZ, K. *Metodologia*, p. 12.

⁸⁹ SAVIGNY, *Metodologia*, p. 44.

⁹⁰ SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, ob. cit., págs. 186/187.

Como o objeto da interpretação é a consciência da lei, tudo o que não pertença ao conteúdo desta, qualquer que seja a sua afinidade com a lei, é estranho à interpretação. Portanto, para SAVIGNY a busca do motivo da lei (*ratio legis*) não faz parte da interpretação, e neste ponto acompanha sua própria *Metodologia* da juventude. Até aí o jovem Savigny. Mas analisando a expressão (*ratio legis*), Savigny a vê possuindo dois sentidos, um voltado para o passado, e outro para o futuro. A *ratio legis* pode designar a regra superior de direito, da qual a lei a ser interpretada é dedução e consequência; e também pode designar o efeito que esta lei está chamada a produzir, a finalidade, a intenção da lei.⁹¹ No *jus commune*, que é o direito propriamente dito, o motivo da lei, no sentido da busca da natureza da regra contida na lei, pode ser invocado com proveito. Esta é uma questão objetiva, que pode ser pesquisada e utilizada pelo intérprete. Tal não ocorre quando se procura perscrutar acontecimentos que ocorreram por ocasião do surgimento da lei, que poderiam dar margem a diferentes medidas, dependendo do legislador ou dos próprios acontecimentos. Neste caso, a busca do motivo da lei, ou da intenção do legislador, é puramente subjetiva, não devendo ter influência no trabalho interpretativo. De qualquer modo, observa Savigny que o motivo da lei pode estar certo ou não, expresso ou não; de qualquer modo, permanecerá sempre distinto de seu conteúdo, e a força obrigatória da lei não diminuirá em nada, saibamos ou não os motivos que originaram sua promulgação.

Para a interpretação de leis que ele denomina defeituosas, leis cujo pensamento se apresenta incompleto, seja pela *indeterminação* de suas expressões, seja pela impropriedade das palavras utilizadas, SAVIGNY arrola três meios: primeiro, examinar o conjunto da legislação; segundo, referir a lei ao seu motivo; terceiro, apreciar o mérito dos resultados obtidos pela interpretação.⁹² O exame do conjunto da legislação faz-se com ajuda de

⁹¹ SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, p. 189.

⁹² SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, p. 192.

outras partes da lei defeituosa, ou com a ajuda de outras leis. (Aqui, trata-se de uma interpretação sistemática, o uso do método geral). A apreciação dos motivos da lei far-se-á com as reservas já vistas no parágrafo anterior: ou seja, o seu emprego dependerá da certeza de sua existência e de sua influência no conteúdo da lei. O terceiro método, a apreciação dos resultados obtidos pela interpretação, é o mais perigoso, pois o intérprete poderá adentrar ao domínio proibido da legislação. Poderá ser usado para precisar o sentido de uma expressão indeterminada, nunca para referir o texto ao pensamento da lei.

Assim, na interpretação de expressões indeterminadas, SAVIGNY arrola os três meios acima, na ordem: primeiro, o exame da legislação em seu conjunto; se obtida a solução, os outros métodos são descartados. Em segundo lugar, a consulta aos motivos da lei, e, sendo possível, o que tenha mais afinidade com o conteúdo da mesma; não sendo possível, em caráter subsidiário usar-se-á o motivo geral. Em terceiro e último lugar, a apreciação dos resultados da interpretação. Deverá preferir-se, neste caso, a interpretação mais racional, a que responda melhor às necessidades da prática, e, por último, o que seja mais humano e menos violento.⁹³

O pensamento de SAVIGNY retifica o jovem na questão da interpretação extensiva e restritiva, que ele passa a aceitar. A operação interpretativa, entretanto, difere da usada na busca das expressões indeterminadas. A observação do conjunto da legislação continua sendo o método mais seguro. O motivo da lei, segundo ele, é o método mais importante, porém de aplicação mais delicada. Há que se distinguir motivos especiais e gerais. O motivo especial é o mais adequado, particularmente nos casos em que o sentido literal da lei aparece em contradição com ela.

⁹³ SAVIGNY, *idem*, p. 195/196.

Mas o motivo geral (como por exemplo, a *equitas*) não deve servir de base à interpretação:

El empleo de este medio presenta un carácter más bien legislativo que doctrinal, pues que en tal caso no es nuestro objeto el verdadero contenido de la ley, sino lo que ésta hubiera debido contener si el legislador hubiera tenido una idea clara de su principio y de su objeto. Es además muy problemática la justicia de esta suposición, atendido el intervalo que separa la ley de sus motivos generales (...)⁹⁴

Na questão das lacunas do direito, surge o pensamento sistemático do pensador maduro. Aqui, a organicidade do sistema do direito positivo justifica a resolução das contradições e o restabelecimento da unidade do direito. A lacuna, segundo ele, pode apresentar-se na forma de uma relação de direito inteiramente nova, para a qual não existe no direito positivo nenhuma instituição típica. Neste caso, há necessidade de se criar uma instituição em harmonia com as demais existentes. Outra possibilidade lacunar é quando no domínio das diversas instituições surge uma questão nova que se resolve segundo os princípios e à natureza de cada instituição.⁹⁵ Nas palavras de SAVIGNY:

La base de toda analogía es la consecuencia interior del derecho, que no es solamente un encadenamiento de deducciones puramente lógicas, sino también una armonía orgánica, de la cual tenemos conciencia cuando abrazamos el conjunto vivo de las relaciones de derecho y de las instituciones que las dominan. Debemos, pues, partir siempre de un conjunto dado con el fin de encontrar en su desenvolvimiento la solución de la dificultad.⁹⁶

Já o terceiro método, o da apreciação dos resultados interpretativos, resta totalmente rechaçada por SAVIGNY na interpretação

⁹⁴ Savigny, *Sistema*, p. 201.

⁹⁵ SAVIGNY, *Sistema*, p. 232.

⁹⁶ SAVIGNY, *Sistema*, p. 232.

extensiva e restritiva. Utilizá-lo não seria colocar o pensamento em harmonia com a expressão da lei, mas uma correção do pensamento mesmo; e este trabalho, utilíssimo ao progresso do direito, de interpretação só teria o nome.

Com a analogia, supre-se a total ausência de disposições legais com a unidade orgânica do direito. O procedimento difere da interpretação extensiva, que se propõe a retificar uma expressão imprópria da lei por meio do verdadeiro pensamento da lei; com a analogia, presume-se a ausência de lei. Mas ela não poderá ser utilizada nos casos de exceção à regra (neste caso, falta o requisito essencial, a ausência de regra). Também na pretensão de extensão de privilégios (aqui também existe a regra).

Também na resolução das antinomias intervém o pensamento sistemático de SAVIGNY. A reunião das fontes do direito constitui, segundo ele, uma vasta unidade dotada do duplo caráter de universalidade e unidade. A percepção deste duplo caráter faz-se com o estudo da generalidade das fontes, e não com o estudo isolado de cada uma das normas. A sistematização, em espírito, do conjunto total das fontes é indispensável à resolução das contradições e lacunas. Diz o mestre:

Los defectos de dicho conjunto, comparados con los defectos de las leyes particulares, se refieren á dos caracteres esenciales: la unidad y la universalidad; y allí donde falta una ú otra tenemos una contradicción que resolver ó una laguna que llenar; sin embargo, bien considerado, ambas condiciones constituyen una sola y única base, a saber: la unidad, que es lo que se trata de restablecer, ora positivamente llenando las lagunas, ora negativamente resolviendo las contradicciones.⁹⁷

⁹⁷ SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, p. 216.

Trata-se da aplicação pura do direito visto como um sistema orgânico, conceito este que será um dos pilares do pensamento jurídico posterior, a partir do qual trabalhará PUCHTA.

2.2 A interpretação da lei como operação lógica. A subsunção. Conceitos concretos na lei. Elastecimento dos conceitos concretos. O conceito de “casa” em Pontes de Miranda.

Entre as heranças metodológicas do positivismo, tal como foi construído a partir das grandes codificações e do pensamento conceitual, destaca-se o conceito de subsunção. Como vimos, ao pensamento iluminista repugnava a idéia da criação do direito pelos magistrados, eis que somente ao legislador caberia esta função, no dogma da separação de poderes do Estado. BECCARIA, particularmente, se deteve neste ponto, principalmente face seus estudos na área penal, onde com mais vigor se caracterizava a barbárie do sistema jurídico combatido pelos iluministas. Por outro lado, a idéia de que o ordenamento jurídico é um sistema racional – de conceitos lógicos e abstratos relacionados entre si e cuja pertinência pode se obter verticalmente e horizontalmente, segundo PUCHTA – levou ao entendimento de que os comandos jurídicos concretos elaborados pelos magistrados – sentenças - deveriam subsumir-se aos ditames da lei. Assim, ao juiz restava apenas o papel de aplicador da lei, jamais o de criador, devendo, o ato de aplicação da lei, realizar-se via o método da subsunção. Por este método, o papel do juiz deveria ser aquele preconizado por BECCARIA, o de fazer um silogismo perfeito, onde a premissa maior é a lei, e a premissa menor os fatos levados ao conhecimento do magistrado, e a consequência, aquela estampada na premissa maior, a lei.

Um silogismo, segundo Aristóteles, “é um raciocínio no qual, dadas certas premissas, se extrai uma conclusão conseqüente e necessária, através das premissas dadas”.⁹⁸ Exemplo clássico de silogismo é: “Todos os homens são mortais. Sócrates é homem. Sócrates é mortal”. O silogismo é normalmente apresentado na forma

Se todo M é P
E todo S é M,
Então todo S é P.

Trata-se do raciocínio típico do jurista no processo de aplicação da lei, esta apresentada como a premissa maior, e os fatos levados ao conhecimento do juiz como a premissa menor; e enquadrados os fatos aos preceitos descritos na lei, segue-se necessariamente a conclusão lógica, tal como prescrito na premissa maior. Tal forma de raciocínio, que teve o seu auge na chamada “Jurisprudência dos conceitos”, ainda hoje é um tipo de lógica usada pelos juristas nos problemas práticos.

ORLANDO GOMES, a propósito, tipicamente utilizando o raciocínio conceptual-abstrato, preleciona a impossibilidade de realização do direito sem o uso de processos técnicos tais como os conceitos (abstrações esquemáticas), as categorias, as ficções e as presunções. A partir de tais “processos técnicos”, utiliza-se o raciocínio lógico: “*Porque o Direito é um conjunto de regras, passando, pois, do geral para o particular, há que usar o processo lógico da dedução. O silogismo, por conseguinte, é o instrumento do jurista prático*”, advertindo, entretanto, que “a operação pela qual se põe a

⁹⁸ ARISTÓTELES. *Organon*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 79.

*espécie sob o império da regra abstrata (subsunção) não é simples, porque, freqüentemente, se tornam necessários sucessivos silogismos”.*⁹⁹

PONTES DE MIRANDA, ao descrever a atividade judicial, ressalta a importância da lógica:

Toda atividade do juiz (...) é ato de aplicação da lei, - declaração do direito incidido no caso c3gnito, isto 3, levado ao conhecimento (cogni333o) do juiz. Essa aplica3333o 3 o resultado de atividade ps3333ica do juiz, com os elementos da causa, tendente, desde todo princ3333pio, a julgamento final. A import3333ncia da l333gica, da reflex3333o, 3 enorme, **quase exauriente**; de modo que n3333o 3 puro jogo de palavras comparar-se o julgamento judicial com o julgamento l333gico (...).¹⁰⁰

A quest3333o, entretanto, raramente se subsume 3 l333gica pura. Em seu cl333ssico estudo *Hermen3333utica e Aplica3333o do Direito*, CARLOS MAXIMILIANO analisa a opera3333o l333gica:

O processo l333gico propriamente dito consiste em procurar descobrir o sentido e o alcance de express3333es do Direito sem o aux3333lio de nenhum elemento exterior, com aplicar ao dispositivo em apre3333o um conjunto de regras tradicionais e precisas, tomadas de empr3333stimo 3 L333gica geral. Pretende do simples estudo das normas em si, ou em conjunto, por meio do racioc3333nio dedutivo, obter a interpreta3333o correta.¹⁰¹

Naturalmente, ressalva o mestre a impossibilidade de aplica3333o do m333todo puramente l333gico ao aplicador do direito, conquanto este fosse o ideal, se fosse poss3333vel, eis que *“teria duas qualidades preciosas: ofereceria uma salvaguarda contra o arb3333trio e revelaria cunho cient3333fico, visto que 3*

⁹⁹ GOMES, Orlando. *Introdu3333o ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 6.ª edi33333o, 1979, p. 24.

¹⁰⁰ PONTES DE MIRANDA. *Coment3333rios ao C333digo de Processo Civil*, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2.ª edi33333o, 1958, p. 209. (Negritei.)

¹⁰¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermen3333utica e Aplica3333o do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 18.ª ed., p. 123.

ciência incumbe descobrir leis gerais e verdades objetivas, isto é, independentes do modo de ver de cada um".¹⁰² Segundo ele, o desejo de raciocinar com perfeição têm um limite: *"a utilidade social, nem sempre fácil de enquadrar na rigidez de um silogismo"*.¹⁰³

A questão do enquadramento dos fatos – premissa menor – à descrição realizada pela lei – premissa maior –, com efeito, não é uma operação quase **exaurientemente** lógica, como quer PONTES DE MIRANDA, na esteira do pensamento jusconceptualista. As dificuldades do pensamento puramente lógico no âmbito jurídico – que intuitivamente se imagina quase impossível, em face da inesgotabilidade da realidade fática em confronto com o carácter necessariamente geral da lei – pode-se apreender na observação percuciente do método subsuntivo. KARL ENGISCH¹⁰⁴ demonstra com argúcia o tema, partindo da observação do método naqueles casos em que a lei se propõe a determinar exclusiva e esgotantemente o dever-ser jurídico concreto. A partir da observação do método subsuntivo nestes casos, por exemplo, penais, em que a punição, por exigência do Estado de Direito, se manifesta em estrita consonância com o princípio da legalidade, e desde que tenham sido preenchidos os requisitos previstos no tipo da lei (por exemplo, *"subtrair a outrem coisa alheia móvel"*; *"matar um homem por crueldade, para satisfazer um impulso sexual, por cupidez ou outros baixos motivos"*), observa ENGISCH, as operações intelectivas realizadas poderão esclarecer com precisão os casos mais complexos, em que a lei é apenas um dos elementos entre os vários que concorrem para fixar o conteúdo do dever-ser concreto.

¹⁰² Idem, ob. cit., p. 125.

¹⁰³ Idem, p. 126.

¹⁰⁴ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 7.^a edição, 1996, trad. de J. Batista Machado, págs. 75 e segs.

Suponha-se que ao juiz seja levado um caso de homicídio (o exemplo é do próprio ENGISCH). Segundo ENGISCH, o centro de gravidade da questão encontra-se na chamada premissa menor: “A é assassino”. Em tal premissa, segundo ele, encontra-se já a chamada subsunção, bem como uma conexa verificação de fatos que são subsumidos. Para obter a premissa menor, o juiz deverá realizar duas operações: por um lado, verificar a série de fatos em que a ação criminosa se traduziu; e por outro, subsumir estes diferentes fatos ao particular tipo legal de crime ao qual a consequência jurídica está conexa *in abstracto*. A verificação dos fatos, no processo judicial, está naturalmente ligada à relevância dos mesmos às regras jurídicas em causa e à hipótese legal e serão apreensíveis através das regras da experiência – ou seja, os fatos juridicamente relevantes são relativos e as conclusões acerca dos mesmos serão válidos em graus variados de probabilidade. Além disso, observe-se que a apuração dos fatos no processo judicial está afeta a regras judiciais, e, em larga medida não há a liberdade de que goza, por exemplo, o historiador em seu afã de reconstruir a realidade histórica. Embora existente o princípio da livre convicção, existem inúmeras regras no tocante à produção da prova, v.g., o princípio da oralidade, os impedimentos e suspeições legais relativos ao parentesco de testemunhas, etc. Como se vê, a simples verificação de fatos que constituem a premissa menor é, por si mesma, uma operação complexa necessitando de atos cognitivos e deduções, e não uma mera operação lógica.

A ultrapassagem da barreira da reconstrução dos fatos leva à subsunção propriamente dita. Neste caso, não são menores os problemas. Em se tratando de homicídio, a dificuldade poderá advir da carga valorativa existente no tipo legal. No caso do direito germânico, o § 211 do Código Penal refere-se ao cometimento do crime em razão de “crueldade”, “cupidez” ou outros “baixos motivos”; no direito brasileiro (art. 121, do CP), há referência a “motivo fútil”, “meio insidioso e cruel”, etc, razão pela qual, para efeito de análise do fenômeno da subsunção adota-se outro exemplo, desta vez usando um conceito meramente descritivo. É o caso do furto com

arrombamento, que no Código Penal germânico, é praticado por quem “furta de dentro de um edifício ou *espaço fechado*, por meio de arrombamento (§ 243, n. 2). Ora, o furto de dentro de um carro fechado está subsumido à hipótese legal? Segundo ENGISCH, o Tribunal do Reich já rejeitou, outrora, esta subsunção, considerando que edifícios e espaços fechados seriam sempre partes delimitadas da superfície do solo ou da água. Decisão ao contrário teria sido proferida pelo Tribunal Federal, que entendeu que um veículo fechado de passageiros é um “espaço fechado”, no sentido e para os efeitos da norma referida.

Para ENGISCH, ocorreu, no caso, a inclusão de um determinado **fato concreto** (furto de dentro de um automóvel fechado) à classe de casos concretos reconhecidamente pertencentes ao **conceito** de “furto de dentro de um espaço fechado”. O fundamento para a determinação da classe e o enquadramento seguro dos casos que servem como material de comparação, entretanto, pertencem ao domínio da interpretação. Ou seja: “a interpretação do conceito jurídico é o pressuposto lógico da subsunção, a qual, por seu turno, uma vez realizada, representa um novo material de interpretação e pode posteriormente servir como material ou termo de comparação (...)”¹⁰⁵

A questão, para ENGISCH, coloca-se da seguinte forma: existente uma classe de objetos iguais entre si, o enquadramento de um novo objeto até então não enquadrado nesta classe somente pode ser realizado se for considerada admissível a inclusão do novo objeto. E esta somente poderá ser considerada admissível se os dados essenciais do objeto forem considerados compatíveis com os objetos já existentes na classe, ou seja, existir uma igualdade essencial entre um e outros. Somente

¹⁰⁵ ENGISCH, K. Ob. cit., p. 96.

a interpretação, portanto, fornecerá o material necessário de confronto para a subsunção e os pontos de referência para a comparação.

Um exemplo clássico no direito brasileiro de que inclusive no caso de utilização de conceitos concretos a interpretação far-se-á agir de uma maneira inesperada é o artigo 1529 do Código Civil de 1916. Diz o artigo que “aquele que habitar uma casa, ou parte dela, responde pelo dano proveniente das coisas que dela caírem ou forem lançadas em lugar indevido”. Trata-se da “*actio de effusis et dejectis*” do direito romano. Aparentemente, nada mais simples (e concreto) do que o conceito de “casa”. Entretanto, o mesmo PONTES DE MIRANDA que falava de uma operação “quase exaurientemente lógica” de aplicação da lei pelo juiz, ao interpretar o conceito de casa a que se refere o artigo 1529, aduz que a expressão não se limita ao prédio da residência, nele incluindo-se:

a) o edifício destinado a habitação doméstica; b) o edifício destinado ao exercício de alguma profissão, como os que alugam os advogados, médicos, costureiros, ferreiros e demais profissionais; c) **as barracas, carros aproveitados como habitação de família ou destinados ao trabalho**; d) as partes separadas, como as garages, **os galinheiros**, os banheiros, **os pombais**; e) **os navios, e as aeronaves**; os troles, os carros para acampar, ou para estadas rápidas.¹⁰⁶

A interpretação do conceito de casa ampliou-o de tal forma que, para efeitos do artigo 1529 do Código Civil de 1916, um carro, um galinheiro, um pombal, um navio ou aeronave, equipararam-se ao conceito de casa.

LARENZ, discorrendo sobre o esquema lógico de aplicação da lei, aduz que sua importância não se deve sobrevalorizar, mas que também

¹⁰⁶ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, tomo LIII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966, pág. 414. (Negritei).

não se deve deixar de levar em conta. Em sua análise, destaca – como ENGISCH - as dificuldades na obtenção da premissa menor (“S é um caso de P”), considerando também existente em seu núcleo um silogismo lógico, que representa da seguinte forma:

P se caracteriza pelas notas N¹, N², N³.

S apresenta as notas N¹, N², N³.

Logo, S é um caso de P.

A premissa menor do silogismo de subsunção é o enunciado de que as notas referidas na norma jurídica estão presentes no fenômeno de vida posto à apreciação do juiz. A produção do enunciado far-se-á com o julgamento da situação de fato, do fenômeno de vida, relativamente às notas características respectivas. Ocorre que tais fenômenos de vida serão apresentados, usualmente, em linguagem corrente, o que não ocorre com a lei. A equiparação das palavras usuais (fenômenos de vida) aos termos técnicos encontrados na lei necessitará, cedo ou tarde, para o seu termo, do uso de juízos elementares que não são proporcionados por silogismos, e sim por percepções próprias ou alheias, ou de determinadas experiências, em especial aquelas existentes no âmbito social. Ou seja, como diz LARENZ:

A subsunção supõe, pela sua parte, ao invés, um ajuizamento da situação de fato enunciada, segundo critérios que se podem ainda mencionar lingüisticamente, mas que não podem ser definidos subseqüentemente. Já por este motivo é problemático qualificar a premissa menor somente como “subsunção”, pois que, com isso, se oblitera a participação decisiva do ato de julgar.¹⁰⁷

¹⁰⁷ LARENZ, K. *Metodologia*, ob. cit., pág. 385

Assim, a apreciação da situação de fato demanda uma atividade do magistrado que não é meramente lógico-silogística. Para a obtenção do resultado será necessário o uso de juízos baseados na percepção, juízos baseados na interpretação da conduta humana, juízos proporcionados pela experiência social, além de juízos de valor. Em primeira linha, o magistrado, ao apreciar uma série de eventos fáticos, apoiar-se-á em percepções, próprias ou alheias. Em tais percepções encontra-se algo semelhante a uma interpretação, na medida em que as percepções serão recebidas com base na experiência quotidiana. Com isso, obter-se-á uma “situação de fato em bruto”, como diz LARENZ.¹⁰⁸ Um segundo aspecto a considerar é que a conduta humana, embora externamente perceptível aos sentidos, é, amplamente, uma conduta dirigida a fins, e estes serão compreensíveis apenas com base nas experiências próprias ou alheias. A correta apreciação de uma conduta percebida como um agir direcionado a finalidades específicas dependerá de uma ampla gama de experiências sobre o que uma pessoa intentará obter com uma tal conduta naquela dada situação. Haverá, aqui, necessariamente, um trabalho interpretativo. A apreciação de uma situação de fato em bruto demandará, freqüentemente, um juízo proporcionado pela experiência social. Suponha-se a compra de uma mercadoria “defeituosa”. A qualificação requerida implica em um uso “normal” ou “habitual” da coisa, que resulta da experiência social. Há necessidade, aqui, do uso de inúmeros critérios, que serão ponderados caso a caso: não será o caso de uma subsunção lógica.

Finalmente, a apreciação de uma situação de fato demandará a utilização de juízos de valor, nos casos em que a lei usa aquilo que LARENZ denomina “pautas carecidas de preenchimento”, como por exemplo “bons costumes”, “boa-fé”, “diligência devida”, etc. A questão central, nestes casos, como salienta LARENZ, é se o uso de juízos de valor é fundamentável mediante considerações de ordem jurídica, problema que

¹⁰⁸ Ob. cit., p. 400.

será apreciado em outro lugar deste trabalho. Neste momento, importa salientar que a apreciação da situação de fato em bruto nestes casos distanciou-se consideravelmente de uma mera operação lógica. A formatação da premissa menor, núcleo central do silogismo requerido, transforma-se a cada passo em uma operação interpretativa, tanto nos casos mais simples, em que a lei faz uso de conceitos concretos, como naqueles casos em que remete diretamente ao uso de juízos de valor.

2.3 A decisão discricionária: HANS KELSEN. A unidade do ordenamento jurídico. A norma fundamental. Indeterminação da norma e interpretação.

Para BOBBIO, a teoria do ordenamento jurídico encontra sua mais alta expressão em KELSEN. Para ele, nunca se insistirá bastante no fato de que com KELSEN a teoria do direito passou a se orientar definitivamente para o estudo do ordenamento jurídico em seu conjunto, ao considerar como conceito fundamental para uma construção teórica do direito não o conceito de norma, mas sim o de ordenamento, entendido como um conjunto de normas.¹⁰⁹ Este entendimento, chave para a compreensão do pensamento de KELSEN, encontra-se expresso em sua obra, repetidas vezes. Assim, na Teoria Pura do Direito, lê-se que aquilo que é designado como “direito”, apresenta-se sempre como uma ordem de conduta humana:

Uma ‘ordem’ é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é – como veremos – uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as

¹⁰⁹ BOBBIO, NORBERTO. *Contribucion a la teoria del derecho*. Valencia: Fernando Torres, Editor. 1980, p. 251.

normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem.¹¹⁰

A essência do direito será buscada, a partir de KELSEN, não nas características das normas (como por exemplo em Austin, que define a lei como um comando geral e abstrato emitido por um soberano), mas sim na observação de um conjunto de normas que formam o ordenamento jurídico. O direito é um ordenamento coativo não porque se compõem de normas coativas, mas, pelo contrário, as normas são jurídicas porque pertencem ao ordenamento coativo.¹¹¹ E, com isto, segundo BOBBIO,¹¹² resolve-se a questão pela qual começa HART, em sua obra *O conceito de direito*, onde ele se pergunta o que diferencia a obrigação derivada da ordem de um bandido de um comando estatal que gera uma obrigação jurídica.¹¹³

Para KELSEN, uma norma pertence a um sistema jurídico desde que seja válida de acordo com uma norma fundamental do sistema. E a norma fundamental será uma norma pressuposta como sendo definitivamente válida, o fundamento último de validade de uma norma dentro de um ordenamento jurídico, aquela cuja validade não seja derivada de uma norma superior.¹¹⁴ Pode-se testar o pertencimento de uma norma a um sistema apenas verificando se ela deriva sua validade da norma fundamental que constitui a ordem jurídica. No sistema kelseniano, qualquer tipo de norma pode pertencer ao sistema. Seu conteúdo é indiferente. Qualquer tipo de conduta humana pode ser transformado em um dever jurídico correspondendo a um direito jurídico; valores morais e políticos não

¹¹⁰ KELSEN, HANS. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pág. 33.

¹¹¹ BOBBIO, NORBERTO. *Contribucion a la teoria del derecho*, ob. cit., p. 252.

¹¹² BOBBIO, NORBERTO, idem, p. 252.

¹¹³ HART, HERBERT. *L.A O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2.^a edição. Tradução de A. Ribeiro Mendes, pág. 10/11.

¹¹⁴ KELSEN, HANS. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pág. 163.

impedem o ingresso da norma em um sistema. A validade da norma reside no fato de ter sido criada segundo uma regra do sistema, tão-somente, e esta regra reportar-se a uma norma fundamental do sistema, a regra postulada como definitiva, de acordo com a qual as normas do ordenamento são estabelecidas ou consideradas nulas.¹¹⁵ Uma norma fundamental pode ser, por exemplo, a de que a norma pertence ao sistema desde que tenha sido decretada por um parlamento, ou criada pelos costumes, ou pelos tribunais.

O direito será sempre o direito positivo, sendo, portanto, independente de sistemas morais ou religiosos. Reside aqui a diferença entre o direito positivo e o direito natural, o qual é deduzido a partir de uma norma fundamental presumida como auto-evidente, derivada da “vontade da natureza”, ou da “razão pura”. A norma fundamental de um sistema jurídico consiste apenas em uma regra básica de acordo com a qual as normas do sistema serão criadas. É o ponto de partida de um processo criador de normas – daí o seu caráter dinâmico. Analisando a genealogia de uma norma, Kelsen chega, por sucessivas regressões a uma constituição primeira, que foi estabelecida por um usurpador individual ou um tipo de assembléia. A validade desta primeira constituição é uma pressuposição última, da qual depende a validade de todas as normas da ordem jurídica de que se trata. A função integral desta norma básica é conferir poder criador de direito ao ato do primeiro legislador e a todos os outros atos baseados no primeiro ato. A norma fundamental é apenas uma pressuposição necessária de qualquer interpretação positivista do material jurídico.

O fundamento de validade de uma norma é uma outra norma que prescreve o modo como pode ser criada; esta seria uma norma superior, aquela, uma norma inferior. O sistema jurídico, então, é concebido como

¹¹⁵ Kelsen, Hans. *Teoria geral*, ob. cit., p. 165/166.

uma hierarquia de normas, cuja unidade é determinada pelo fato de que todas as normas hierarquicamente inferiores acabam por se reportar à norma fundamental. Nesta hierarquia de normas, em um Estado moderno, pressupondo-se a norma fundamental, a constituição seria o nível mais alto dentro do direito nacional. Aqui, a constituição é entendida num sentido material, consistindo nas regras que regulam a criação de outras normas jurídicas gerais, em particular, as leis. Num sentido formal, a constituição é entendida como um documento solene, um conjunto de normas jurídicas que são modificáveis somente mediante regras especiais, que a tornam, por assim dizer, um documento mais perene. A constituição material, para Kelsen, consiste, em especial, mas não somente, nas normas que regulam a criação de normas gerais, e, no direito moderno, normas que determinam os órgãos e o processo de legislação – esta constituição é o elemento essencial de todos os ordenamentos jurídicos.¹¹⁶ Além destes elementos, considera Kelsen que a constituição material determina, em um certo grau, também o conteúdo de leis futuras. Num âmbito negativo pode proibir determinados conteúdos às futuras leis (por exemplo, vedar restrições à liberdade religiosa); positivamente, pode determinar conteúdos (exemplo: direito a um julgamento por um júri imparcial, etc.).

Na relação entre a constituição e as normas gerais criadas pelos legisladores e entre tais normas gerais e sua aplicação pelos tribunais encontra-se um aspecto essencial ao processo interpretativo. Para Kelsen, a constituição material, como norma superior, determina sobretudo por meio de quais órgãos e através de quais processos as normas gerais podem ser criadas, e, em geral, deixa indeterminado o conteúdo de tais normas gerais, ou, quando muito, determina o seu conteúdo de modo negativo. As normas gerais criadas pela legislação (ou pelo costume, por ele equiparado à legislação) determinam não só quais órgãos judiciais ou administrativos aplicarão o direito, mas também os conteúdos das normas individuais, as

¹¹⁶ Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 182.

decisões judiciais e os atos administrativos a serem emitidos pelos órgãos aplicadores do direito. Naturalmente, o grau de determinação material irá variar, dependendo da norma, mas, em qualquer caso, haverá um grau maior ou menor de **livre-arbítrio** dos órgãos aplicadores do direito. Mais ainda; segundo KELSEN, as leis podem simplesmente determinar o órgão aplicador do direito (por exemplo, um tribunal) e deixar a este órgão o poder de decidir, em cada caso concreto, segundo o seu arbítrio. Neste caso, o tribunal ainda estaria aplicando uma norma superior, de caráter meramente adjetivo, que o instituiu como órgão aplicador de direito, autorizando-o a aplicar direito substantivo – se existente – ou o direito adjetivo – quando inexistente o direito material. Neste caso, o tribunal estaria funcionando como legislador, e estaria aplicando uma lei *ex post facto*.¹¹⁷

Enfim, para KELSEN, haverá uma diferença meramente relativa entre a função criadora do direito pelos legisladores e a função aplicadora do direito pelos tribunais. Ambos criam direito: na atuação dos tribunais, haverá a criação de uma norma individual, em conformidade com a norma hierarquicamente superior, a lei adjetiva ou substantiva, normalmente ambas; na atuação dos legisladores, a criação de direito – a lei – dar-se-á de acordo com a norma superior, a constituição, que pré-determinou um conteúdo negativo ou positivo, e as regras formais necessárias à sua elaboração. Uma norma que regula a criação de direito é aplicada na criação de outra norma. A criação de direito é sempre aplicação de direito, desfazendo-se, então, a dicotomia entre criação e aplicação de direito, característica de uma teoria de separação de funções do Estado.

Explicitando o entendimento no âmbito interpretativo, sendo a aplicação do direito uma vinculação a uma norma de escalão superior – que determina o processo de produção da norma e, eventualmente, seu

¹¹⁷ KELSEN, HANS. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 211.

conteúdo – terá esta vinculação um grau maior ou menor, mas de qualquer modo, será sempre incompleta. A norma de escalão superior, por mais pormenorizada que seja, nunca haverá de abarcar a pluralidade de situações possíveis; terá sempre um caráter de quadro ou moldura a preencher pelo ato normativo inferior. Esta indeterminação será intencional, desejada pelo legislador ou pela constituição, ou não-intencional, em decorrência do sentido plural das palavras usadas pela norma superior; de qualquer modo implicará em várias possibilidades de “aplicação” de direito na norma inferior, seja legislativa, produzida pelo parlamento, seja judicial, nas decisões concretas dos magistrados. Portanto, a indeterminação do direito, a moldura do direito, conduz a uma pluralidade de “aplicações”, e quaisquer uma delas poderá ser considerada correta, não havendo uma única solução correta – embora apenas uma delas se torne direito positivo no ato do aplicador do direito (tribunais ou órgãos administrativos ou órgãos legislativos).

A interpretação, em Kelsen, é considerada, portanto, como um ato de conhecimento do direito a aplicar, combinado com um ato de vontade em que o órgão aplicador do direito efetua uma escolha entre as diversas possibilidades reveladas através da interpretação cognoscitiva, com isso obtendo-se uma norma de escalão inferior. A vontade presumida do legislador ou o teor verbal da lei do ponto de vista do direito positivo são absolutamente iguais. Não há qualquer método de direito positivo que possa destacar, entre várias interpretações possíveis de uma norma, a interpretação “correta”. A idéia que a interpretação possa definir – mediante a pura cognição – uma “aplicação” correta do direito é uma auto-ilusão que contradiz os pressupostos da interpretação. A interpretação correta é uma ficção destinada a consolidar o ideal de segurança jurídica, ideal este realizável apenas aproximadamente.¹¹⁸ A noção da discricionariedade na interpretação em face da inevitável indeterminação semântica do direito é

¹¹⁸ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 396.

retomada com ímpeto em HERBERT L. A. HART, que, por outros caminhos, chega a uma conclusão semelhante a de Kelsen no tocante aos resultados possíveis da interpretação.

2.4 A decisão discricionária: H. L. A. HART. Regras primárias e secundárias. A textura aberta do direito e a interpretação.

Filósofo do direito de Oxford, HART, em sua obra *O Conceito de Direito*, rediscute a visão positivista de mandados e hábitos tal como exposta, entre outros, por JOHN AUSTIN. HART inicia o seu estudo perguntando-se o que é o direito, e associando tal questão com outras três: se difere o direito de ordens baseadas em ameaças; qual a diferença entre a obrigação jurídica da obrigação moral; e, finalmente, o que são regras e em que medida o direito é uma questão de regras.¹¹⁹ Na versão de AUSTIN, a obrigação é definida como uma submissão a uma regra, regra esta de caráter geral, ordenada pelo soberano da comunidade. Há uma obrigação jurídica se somos os destinatários de uma ordem de caráter geral do soberano e se corremos o risco de sofrer uma sanção, caso a ordem não seja obedecida. “*O modelo de Austin é extremamente belo em sua simplicidade. Enuncia o primeiro princípio do positivismo, isto é, que o direito é um conjunto de regras especialmente selecionadas para reger a ordem pública. E oferece um teste factual simples – o que ordenou o soberano? – como único critério para identificar essas regras especiais*”, comenta DWORKIN, a propósito do modelo austiniano.¹²⁰ Em seu estudo, a partir da análise dos diferentes tipos de leis existentes em um sistema jurídico moderno, HART constata que o modelo simples de ordens coercitivas emitidas por um soberano, conforme preconizado por AUSTIN, não se

¹¹⁹ HART, H.L.A. *O conceito de direito*, pág. 18.

¹²⁰ DWORKIN. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Trad. de Nelson Boeira, p. 30.

mantém. Nem todas as leis impõem ordens de fazer ou não fazer alguma coisa – leis que conferem poderes aos particulares para fazer testamentos, ou celebrar contratos e casamentos, leis que dão poderes a funcionários, a um juiz para julgar casos, etc.–, assim como nem todo direito é legislado ou constitui expressão do desejo de alguém; e, também, nem toda lei tem somente *outros* como destinatários, abrangendo também os próprios legisladores.¹²¹ O próprio HART resume os pontos principais em que a teoria falhou:

Em primeiro lugar, tornou-se claro que, embora uma lei criminal, que proíbe ou prescreve certas ações sob cominação de pena, se assemelhe mais, entre todas as variedades de direito, a ordens baseadas em ameaças dadas por uma pessoa a outras, tal lei mesmo assim difere de tais ordens no aspecto importante de que se aplica geralmente àqueles que a criam e não apenas aos outros. Em segundo lugar, há outras variedades de direito, nomeadamente as que conferem poderes jurídicos para julgar ou legislar (poderes públicos) ou para constituir ou alterar situações jurídicas (poderes privados), as quais não podem, sem absurdo, conceber-se como ordens baseadas em ameaças. Em terceiro lugar, há regras jurídicas que diferem de ordens no seu modo de origem, porque nada de análogo a uma prescrição explícita lhes dá existência. Finalmente, a análise do direito em termos de soberano habitualmente obedecido e necessariamente isento de todas as limitações jurídicas foi incapaz de explicar a continuidade da autoria legislativa característica de um sistema jurídico moderno (...)¹²²

Estes e outros questionamentos levaram HART a propor um modelo de regras diferente. Em seu modelo, há dois tipos de regras em um sistema jurídico, que ele denomina de “regras primárias” e “regras secundárias”. Pelo primeiro tipo de regra, as pessoas são compelidas a fazer ou deixar de fazer alguma ação, quer queiram ou não – tais regras impõem deveres, e dizem respeito a ações que envolvem mudanças ou movimentos -; já o segundo tipo de regra, “*em certo sentido parasitas ou secundárias em*

¹²¹ HART, ob. cit., p. 33.

¹²² HART, ob. cit., p. 89/90.

relação às primeiras"¹²³, asseguram que certas pessoas possam criar novas regras do tipo primário. Tais regras secundárias tornam possíveis atos que conduzem não só a movimento ou mudança físicos, mas também à criação ou alteração de deveres ou obrigações.¹²⁴ Comunidades primitivas possuem apenas regras primárias, regras de obrigação; e os defeitos intrínsecos na aplicação deste único tipo de regra em tal comunidade primitiva, apontados por HART, seriam: 1) quando houver dúvidas acerca de qual regra a ser aplicada, e o seu âmbito de aplicação, não há como dirimir tais dúvidas – isto gera *incerteza*; 2) dificuldade de adaptação das regras às mudanças da própria sociedade, inexistindo um mecanismo de alteração – as regras são *estáticas*; e, finalmente 3) *ineficácia* dos mecanismos de aplicação das regras, que dependem apenas da aceitação social, e, conseqüentemente, gerarão disputas entre particulares.¹²⁵

A passagem de uma sociedade pré-jurídica ao mundo jurídico implica na aceitação, por esta hipotética comunidade primitiva baseada unicamente em regras primárias de obrigação e aplicáveis apenas com base no consenso da sociedade de que tais regras são necessárias, de regras secundárias que remediariam cada um dos problemas apontados por HART. Uma regra secundária de reconhecimento ("*rule of recognition*"), uma regra para identificação concludente das regras primárias de obrigação eliminaria a incerteza. Tal regra poderia ser um texto escrito onde estão gravadas quais regras devem ser obedecidas pela comunidade, desde que dotado de autoridade; ou, o que o rei decretar é lei; assumindo progressivamente graus maiores de complexidade até as sociedades contemporâneas. Uma segunda regra necessária seria uma regra de alteração ("*rules of change*"); um mecanismo destinado a introduzir novas regras primárias, alterá-las, ou negar vigência a outras. "*A forma mais simples de tal regra é a que confere poder a um indivíduo ou a um corpo de indivíduos para introduzir novas*

¹²³ HART, ob. cit., p. 91.

¹²⁴ HART, idem, p. 91.

¹²⁵ HART, idem, p. 101/103.

regras primárias para a conduta da vida do grupo, ou de certa classe dentro dele, e para eliminar as regras antigas".¹²⁶ Finalmente, um terceiro tipo de regra secundária é uma regra que dê a um grupo de indivíduos poder para dizer se uma regra primária foi violada: uma regra de julgamento ("*rule of adjudication*"). A interação entre as regras primárias e secundárias, no entender de HART, é o coração de um sistema jurídico, mesmo porque explica muitos aspectos do direito; entretanto, adverte que "*não pode por si só iluminar todos os problemas*".¹²⁷

Um dos problemas a que se refere HART é o que ele denomina "a textura aberta do direito". Segundo ele, não é possível a existência do que denominamos "direito" sem a existência de regras gerais, padrões e princípios como principais instrumentos de controle social. A comunicação de tais padrões gerais de conduta exigíveis da comunidade faz-se, no universo jurídico anglo-saxão, via dois expedientes principais: precedentes e legislação. Ora, seja qual for o processo escolhido, "*não obstante a facilidade com que atuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como **textura aberta***".¹²⁸ Com efeito. A comunicação através de precedentes gera, a maneira de uma comunicação via exemplos (que é do que se trata, na verdade), um grande arco de indeterminação. (Quais são os precedentes a serem utilizados; qual o seu alcance, em que medida circunstâncias novas permitem o afastamento de um precedente, etc.) Não é diferente, segundo HART, o uso de formas gerais explícitas (legislação). Aparentemente, "*clara, certa, segura*"¹²⁹, demandando apenas o reconhecimento dos casos de aplicação dos termos verbais, ou seja, o subsumir fatos particulares a normas gerais e obter conclusões silogísticas simples, a operação esbarra

¹²⁶ HART, ob. cit., p. 105.

¹²⁷ HART, ob. cit., p. 109.

¹²⁸ HART, Ob. cit., p. 140/141.

¹²⁹ HART, ob. cit., p. 138.

no limite inerente à natureza da linguagem. Embora existam os casos simples em que as expressões gerais são facilmente aplicáveis, sempre surgirão aqueles em que a aplicabilidade será duvidosa; mais ainda, as regras de interpretação não sanarão o problema, visto que também são regras que utilizam termos gerais a exigir, também, interpretação.¹³⁰

Nas situações em que a legislação (*"linguagem geral dotada de autoridade em que a regra é expressa"*, no dizer de HART) não é suficientemente *clara e explícita*, esta somente poderá ser utilizada como um guia incerto, à maneira dos precedentes, e *"a subsunção e a extração de uma conclusão silogística já não caracterizam o cerne do raciocínio implicado na determinação do que é a coisa correta a fazer-se"*.¹³¹ Surge, então, à pessoa encarregada de dirimir os casos sujeitos a tal regra, a necessidade de considerar se este se assemelha "suficientemente" ao caso em que a aplicação da regra é clara e imediata em seus aspectos "relevantes". Surge, então o uso do poder discricionário:

O poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo; de tal forma que, se ela aplicar a regra, a conclusão constitui na verdade uma **escolha**, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional.¹³²

Para HART, a *incerteza* na linha de fronteira entre os casos fáceis e os difíceis é o preço a ser pago pelo uso de termos gerais relacionados a questões de fato. Não é possível elidir a necessidade de escolha entre alternativas abertas pela linguagem; tal fato é da condição humana. Dentro destas condições, o sistema jurídico pode usar de diferentes modos de lidar com a questão; uma delas é a criação, pelo poder legislativo, de padrões muito gerais e simultaneamente delegando, a um

¹³⁰ HART, ob. cit., p. 139.

¹³¹ HART, ob. cit., p. 140.

¹³² HART, ob. cit., p. 140.

corpo administrativo, poderes regulamentares para moldar regras adequadas aos casos concretos. Exemplifica HART com os *standards* “preço justo” ou “condições de segurança de trabalho” a serem normatizados com mais detalhes por órgãos administrativos. Entretanto, é claro que, a par dos casos indiscutíveis em que o “preço justo” ou “condições de segurança” serão facilmente perceptíveis, haverá os casos em que não serão suficientemente claros se os preços são “justos” ou se há segurança. Surge então novamente o uso do poder discricionário pela autoridade administrativa:

Nestes casos, é claro que a autoridade autora do regulamento deve exercer um poder discricionário, e *não há possibilidade de tratar a questão suscitada pelos variados casos, como se houvesse uma única resposta correta a descobrir*, distinta de uma resposta que seja um compromisso razoável entre muitos interesses conflitantes.¹³³

Outra técnica apontada por HART é utilizada quando o domínio que se pretende controlar é de tal forma amplo que é impossível torná-lo objeto de uma regra simples, apesar de que a série de circunstâncias, embora variada, cubra aspectos familiares de experiência comum. Aqui, usa-se o critério do que é “razoável” no caso concreto levado ao tribunal. O exemplo trazido por HART é o padrão da “diligência devida” (*due care*) em casos de culpa. Devido à imensa variedade de casos possíveis em que se exige diligência, não se pode prever *ab initio* as condições e circunstâncias que surgirão, e os interesses a serem ponderados para evitar o dano, o sacrifício necessário e razoável a ser feito. Diz HART a respeito deste tipo de caso:

Aqui o direito pode recorrer a juízos comuns sobre o que é “razoável”. Esta técnica deixa aos indivíduos, embora sujeita a uma retificação pelo tribunal, a tarefa de ponderar e obter um equilíbrio

¹³³ HART, ob. cit., p. 144/145.

razoável entre as pretensões sociais que surgem (...) **Neste caso, exige-se-lhes que hajam em conformidade com um padrão variável antes que tenha sido oficialmente definido e podem ser informados por um tribunal só *ex post facto*, quando o tenham violado**, do que, em termos de ações ou omissões específicas, é o padrão exigível.¹³⁴

A questão da “textura aberta do direito” tal como a compreende HART, está suficientemente delimitada, para os fins deste trabalho. Trata-se de um entendimento que, partindo da “textura aberta da linguagem”, leva, como salienta KATYA KOZICKI, à compreensão do direito como um sistema aberto e auto-referente. Diz ela: “*Os limites naturais da linguagem impedem que o direito se expresse sempre através de enunciados unívocos, gerando a necessidade do intérprete buscar – dentro desse mesmo sistema – a complementação de significados dos termos não claros*”.¹³⁵ Mais ainda:

Na esteira de WITTGENSTEIN e J. L. AUSTIN, HART enfatiza a importância de se contextualizar os enunciados jurídicos, tomando-os dentro do universo discursivo em que se apresentam. O significado de uma expressão só pode ser obtido a partir de seu uso dentro de um determinado contexto. E é a multiplicidade de usos e funções da linguagem que impede uma comunicação desprovida de entraves. *No campo do direito isto cria situações onde nem sempre é possível fazer uma perfeita adequação entre a norma e o caso concreto.*¹³⁶

“*Inadequação entre a norma e o caso concreto*” leva, como vimos, no pensamento de HART, à possibilidade do uso de poder discricionário pelos juízes, uma **escolha** entre diferentes opções, não havendo uma **resposta certa** entre as alternativas postas, e, aparentemente, a decisões judiciais ***ex post facto***. A mesma KATYA KOZICKI anota que embora a discricionariedade desenhada por HART sofra

¹³⁴ HART, ob. cit., p. 145.

¹³⁵ KOZICKI, KATYA. H.L.A. HART: *A hermenêutica como via de acesso para uma significação interdisciplinar do direito*. Florianópolis, 1993. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito e da Política). Curso de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, pág. 100.

¹³⁶ KOZICKI, KATYA. Idem, p. 115.

limitações, e que o mesmo é exercido nas lacunas do ordenamento jurídico, o grau de liberdade conferido aos tribunais pode vir a se tornar incompatível com o grau de certeza requerido pelo ordenamento jurídico e sua aplicação pelos tribunais. E aqui mostra, talvez, o principal ponto de insuficiência da teoria:

A insuficiência da análise hartiana no tocante aos princípios subjacentes ao ordenamento jurídico impede uma melhor apreciação dos limites do poder discricionário. Sem esta fundamentação, ausente na obra de HART, resta a conclusão de que, na presença de lacunas no ordenamento jurídico, ou quando as incertezas existentes no mesmo não possam ser solucionadas por critérios jurídicos, resta a discricionariedade judicial, resultando na liberdade do juiz em criar uma norma aplicável ao caso concreto *sub judice*.¹³⁷

A crítica de RONALD DWORKIN às insuficiências da teoria de HART, utilizado como alvo em seu “ataque geral ao positivismo”, abrange vários aspectos, entre elas a questão da discricionariedade judicial. Aliás, HART vê o tema como “o conflito direto mais agudo entre a teoria jurídica deste livro (O conceito de Direito) e a teoria de DWORKIN”, conforme anotou no posfácio à segunda edição do livro. É o tema em que nos debruçaremos na última parte do trabalho.

2.5 Conceitos jurídicos indeterminados em Karl Engisch. Tipologia e conceituação. Consequências no âmbito da interpretação.

A discricionariedade judicial, em Kelsen, é fruto de uma condição inerente à estrutura do sistema jurídico, cujas normas são

¹³⁷ KOZICKI, KATYA. *Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas*. Florianópolis, 2000. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, página 178.

organizadas de maneira hierárquica, servindo a norma superior de moldura (quadro) dentro da qual aplicar-se-á a norma inferior, inexistindo, qualitativamente, diferenças entre a atividade do legislador – encarregado de aplicar a constituição – e o magistrado, encarregado de aplicar (criar) a norma individual ao caso concreto. Em HART, a discricionariedade emerge na atuação do magistrado como fruto direto da textura aberta do direito, particularmente nos *hard cases*, ou ainda como fruto da opção do legislador, que utiliza padrões genéricos, delegando a um corpo de magistrados ou administradores poderes para, nos casos concretos, moldar a norma a situações específicas. Em ambos, a escolha das soluções possíveis nos casos concretos dar-se-á no âmbito da discricionariedade judicial. Já ENGISCH ressalta que, apesar da vinculação do Poder Judiciário ao princípio da legalidade (no caso germânico, vinculação à *lei e ao Direito*, conforme o artigo 20, al. 13, da Constituição) as leis, contemporaneamente, passaram a ser elaboradas de tal forma que as decisões judiciais não simplesmente se subsumem a conceitos jurídicos fixos, conceitos cujo conteúdo sejam explicitados com segurança através da interpretação, nos termos que a jurisprudência tradicional positivista tentava fazer crer, mas antes são produtos onde os juizes são chamados a operar valores, e, em certas situações, chamados a agir como se legisladores fossem. E acrescenta que assim continuará a ser no futuro. “*Será sempre uma questão apenas duma maior ou menor vinculação à lei*”.¹³⁸

Entre os modos de expressão legislativa para esse afrouxamento da vinculatividade do juiz – uma relativa autonomização em face da lei – ENGISCH lista os conceitos jurídicos indeterminados, os conceitos normativos, os conceitos discricionários e as cláusulas gerais.

¹³⁸ ENGISCH, K. Ob. cit., p. 208.

A indeterminação do conceito jurídico é naturalmente predominante no Direito, observa ENGISCH. Conceitos jurídicos determinados – como, por exemplo, conceitos numéricos – 50 km/h, prazo de 24 horas – são raros; regra geral é a indeterminação. Neste sentido, os conceitos indeterminados podem ser de caráter naturalístico (“escuridão”, “ruído”, “coisa”), ou propriamente jurídicos, como “assassinato” (“homicídio qualificado”), “crime”, “ato administrativo”. A indeterminação pode resultar da imprecisão dos limites do conceito ou pode surgir da pluralidade de sentidos de uma palavra que exprime o conceito (“coisa” pode ser um objeto corpóreo no crime de furto, “coisa” pode ser o objeto do processo – matéria a ser decidida no processo; “coisa” pode ser o objeto de negócio). Escuridão, por exemplo, é um conceito preciso, à meia-noite, em um local sem iluminação ou lua; o conceito torna-se impreciso na hora do crepúsculo. Temos um “homem”, em sentido jurídico, após um parto bem sucedido de pais humanos; mas a resposta é duvidosa quanto ao momento em que nos encontramos perante um homem; e a questão será respondida diferentemente pelos diversos ramos do direito. Para o direito civil, haverá um “homem”, dotado de capacidade jurídica, com o termo do nascimento (art. 2.º do CCB: “A personalidade civil da pessoa **começa com o nascimento...**”); para o direito penal, já **durante** o nascimento existe um “homem” que poderá ser vítima de infanticídio (art. 123, CP: “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, **durante o parto** ou logo após.”).

Conceitos normativos são aqueles que se opõe aos conceitos descritivos – estes, conceitos que designam objetos reais perceptíveis pelos sentidos – necessitando sempre, para ser entendido, de uma referência a outras normas jurídicas ou valores sem os quais tornam-se incompreensíveis. Dizer que uma coisa é “alheia” pressupõe o regime de propriedade; “casamento”, “funcionário público”, etc., pressupõe outras normas jurídicas. Porém, tais conceitos normativos não necessariamente são indeterminados; por isso, o conceito normativo indeterminado a que se

refere ENGISCH diz respeito ao que somente poderá ser compreendido desde que referido a um sistema de valores: “blasfemo”, “indigno”, “vil”, são conceitos normativos que “carecem de um preenchimento valorativo”,¹³⁹ valores estes que podem ser do indivíduo ou alheios (Esta questão, de quais valores a serem utilizados, próprios ou alheios, será retomada em outras oportunidades. Também a questão decorrente desta, da referibilidade de tais valores à ordem jurídica.). Este é o sentido preciso a que se refere ENGISCH, e por ele utilizado em sua tipologia de “afrouxamento” da vinculatividade do juiz à lei, um conceito normativo referido a valores, uma espécie de conceito indeterminado.

A questão do conceito discricionário merece uma discussão especial. ENGISCH sugere que o uso de valorações autônomas pelo intérprete no manejo de conceitos normativos faria aflorar esta espécie particular de conceito, o discricionário. A discricionariedade judicial ou administrativa teria a natureza de um entendimento particular e livre do operador, juiz ou funcionário? A essência da discricionariedade estaria no fato de que o espaço de livre apreciação do agente seria um espaço de decisão própria, onde o caso seria decidível segundo concepções próprias do tomador da decisão. Na decisão discricionária a decisão última no caso concreto é dada às concepções, e, em particular, às valorações do agente, ao seu próprio ponto de vista. Diz ENGISCH:

O autêntico “poder discricionário” é atribuído pelo direito e pela lei quando a decisão última sobre o justo (correto, conveniente, apropriado) no caso concreto é confiada à responsabilidade de alguém, é deferida à concepção (em particular, à valoração) individual da personalidade chamada (eventualmente “articulando” o seu ponto de vista com a deliberação tomada no seio de uma agremiação ou colégio) a decidir em concreto, e isto não apenas porque não é possível excluir um “resto” de insegurança, mesmo através de regras, por mais minuciosas que estas sejam, mas porque se considera ser melhor solução aquela em que, dentro de certos

¹³⁹ ENGISCH, KARL. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 212.

limites, alguém olhado como pessoa consciente de suas responsabilidades, faça valer o seu próprio “ponto de vista”.¹⁴⁰

A fundamentação para tal, no entender de ENGISCH pode-se encontrar na discricionariedade do legislador, que assim entendeu nos casos em que especifica, ou do direito consuetudinário, ou da natureza das coisas (natureza da administração, da natureza da graduação da pena, quando ao juiz é cometido o poder discricionário de ajustá-la ao caso concreto, etc.).¹⁴¹

Finalmente, a todos os conceitos acima, ENGISCH soma a denominada cláusula geral. Cláusula geral seria o conceito jurídico que formula uma hipótese legal em termos de grande generalidade, abrangendo e submetendo a um mesmo tratamento jurídico um grande domínio de casos, em contraponto a uma elaboração casuística das hipóteses legais. Naturalmente, a distinção entre uma estatuição casuística e genérica é relativa, havendo casos em que a lei enumera casuisticamente, arrematando com um dispositivo qualquer generalizante a funcionar como cláusula geral.

Ao correlacionar a cláusula geral com os conceitos indeterminados, os conceitos normativos e os conceitos discricionários, constata ENGISCH que, em regra, as cláusulas gerais soem ser ao mesmo tempo, indeterminadas e normativas, e, normalmente, não delegam poderes discricionários, visto que remetem a valorações objetivas. Elas não possuem significado metodológico próprio; sua importância reside na técnica legislativa. Elas permitem a sujeição de um grupo de situações, de modo ilacunar, a uma mesma consequência jurídica.

¹⁴⁰ ENGISCH, KARL. *Introdução*, p. 222.

¹⁴¹ *Idem*, p. 223.

A criação dos “conceitos desvinculantes” naturalmente se reflete na atividade interpretativa. Nos conceitos meramente descritivos (“período noturno”) já ocorre uma obstaculização à tarefa interpretativa como operação lógica e subsuntiva – e neste sentido opondo um desmentido ao papel do juiz como a “boca da lei” de Montesquieu – mas ainda se trata de uma operação interpretativa onde haverá a utilização do método subsuntivo. Já em se tratando do conceito normativo começam a surgir os problemas. Em se tratando de conceitos normativos referidos a outras normas jurídicas (casamento, propriedade, funcionário público), a questão será resolvida com a remissão às normas pertinentes e, esclarecido o conceito, reconduzida a uma tarefa meramente interpretativa e subsuntiva. E quanto aos conceitos normativos referidos a valores, normas carentes de preenchimento valorativo, como se refletirá no âmbito interpretativo? Inúmeros dispositivos legais pressupõe uma valoração objetiva e não pessoal do juiz. Assim, se a obra de arte é “blasfema”, se um casamento “fracassou”, se uma parte do corpo é “membro importante do corpo”, tais questões demandam a busca de uma valoração preexistente no corpo social:

(...) tudo isto são questões que a lei não quer ver respondidas através de uma valoração eminentemente pessoal do juiz. A lei aqui é antes de opinião de que há concepções morais dominantes pelas quais o juiz se deve deixar orientar (...) ¹⁴²

Embora o conceito normativo referido a valores permita uma adaptação mais elástica à vida e às circunstâncias (e às mudanças valorativas que se processam no tempo), a investigação dos valores necessária à compreensão da norma é uma questão de conhecimento e, sendo objetiva, ainda se assemelha e se aparenta com a interpretação e, uma vez determinada a valoração adequada, permite uma espécie de subsunção. Aqui, embora ocorra o uso, pelo magistrado de critérios próprios

¹⁴² ENGISCH, KARL. Ob. cit., p. 237.

de valoração, estes são apenas uma parte do material de conhecimento, e não o último critério.¹⁴³

A mudança de qualidade, a entrada em um território completamente novo, se opera nos conceitos discricionários que remetem a uma decisão subjetiva e pessoal do agente, seja juiz ou funcionário. Aqui, a lei autoriza o órgão aplicador do direito o uso de valorações próprias, entendidas como justas, admitindo uma pluralidade de sentidos decisórios, transformando-o, verdadeiramente, em um criador de direito, um legislador no caso concreto.

Estes (nos casos em que há poder discricionário) autorizam o órgão aplicador do direito a considerar como vinculante e “justa” a valoração por ele pessoalmente tida por justa. Nestes termos, ciente se conforma com uma pluralidade de sentidos. Eles esperam uma tomada de posição individual, confiando em que seguir honestamente uma linha de orientação pessoal é de molde a assegurar melhores decisões do que o tatear inseguro na procura de pontos de vista “objetivos”.¹⁴⁴

Claro está que a “criação de direito” não é arbitrária, ocorrendo em um quadro de limitações legais e outras, consuetudinárias ou segundo a idéia do Direito, subsistindo, entretanto, a cor pessoal das valorações materiais e da decisão da vontade. O próprio ENGISCH, neste ponto, se pergunta como justificar, “*ante os princípios do Estado de Direito, uma decisão afinal arbitrária, afinal afetada por uma coloração individual*” de quem a opera, se, na verdade, estamos atribuindo valor igual a decisões diferentes, ou mesmo opostas.¹⁴⁵ Esta, na realidade, a grande questão a ser enfrentada.

¹⁴³ ENGISCH, KARL. Idem, págs. 239/240.

¹⁴⁴ ENGISCH, KARL. Ob. cit., p. 241/242.

¹⁴⁵ Idem, p. 249.

Capítulo 3

A hegemonia dos princípios no Direito Contemporâneo

3.1 A normatividade dos princípios. Princípios e direitos humanos. A hegemonia dos princípios. A questão da segurança jurídica.

Em suas aulas sobre a teoria da interpretação jurídica, que prelecionou nos anos 40 na Universidade de Roma, e que deram origem à magistral obra *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmática)*, EMILIO BETTI estabelece a diferença entre as normas jurídicas (“leis”) e os princípios gerais do direito:

Este carácter de positividad sirve para establecer una diferencia inconfundible entre las normas jurídicas comprendidas en la denominación de “leyes” y los “principios generales del Derecho” o la doctrina del “Derecho natural”, *que no son normas si bien sean llamados a asumir una misión de alta importancia en la interpretación analógica* y que especialmente los primeros puedan concebirse como constitutivos del orden jurídico.¹⁴⁶

Para BETTI, princípios não são normas, visto que se opõem a uma formulação preceptiva exata, pois afirmam orientações e ideais legislativos nos quais o direito encontra idéias mestras, mas não suas fontes, pois comportam uma variação acentuada segundo a época, as situações históricas e a consciência social chamada a apreciar o seu valor.

¹⁴⁶ BETTI, Emilio. *Interpretacion de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas. Tradução para o espanhol por Jose Luis de los Mozos da 2.^a edição italiana, 1971, p. 234. Os destaques são meus.

Conseqüentemente, considera que “*no pocas enunciaciones de la reciente Constitución Italiana...se revelan como meras enunciaciones programáticas, carentes de contenido preceptivo, cuando no se trata de ilusorias fórmulas de compromiso entre partidos...*”.¹⁴⁷ Princípios possuem caráter meramente retórico, sendo uma de suas principais funções servir de critério diretivo para a interpretação e de critério programático para o progresso da legislação.¹⁴⁸

O entendimento de BETTI era sem dúvida um lugar comum na doutrina. CARLOS MAXIMILIANO, ao dissertar sobre princípios, salientava nestes o caráter de *diretivas* ao hermenêuta, a serem descobertos por ocasião da ausência de norma explícita ou implícita no sistema. Deveria, o intérprete, nestes casos, partir da idéia em foco para outra mais elevada, prosseguindo em generalizações sucessivas e cada vez mais amplas, até os princípios filosóficos do sistema. Entretanto, MAXIMILIANO marcava a advertência: “*Embora avance passo a passo, **justamente receoso das generalizações precipitadas e prenhes de perigos**, o executor da lei poderá afinal atingir a universalidade da ciência jurídica.*”.¹⁴⁹

Também BETTI suscitava o temor dos princípios no sistema jurídico e explicava-o à luz do problema de sua valoração. Quem poderia fazê-lo, e qual a sua competência? Nesta tarefa, segundo ele, haveria um duplo perigo a ser evitado:

...*el peligro ante todo subjetivismo personal, que en tema de valores éticos se halla bastante más próximo que en tema de categorías lógicas; y el peligro, por otra parte, de unilateralidad en planteamiento de los problemas, dado el ineludible contraste entre tendencias conservadoras y tendencia evolutivas que se agitan en la*

¹⁴⁷ BETTI, Emílio. Ob. cit., p. 284.

¹⁴⁸ BETTI, ob. cit., p. 284.

¹⁴⁹ MAXIMILIANO, Carlos. “Hermenêutica e...”, ob., cit., p. 296.

órbita de la sociedad, y que en tiempos normales imponen la exigência de um justo equilíbrio de unas y otras.¹⁵⁰

A subjetividade e a unilateralidade na interpretação da norma são os perigos a serem enfrentados em face do fim irrenunciável a ser alcançado por todo ordenamento jurídico desenvolvido: a certeza. Certeza do direito, que, define BOBBIO, é a determinação, de uma vez para sempre, dos efeitos que o ordenamento jurídico atribui a um certo tipo de ato ou fato, de modo que o cidadão esteja em condições de saber de antemão as conseqüências de suas ações e de conduzir-se conscientemente em conformidade com as normas estabelecidas. *“No es difícil comprender qué aspiración humana satisface este procedimiento jurídico: por resumir, se puede aludir al deseo de seguridad y estabilidad.”*¹⁵¹

Mas a segurança jurídica, a certeza, necessita, por sua vez, da positividade do direito, no dizer de RADBRUCH:

Se não é possível fixar e estabelecer aquilo que é justo, deve ao menos ser possível estabelecer aquilo que ficará sendo o direito, e isso deve estabelecê-lo uma autoridade que se ache em condições de poder impor a observância daquilo que precisamente foi estabelecido. A positividade do direito vem assim a ser, ela própria, um pressuposto de sua certeza. *Não pode haver direito certo sem que seja positivo; e, do mesmo modo, pode dizer-se que assim como a positividade é da essência do próprio conceito dum direito certo, assim é da essência do direito positivo o ser certo.*¹⁵²

Indeterminação, caráter retórico, não normativo, diretivo à interpretação e programático à legislação: era este o panorama dos princípios numa visão privilegiadora da segurança jurídica, conforme entendia BETTI.

¹⁵⁰ BETTI, ob, cit., p. 288. Destaquei em itálico.

¹⁵¹ BOBBIO, Norberto. *Contribucion a la teoria del derecho*, p. 303.

¹⁵² RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, Editor, 6.^a edição, 1979. Tradução de L. Cabral de Moncada, p. 160. Destaquei.

A virada para a juridicidade dos princípios – e um novo ponto de vista sobre a segurança jurídica – passa por três fases, segundo PAULO BONAVIDES¹⁵³. Inicialmente, uma fase jusnaturalista, onde os princípios são compreendidos abstratamente e sua normatividade é nula ou duvidosa, embora reconhecidos em sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça, fase esta que predominou até o advento da Escola Histórica do Direito. Num segundo momento, os princípios adentram os códigos como fonte normativa subsidiária, meras válvulas de segurança, utilizados para impedir o vazio normativo. Tratam-se de pautas programáticas supraleais, meras diretivas à interpretação, como vimos. ESSER, sarcasticamente, alude à resolução das lacunas, via princípios, numa visão da ideologia positivista, como um “efeito ótico”.¹⁵⁴

Para BONAVIDES, a terceira fase, que denomina de pós-positivismo, corresponde “aos grandes momentos constituintes das últimas décadas deste século”.¹⁵⁵ Em tais constituições, é acentuada a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em base normativa sobre a qual se assentam os novos sistemas constitucionais. Segundo ele, a virada normativa dos princípios já havia sido anunciada pela Corte Internacional de Justiça, ainda no período de total hegemonia positivista. Reporta BOBBIO, para quem a nova fase se instaura a partir de 1920, em que o Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, em seu artigo 38, declarou que “os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas”, ao lado dos tratados e costumes internacionais, são instrumentos aptos a resolverem controvérsias.

¹⁵³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 12.^a edição, 2002, p. 232 e seguintes.

¹⁵⁴ ESSER, ob. cit., p. 191.

¹⁵⁵ BONAVIDES, ob. cit., p. 237.

A aceitação da normatização dos princípios processou-se em paralelo com o movimento de normatização dos direitos humanos, em âmbito universal. FLÁVIA PIOVESAN anota que, no âmbito dos direitos humanos, “o direito humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho situam-se como os primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos... para que os direitos humanos se internacionalizassem, foi necessário redefinir o âmbito e o alcance do tradicional conceito de soberania estatal, a fim de que se permitisse o advento dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional”.¹⁵⁶ Neste sentido, BOBBIO¹⁵⁷ diz que os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (incorporados pelas constituições nacionais) para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.

ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE também enfatiza o nexo entre democracia e direitos humanos, aduzindo que, embora o tema democracia tenha sido objeto de debates ao longo dos séculos, a novidade é a transposição destes ao nível internacional, com o enfoque deslocado à indissociabilidade entre um e outro.¹⁵⁸

O nexo entre direitos fundamentais e os princípios é também salientado por ALEXY. Segundo ele, a diferenciação entre princípios e regras constitui a base para a fundamentação dos direitos fundamentais e a chave para a solução de sua dogmática. Sem esta diferenciação, não pode haver uma teoria dos limites, uma teoria de colisão, e mesmo uma teoria

¹⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 5.^a edição, 2002, p. 125.

¹⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, pág. 30.

¹⁵⁸ TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO CANÇADO. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, v. II. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1.^a edição, 1999, pág. 202.

adequada sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. A distinção entre regras e princípios constitui o marco de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e o ponto de partida às respostas acerca das possibilidades e limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.¹⁵⁹

Nada há a estranhar, neste âmbito. Uma das vertentes na qual se hauriu a crise do velho positivismo foi a impotência dos sistemas jurídicos e seu arraigado formalismo em responder às grandes crises em que se debateu o mundo com a ascensão dos totalitarismos (e particularmente o nazismo) na primeira metade do século XX. ARTHUR KAUFMANN leciona – a partir de uma pessimista visão das respostas do direito e em especial dos filósofos do direito ao nazismo – que, “*chegada a altura da prova, tudo isto (o positivismo) se desvaneceu como uma bolha de sabão*”.¹⁶⁰ ¹⁶¹ Por isso, a busca paralela e concomitante de uma normatividade dos princípios e dos direitos humanos.

A chegada ao pós-positivismo é também assinalada por LUIS ROBERTO BARROSO. Para ele, a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo (e ainda em curso) de reflexões acerca do direito, sua função social e interpretação.

¹⁵⁹ ALEXY, ROBERT. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pág. 81/82.

¹⁶⁰ KAUFMANN, Arthur. Ob. cit., pág. 122.

¹⁶¹ Sobre a relação entre direitos humanos e totalitarismo, LAFER, CELSO, *A reconstrução dos direitos humanos* (São Paulo, Companhia das Letras, 2001), com base no pensamento de HANNAH ARENDT. Também com base em ARENDT, ADEODATO, JOÃO MAURICIO LEITÃO, *O problema da legitimidade* (Rio de Janeiro, Forense, 1989). Seminal, como demonstram os estudos dos autores citados, ARENDT, HANNAH, *Origens do Totalitarismo* (São Paulo, Companhia das Letras, 1998), *Eichmann em Jerusalém* (São Paulo, Companhia das Letras, 2000), e, entre todos, *A condição humana* (Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000).

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre os valores, princípios e regras, aspectos da nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.¹⁶²

Conduzidos ao centro do sistema jurídico, os princípios conquistaram o status de norma jurídica, “superando a crença de que teriam dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata”.¹⁶³

O conceito de norma como gênero tendo como espécies regras e princípios é abraçado por JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO. Abandonando a tradicional diferenciação entre normas e princípios, CANOTILHO vê os princípios como verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas (as regras jurídicas). Tal entendimento é base para a construção de um modelo constitucional **aberto** de regras e princípios.¹⁶⁴ Neste tipo de constituição, combinam-se a rigidez das regras à flexibilidade dos princípios, permitindo ao sistema *respirar, legitimar, enraizar e caminhar*.

A respiração obtém-se através da “textura aberta” dos princípios; a legitimidade entrevê-se na idéia de os princípios consagrarem valores (liberdade, democracia, dignidade) fundamentadores da ordem jurídica; o enraizamento perscruta-se na referência sociológica dos princípios a valores, programas, funções e pessoas; a capacidade de caminhar obtém-se através de instrumentos processuais e procedimentais adequados, possibilitadores de

¹⁶² BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 7.^a edição, 2003, p. 290.

¹⁶³ BARROSO, Luis Roberto. Ob. cit., p. 291.

¹⁶⁴ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 6.^a edição, 1995, pág. 168.

concretização, densificação e realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da constituição.¹⁶⁵

Este o estágio atual, segundo CANOTILHO. Já MARGARIDA MARIA LACOMBE CAMARGO, destacando o que denominou de “virada para o pós-positivismo”, observa que este movimento, de natureza crítica, encerra o predomínio da dogmática jurídica tradicional. Entretanto, a discussão metodológica atual tem ressaltado a importância da segurança e da ordem. Diz LACOMBE CAMARGO:

Afinal, é princípio basilar do Estado Democrático de Direito o conhecimento e a não-arbitrariedade de suas decisões. Um grau considerável de previsibilidade deverá viabilizar os investimentos sugeridos pelo progresso e trazer confiança às relações sociais. O que se discute é a racionalidade deste novo saber concreto que trabalha com valores, conferindo algum nível de objetividade às decisões judiciais, de forma a submetê-lo a uma instância de conhecimento e controle.¹⁶⁶

Para ela, o pós-positivismo, como reação ao legalismo, abre-se a duas vertentes básicas, inobstante as diferenças entre os pensadores: em uma delas, os autores buscam na moral uma ordem valorativa capaz de romper as barreiras do ordenamento positivo. As insuficiências do direito positivo são resolvidas mediante o manejo de valores humanitários, amparados, fundamentalmente, na argumentação capaz de legitimar as posições do intérprete, assim como na idoneidade dos mecanismos necessários à sua instrumentalização. Entre os nomes que se alinham nesta corrente, cita PERELMAN, DWORKIN, HABERMAS, e ALEXY. Em outra vertente, encontram-se os autores que abraçam o pragmatismo, cujas teorias fundamentam-se antes na realidade dos intérpretes e nas condições

¹⁶⁵ CANOTILHO, ob. cit., p. 170.

¹⁶⁶ CAMARGO, MARGARIDA MARIA LACOMBE. *Hermenêutica e Argumentação. Uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 3.^a edição, 2003, pág. 136.

de concretude da norma jurídica, do que numa ordem de valores. Nesta linha, encontram-se MÜLLER, HABERLE e CASTANHEIRA NEVES.¹⁶⁷

A questão da previsibilidade na aplicação dos princípios, como já se viu, era destacada por BETTI (e a doutrina tradicional) ao afastar a sua normatividade; o reconhecimento contemporâneo de sua normatividade, com a simultânea percepção das insuficiências das teorias tradicionais acerca da interpretação de normas, num modelo subsuntivo, suscita ainda o mesmo tema, o da estabilidade na aplicação do direito, como alerta LACOMBE CAMARGO.

BARROSO retoma o mote *princípios x estabilidade*, dizendo que como os princípios indicam fins, estados ideais a serem alcançados, não sendo detalhadas as condutas a serem seguidas para a sua realização, a atividade do intérprete será mais complexa, cabendo a ele definir a ação a tomar. Em se tratando de princípios, a partir de um determinado ponto *“ingressa-se em um espaço de indeterminação, no qual a demarcação de seu conteúdo estará sujeita à concepção ideológica ou filosófica do intérprete”*.¹⁶⁸

Também CANOTILHO, ao considerar a constituição um sistema aberto de regras e princípios, constata a existência de fenômenos de tensão entre os vários princípios. A constituição é, muitas vezes, resultado de um compromisso entre vários atores sociais, com idéias, aspirações e interesses substancialmente diferentes e, muitas vezes, antagônicos e contraditórios. Não pode haver validade absoluta de algum princípio sobre outro, sob pena de destruição da *“tendencial unidade*

¹⁶⁷ Idem, págs. 137/138.

¹⁶⁸ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, ob. cit., p. 295.

axiológico-normativa da lei fundamental",¹⁶⁹ mas havendo diferentes graus de densificação (concretização) dos princípios, a tensão entre os mesmos é inevitável, sobretudo ao intérprete.

Acrescente-se à discussão a questão suscitada por WALTER CLAUDIUS ROTHEMBURG, qual seja, a dos limites da formulação racional dos princípios, ensejando a necessidade de um *acesso sentimental aos princípios*. Segundo ROTHEMBURG, os princípios, por sua própria natureza, talvez jamais consigam formulação exata e completa através da linguagem, de modo que não se pode extrair toda a variedade e todo o sentido dos princípios apenas do texto.¹⁷⁰ Os princípios são manifestações primeiras dos valores constitucionais, e estão carregados de sentimentos e emoções. Ignorá-los seria ignorar a importância simbólica da constituição e seu significado enquanto projeção das expectativas da comunidade. Ecoando SAVIGNY¹⁷¹, diz ROTHEMBURG: "*Os princípios, que não conseguem ser perfeitamente formulados e compreendidos através da linguagem, conseguem, porém, traduzir sentimentos. Quiçá por isso a apreensão que se*

¹⁶⁹ CANOTILHO, ob. cit., p. 190. Nos quadros do direito constitucional português, CANOTILHO propõe a seguinte tipologia dos princípios: 1) Princípios jurídicos fundamentais, aqueles "historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita na constituição". Possuindo uma função negativa (por exemplo, nos casos limite "Estado de direito ou ditadura"), ou positiva, informando materialmente os atos da administração pública (por exemplo: princípio da publicidade dos atos jurídicos), eles fornecem sempre diretivas materiais de interpretação constitucional; bem como vinculam o legislador. 2) Princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios que explicitam as valorações políticas fundamentais do constituinte, constituindo o cerne político da constituição, sendo, portanto, o limite do poder de revisão, e, também, os princípios mais diretamente visados em caso de alteração do regime. 3) Princípios constitucionais impositivos: aqueles que, no âmbito da constituição dirigente, impõe aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. 4) Princípios-garantia: visam instituir direta e imediatamente uma garantia ao cidadão. Atribui-se a este tipo de princípio a natureza de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa. São exemplos o princípio de *nullum crime sine lege*; o princípio do juiz natural, o princípio *in dubio pro reo*. (CANOTILHO, págs. 170/174)

¹⁷⁰ ROTHEMBURG, WALTER CLAUDIUS. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, pág. 64.

¹⁷¹ Conforme capítulo 2.

tenha dos princípios é, muita vez ou em parte, intuitiva; é uma impressão.¹⁷² Naturalmente que a mera percepção da imprescindibilidade da via intuitiva não significa o abandono da racionalidade, impondo-se, “após a revelação e aceitação dessa dimensão não-intelectual dos valores, uma fundamentação racional e razoável”. Não há dúvida que a aguçada observação do autor adiciona instabilidade ao ideal de expectativas previsíveis e não-arbitrariedade nas decisões judiciais. Com isso, a questão volta ao ponto de partida sugerido por EMILIO BETTI.

Ora, como vimos no decorrer deste trabalho, o método subsuntivo ao achamento da decisão, em um modelo positivista clássico, que admite apenas regras (em graus variáveis de determinação), afastando a normatividade dos princípios, já por si só suscitava problemas no âmbito de sua aplicação, relativos aos graus de subjetividade atribuídos ao magistrado, que, no limite, ensejariam uma discricionariedade a nosso ver incompatível com princípios basilares do sistema, como a aplicação de normas *ex post facto* (contrariando o princípio da legalidade) e a criação de direito (violando o princípio da separação de poderes do Estado). A normatividade dos princípios, em realidade, vem a exacerbar estes problemas, conferindo ao magistrado uma gama ainda maior de discricionariedade, capaz de conferir ao sistema jurídico uma instabilidade indesejada.

Na busca de uma nova racionalidade ao direito, particularmente no pós-Segunda Guerra Mundial, conforme KAUFMANN¹⁷³, incluem-se aquelas teorias que buscam a argumentação em um sistema aberto, entre elas a hermenêutica, a teoria da argumentação, e a teoria dos “*general principles of law*”, cujo maior expoente é RONALD DWORKIN. Na realidade, em todas há um entrelaçamento, aliás, destacado por

¹⁷² ROTHEMBURG, idem, p. 65.

¹⁷³ No Capítulo 1.º.

KAUFMANN (e também na observação de LACOMBE CAMARGO, acima). Neste trabalho, adotou-se como paradigma o pensamento de DWORKIN, que, a nosso ver, dá, em considerável medida, embora não esgotantemente, como é próprio da natureza do direito, respostas racionais ao achamento do direito no quadro da normatividade dos princípios e da descrença nos tradicionais métodos jurídicos. Em DWORKIN, conforme veremos, há um afastamento do modelo simples de regras, bem como a discricionariedade judicial. Os casos-limite de aplicação do direito, que em uma dogmática tradicional seriam resolvidos pela discricionariedade pura e simples do juiz, são considerados passíveis de solução dentro da racionalidade jurídica. Afasta-se, em consequência, a decisão *ex post facto* e a criação de direito em desacordo com o princípio da separação de poderes. Entretanto, antes de examinarmos o pensamento de DWORKIN, achamos de bom alvitre, preliminarmente, examinarmos a pertinência de um pensador do *common law* servir de paradigma a um sistema de direito legislado – que é o relato que se fará a seguir, *en passant* –, bem como um exame de um teórico do direito que, sem dúvida, pode ser considerado um pioneiros da normatividade dos princípios, JOSEF ESSER, mas cuja teoria, em nosso ponto de vista, conquanto atraente, acaba por recair na subjetividade judicial, discricionária, e, sob vários aspectos, por nós rejeitada. De qualquer maneira, a agudeza de seu raciocínio, no qual confluem, a partir da comparação entre *common law* e sistema jurídico legislado, visões realistas do direito, um pensamento hermenêutico e a tópica, centrado no processo de criação jurisprudencial do direito, é, sob todos os aspectos, enriquecedor e ilumina o tema, razão pela qual é aqui apresentado, até como padrão a demonstrar a unidade do direito, seja no sistema de direito de caso, seja no direito legislado.

3.2 Diferenças entre *common law* e *civil law*. Recaséns-Siches, Esser e Cappelletti.

A questão do sistema jurídico ser um direito de caso ou um direito codificado têm relevância no estudo da questão princípios? BONAVIDES, por exemplo, ignora o tema, talvez por considerá-lo despidiendo.¹⁷⁴ Para ele, campeões da doutrina são, no direito continental, ROBERT ALEXI, e no direito de caso, RONALD DWORKIN. Na realidade, os problemas suscitados independem da existência de um direito codificado ou com base em precedentes; dizem respeito ao direito, pura e simplesmente.

LUIS RECASÉNS SICHES, prelecionando sobre as grandes questões suscitadas pela *aplicação do direito*, tanto no âmbito administrativo quanto no judicial, afirma peremptoriamente que os problemas são os mesmos, em todos os sistemas jurídicos, em todos os tempos. Segundo ele, uma visão superficial dos problemas existentes no mundo jurídico anglo-saxão e na tradição continental europeia, contemporâneos ou aqueles surgidos no Século XIX, induziriam a uma opinião contrária.

Sin embargo, cuando se horada la superficie de las cosas, se va más allá de las apariencias periféricas y se llega al auténtico meollo de esos problemas, se cae en la cuenta de que ellos ofrecen una impresionante semejanza, si es no una esencial identidad, en todos los tiempos y en todos los ordenamientos jurídicos, por debajo de efectivas diversificaciones en cuanto a mecanismos, formas y detalles no esenciales. Es, por ejemplo, impresionante leer hoy en día las páginas que Aristóteles escribió en el capítulo X del libro V de

¹⁷⁴ Contra: JEROME FRANK, destacando os perigos do transplante das regras e práticas jurídicas de um sistema a outro, em *La influencia del derecho europeo continental em el "common law"*, Barcelona: Editorial Bosch, 1956, tradução de JOSE PUIG BRUTAL.

su Ética Nicomaquea sobre los problemas de la equidad en la aplicación judicial del Derecho.^{175 176}

Exemplifica, entre os problemas comuns aos diversos ordenamentos jurídicos: 1) a questão de qual a norma válida a ser aplicada ao caso concreto (acrescentando que não é uma questão tão fácil, como alguns supõem, “*con cándida ingenuidad*”); 2) o problema da conversão de expressões gerais da lei em uma norma concreta para o caso particular debatido; 3) a questão de qual método interpretativo a ser usado para o caso concreto; ou, 4) qual a postura a ser assumida pelo juiz quando a aplicação de norma válida levar a uma decisão notoriamente injusta; e, 5) a questão das lacunas do ordenamento jurídico.¹⁷⁷ Para RECASENS SICHES, embora as múltiplas diferenças entre os direitos substantivos, há um repertório de problemas comuns, que, em períodos de tranquilidade e estabilidade social suscitam menores dificuldades, mas que se aguçam em épocas de crise como de nosso tempo. Há, então, uma diferença de intensidade, mas a qualidade dos problemas é a mesma, em todos os sistemas jurídicos, em todos os tempos.

¹⁷⁵ SICHES, LUIS RECASENS. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Editorial Porrúa SA, 3.^a edição, 1980, pág. 11/12.

¹⁷⁶ No capítulo 10 do Livro V da Ética a Nicômacos, ARISTÓTELES discorre sobre as relações entre a justiça e a equidade. Segundo ele, o problema é que o eqüitativo é justo, mas não o justo conforme a lei, mas sim um corretivo da justiça legal. A razão é que toda lei é de ordem geral, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta para certos casos particulares. A lei leva em consideração a maioria dos casos, mas não ignora a possibilidade de falhar, em certas circunstâncias. Nem por isso deixa de ser correta, pois a falha não é da lei ou do legislador, e sim da natureza do caso particular. Nos casos em que a lei estabeleceu uma regra geral, e em sua aplicação aparecer um caso não previsto por esta regra, então é correto suprir a omissão do legislador, dizendo o que o próprio legislador diria se estivesse presente. Quando a situação é indefinida a regra deve ser também indefinida, a semelhança da régua de chumbo usada pelos construtores em Lesbos; esta régua se adaptava à forma da pedra e não era rígida; assim também deve se amoldar a lei. (*Ética a Nicômacos*. Brasília: Editora UnB, 4.^a edição, pág. 109). A pertinência de Aristóteles, como se vê, é inquestionável.

¹⁷⁷ SICHES, idem, p. 12.

JOSEF ESSER, ao analisar o papel dos princípios no sistema jurídico de direito codificado e direito de caso, aponta a aproximação entre ambos os sistemas. O estudo comparativo entre os sistemas mostra uma notável similitude substancial das instituições das mais distintas nações e formações históricas, quando se o enfoca sob o ângulo dos princípios imanentes determinados pelos problemas. Tal semelhança chega mesmo a converter-se em uniformidade, no campo da iniciativa jurisprudencial.¹⁷⁸ Segundo ele, o sistema continental abandona cada vez mais o enfoque conceptual para passar ao estudo casuístico, enquanto no sistema anglo-saxão o movimento inverso é verdadeiro, uma utilização cada vez maior dos conceitos jurídicos como base para a construção.¹⁷⁹ Exemplifica com o uso de “*standards*” em ambos os sistemas. Sua importância, segundo ele, é crescente como critério extradogmático para o desenvolvimento jurisprudencial de soluções adaptadas a problemas. Já o juiz americano, diz, cada vez mais descobre que o “*standard*” não é de natureza empírica, exigindo, ao contrário, uma decisão valorativa que exige um sistema positivo:

Los principios del sistema delimitan los *standards* y les dan substancia normativa. Lo que sea “descuido” (*careless*), “irrazonabilidad” (*unreasonableness*), etc., nunca viene fijado por precedentes; justamente porque lo empírico no puede constituir por sí sólo el postulado superior de la *rule*. Lo “tópico” de esta orientación, como comprende el *common lawyer* con claridad cada vez mayor, no excusa la fundamentación dogmática del deber jurídico de obrar con arreglo a un *standard*, e incluso de obrar en general.¹⁸⁰

Além disso, os princípios possuem também, no direito de caso, uma função de controle ético-jurídico. Sobretudo a *reasonableness* é utilizado como um princípio de controle supremo face a uma lógica

¹⁷⁸ ESSER, JOSEF. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial. Tradução de Eduardo Valentí Fiol., p. 20/21.

¹⁷⁹ ESSER, “*Principio y norma*”, ob. cit., p. 284.

¹⁸⁰ ESSER, *Principio y norma*, ob. cit., p. 286.

conceptual que desatenda o fim a ser perseguido. O desenvolvimento do *common law* nos tempos modernos efetuou-se no sentido da incorporação do princípio da razoabilidade tanto na formulação das regras como na aplicação a casos particulares. Com base na *reason*, nega-se autoridade à lógica jurídica quando esta, no caso singular, choca-se com a situação real, bem como uma racionalização excessivamente dogmática de um princípio. Os princípios mesmos não são outra coisa senão o instrumento da razão.¹⁸¹ Com isso, os princípios construtivos formais são ultrapassados, abonando o preconceito continental de inexistência de cientificidade desta parte do *common law*. Mas ESSER argumenta que um exame aprofundado dos princípios construtivos dogmáticos continentais, (conceitos de “direito”, “antijuridicidade”, “bem jurídico”, etc.) mostra que também eles contém juízos de valor extrapositivos, e encarnam uma “relação de inexatidão” ética a semelhança das argumentações baseadas na “*reason*”. Conclui então ESSER que “*justamente porque Derecho es también recta ratio, cualquiera que sea la manera como la ideología de la época lo formule, el Derecho es también siempre sistema, y los principios objetivos y funcionales de cada materia poseen una significación universal.*”¹⁸²

Mesmo na observação das diferenças existentes no *common law* e o direito codificado, ESSER vê confluências. Os princípios do direito de caso, segundo ele, não são de natureza formal, dogmática, como em um sistema jurídico, expressando de maneira imediata um juízo de valor. O papel dos princípios no direito de caso está determinado de maneira heurística, com referência ao problema *sub judice*, enquanto que no direito codificado ele se apresenta dogmaticamente, ou seja, referido a uma situação conceitualmente delimitada de cada problema dentro do sistema.¹⁸³ Entretanto, mesmo no direito codificado existem grandes zonas em que os princípios se formam abertamente sobre o problema singular, princípios que

¹⁸¹ ESSER, *Principio y norma*, ob. cit., p. 286/287.

¹⁸² ESSER, ob. cit., p. 288.

¹⁸³ ESSER, *idem*, p. 290.

aos poucos são incorporados sistematicamente no aparato das leis; em contrapartida, no direito de caso, os princípios passam do papel originário de guias para ponto de arranque de um pensamento institucional, portanto, sistemático. Neste caso, os precedentes são apenas comprovantes da existência de um princípio jurídico reconhecido, e o que domina a situação é a “doutrina do caso”, não um arbitrário corte através de anteriores sentenças.¹⁸⁴

A convergência entre as famílias jurídicas do “*common law*” e do “*civil law*” é também apontada por MAURO CAPPELLETTI, vista sob o ângulo da expansão da criatividade judicial no mundo moderno. Sem embargo das diferenças existentes entre as grandes famílias jurídicas e mesmo entre os sistemas nacionais (que não deixa de anotar em observação percutiente¹⁸⁵), CAPPELLETTI observa a ocorrência de um poderoso movimento de recíproca aproximação entre as duas grandes famílias jurídicas, refletindo-se no plano do ordenamento judiciário e do direito jurisprudencial. Lembra, exemplarmente, a criação de tribunais constitucionais na Alemanha, Áustria, Itália e Espanha após a Segunda Guerra Mundial. Tais tribunais constitucionais, mercê de características profundamente diversas das tradicionais cortes superiores do “*civil law*” - estrutura mais compacta, nomeação “política” dos juízes, em sua maior parte escolhidos fora da “carreira”, o âmbito mais concentrado da competência -, fazem-nos mais assemelhados às cortes supremas dos países de “*common law*”.¹⁸⁶ Um exame de suas decisões mostra, segundo CAPPELLETTI, uma acentuada criatividade destes tribunais, a semelhança do papel exercido pela Suprema Corte americana que, superando a mera “linguagem” da Constituição, iluminando-a com a intenção do legislador, invocando princípios de bom governo, de justiça natural ou os direitos do homem,

¹⁸⁴ ESSER, idem, p. 290/291.

¹⁸⁵ CAPPELLETTI, MAURO. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, 1993, págs. 116/122.

¹⁸⁶ CAPPELLETTI, ob. cit., págs. 125/126.

chega a prescindir dos termos literais e inclusive da própria existência da Constituição.¹⁸⁷

3.3 Os princípios jurídicos nas codificações segundo Esser. Princípios necessários e informativos. Positividade dos princípios.

Em sua investigação sobre os princípios e normas no direito privado, fundamentado na comparação entre os sistemas jurídicos de direito legislado e o *common law*, publicado em 1956, ESSER¹⁸⁸ destaca a necessidade de um estudo mais acurado dos princípios, mostrando as insuficiências de um pensamento jurídico baseado apenas em leis rígidas. Diz ESSER:

En la medida en que el texto y la estructura de un derecho codificado dejan de aparecer como símbolos de la sapiencia legisladora y como garantía de soluciones preconcebidas, el pensamiento jurídico que hasta ahora argumentaba ateniéndose rígidamente “a la ley”, debe atreverse a tomar como base de su argumentación principios que sólo a duras penas pueden fundamentarse en la ley, pero que según la *communis opinio doctorum* forman parte del conjunto del derecho. (...) La creciente complicación de las tareas jurídicas y los fallos cada vez más frecuentes del poder legislativo (...) obligan a volver la atención hacia aquella multiplicidad de ideas y principios jurídicos no sistematizados, que en la práctica fueron siempre el apoyo de la casuística jurisprudencial y que si se negaban, era sólo por el deseo de encasillar axiomáticamente todas las verdades jurídicas en un sistema lógico de conceptos.¹⁸⁹

Em seu entendimento, entretanto, princípios não são normas em sentido técnico, eis que requerem ou pressupõem a criação judicial ou

¹⁸⁷ CAPPELLETTI, ob. cit., pág. 127.

¹⁸⁸ ESSER, JOSEF. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, ob. cit.

¹⁸⁹ ESSER, Josef. *Principio ...* p. 32/33.

legislativa de instruções que os viabilizem nos casos concretos. “*Los principios jurídicos a diferencia de las normas de derecho, son contenido en oposición a forma (...).*”¹⁹⁰ Para que os princípios possam tornar-se “instrução positiva concreta”, necessitam de um sistema suscetível de dedução (no sistema dogmático) ou um método que estabeleça a constituição de uma norma singular partindo da casuística (no direito de caso) e em virtude do qual se fixe o valor normativo ou construtivo do princípio. Tais nexos, dedutivos ou problemáticos, são indispensáveis para o desenvolvimento das normas por obra da ação judicial, sem a qual não há garantia na sua constância e consequência. Desta forma, a sentença judicial poderá converter-se em agente transformador de princípios pré-positivos em preceitos e institutos positivos. Nenhum princípio atua por si só como criador de normas sem que esteja em união com o conjunto do ordenamento reconhecido, seja ele sistemático ou axiomático, que confirmam ao princípio um valor de derivação conceitual, lógico, ou em todo caso assegurado racionalmente. Neste caso, o princípio é uma parte juridicamente dogmatizada do sistema de normas, opera normativamente. O princípio é apto a formação de normas quando é acessível à argumentação especificamente jurídica desde os pontos de vista da justiça e adequação; é a solução adequada, por meios jurídicos, de um problema que em cada momento pode circunscrever-se juridicamente. A disjunção entre princípio jurídico e extrajurídico é questão que depende do sistema, não de decisão arbitrária do legislador ou do autor da constituição.^{191 192}

¹⁹⁰ ESSER, pág. 65.

¹⁹¹ ESSER, ob. cit., pág. 88/89.

¹⁹² ESSER repudia expressamente as propostas de inclusão dos princípios jurídicos nacionais nos códigos. “*El inventario programático de los “derechos fundamentales” de una nación es incumbencia del demagogo, y el jurista tiene sólo la ingrata misión de construir, tras estas imponentes fachadas, una barraca que resguarde cuando menos lo que en derecho es realmente indispensable – en el bien entendido que su techo no será nunca impermeable. Cuán confusas parecen aquellas anacrónicas y “académicas” compilaciones de derechos fundamentales, contradictorios entre sí y por eso acreditados, en los modernos textos constitucionales! Qué desgracia sería que el actual desencanto sobre el valor de las legislaciones estatales se extendiera a los principios objetivos de la jerarquía jurídica de valores! Y cuán sin sentido, y*

A criação de direito por via de princípios, para não se transformar em “arbitrárias expressões de opiniões subjetivas”, deve se apoiar nas energias da consciência social e de suas tradições, que se expressam no sistema de uma doutrina jurídica ou no método de séries de sentenças baseadas em precedentes e que avançam por via da argumentação: *“Sólo podemos llamar jurídico, en el sentido de “justiciable”, um procedimiento que sea comprobable racionalmente según notas susceptibles de precisión, pues así demuestra poseer una fundamentación inequívoca y compleja”*.¹⁹³

Uma classificação proposta por ESSER separa os princípios em **necessários** (ou normativos, em face da sua utilização real no sistema)¹⁹⁴, posto que constituem pressupostos indispensáveis ao funcionamento de uma instituição positiva, ou se deduzem de pormenores positivamente reconhecidos; e **informativos**, estes os princípios incorporados ao sistema positivo na qualidade de postulados de natureza ética ou política. Aos princípios informativos faz falta ainda um processo no qual a vinculação jurídica se separe do ideal político, a transação que confere estabilidade ao princípio, que o transforma de um ideal a um princípio de direito. Tais princípios informativos, ainda não incorporados ao sistema, por ausência de qualquer forma de positivação, não são direito material, e sim “diretrizes” (“*guides*”), e eventualmente obrigam o legislador (quando diretrizes constitucionais), ou ao juiz que utilize o princípio constitucional para dele retirar um direito imediato e material, mas não constituem direito efetivo ao indivíduo. Neste sentido fala-se em validade

aun pernicioso, sentar afirmaciones sobre principios substanciales de valor, que al cabo de pocos años se revelan necesitados de corrección! La verdad no la establece la legislación, sino una investigación sometida a comprobaciones constantes. Pero los catálogos que sólo contienen residuos de verdades, son falsos.” (Principio y norma, pág. 419).

¹⁹³ ESSER, ob. cit., p. 107/108.

¹⁹⁴ ESSER, ob. cit., p. 94 e segs.

atual de um princípio, validade esta que ESSER reconhece como característica dos direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição Alemã. A formação de normas a partir de princípios informativos, assim como ocorre no sentido das diretrizes ao legislador, ocorre também na jurisprudência. Neste caso, o princípio informativo deve dar a conhecer ao juiz uma eleição entre ordens distintas, permitindo juridicamente a formação de uma norma singular, facilitando a sua concreção no caso individual.

Ao formular a tradicional pergunta se os princípios são direito positivo ou somente diretrizes (*guides*)¹⁹⁵, ESSER responde com outra, segundo ele, mais realista: a partir de que momento os princípios possuem o caráter de direito positivo? (Pois, para ele, a questão não é a de desvalorizar os princípios como meros “*guides*”, e sim fazer luz ao processo de positivação que é decisivo para a eficácia dos princípios¹⁹⁶.) A resposta é peremptória: a partir do momento em que tenham sido encarnados em uma instituição, por um ato constitutivo do poder legislativo, da jurisprudência ou da vida jurídica. Resumindo o item, diz ESSER:

En concreto podríamos decir: son derecho positivo, aunque no normas (*rules*) precisas e independientes del derecho, los llamados pensamientos jurídicos generales, las *rationes legis*, los principios valorativos y constructivos del sistema, pero también los principios éticos y de justicia que privan en un ámbito jurídico al margen de su sistema escolástico: todos, siempre que hayan obtenido validez en formas concretas del ordenamiento. Además de esto, son directrices (*guides*) o *principi informatori* para los órganos formadores de derecho, como lo son las máximas y reglas de las soluciones transmitidas, concreciones de la experiencia judicial.¹⁹⁷

Segundo ESSER, tanto no direito codificado quanto no legislado há criação judicial de direito a base de princípios, apesar das

¹⁹⁵ ESSER, ob. cit., p. 169.

¹⁹⁶ ESSER, ob. cit., p. 53.

¹⁹⁷ ESSER, ob. cit., p. 171.

muitas diferenças existentes entre os sistemas. A erupção dos princípios nos códigos faz-se, primeiramente, pela remissão do legislador a “*princípios jurídicos gerais*”, ou a “*fundamentos naturais do direito*”, a “*razão e a equidade*”. Por óbvio, trata-se de uma manifestação suscitada pelo problema das lacunas, o qual, no dizer irônico de ESSER, resta resolvido, se não na prática, “*si por un efecto óptico, o sea, en cuanto al sistema, al menos según la ideología del positivismo legal*”.¹⁹⁸ Trata-se de uma saída de urgência oficial, sem a qual, o juiz, proibido de negar justiça, obrigado a ater-se exclusivamente à lei, poderia ver-se em um conflito insolúvel.

Uma outra maneira de os princípios jurídicos materiais aparecerem no sistema de codificação é através das chamadas cláusulas gerais, normas em branco e “*standards*”. Segundo ESSER, nestes casos, encomenda-se ao juiz a tarefa de formar normas atendendo a princípios valorativos não codificados e com sujeição (controle pelos próprios tribunais) a critérios extralegais, mas “objetivos”, ou seja, convencionais, de base empírica e concreção mutáveis, tais como usos do tráfico, bons costumes, ética profissional, boa fé, reprovável, etc. Desta maneira, segundo ele, a técnica codificadora dissimula que os princípios valorativos autônomos – incluídos na lei como se “janelas” fossem – não representam direito regular e material do legislador, e sim que são pontos de partida para a formação concreta de normas pelos magistrados. Na realidade, a norma é criada por uma síntese judicial. Somente a casuística nos dirá o que é o direito. De qualquer maneira, o trânsito para a criação interpretativa de regras aderidas a uma hipótese de fato é gradual, pois a multiplicidade do ordenamento jurídico dá lugar a distintos graus de generalidade ou concreção. O conteúdo substancial das linhas diretrizes e a casuística se situa sempre em diversos planos: no mundo de valores do legislador e no do juiz.

¹⁹⁸ ESSER, ob. cit., p. 191.

3.3.1 Os princípios jurídicos como base para a interpretação criativa. A subjetividade como técnica de achamento da decisão. Crítica de LARENZ e ENGISCH.

A idéia de que a atividade judicial consiste em uma mera “interpretação” ou “aplicação” da lei naturalmente não encontra abrigo no pensamento de ESSER. O que este salienta é a dificuldade do juiz no sistema jurídico continental, de direito codificado, para sua tarefa criativa, visto que o sistema é, até pela origem, infenso a tais práticas. Para isto, deverá apoiar-se nos princípios e nos pensamentos gerais do direito, aptos a demonstrar que a regra criada judicialmente se apóia em uma “idéia fundamental”, de um modo ou de outro já reconhecida pela sistemática positiva, à parte os argumentos de “eqüidade” ou “justiça social”. Saliente-se, entretanto, que estes pensamentos jurídicos gerais somente receberão sua forma e substância através da prática jurisprudencial; trata-se de um autêntico direito de juristas, que, aos poucos – não se trata de *leading cases* que renovam os critérios da magistratura -, a partir dos casos concretos, criarão este direito dos juristas.

ESSER rechaça a idéia que se possa imaginar a construção jurídica sem a elaboração jurisprudencial e o emprego de princípios gerais. Cada “aplicação” da lei é já interpretação, diz ele.¹⁹⁹ A decisão de que o teor literal da lei dispensa interpretação, por ser inequívoca (doutrina do “sentido claro”), já é uma interpretação. A investigação jurídica não é nunca um mero trabalho de subsunção, pois ainda que consistindo na mera aplicação de um texto (dentro de seus limites), necessita de princípios positivos superiores que facilitem sua compreensão à luz de seus fins ou do sistema. As normas legais são simplesmente modelos ou “formas representativas” para um

¹⁹⁹ ESSER, ob. cit., p. 323.

preceito cujo conteúdo o juiz há de determinar²⁰⁰. Sua *ratio*, sua *mens legis* a reconstruir, não é descoberta sem o uso dos princípios, sem o uso da tradição jurídica e dos princípios gerais do direito assumidos pela magistratura. Rechaça a interpretação “histórica”, salientando a autonomia da lei em face da intenção do legislador. Faz suas as palavras de RADBRUCH: “a interpretação jurídica não é pura e simplesmente um **pensar de novo** aquilo que já foi pensado, mas pelo contrário, um **saber pensar até o fim** aquilo que já começou a ser pensado por um outro”²⁰¹.

Não existe uma aplicação do direito no sentido tradicional, a começar pelo fato de que toda classificação jurídica pressupõe uma elaboração e interpretação de casos, e estes, por sua vez, condicionam uma consciência do sistema – ou seja, uma compreensão do ordenamento – muito mais ampla e independente do que a norma positiva. Assim, é uma ideologia a “aplicação do direito” aos fatos mediante a subsunção; quando se delimita, seleciona e enquadra as “questões de fato”, haverá uma qualificação que pressupõe já a compreensão da norma e um ato de valoração para verificar o alcance da norma, que se faz no campo dos princípios previamente dados pela *lex artis* e no sistema de valores. Entretanto, acrescenta ESSER que a seleção de caracteres considerados relevantes influi de antemão na interpretação jurídica, assim como esta repercute naquela. Esta dupla qualificação de suposições de fato e conceitos jurídicos são parte da interpretação, que, assim, se move em círculo; ora, tais critérios não se encontram na lei, nem na matéria previamente dada.

E como se descobrem os critérios para a qualificação dos fatos e do direito? Para ESSER, a questão se resolve de uma maneira subjetiva, intuitiva, não-racional, através do **hunch**, conceito que tomou emprestado do *common law*. Através do *hunch* ocorre o “achamento” da decisão; trata-se de

²⁰⁰ ESSER, ob. cit., p. 325.

²⁰¹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*, p. 231.

um ato volitivo e intuitivo, com base no sentimento jurídico, a partir do qual o juiz forma o seu convencimento acerca da decisão justa por uma outra via que não a da mera “aplicação” da lei.^{202 203} No dizer de ESSER:

²⁰² Conforme também a doutrina de HERMANN ISAY. Em ISAY, a decisão judicial é um ‘querer’ que, ‘sendo uma aspiração, se baseia num sentir de valores’. O valor da justiça, sendo inapreensível para a razão, e a decisão jurídica, como ato jurídico, dirigir-se à justiça, essa decisão deve manifestar-se como ‘irracional’, ou seja, produzida pelo sentimento jurídico. Mas em ISAY (como também em ESSER), embora a decisão jurídica seja achada emocionalmente, deve submeter-se ao controle das normas, caso contrário, seria insustentável. (In LARENZ, KARL, Metodologia, ob. cit., p. 80.)

²⁰³ ALFREDO AUGUSTO BECKER considera a interpretação do direito uma *ciência* lógica e subsuntiva; entretanto, afirma que em casos excepcionais (como quando emprega analogia na interpretação da lei), quando cria regra jurídica nova, o órgão judiciário está exercendo atividade *artística*. Diz ele: “Atribuir à atividade criadora do direito a natureza de ciência ou técnica (e não a de Arte) é fruto da injustificada restrição do conceito de Arte (situando-a exclusivamente dentro dos limites das Belas Artes) e também do errôneo pressuposto que vê no útil uma finalidade extrínseca e acessória ao finalismo da atividade artística”. (BECKER, ALFREDO AUGUSTO. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2.^a edição, 1972, pág. 60). Ora, quando ESSER afirma que o achamento do direito é uma atividade que encontra seu último fundamento no sentimento jurídico, em última análise nas fontes irracionais do pensamento humano, na verdade, está sendo coerente com o que entende ser o processo de criação de direito; criação de direito, como bem observou BECKER, é atividade artística, portanto, não-racional. Leia-se o que escreveu FAYGA OSTROWER sobre o processo de criação artística, sob todos os aspectos aplicável à descrição de ESSER do achamento do direito concreto. Segundo ela, a intuição está na base dos processos de criação: “Em todo ato intuitivo entram em função as tendências ordenadoras da percepção que aproximam, espontaneamente, os estímulos das imagens referenciais já cristalizadas em nós. Igualmente em todo ato intuitivo ocorrem operações mentais instantâneas de diferenciação e de nivelamento, e outras ainda, de comparação, de construção de alternativas e de conclusão; essas operações envolvem o relacionamento e a escolha, na maioria das vezes subconsciente, de determinados aspectos entre os muitos que existem numa situação. **É sempre uma escolha valorativa visando a algum tipo de ordem. Parte-se, no fundo, de uma ordem já existente para se encontrar outra ordem semelhante (...).** As conclusões muitas vezes nos surpreendem como um resultado original. O seu sentido novo pode até mesmo ser inesperado e, no entanto, formula uma visão de certo modo pressentida. Confirma essa visão. Sentimos que a ordenação concreta a que chegamos abrange a razão de ser da situação, abrange toda a lógica íntima, o verdadeiro sentido. É o **insight**, a visão intuitiva. Sabemos de repente, temos inteira certeza, que desde o início era esse o seu significado”. (OSTROWER, FAYGA. *Criatividade e processos de criação*. Petrópolis: Vozes, 9.^a edição, 1993, pág. 66/67.)

El salto característico desde la comprensión de la justicia de un caso y la construcción conceptual ha recibido en la teoría americana el peculiar nombre de *hunch* ("corazonada"). La desilusión de las partes ante una convicción que no está fundada lógicamente, obliga al juez a revestir de un atuendo constructivo su razonamiento, que en último término ha sido realizado *ad hoc*: "Pues aunque el juez pueda ser arbitrario, no puede aparecer como tal. Debe por lo menos parecer razonable, y si no halla una categoría que en apariencia al menos apoye su opinión, se sentirá incómodo. O sea, que aquel *hunch*, "que es el triunfante precursor del juicio justo", incluso en el sistema abierto sólo es utilizable cuando recibe un fundamento constructivo. Exige el uso de conceptos y categorías jurídicas, incluso las que hay que inventar al efecto."²⁰⁴

O pensamento de ESSER se extrai da prática judiciária, observa PERELMAN, e esta inspira-se menos num desejo de interpretar os textos legais numa perspectiva escolar (métodos gramatical, sistemático, etc.) do que "*numa intenção consciente de buscar uma solução justa, conforme a natureza do problema. As motivações e as justificações da decisão visam essencialmente demonstrar o caráter sensato da solução, inserindo-a no sistema jurídico em vigor*".²⁰⁵ Conclui que, na teoria de ESSER, a tarefa do juiz é uma síntese que leva em conta, ao mesmo tempo, o valor da solução e sua conformidade ao direito.

LARENZ, ao distinguir na teoria de ESSER a etapa de "achamento" da decisão, e a de "fundamentação" da mesma, esta realizada em geral posteriormente à aquela, e servindo à demonstração da compatibilidade da decisão com o direito (e para a demonstração da justiça da decisão às partes, eis que o juiz não poderá aparecer "arbitrário"), critica-a por entender que o sentimento de "justiça", com base no qual esta foi decidida, por sua natureza subjetiva, não é fonte de conhecimento de direito; é talvez um fator que aciona o processo de conhecimento, na medida em que suscita a oportunidade de perguntar pelos fundamentos do que foi

²⁰⁴ ESSER, J. Ob. cit., p. 299/300.

²⁰⁵ PERELMAN, CHAIM. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 114.

considerado correto.²⁰⁶ A fundamentação tem uma função de “controle” da decisão judicial, sendo retificada pelo juiz quando este verifique que ela não seja suscetível de fundamentação; mas é claro que normalmente isto não ocorrerá, visto a existência de uma multiplicidade de caminhos interpretativos e preenchimento de lacunas que dispõe o juiz.

Para LARENZ, a questão decisiva na teoria são as vias pelas quais o juiz encontra a decisão que considera justa, visto que a lei é utilizada apenas em uma segunda etapa. Neste sentido, ESSER alude a juízos de valor pré-jurídicos ou, de qualquer modo, pré-positivos, além, é claro, das pautas e argumentos materiais obtidos pelo próprio juiz no processo; tais juízos de valor condicionam a compreensão do trabalho jurídico. Embora tais juízos de valor devam se sustentar no decorrer do processo de fundamentação da decisão, a teoria de ESSER não chega a indicar uma via de comprovação da correção das decisões achadas, insistindo no juízo de valor pessoal do juiz, e nisto reside a debilidade da sua concepção, no entendimento de LARENZ.²⁰⁷

Já ENGISCH, discordando frontalmente deste método de achamento da decisão – que considera puro psicologismo – diz que quaisquer que sejam as funções que desempenham as fontes irracionais na descoberta do juízo, o juiz, perante o seu cargo e a sua consciência, somente poderá sentir-se justificado quando a sua decisão possa ser fundada na lei, o que significa ser dela deduzida. Neste ponto de vista, a descoberta e a fundamentação da decisão não são procedimentos opostos, visto que a tarefa do juiz consiste em descobrir a decisão fundamentada na lei.²⁰⁸ Esta, segundo ele, a principal objeção que vê na teoria: a contradição com a vinculação do juiz à lei, além, é claro, de ser uma falsa ilação do que

²⁰⁶ LARENZ, KARL. *Metodologia*, p. 170.

²⁰⁷ LARENZ, K. *Metodologia*, p. 196.

²⁰⁸ ENGISCH, KARL, ob. cit., p. 85.

ocorre no processo de decisão (primeiro o sentimento jurídico, após, a fundamentação), e do perigo do subjetivismo – freqüentemente enredado em preconceitos.²⁰⁹ Ainda, para ENGISCH,

Inadmisible es la concepción general de la relación entre norma y decisión, según la cual el juez encuentra ante todo la decisión por medio del sentimiento jurídico y, posteriormente, la controla por medio de la norma. Lo exacto es más bien lo contrario: a la deducción a partir de la norma sigue el control por medio del sentimiento jurídico, con lo que se implica eventualmente, caso de darse una contradicción entre éste y aquella, una comprobación del sentido de la norma. Falsa es la conclusión que se hace, partiendo del modo y manera de surgir psicológicamente la norma, sobre su fundamentación.²¹⁰

Por fim, ENGISCH observa que hoje não se necessita mais discutir que a relação à norma abstrata pode ser mais ou menos estreita, ou que o direito possa ser mais ou menos indeterminado, flexível ou incompleto, de modo a possibilitar à criação jurídica concretizadora uma amplitude maior ou menor. A alegria pelas possibilidades de estruturação de um direito criador cedeu ante o desejo de uma vinculação mais estreita à lei. O centro de gravidade, que havia se transferido do legislador ao juiz, a elevação do juiz a legislador no caso concreto, parece-lhe, agora, em função de uma clara divisão de poderes, em função da “igualdade”, da “ordem”, e a fim de evitar a arbitrariedade, como não desejáveis em si mesmo.²¹¹

Puede ser deseable tan sólo donde se exige al servicio de una mayor justicia, al servicio de una justicia más individualizadora (*suum cuique*). En esto sin embargo hay que separar claramente entre la individualidad de quien aplica el derecho y de la situación. No puede tratarse ahora de traer a primer plano la personalidad de quien aplica el derecho, como ha intentado la escuela de derecho libre, sino de tener en cuenta la disposición de las circunstancias del caso a juzgar,

²⁰⁹ ENGISCH, KARL, ob. cit., p. 107.

²¹⁰ ENGISCH, KARL. *La idea de concrecion en el derecho y en la ciencia juridical actuales*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, SA, 1968, pág. 345 (nota ao pé da página).

²¹¹ ENGISCH, KARL. *La idea de concrecion...*, pág. 347.

de la peculiaridad de la situación jurídicamente a dominar, en una palabra, de la individualidad del objeto a ordenar.²¹²

Neste ponto, acreditamos estar suficientemente delimitada a teoria dos princípios de ESSER. Trata-se, com efeito, de uma superação do fetiche da lei, dogmaticamente aplicada, e de uma abordagem mais realista do processo de formação do direito, estudado a partir da comparação entre o direito de caso e o direito codificado. O reconhecimento aberto da função dos princípios enquanto direito positivo - princípios “necessários” ou “normativos” – ou informativos (diretrizes, *guides*) – neste caso pontos de partida para a elaboração de normas pela jurisprudência, combina-se com um prudente entendimento de que a normatização somente será possível em união com o conjunto do ordenamento jurídico, sistemático ou de caso, de qualquer maneira consistindo em uma adequada solução, com meios jurídicos, de um problema; e afastada a possibilidade de utilização de valores que devem ainda se decidir politicamente.

ESSER argumenta, em defesa de sua teoria, que o ideal de segurança jurídica não resta prejudicado, e sim reforçado, eis que a aplicação de princípios pelos magistrados, da maneira que propõe, tornar-se-ia um arrimo da segurança jurídica “*frente a um poder legislativo que por razones políticas se ha alejado de la objetividad*”,²¹³ argumento que me parece ponderável tanto para sistemas políticos autoritários (ele cita a pretensão de alguns juristas durante o fascismo italiano, de fazer passar proposições políticas como princípios gerais do direito²¹⁴), quanto para sistemas democráticos sujeitos às oscilações de humor parlamentar que podem vir a ameaçar o ideal de segurança jurídica.

²¹² ENGISCH, KARL. *La idea de concrecion...*, pág. 348.

²¹³ ESSER, ob. cit., p. 34.

²¹⁴ Ver nota 192, *infra*.

Levado o entendimento ao âmbito de “aplicação” da lei, o desvelamento do processo interpretativo demonstrado por ESSER, embora proporcionando uma mais adequada compreensão de sua natureza – superando o formalismo subsuntivo –, esbarra no elevado grau de subjetividade conferido ao processo de decisão judicial. A vinculação do juiz à lei, como observa ENGISCH, é o maior dos óbices a se opor ao método, visto que, na maioria dos casos postos à apreciação do juiz a multiplicidade de soluções é a regra, tornando, na prática, o magistrado em senhor da lei, posto, em verdade, acima da própria constituição, eis que, embora as ressalvas postas por ESSER, sempre haverá a possibilidade de uma argumentação juridicamente aceitável a fundamentar a solução subjetivamente obtida. A segurança jurídica resta, pois, afastada no modelo, ao contrário do que entende ESSER, levando o método, no limite, a uma ditadura do judiciário, ou, mais provavelmente, à anarquia do sistema jurídico, inclusive em face do pluralismo político e ideológico da magistratura nos sistemas democráticos.

Capítulo 4

Regras e princípios: segurança e flexibilidade

Chegamos, finalmente, ao ponto central do trabalho. Ultrapassamos o modelo formal, silogístico, cujas raízes se encontram no historicismo e no iluminismo, e o seu método interpretativo cujas bases foram lançadas por SAVIGNY. Às insuficiências do modelo formal, verificadas na prática do direito, e teorizadas pelos doutrinadores, juntou-se a perda da legitimidade – que já vinha se processando com as mudanças ocorridas na sociedade europeia no final do século XIX e início do século XX –, a partir da ascensão dos totalitarismos. Nas discussões doutrinárias a partir de então, sobressai como um dos pontos nodais o mote dos princípios, entrelaçado com a discussão em torno da tópica, retórica e a hermenêutica. Neste trabalho, optou-se por privilegiar o tema dos princípios, usando como eixo para discussão o pensamento de RONALD DWORKIN.

4.1 Regras e princípios segundo RONALD DWORKIN. Argumentos de política e argumentos de princípios. Decisão judicial com base em princípios e política. Inexistência de discricionariedade judicial. A tese dos direitos.

RONALD DWORKIN²¹⁵ parte da forma “poderosa” de positivismo conforme descrita por HART. Segundo ele, HART deve ser o ponto de partida “*não apenas devido à sua clareza e elegância*”, mas

²¹⁵ DWORKIN, RONALD. *Levando os direitos a sério*, ob. cit. Em especial o capítulo 2, “O modelo de regras I”, págs. 23/72.

também porque “*como em quase todas as áreas da filosofia do direito, o pensamento que visa construir deve começar com um exame das concepções de HART*”.²¹⁶

Em HART, como vimos, as regras são de dois tipos, primárias ou secundárias, este último tipo, regras sobre regras, que caracterizam a passagem de uma sociedade primitiva a uma sociedade dotada de direito. Uma regra secundária fundamental é a “regra de reconhecimento” que estipula como se reconhece a existência de uma regra primária, de obrigação (“teste de *pedigree*”²¹⁷, como denominou ironicamente DWORKIN). DWORKIN acredita que este modelo de regras (o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras), mesmo na versão sofisticada que lhe deu HART, especialmente nos casos difíceis, revela insuficiências, demonstráveis a partir do fato de que os juristas, para solucionar estes casos, utilizam-se de outros padrões que não as regras, padrões que operam de maneira diferente destas. Estes padrões diferenciados das regras são os argumentos de princípios e argumentos de política.²¹⁸

A partir de vários exemplos que colhe na história jurisprudencial, DWORKIN diferencia princípios e regras de maneira lógica: o padrão “regra” é aplicável à maneira de tudo ou nada. Se a regra é válida, deve ser aceita e aplicada; não sendo válida, deve ser ignorada. Mas os

²¹⁶ DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*, p. 27.

²¹⁷ Um “esqueleto do positivismo”, conforme diz DWORKIN, incluiria as seguintes proposições centrais: a) o direito de uma comunidade é um conjunto de regras usado para determinar os comportamentos puníveis ou reprimíveis pela autoridade pública; um teste de “*pedigree*” distinguirá as regras válidas das não-válidas e também de outro tipo de regra, como as de moral; b) o conjunto dessas regras abarcará o direito; caso alguma pessoa não estiver coberta por uma dessas regras, seu caso será resolvido por alguma autoridade dotada de poderes para tanto, que criará uma nova regra ou complementarará uma já existente; c) dizer que alguém tem uma obrigação jurídica implica que há uma regra jurídica que exige que ele faça ou abstenha-se de fazer alguma coisa; inexistente tal regra, não existe obrigação jurídica. (DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, p. 27/28.)

²¹⁸ DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*, p. 36.

princípios não apresentam esta dimensão, funcionando, quando relevantes ao caso concreto, como indicadores a serem levados em conta pela autoridade pública, para decidir em um ou outro sentido. Princípios, portanto, possuem uma dimensão de peso ou importância. Quando se chocam em um caso concreto, devem ser mensurados para se aferir a aplicabilidade de um ou outro. Já o conflito entre regras resolve-se pela aplicação de uma ou outra, havendo regras de resolução de conflitos no próprio ordenamento. Segundo DWORKIN, a forma em que se apresenta o padrão nem sempre esclarece se é um princípio ou uma regra, funcionando os tribunais, em seu afã interpretativo, como instrumentos para dar aos padrões dimensões de regra (aplicáveis no sentido de tudo ou nada) ou de princípios. Neste sentido, palavras como “razoável”, “negligente”, “injusto”, “significativo” quando incluídas em alguma regra (ou interpretação da regra) desempenham a função de assemelhar a regra aos princípios.²¹⁹

O entendimento de DWORKIN, aqui exposto, coincide em parte com o de ALEXANDER. Para este, regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de ser cumprida exatamente como ela exige, nem mais, nem menos. Já os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. São mandatos de otimização, que podem ser cumpridos em diferentes graus, na medida das possibilidades reais e jurídicas.²²⁰ A distinção entre princípios e regras pode ser melhor visualizada na colisão de princípios e nos conflitos de regras. Em ambas, a aplicação de uma das normas conduz a resultados incompatíveis, mas diferenciam-se na forma de resolução do conflito. Um conflito entre regras resolve-se com a declaração de validade de uma ou outra regra, ou com a introdução de uma cláusula de exceção que elimina o conflito; já a colisão de princípios resolve-se não com a declaração de invalidade de um

²¹⁹ DWORKIN, *Levando...* págs. 39/45.

²²⁰ ALEXANDER, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 86.

ou outro – pois ambos são válidos – mas com a declaração de precedência de um ou outro no caso concreto. Os conflitos entre regras resolvem-se pela validade; a colisão de princípios pela dimensão do peso.²²¹ O próprio ALEXY ressalva que o entendimento, embora coincidente em alguns aspectos com o de DWORKIN, entretanto, difere na questão – que ele considera crucial – com a visão de princípios como mandatos de otimização. Além disso, ALEXY vê nos princípios, ao contrário de DWORKIN, uma amplitude maior. Para aquele, princípios podem referir-se tanto a direitos individuais quanto a bens coletivos, o que não ocorre com DWORKIN, que os vê de maneira mais restrita, como veremos a seguir.

Argumentos de política, para DWORKIN, são padrões que estabelecem objetivos a serem alcançados pela comunidade, em termos econômicos, políticos ou sociais; “princípios”, em termos genéricos, DWORKIN utiliza em oposição às regras (indicando todos os padrões que não são regras); mas especificamente, “princípios” seriam padrões a serem observados por serem uma exigência da justiça ou da equidade ou outra dimensão da moralidade. Como exemplo de princípios, cita o padrão de que ninguém deve beneficiar-se de seus próprios delitos; como exemplo de política, o padrão de que os acidentes automobilísticos devem diminuir.²²² Em suas próprias palavras:

Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos.²²³

²²¹ ALEXY, ROBERT. *Teoria ...* págs. 87/89.

²²² DWORKIN, Levando... p. 36.

²²³ DWORKIN, Levando...p. 141.

A distinção dworkiana, levada ao âmbito da Constituição Brasileira, para EROS ROBERTO GRAU, poderia ser assim exemplificada: teriam natureza de *princípios* os artigos 1.º, *caput* e incisos; o art. 2º; art. 4.º; art. 5.º, *caput* e incisos; art. 170, *caput* (parcialmente) e incisos. Seriam *políticas* (diretrizes): art. 3.º; parágrafo único do art. 4º; art. 170, *caput* (parcialmente). Ainda, no entender de GRAU, a dignidade da pessoa humana comparece, no art. 1.º, III, como princípio, e, no art. 170, *caput*, como política (“assegurar a todos existência digna”).²²⁴

Seriam, todas as normas acima, na concepção dworkiana, “princípios” no sentido de que se opõem às regras; umas atuando como diretrizes, outras atuando como verdadeiros princípios de direito, no dizer de EROS ROBERTO GRAU, *princípios jurídicos positivados*. Ainda, traçando um paralelo com a tipologia de princípios de CANOTILHO, GRAU observa que, “ao menos parcialmente, os *princípios constitucionais impositivos*, na medida em que impõem aos órgãos do Estado a realização de fins, são colhidos no mesmo veio onde se encontram as *diretrizes*, de DWORKIN, e as *normas-objetivo* contempladas no nível constitucional”.^{225 226 227}

²²⁴ GRAU, EROS ROBERTO. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 3.ª edição, 1977, pág. 87.

²²⁵ GRAU, EROS ROBERTO. *A ordem econômica ...*, pág. 86.

²²⁶ O paralelo traçado por EROS GRAU entre a tipologia de CANOTILHO e DWORKIN é de extrema pertinência e propõe uma série de questões. Recorde-se que CANOTILHO, ao definir os “princípios constitucionais impositivos”, considera-os aqueles que “sobretudo no âmbito da constituição dirigente, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas”. Entre eles aponta, na Constituição Portuguesa, o “princípio da correção das desigualdades na distribuição de riqueza e do rendimento” (arts. 9.º/d e 81.º/b). A questão da aplicabilidade direta de tais normas constitucionais – normas-fim ou normas-tarefa – que na tipologia dworkiana seriam tipicamente “políticas”, ou “diretrizes”, ou seja, argumentos que devem fundamentar políticas, mas não decisões judiciais -, é tratada por CANOTILHO com prudência. Assim, este considera que tais normas constituem diretrizes para o legislador e a administração (e neste aspecto se assemelha a DWORKIN) e vinculam os tribunais, no sentido de que estes têm o dever de aplicá-las e de suscitar o incidente de constitucionalidade, nos feitos submetidos ao seu julgamento, dos atos normativos contrários a tais princípios programáticos (pág. 187). Ainda, considera CANOTILHO que o princípio da democracia econômica, social e cultural é um elemento de interpretação na

A concepção comumente aceita pelas teorias positivistas (conforme o “esqueleto positivista” dworkiano) de que quando as regras se

forma da interpretação conforme a constituição (seria um princípio obrigatório de interpretação aos legisladores, administração e tribunais), sobretudo nos casos de exercício de poder discricionário e de interpretação de conceitos indeterminados. Nestes, é uma linha de direção obrigatória na concretização do conceito indeterminado; naquele, é uma medida vinculativa do exercício da discricionariedade (pág. 470). Indo ao cerne da questão, CANOTILHO questiona se os numerosos preceitos que formam o conjunto do princípio da democracia econômica, social e cultural podem ser fundamentos imediatos e autônomos de pretensões jurídicas. *“Pergunta-se, porém, se para além destas expressões concretas, o cidadão pode (...) fundamentar, perante a administração e os tribunais, pretensões subjetivas. A resposta, em geral, é **negativa**, considerando-se que o princípio da democracia econômica e social é tão-somente um princípio jurídico fundamental objectivo e não uma norma de prestação subjetiva. A favor desta consideração milita ainda o facto de a democratização econômica e social ser uma tarefa do legislador e não dos tribunais. Estes não teriam, na aplicação do princípio da democracia social e econômica, qualquer medida racional que os auxiliasse na tarefa de decisão”*. (pág. 471/472) Então, aparentemente, como princípio geral, CANOTILHO concordaria com a tese de DWORKIN que os princípios políticos não devem fundamentar decisões judiciais, mas faz ressalvas, que dão uma notável amplitude ao entendimento (na verdade, o desfiguram, no nosso entender). Assim, além da questão da inconstitucionalidade já referida, CANOTILHO entende que *“no caso de particulares situações sociais de necessidade, justificadoras de uma imediata pretensão dos cidadãos a partir do princípio da defesa de condições mínimas de existência (...) os cidadãos poderiam reclamar auxílio do Estado, independente da institucionalização legislativa de um sistema de socialização de riscos; (...)”*. Outro exemplo, que o confronta com DWORKIN: *“A dimensão subjetiva do princípio justificará também a prevalência dos direitos econômicos sociais e culturais em relação de conflito com outros direitos, quando se verificarem determinados condicionalismos. Assim, por exemplo, o princípio da socialidade prevalecerá sobre o direito de propriedade no caso de o despejo de habitação constituir uma medida gravemente atentatória da dignidade da pessoa humana. O juiz poderá e deverá suspender a execução da sentença de despejo e o proprietário deverá ser indenizado pela não execução da mesma sentença”*. (pág. 472) Ora, com certeza, DWORKIN não concordaria com a prevalência de um objetivo econômico ou social desejado pela sociedade (argumento de política, ainda que constitucionalizado) a uma lei formal. Nos casos fáceis, DWORKIN opta pela aplicação da lei. O juiz Hércules considera que os termos canônicos da lei *“estipulam um limite àquilo que, de outra forma, levando-se em conta a natureza do caso, deveria ser ilimitado”*. (DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, p. 171.). (Todas as referências a CANOTILHO referem-se ao Direito Constitucional, ob. citada)

²²⁷ Sobre o tema da eficácia dos direitos fundamentais, e, particularmente, dos direitos sociais prestacionais, por todos, SARLET, INGO WOLFGANG. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.^a edição, 2001.

revelam indeterminadas ao caso concreto (ou aparentemente não existem), a autoridade encarregada do julgamento está autorizada a criar uma nova regra, agindo como um poder legislativo delegado – “poder legislativo segundo”, em suas palavras²²⁸ – é contestável: *“Na verdade, (...) os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas”*.²²⁹

Os juízes não legislam quando, nos *hard cases*, aparentemente criam direito, em função da diferenciação que DWORKIN faz entre princípios e política. Um argumento de política justifica uma decisão política mostrando que a decisão tomada beneficia (“fomenta ou protege”) um objetivo coletivo da comunidade como um todo. Um argumento de princípio justifica uma decisão política ou jurídica mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou um grupo. Uma decisão política – exemplifica ele – é a concessão de subsídios a um determinado tipo de indústria (aeronáutica, por exemplo) visando o fortalecimento da defesa; uma decisão com base em princípios seria a promulgação de leis afirmativas com base no argumento de que as minorias tem direito a igualdade, que, inexistentes tais leis, estaria ferida. Nos casos difíceis, em que, inexistente uma regra, as decisões judiciais “criando direito” poderiam aparentemente ser tomadas com base em argumentos de “política” ou de “princípios”. Mas, segundo DWORKIN, tal não ocorre: *“as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis como o da Spartan Steel, são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por políticas”*.²³⁰

²²⁸ DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, ob. cit., p. 129.

²²⁹ DWORKIN, *idem*, p. 129.

²³⁰ DWORKIN, *idem*, p. 131/132. No caso, a disputa ocorria entre duas possibilidades de decisão: a parte deveria ser indenizada em função de um direito por danos à propriedade alheia por negligência (o que é uma decisão com base em princípios) ou os prejuízos econômicos deveriam ser repartidos na forma sugerida pelo demandante – o que é uma decisão com base em política.

Por que as decisões judiciais, mesmo nos *hard cases*, não devem ser originais (criar direito)? E porque devem ser tomadas com base em argumentos de princípios, e não de política? Primeiramente, em função do princípio republicano de que a comunidade deve ser governada por pessoas eleitas pela maioria e responsáveis perante seus eleitores. Juízes não são eleitos (na maioria, pelo menos) e não são responsáveis perante a comunidade; portanto, se estes criarem leis estariam usurpando um direito que a comunidade reservou aos seus legisladores (é o princípio da separação de poderes de Montesquieu). Em segundo lugar, a criação de direito pelos juízes estaria obrigando a parte perdedora a uma punição não prevista anteriormente ao fato levado ao tribunal. Seria um legislar *ex post facto*, uma violação ao princípio da irretroatividade da lei.

Ambos os argumentos, segundo DWORKIN,²³¹ são aplicáveis também à inadmissibilidade do uso de argumentos de política em decisões judiciais. A idéia que o direito deve ser criado por pessoas eleitas e responsáveis perante a comunidade se aplica com muito maior vigor em se tratando de decisões sobre o que é melhor para a comunidade. Decisões sobre política devem ser atingidas por meio de um processo político especialmente criado para sua obtenção, processo este que reflita as diferentes concepções do que é melhor para a comunidade – “democracia representativa”, no dizer de DWORKIN – e as salas de audiências dos juízes não são o melhor lugar para isto. O segundo argumento, a decisão tomada após o fato, também se aplica. Se a comunidade considera errado punir uma pessoa se não havia uma pena anterior ao fato, parece mais errado ainda tirar os bens de uma pessoa em nome de uma política econômica global.

Por outro lado, DWORKIN demonstra que nestas circunstâncias, uma decisão baseada em princípios seria muito mais

²³¹ DWORKIN, ob. cit., o. 132 e seguintes.

aceitável. Se o julgador demonstra a existência de um direito de uma das partes, não seria oponível a objeção de que estaria usurpando função legislativa. Também a segunda objeção não seria válida, eis que, se declarado existente um direito de uma das partes, haverá um dever correspondente da outra parte, e não um novo dever criado pelo tribunal. Neste caso, uma objeção possível seria de que o direito referido não teria sido criado explicitamente por uma lei – ou um precedente claro – de modo a permitir que a parte adotasse um comportamento adequado aos seus ditames. Mas tal argumento, em realidade, não pode subsistir, visto que, se a parte efetivamente tem o direito a seu favor, a parte contrária não poderá alegar ter sido injustamente surpreendida pela decisão. VERA KARAM DE CHUEIRI reforça o argumento dworkiano:

Uma decisão jurídica gerada por proposições que descrevem direitos – por princípios – não é facilmente objetável por razões de política, **uma vez que a dimensão política que se lhe atribui não redundaria em expedientes imediatistas de consecução da felicidade geral, leia-se, mendigadas doses de bem comum, mas, sim, no enforcement dos direitos individuais.** Ela é o próprio sentido da decisão, em que pese a segurança do cumprimento de um direito individual baseado nos princípios da equidade, da justiça e do devido processo legal.²³²

A tese dos direitos, portanto, diz que os indivíduos efetivamente tem direitos, mesmo nos casos difíceis. Estes direitos, preexistentes, podem ser extraídos da história institucional do direito, refletindo as decisões políticas tomadas no passado. Quando um juiz, em um julgamento, opta entre a regra estabelecida por um precedente e uma nova regra que se imagina estar criando, deve demonstrar que o princípio que está aplicando é coerente com os anteriores precedentes, coerência não com a regra específica, mas sim com o princípio subjacente em sua base.

²³² CHUEIRI, VERA KARAM. *Filosofia do direito e modernidade. Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM Editora, 1995, p. 75.

Para DWORKIN, nos casos difíceis, a argumentação jurídica versa sobre *conceitos contestados*, cuja função e natureza são semelhantes ao conceito das características de um jogo (ele usa o exemplo do xadrez). A teoria semântica (“textura aberta”) supõe que da indeterminação dos termos da lei surge um espaço que será ocupado discricionariamente pelo juiz, que poderá escolher entre as várias possibilidades de solução; DWORKIN diz que nestes casos, há um choque entre conceitos (“conceitos contestados”), e o juiz deverá decidir com base em um argumento que leve em conta a melhor justificação possível para o conjunto de proposições jurídicas estabelecidas. Ou seja, não é uma escolha discricionária, existindo uma resposta correta.²³³ Dois conceitos utilizados pelo direito, relevantes ao caso, são: a) a “intenção” ou “finalidade” da lei. Este conceito faz a ponte entre a necessidade de justificação política de que as leis criam os direitos e os *hard cases* onde se questiona quais direitos foram criados por uma lei específica; b) o conceito de princípios subjacentes às regras positivas,

²³³ O entendimento, na doutrina brasileira, de que não existe discricionariedade judicial, é abraçado por EROS ROBERTO GRAU. Este diz que o juiz, ao decidir nas hipóteses de lacunas normativas, toma decisões vinculado aos princípios gerais do direito. Embora não esteja vinculado ao “espírito da lei” ou à “vontade do legislador”, estará vinculado pelos textos normativos, e, em especial, mas não exclusivamente, pelos que veiculam princípios. Mais ainda: os textos normativos que veiculam normas-objetivo reduzem a amplitude da moldura do texto e dos fatos, de modo que nela não cabem soluções que não sejam as adequadas a tais normas-objetivo. O juiz, segundo GRAU, está vinculado exclusivamente a juízos de legalidade, sendo-lhe vedado a formulação de juízos de oportunidade. A discricionariedade é exercida no campo em que se formulam juízos de oportunidade, estes significando escolha entre indiferentes jurídicos. Tais juízos restam vedados aos magistrados, exceto – única hipótese, segundo GRAU – no caso do artigo 1109 do CPC, que, tratando de casos de jurisdição voluntária, diz que “O juiz decidirá o pedido no prazo de dez dias; não é, porém, obrigado a observar critérios de legalidade estrita, podendo adotar, em caso a solução que reputar mais conveniente e oportuna”. De qualquer maneira, acrescenta GRAU, a doutrina entende que, neste caso, a discricionariedade é exercida no âmbito processual, não podendo afetar o direito material. Para GRAU, o que a doutrina brasileira denomina de discricionariedade é um poder de definição de normas de decisão, posterior à produção de normas jurídicas, em que o juiz exercita juízos de legalidade, não de oportunidade. O que a doutrina denomina discricionariedade, em suma, é atividade interpretativa. Entretanto, GRAU recusa a existência de uma única resposta correta; esta, segundo ele, acompanhando CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, é “objetivamente incognoscível”, “in concreto incognoscível.”. (*O direito posto e o direito pressuposto*, págs. 191/213)

princípios inscritos na norma. Este conceito faz a ponte entre a justificação política da doutrina de que os casos semelhantes devem ser igualmente decididos e os casos difíceis.

Um juiz filósofo (Hércules) que aceita a doutrina dominante que as leis devem criar e extinguir direitos e a doutrina do *stare decisis*, foi criado por DWORKIN para expor seu pensamento. Ao julgar um caso difícil envolvendo direito constitucional, Hércules chega à conclusão de que deve desenvolver uma teoria da constituição na forma de um conjunto complexo de princípios e políticas que justifiquem o sistema de governo, teoria que deve justificar diferentes aspectos do sistema, referindo-a à filosofia política e às instituições, e, a partir daí, elaborar os conceitos contestados necessários ao adequado julgamento da causa. Em se tratando de uma questão legal, a mesma necessidade acaba por surgir; a de uma teoria que justifique a lei com base em argumentos de política e de princípios que a inspiraram, para que se possa obter a melhor interpretação. Ora, toda a operação intelectual realizada, que redundava em uma decisão “hercúlea”, não implicou em complementação do direito criado, ou a determinação do que o poder legislativo teria feito se levasse em consideração o *hard case*. O ato legislativo, segundo DWORKIN, não é um ato que tenha se esgotado em um determinado momento; trata-se, na verdade, de um conteúdo contestado, sobre o qual Hércules constrói a sua teoria. Por outro lado, o autor salienta a importância desempenhada pelos termos da lei no processo interpretativo. Embora a teoria hercúlea possa vir a sustentar muitas decisões que o legislador não tomou, esta extensão do poder interpretativo não é ilimitada. Hércules pode operar a interpretação até o limite permitido pela linguagem utilizada pelo legislador, e não mais além desse limite.²³⁴

²³⁴ DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*, ob. cit., p. 170.

Portanto, ao contrário do que pensa HART, nas situações em que a linguagem do direito apresenta-se indeterminada, ou inexistente (lacunar), ao juiz não se apresenta a possibilidade de escolha discricionária entre as diversas opções possíveis de decisão; existe um direito, subjacente às regras, e este direito extrai-se da história institucional do direito, dos precedentes aplicáveis – e não só das regras explícitas, mas também dos conceitos jurídicos e institucionais que delas podem ser extraídas, que, mesmo sendo contestáveis, existem e devem ser utilizados, pois também são direitos, da mesma forma que as regras a que se refere HART.

4.2 O direito como integridade: uma terceira via ao convencionalismo e ao pragmatismo.

Já no posfácio à segunda edição de *O Conceito de Direito*, HART havia anotado, como dissemos, que o conflito mais agudo entre sua obra e o pensamento de DWORKIN dizia respeito ao poder discricionário que entendia existir na atuação dos juízes nos casos difíceis. Em uma outra intervenção, afirmou que em DWORKIN, “*a teoria do julgamento (adjucation) é o núcleo da tese antipositivista*”.²³⁵ Com efeito, DWORKIN inicia o seu livro “*O império do direito*” dizendo que “*é importante o modo como os juízes decidem os casos. É muito importante para as pessoas sem sorte, litigiosas, más ou santas ou bastante para se verem diante do tribunal*”.²³⁶ E, em face a tal importância, volta-se à história do direito para ver como eles, os juízes, decidem as causas, e se pergunta o que eles pensam sobre o que é o

²³⁵ HART, H.L.A. “*El nuevo desafío al positivismo jurídico*”, conferencia proferida na Universidade Autónoma de Madrid em 29.10.79, *apud* LAMEGO, JOSÉ. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa: Editorial Fragmentos, 1990, pág. 262.

²³⁶ DWORKIN, R. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de Jefferson Luiz Camargo, revisão técnica de Gildo Rios, pág. 3.

direito, as divergências entre eles suscitadas, e o tipo de divergência que os divide. VERA KARAM DE CHUEIRI, novamente, desvenda o pensamento:

O direito constitui-se no objeto-chave da sua análise, na medida em que apresenta uma racionalidade interna, apreendida da prática jurídica, vale dizer, das decisões judiciais, através da qual se pode discutir, de forma concreta e coerente, a questão da justiça (em DWORKIN isto remete, inexoravelmente, à questão da equidade) que, em última instância, é o (obscuro) objeto de desejo de toda modernidade.²³⁷

Para DWORKIN, a prática do direito é uma prática argumentativa, e o seu estudo pode ser realizado sob dois pontos de vista: um interno e outro externo. Este é o ponto de vista do historiador ou do sociólogo, e o outro é o ponto de vista do participante. O participante, embora possa considerar a história importante, está interessado na questão prática: as reivindicações jurídicas, seus fundamentos, e porque alguns argumentos jurídicos são melhores do que outros. Seu interesse histórico e sociológico volta-se a como estas disciplinas podem explicar as decisões tomadas pelos juízes. O ponto de vista interno é assumido por DWORKIN:

Este livro (...) tenta apreender a natureza argumentativa de nossa prática jurídica ao associar-se a essa prática e debruçar-se sobre as questões de acerto e verdade com as quais os participantes deparam. Estudaremos o argumento jurídico formal a partir do ponto de vista do juiz, não porque apenas os juízes são importantes ou porque podemos compreendê-los totalmente se prestamos atenção ao que dizem, mas porque o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica.²³⁸

Este ponto de vista “interno” já havia sido assumido por HART, que, sublinhando a importância do tema, já em seu prefácio ao *Conceito de*

²³⁷ CHUEIRI, VERA KARAM. *Filosofia do direito e modernidade*, ob. cit., págs. 64/65.

²³⁸ DWORKIN, R. *O império do direito*, ob. cit., p. 19.

direito, adiantara que o direito não pode ser compreendido sem a distinção entre as afirmações “*interna*” e “*externa*”.²³⁹ Somente a partir do ponto de vista interno poder-se-á compreender como as regras funcionam: um observador externo de uma comunidade que observa regras verá nesta comunidade apenas uma regularidade comportamental de seus membros; um observador interno (participante) poderá demonstrar que, além do comportamento perceptível, as pessoas aceitam regras e pautam suas condutas a partir delas; poderá também entender a aceitação das mesmas. Mas em HART, o ponto de vista interno é moderado e “*mantém-se assim em conformidade com a tese positivista de base que sustenta na análise das práticas sociais a possibilidade de conhecimento sem aceitação e nos quadros gerais da concepção moderna de ciência*”, no dizer de LAMEGO.²⁴⁰ O mesmo LAMEGO sublinha que, em DWORKIN, a interpretação das práticas jurídicas exige um ponto de vista radicalmente interno, o ponto de vista do participante.²⁴¹

O direito como integridade, portanto, surge a partir da observação da prática judicial no direito anglo-saxão, particularmente do direito norte-americano. DWORKIN, a partir do estudo de inúmeros precedentes²⁴² (em uma perspectiva radicalmente “*interna*”, no dizer de

²³⁹ HART, H.L.A. *O conceito de direito*, ob. cit., p. 1.

²⁴⁰ LAMEGO, JOSÉ. “*Hermenêutica...*” ob. cit., p. 226.

²⁴¹ LAMEGO, JOSÉ. “*Hermenêutica...*”. Ob. cit., p. 226. Dworkin acompanha o pensamento de GADAMER de que a “hermenêutica é filosofia e, como filosofia é filosofia prática”. O ponto de vista interno é necessário à interpretação de uma prática social porque a interpretação “se consubstancia num agir mediador de potenciação das possibilidades existenciais dessa prática”. (P. 226)

²⁴² DWORKIN, R. *O império do direito*, ob. cit. Os exemplos citados na obra: 1) O caso Elmer (Riggs vs. Palmer). Elmer mata o avô, de quem era o principal herdeiro. A lei sucessória de Nova Iorque, onde o crime fora cometido, era omissa quanto a possibilidade de o herdeiro assassino do testador receber a herança. O voto vencedor negou ao herdeiro assassino a herança, com base em duas teses: diferenciou a letra da lei da intenção do legislador. O legislador não pode prever todas as consequências da lei; mas sem dúvida nenhuma, não pretendiam que um assassino do testador recebesse a herança. O segundo princípio fundamentador da decisão é que a interpretação deve levar em conta os princípios gerais do direito. A interpretação deve levar em conta tais princípios, de modo a conferir a maior

LAMEGO), constrói sua visão opondo-a a outras duas perspectivas teóricas, que ele denomina “convencionalismo” e “pragmatismo”. Quando os juízes divergem sobre como devem decidir uma causa, a divergência é de caráter interpretativo. O direito é um conceito interpretativo, e a integridade, ao contrário do convencionalismo e o pragmatismo, é a melhor resposta aos problemas que os juízes devem enfrentar.

O direito como empreendimento interpretativo somente pode florescer se houver um consenso inicial básico sobre o que são práticas jurídicas, de modo que os advogados possam divergir sobre os mesmos dados (DWORKIN lembra que a discussão sobre quantos livros há em uma biblioteca somente poderá prosseguir se houver um consenso sobre o que é um livro. Se você acha que *Moby Dick* não é um livro, não há como discutir.). Práticas jurídicas que formam um consenso básico inicial são aquelas normas que são fruto das legislaturas, tribunais, agências e organismos governamentais, que, sob a égide da Constituição, formam uma estrutura (um sistema) sobre a qual trabalham os operadores jurídicos. Para DWORKIN, a discussão sobre a aplicação do direito deve girar sobre o uso da força governamental segundo padrões jurídicos. Em suas palavras: “O direito de uma comunidade é o sistema de direitos e responsabilidades que respondem a esse complexo padrão: autorizam a coerção porque decorre de decisões anteriores do tipo adequado. São, portanto, direitos e responsabilidades jurídicas”.²⁴³ As diferentes concepções do direito respondem às perguntas: 1) justifica-se o elo entre o direito e a coerção? Faz sentido exigir que a força pública seja usada somente em conformidade com decisões políticas anteriores? 2) Se existe este sentido, qual é ele? 3) Qual a noção de coerência deve existir entre as decisões precedentes e o uso atual? Das respostas que o convencionalismo e o pragmatismo

coerência ao sistema jurídico. 2) O caso do snail darter (Tennessee Valley Authority vs. Hill). O caso McLoughlin vs. O'Brian). O caso Brown (Brown vs. Board of Education).

²⁴³ DWORKIN, *O império do direito*, p. 116.

(concepções derivadas do positivismo e do utilitarismo) dão a estas questões, DWORKIN sugere que a melhor resposta é a sua própria concepção, a do direito como integridade.

4.2.1 Convencionalismo

O convencionalismo parte da idéia de que o direito depende de convenções sociais tomadas no passado, convenções jurídicas, e, em especial, de convenções sobre quais instituições deveriam ter o poder de elaborar as leis, e como. Nos Estados Unidos, por convenção, o direito é constituído pelas leis promulgadas pelo Congresso, ou pelas legislaturas dos Estados, segundo o modo prescrito pela Constituição, e pelos precedentes judiciais. A prática jurídica, para o pensamento convencional, é uma questão de respeito e aplicação de tais convenções; estas são o direito, e nada mais. Mas este tipo de pensamento observa que o direito por convenção nunca é completo, e que da realidade surgem sempre novas situações não abarcadas pelas convenções, daí decorrendo a necessidade de que na prática jurídica, nestas circunstâncias, devem os juízes estar autorizados a tomar decisões discricionárias no sentido forte do termo²⁴⁴, via correto entendimento das decisões tomadas no passado. Nos *hard cases*, o juiz convencional

(...) deve encontrar algum outro tipo de justificativa além da garantia do direito, além de qualquer exigência de consistência com decisões tomadas no passado, que venha a apoiar o que fará em seguida. (Isso poderia pertencer à esfera da justiça abstrata, ou do interesse geral, ou de alguma outra justificativa voltada para o futuro).²⁴⁵

²⁴⁴ Discricionariedade no sentido forte. V. *Levando os direitos a sério*, págs. 50 e seguintes.

²⁴⁵ DWORKIN, *O império do direito*, p. 143.

O convencionalismo faz duas afirmações pós-interpretativas: primeiro, os juízes devem respeitar as convenções jurídicas existentes na comunidade, a não ser em raras circunstâncias. O direito é aquilo que a convenção estipula como tal; segundo, não existe direito senão aquele que é extraído das decisões tomadas no passado por meio de técnicas que são, elas próprias, convenções, e, em certas circunstâncias, portanto, não haverá direito algum.²⁴⁶ Nestes casos, os juízes, ao decidir, usarão como padrões de decisão padrões extrajurídicos, num exercício de poder discricionário.

O que torna atraente a concepção convencional, segundo Dworkin, é que a justificativa da coerção estatal, fruto de decisões políticas tomadas no passado, torna-se um fato simples e acessível a todos, e não sujeita a diferentes juízos de moralidade que os magistrados poderiam vir a fazer. É o ideal de expectativas asseguradas: é a segurança jurídica.

A concepção convencional, entretanto, começa a se decompor desde que se analise a textura aberta dos textos jurídicos. Os juízes divergirão sobre o significado dos mesmos textos (legislação ou precedentes), particularmente quanto ao extensão do seu teor. Poderão aceitar uma extensão “explícita” de uma convenção: uma extensão que abarcaria o conjunto de proposições jurídicas aceitáveis por todos, ou quase todos, como fazendo parte da sua extensão. Ou uma proposição “implícita”, que abarcaria o conjunto de proposições decorrentes da melhor ou mais bem fundamentada interpretação da convenção, faça ou não parte da extensão implícita. Um convencionalismo estrito aceitaria a extensão explícita das convenções aceitas pela comunidade; um convencionalismo “moderado” aceitaria a extensão implícita do direito da comunidade. A extensão explícita da lei e dos precedentes de pouca valia seria como instrumento de decisão nos casos difíceis, visto que nestes, não se extrai um

²⁴⁶ *O império do direito*, pág. 144.

sentido claro das convenções. Assim, a um convencionalista estrito só resta decidir sem fingir que a decisão se faz com base no direito (não existe a convenção).

Um convencionalismo moderado aceitaria que a decisão nos casos difíceis deveria ser feita a partir da interpretação das exigências concretas da lei e dos precedentes, ainda que esta pudesse ser controversa. Ele não precisa admitir a lacuna na lei. Há uma interpretação possível de modo a possibilitar a decisão com base na lei ou no precedente. Por exemplo, ele poderia sugerir, a partir do consenso sobre a Constituição, que uma determinada convenção abstrata sugere uma extensão implícita de que a melhor interpretação é aquela, de acordo com a Constituição. Uma outra possibilidade interpretativa seria, a partir do acordo tácito de que a finalidade última do direito é autorizar e justificar a coerção, dizer, que a convenção abstrata inclui, dentro de uma extensão implícita, a tese de que é preciso seguir os casos de precedentes quando não houver nenhuma diferença de princípio **moral** entre os anteriores precedentes e o caso a ser julgado. Neste caso, estaria aberta a porta para que o juiz utilize no julgamento suas próprias convicções políticas e morais sobre a lei, sobre o seu lugar na estrutura constitucional, sobre a relação dela com a idéia do direito, etc., que em última análise definirão a sua interpretação sobre a convenção abstrata que utilizará para a decisão. Este tipo de convencionalismo nega o ideal de expectativas asseguradas que garante que as decisões serão tomadas com base em decisões políticas tomadas no passado.

Desta forma, ambas as modalidades do convencionalismo falham em sua proposição central, de assegurar as expectativas da sociedade, o que supostamente seria o grande atrativo da teoria. Mais ainda, as práticas jurídicas demonstram que as mudanças nas doutrinas dos precedentes não se ajustam às concepções convencionais, eis que ocorreram dentro das práticas jurídicas, mas não como fruto de um acordo

quanto a validade destas mudanças. Alguma outra explicação plausível para tais mudanças deve existir, e, segundo DWORKIN, esta se encontraria nos princípios.

4.2.2 Pragmatismo

O pragmatismo é a outra concepção que DWORKIN opõe à integridade. O pragmatismo nega que as pessoas tenham quaisquer direitos, nega que as decisões políticas do passado por si só, justifiquem o uso da força pelo Estado. A justificativa para tal ele as dará na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão;²⁴⁷ a coerência com decisões legislativas ou judiciais anteriores não contribui, em princípio, para a justiça ou a virtude da decisão atual.²⁴⁸ Os juizes, segundo o pragmatismo, ao prolatar suas decisões, devem agir *como se* as pessoas tivessem direitos, porque esta maneira de agir é melhor para a sociedade a longo prazo; e essa estratégia “*como se*” é necessária para que as pessoas aceitem a decisão, aceitação esta que é o fundamento da civilização.^{249 250} Uma visão pragmática mais radical (o realismo jurídico²⁵¹) dizia que o direito

²⁴⁷ A propósito, BENJAMIN CARDOSO, expoente da jurisprudência sociológica americana, dizia que a linha divisória na mudança de jurisprudência (da lei ou da *common law*) esteja onde estiver “*será governada não pelas concepções metafísicas da natureza do direito criado pelos juizes, nem pelo ‘fetiche’ de alguma máxima implacável, como a da divisão dos poderes governamentais, mas por considerações de conveniência, de utilidade e dos mais profundos sentimentos de justiça*”. CARDOSO, BENJAMIN. *A natureza do processo e a evolução do direito*. Porto Alegre: Coleção Ajuris/9, 1978, Tradução de Leda Boechat Rodrigues, pág. 140/141.

²⁴⁸ DWORKIN, *O império do direito*, p. 185.

²⁴⁹ DWORKIN, *O império do direito*, p. 187.

²⁵⁰ Conforme a doutrina de HERMANN ISAY (v. nota 202 ao capítulo 3).

²⁵¹ Como esclarece LAMEGO, o realismo jurídico americano dividiu-se em duas correntes: os céticos perante os fatos (*fact skeptics*) e os céticos sobre as regras (*rule skeptics*). Os primeiros centram-se na distinção entre regras efetivas e regras no papel, defendendo que as regras autênticas são as primeiras, e como tais podem ser encaradas empiricamente como previsões generalizadas sobre a

não existe²⁵², ou o direito não passa de uma previsão sobre como os juízes decidirão os casos; ou, ainda, que o direito é apenas uma questão do que os juízes tomaram no café da manhã.^{253 254}

atividade futura dos tribunais. Os céticos sobre os fatos, ainda mais radicais, centraram suas observações sobre a atividade dos tribunais de primeiro grau. A decisão judicial seria uma atividade política decisória. Segundo JEROME FRANK, *"Judging is part of the process of government and the process of government is 'politics'. Judging is also 'economics', 'etics', 'sociology', 'anthropology', 'philosophy', and 'psycology'. What of it?"* in LAMEGO, JOSÉ. *Hermenêutica e jurisprudência*, ob. cit., p. 228/229.

²⁵² JEROME FRANK, um *fact skeptic*, diz que quando se fala em "aplicação de uma regra de direito aos fatos", deve-se reconhecer que, muitas vezes, os fatos foram "achados" sob a influência de ocultas inclinações do julgador em relação às testemunhas, e que essas inclinações ocultas com frequência afetam a decisão tanto quanto uma regra de direito. Assim, não se deveria falar em "aplicar" uma regra de direito, pois esta é apenas um dos elementos que compõem a decisão. *"Como esos prejuicios a menudo intervinien como factores asimismo decisivos, también deberíamos hablar de la "aplicación" de las preferencias inescrutables del tribunal, si queremos hacer una descripción escrupulosa de lo que sucede."* (FRANK, JEROME. *La influencia del derecho europeo continental en el common law*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1956, tradução de José Puig Brutau, pág. 41.)

²⁵³ DWORKIN, *O império do direito*, p. 187.

²⁵⁴ A propósito da observação de que o direito é o que os juízes tomaram no café da manhã, colhe-se em JEROME FRANK: *"Many legal scholars, instead of giving serious consideration to that subject, resort to derision. Absurdly lumping together all the non-racional, non-logical, elements, and describing them as the "state of the judge's digestion", these scholars often jeeringly speak of "gastronomical jurisprudence". Under the heading of gastronomical ailment, one cannot subsume all the irrationalities of judges. For instance, we learn from a judicial opinion that important occupants of the bench have suffered delusions, some of them severely: "Lord Brougham, upon more than one occasion, was placed in seclusion, his mind being clearly off balance...A distinguished New England judge imagined that a dropsical affection under wich he labored was a sort of pregnancy." Can we be sure that those afflictions had no effect on their decisions? And how can we know that many another judge, in deciding cases, has not been affected by mental aberrations, although less abnormal and entirely imperceptible? Of course, no one, except jocularly, has ever proposed explaining all or most decisions in terms of the judges' digestive disturbances. Yet, at times, a judge's physical or emotional condition has marked effect. No one denies that a witness may have made a serious mistake about what he saw or heard because of acute indigestion or a sleepless night. Why refuse to admit the same as to a trial judge when functioning as a witness of the witnesses?"* (FRANK, JEROME. *Courts on trial. Myth and reality in American justice*. Princeton: Princeton University Press, 1950, págs. 161/162)

"Muitos juristas acadêmicos, ao invés de fazer sérias considerações sobre esta matéria, recorrem ao escárnio. Absurdamente focalizando todos os elementos não-rationais e não-lógicos e descrevendo-os como um "estado da digestão dos juízes", estes acadêmicos, freqüentemente, caçoam de uma "jurisprudência gastronômica". Sob o título de indisposições gastronômicas, não se pode subsumir todas as

Como estratégia interpretativa, o pragmatismo tenta encontrar um equilíbrio entre a previsibilidade necessária para proteger as instituições jurídicas da legislação e do precedente, e a flexibilidade para que os juízes possam aperfeiçoar o direito nos tribunais. Assim, o pragmatismo reconheceria como direitos do tipo “como se” aqueles já declarados em precedentes, mas não incluiria todas as decisões, por entender que os juízes devem poder rejeitar decisões anteriores, se estas fossem especialmente irrefletidas (mesmo que claras). Uma estratégia pragmática deste gênero conduziria a uma doutrina atenuada de respeito às leis e aos precedentes.²⁵⁵

O pragmatismo é uma concepção cética do direito. Rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas. Mas não rejeita a moral, ou pretensões políticas. Para decidir os casos, os juízes devem seguir qualquer método que seja melhor para a comunidade futura – e o significado disto naturalmente variará de juiz para juiz. Os direitos são apenas instrumentos destinados a construir um futuro melhor, qualquer que seja este melhor²⁵⁶ (pode ser econômico, ou moral, ou político). Por outro lado, numa visão pragmática, as decisões judiciais

irracionalidades dos juízes. No entanto, nós aprendemos de uma opinião judicial, que importantes ocupantes destas cadeiras tiveram alucinações, algumas de natureza grave. “Lord Brougham, (um juiz inglês), em mais de uma ocasião, foi colocado em reclusão, sua mente estava claramente desequilibrada... Um respeitado juiz da Nova Inglaterra imaginava que a afecção sob a qual ele trabalhava, era uma espécie de gravidez”. Como poderíamos estar seguros que este tipo de problema não afetava suas decisões? E como poderíamos saber que muitos outros juízes, ao decidir seus casos, não estavam sob o efeito de distúrbios mentais, ainda que não perceptíveis?

Lógico, ninguém, exceto jocosamente, poderia jamais explicar que a maioria das decisões dos juízes é resultado de distúrbios estomacais. No entanto, às vezes, um estado físico ou emocional dos juízes produz seus efeitos. Ninguém pode negar que uma testemunha cometa sérios erros sobre o que viu ou escutou porque está padecendo de uma indigestão ou teve uma noite ruim. Porque nos recusamos a admitir o mesmo para um juiz quando este funciona como testemunha do que está sendo testemunhado?”.

²⁵⁵ A estratégia de decidir “como se”, também aceita por ESSER, foi discutida no capítulo anterior.

²⁵⁶ *O império do direito*, pág. 195.

anteriores terão toda a atenção devida. A aceitação dos direitos “como se” implica que o pragmático tomará todas as decisões que um convencionalista tomaria quando as leis são claras ou os precedentes são bem definidos. Ele os rejeitará nos casos em que os precedentes forem injustos ou ineficientes, ou a lei for velha ou ultrapassada. Mas, segundo DWORKIN, a justificativa de que os juízes estariam autorizados tacitamente a assim proceder é falsa. Não há uma única convenção que os autorize. E, nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha o poder legislativo não foi delegado aos juizes. E o abandono dos precedentes ignorando pura e simplesmente os princípios a eles subjacentes implica no abandono da coerência ínsita a eles e ao projeto de futuro. E é realmente importante isto? - pergunta-se DWORKIN, ao contrapor o pragmatismo às exigências da integridade.

4.3 O direito como integridade. “*Chain of law*”. A interpretação.

A visão dworkiana do direito como integridade rejeita tanto a concepção convencional, de que as manifestações do direito sejam relatos voltados para o passado, quanto a pragmática, que as vê como programas instrumentais voltados para o futuro. Para o direito como integridade, a prática jurídica é uma política em processo de desenvolvimento, combinando elementos do passado e uma visão prospectiva do futuro. Ele parte de um pressuposto: os direitos e deveres legais foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada – e expressam uma concepção coerente de justiça e equidade.²⁵⁷

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade, e devido processo legal que oferecem a melhor

²⁵⁷ DWORKIN, *O império do direito*, p. 271.

interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. (...) O direito como integridade é, portanto, mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo.²⁵⁸

Para LAMEGO, a concepção de DWORKIN é uma “*doutrina postulativa do direito que ‘deve ser’*”.²⁵⁹ Entre o sonho e o pesadelo²⁶⁰ na aplicação do direito, DWORKIN, *noble dreamer*, propugna que o direito – direitos e deveres que decorrem de decisões políticas tomadas no passado, e, portanto, legitimam a coerção – “*contém não apenas o limitado conteúdo **explícito** dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o **sistema de princípios necessários a sua justificativa***.”²⁶¹ O passado é visto como parte de uma história digna de ser contada, do qual pode se extrair princípios suficientemente atraentes para organizar e justificar a prática jurídica atual (Como diz HABERMAS, “*vestígios de razão prática*”²⁶²). Com isso é superada a dicotomia entre “criar” e “descobrir” o direito; entre o dogma positivista da lei, e o cinismo realista de que não há direito.

O direito é visto analogamente a um romance em cadeia do qual participam todos os juízes, como autores e críticos. Neste trabalho, um grupo de romancistas escreve uma novela em série; cada autor interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao romance e entregue ao próximo romancista, e assim por diante. Tal projeto não é impossível (Dworkin lembra o Antigo Testamento e a Ilíada. Somente um *noble dreamer* poderia traçar estes paralelos.), tampouco pode tornar-se irreconhecível. Deve-se tentar criar o melhor romance possível como se fosse um único autor, e isso demanda de cada um dos participantes da cadeia uma avaliação (uma teoria) sobre o trabalho

²⁵⁸ DWORKIN, idem, p. 272.

²⁵⁹ LAMEGO, JOSE. *Hermenêutica e jurisprudência*, p. 258.

²⁶⁰ HART, H.L.A. *The nightmare and the noble dream*. Neste artigo, Dworkin é incluído entre os que sonham o sonho nobre. *Apud* KOZICKI, KATYA. *Conflito e estabilização*, ob. cit., p. 181.

²⁶¹ DWORKIN, *O império do direito*, p. 274.

²⁶² HABERMAS, *Direito e democracia*, vol. I, pág. 267.

que se estrutura no tempo. Como um crítico literário, deverá avaliar os personagens, trama, gênero, tema, objetivo, para decidir a que deverá dar continuidade ou dar um novo começo. Neste trabalho interpretativo, duas dimensões deverão ser levadas em conta: a dimensão da adequação (*fit*) e a justificação (*justification*).

Pela adequação, a interpretação que for feita pelo novo autor não poderá discrepar **substancialmente** das anteriores leituras feitas pelos antigos escritores. O que não significa um ajuste a cada segmento do texto; importante que a interpretação deve possuir um poder explicativo geral, seja adequada a um aspecto estrutural do texto, e não considere um aspecto secundário como principal ou permita que uma metáfora incidental se torne dominante. Uma segunda dimensão interpretativa é a da justificação. Eventualmente mais de uma possibilidade interpretativa será adequada à trama; neste caso, será necessário que a interpretação escolhida se ajuste a ela de tal forma que mostre o texto sob a melhor luz, pois se ajusta à maior parte do texto, ou dá a ele uma integração mais interessante de estilo e conteúdo.²⁶³

Ao iniciar a sua parte do romance, coloca-se a questão: o intérprete é livre para imprimir ao texto suas próprias convicções? Ou deverá ater-se ao texto dado sem produzir alterações? Neste ponto, DWORKIN observa que a confecção de um romance em cadeia depende de uma complexa interação entre convicções do intérprete acerca do que é melhor ou pior para o texto, assim como de qual interpretação tornaria o romance melhor – e ambas as convicções são inerentes a um sistema de crenças e atitudes do intérprete. Mas tais crenças e atitudes, segundo DWORKIN, operam como elementos de comprovação ao decidirmos até que ponto podemos ou devemos aceitar outras. Em se tratando de uma decisão

²⁶³ DWORKIN, *O império do direito*, p. 277/278.

judicial, esta deve ser extraída de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos precedentes dados e os justifique, até onde for possível. Em direito, a questão da adequação e justificação, tão complexa quanto no exemplo literário, torna-se um delicado equilíbrio entre convicções políticas de diversos tipos, e estas devem ser suficientemente afins, ainda que distintas, para permitirem um juízo geral que permita o sucesso da interpretação.

4.3.1 Interpretação e intenção. *Intentio operis. Intentio auctoris. Intentio lectoris.*

Quando se interpreta uma obra de arte ou uma prática social, pretende-se, essencialmente, entender as *intenções* de tal prática social ou obra de arte.²⁶⁴ Algumas pessoas pretendem que neste ato interpretativo estar-se-ia interpretando as intenções de quem escreveu um determinado romance ou da comunidade que preserva tradições sociais a serem interpretadas. DWORKIN denomina estes casos (prática social ou obra de arte) de interpretação *construtiva*. Nestas obras, o que está em causa, fundamentalmente, é o propósito não do autor, mas sim do **intérprete**. Em suas palavras:

Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo **o melhor exemplo possível da forma ou gênero** aos quais se imagina que pertençam. (...) Daí não se segue (...) que um intérprete possa fazer de uma prática ou de uma obra de arte qualquer coisa que desejaria que fossem (...) Pois a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes

²⁶⁴ O império do direito, p. 62.

últimos, ainda que, como veremos, a natureza dessa coerção deve ser examinada com cuidado.²⁶⁵

A idéia da interpretação como sendo um diálogo entre o texto e o intérprete, no qual este – em vista da complexidade dos diferentes níveis da operação interpretativa – se propõe a impor ao texto suas próprias concepções interpretativas não é tal estranha quanto parece. UMBERTO ECO, discorrendo sobre a iniciativa do leitor em conjecturar sobre a *intentio operis* – conjectura que deve ser aprovada pelo texto como um todo orgânico, conforme ressalta –, diz que

Um texto é um artifício que tende a produzir seu próprio leitor-modelo. O leitor empírico é aquele que faz uma conjectura sobre o tipo de leitor-modelo postulado pelo texto. O que significa que o leitor empírico é aquele que tenta conjecturas não sobre as intenções do autor empírico, mas sobre as do autor-modelo. O autor-modelo é aquele que, como estratégia textual, tende a produzir um certo leitor-modelo.

E eis que neste ponto as pesquisas sobre a intenção do autor e sobre a intenção da obra coincidem. Coincidem, pelo menos, no sentido de que autor (modelo) e obra (como coerência de texto) são o ponto virtual visado pela conjectura. ***Mais que parâmetro utilizável para validar a interpretação, o texto é um objeto que a interpretação constrói na tentativa circular de validar-se com base naquilo que constitui.*** Círculo hermenêutico por excelência, sem dúvida.²⁶⁶

Diz ECO que há o leitor-modelo de horários de trem e o leitor-modelo de *Finnegans Wake*. (e nós, redundantemente, acrescentaríamos, há também o leitor-modelo do ordenamento jurídico). Se há uma infinidade de leituras possíveis em Joyce (é, caracteristicamente, o leitor-modelo joyceano), isto não significa que não haja um “**código secreto**” na obra. E este código “**está nesta sua vontade oculta, que se faz evidente quando traduzida em termos de estratégias textuais, de produzir este leitor, livre para arriscar todas as interpretações que queira, mas obrigado a dar-se por**

²⁶⁵ DWORKIN, *O império do direito*, p. 63/64.

²⁶⁶ ECO, UMBERTO. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1.^a edição, 1990. Tradução de Pérola de Carvalho, pág. 15.

vencido quando o texto não aprova suas ousadias mais libidinais”.²⁶⁷

Felizmente para nós, a interpretação jurídica, ao contrário da quase infinitude interpretativa requerida ao leitor-modelo joyceano, embora múltipla, move-se em torno de padrões mais definidos (embora mesmo em Joyce a multiplicidade interpretativa possível não elida o compromisso com o texto).

DWORKIN rejeita a hipótese de que a interpretação das intenções seja a interpretação das intenções do autor. Começa por verificar que a intenção do autor pode ser vista como “intenção” consciente específica que direcionou a construção da obra. Neste sentido, a resposta obviamente é negativa. A intenção é sempre mais complexa e problemática. Assim, a pergunta deve ser reformulada: o que se entende por intenção do autor? Existe de fato diferença entre a intenção do autor e a procura de valor em sua obra? Na verdade, a intenção artística é sempre mais complexa e estruturada, podendo coexistir diferentes aspectos ou níveis de intenção, ou estas entrarem em conflito. No exemplo dado por DWORKIN (*O mercador de Veneza*), um encenador contemporâneo deveria, ao montar a peça, dar ênfase a uma concepção de Shylock que desse ao público contemporâneo a complexidade que a figura de judeu tinha para o público de Shakespeare. Tal montagem, unindo duas visões de consciência (elisabetana e contemporânea), provavelmente mostraria uma visão do judeu muito diferente da visão que o próprio Shakespeare tinha do personagem. A fidelidade a uma concepção elisabetana do judeu provavelmente redundaria em uma traição aos propósitos artísticos mais abstratos do autor.²⁶⁸

Vê-se, neste exemplo, a similitude dos conceitos interpretativos dworkianos e as proposições de ECO acerca da intenção do autor (*intentio auctoris*), intenção da obra (*intentio operis*) e intenção do leitor (*intentio lectoris*). A interpretação da obra exigiu a construção de um autor ideal, que

²⁶⁷ ECO, UMBERTO. *Os limites da interpretação*, ob. cit., p. 16.

²⁶⁸ DWORKIN, R. *O império do direito*, ob. cit., págs. 69/70.

postula um leitor ideal, e ambos são necessários para o achamento na obra do **código secreto** que a tornará acessível ao leitor empírico. (A intenção da obra e a intenção do leitor estão estreitamente ligadas no processo de construção do objeto textual²⁶⁹). Com efeito, DWORKIN afirma que a intenção do autor “*implica em si mesma as convicções artísticas do intérprete*”.²⁷⁰ Mais ainda, o conceito de intenção fornece uma estrutura formal a todo enunciado interpretativo: “*Quero dizer que uma interpretação é, por natureza, o relato de um propósito; ela propõe uma forma de ver o que é interpretado (...) como se este fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez de outra.*”^{271 272}

Levando a idéia ao âmbito da interpretação das leis, DWORKIN rejeita a concepção de que a interpretação consista em buscar a simples “intenção do legislador”. Não é necessário buscar respostas às tradicionais indagações sobre quem deve ser considerado legislador, ou o método para se descobrir suas intenções, ou havendo diferentes intenções, como se descobre qual delas deve ser utilizada no processo interpretativo. Com efeito, começa pelo fato de que a figura do legislador é inidentificável; se e quando identificável (o legislador, nas democracias modernas, como a maioria que promulgou a lei, por exemplo), é inidentificável a **intenção** desta

²⁶⁹ ECO, UMBERTO. *Os limites da interpretação*, p. 18.

²⁷⁰ DWORKIN, R. *idem*, p. 70.

²⁷¹ DWORKIN, R. *O império do direito*, p. 71.

²⁷² Ainda na esteira de UMBERTO ECO. Diz ele: “Quando um texto é colocado numa garrafa – e isso não acontece só com a poesia ou a narrativa, mas também com a *Crítica da razão pura* –, isto é, quando um texto é produzido não para um único destinatário, mas para uma comunidade de leitores, o/a autor/a sabe que será interpretado/a não segundo suas intenções, mas de acordo com uma complexa estratégia de interações que também envolve os leitores, ao lado de sua competência na linguagem enquanto tesouro social. Por tesouro social entendo não apenas uma determinada língua enquanto conjunto de regras gramaticais, mas também toda a enciclopédia que as realizações daquela língua implementaram, ou seja, as convenções culturais que uma língua produziu e a própria história das interpretações anteriores de muitos textos, compreendendo o texto que o leitor está lendo”. (ECO, UMBERTO. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, págs. 79/80)

maioria parlamentar (a intenção é a intenção da maioria, ou é a intenção “representativa” da maioria? é uma entre inúmeras dúvidas que podem surgir.). Assim, a solução de DWORKIN volta-se ao autor-modelo de UMBERTO ECO. Tal parlamentar (Mr. Smith) votou e aprovou a lei (cuja interpretação é controvertida) com base em convicções políticas e princípios relativos à justiça e equidade, crenças e convicções estas que melhor promoverão um ideal político de uma comunidade de princípios. Afasta-se com isso a intenção do legislador visto como um legislador histórico (empírico), e coloca-se no lugar um legislador modelo, que interagirá com o intérprete modelo, visando obter, na interpretação da lei, “*o melhor exemplo possível da forma ou gênero as quais se imagina que pertençam*”, como já foi dito anteriormente.

Considerações finais

Segundo HABERMAS, a teoria dos direitos de DWORKIN pode ser vista como uma tentativa de superação das falhas das propostas positivistas, realistas e hermenêuticas, bem como de esclarecer, através de direitos concebidos deontologicamente, como a prática judicial pode satisfazer, simultaneamente, às exigências da segurança do direito e da aceitabilidade racional. Assim, contra o realismo, DWORKIN sustenta a possibilidade e a necessidade de decisões judiciais consistentes relativas a regras – uma garantia de direito – uma recusa ao cinismo realista de que não há direitos. Contra o positivismo – na versão proposta por HART – ele afirma a necessidade de decisões “corretas”, cujo conteúdo é legitimado à luz de princípios – e não apenas de modo formal. No tocante à hermenêutica jurídica, a referência hermenêutica a uma pré-compreensão determinada por princípios não deve entregar o juiz à história de tradições autoritárias com conteúdo normativo; pelo contrário: esse recurso obriga o juiz à apropriação crítica da história institucional do direito, na qual a razão prática deixou vestígios.²⁷³

Com efeito, esta breve síntese habermasiana elucida parte do pensamento dworkiano para a qual gostaríamos de chamar a atenção neste trabalho. O valor segurança jurídica, no sentido do “ideal de expectativas asseguradas”, no dizer de DWORKIN, estabelece-se, em sua teoria, simultaneamente a uma dupla crítica ao positivismo – na matriz hartiana, mas aplicável também ao pensamento de KELSEN e ENGELSKAMP – contra a rigidez e inaptidão positivista, em dar solução adequada às tarefas do direito – detectável nos *hard cases*, pois que um sistema de e para regras não consegue subsumir a realidade sempre mutante e complexa, bem como às

²⁷³ HABERMAS, JÜRGEN. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*, volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pág. 252.

exigências institucionais às quais o direito deve atender. Neste contexto, a prática jurídica mostrará a transcendência de padrões outros que não as regras, utilizados pelos juízes a maneira de “janelas” – como as chamou ESSER – para solucionar os problemas, denominando equivocadamente tais soluções não previstas no sistema de uso de um “poder discricionário”. Poder discricionário este, que, reconhecido, introduz em um sistema positivista exatamente aquilo que este teria como maior temor: a instabilidade, ínsita ao uso da subjetividade por seres humanos, mesmo que juízes especialmente treinados para isso. É, também, a crítica que faz HASSEMER à vinculação do juiz a um sistema de regras rígido. Em um sistema em que as normas possuem um caráter vago, uma vinculação rígida do juiz à lei produzirá uma jurisprudência que irá esconder os fatores situacionais da interpretação, por detrás de uma demonstração de coerência, segurança e imutabilidade, produzindo exatamente aquilo que no Estado de Direito o ordenamento jurídico quer evitar: a inevitável variação da jurisprudência e a opacidade de sua motivação.²⁷⁴

Sob outro prisma, tais soluções ditas discricionárias contrapõem-se a uma institucionalidade política e jurídica que se constitui em autêntica conquista civilizatória, com origem inicialmente na Europa Ocidental, e hoje firmemente estabelecida como um padrão global, reconhecida nos vários instrumentos internacionais firmados pelo conjunto das nações e naturalmente pela Constituição brasileira. O Estado de Direito repele a atuação discricionária dos juízes; estes estão jungidos ao princípio da legalidade, e, ainda que este seja entendido em um sentido lato, de um jugo ao ordenamento jurídico, ou, no dizer da Constituição Alemã, “às leis e ao direito”, é indeclinável dever destes submeterem-se a tal princípio, varrendo a subjetividade das decisões judiciais, seja a que pretexto for. A submissão dos juízes às leis, no quadro constitucional brasileiro, depreende-

²⁷⁴ HASSEMER, WINFRIED. *Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei*, in *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, KAUFMANN, ARTHUR, e HASSEMER, W. (org.). Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, págs. 292/293.

se do artigo 1.º, cujo *caput* proclama o princípio do Estado de Direito; do inciso V, que define como fundamento do Estado o pluralismo político, do parágrafo único do artigo 1.º, que define como fonte da soberania popular o povo, que a exercerá através de seus representantes – a estes a Constituição conferiu o poder de fazer leis, e não aos magistrados –, e do artigo 2.º, que proclama a existência de três poderes; e, finalmente, do artigo 5.º, inciso II, que proclama o princípio da legalidade. A soberania popular, traduzida em pluralismo político, demanda a existência de um Estado que, em face das inevitáveis tentativas dos vários “poderes” existentes na sociedade de instrumentalizá-lo em detrimento de outros setores e do conjunto da sociedade, permaneça como um fator de equilíbrio no conjunto de atores sociais.

Ainda, DWORKIN volta-se contra as soluções utilitaristas do direito, por seu menosprezo às instituições políticas fundantes do sistema e a consistência das decisões judiciais, prejudicadas ambas pelo vício pragmatista de que a decisão judicial se faz de acordo com as próprias convicções dos juízes do que é melhor para a sociedade. Há, sem dúvida nenhuma, sob este aspecto, a imputação de um *capitis diminutio* à cidadania, maquiada sob a investigação empírica (sociológica, psicológica ou qualquer outra) – no caso do realismo jurídico – de como se processa a tomada de decisões por parte dos juízes.

Neste contexto, a proposta dworkiana de um direito visto como integridade ajusta-se à perfeição as inúmeras situações que o positivismo não mais contempla. Com a vantagem de trabalhar sobre um desenvolvimento constitucional contínuo que já dura mais de duzentos anos, como destacou HABERMAS, e também por ser liberal, DWORKIN está inclinado a ter uma visão otimista no seu trabalho de aprendizagem com o sistema jurídico; mas nem por isso suas observações deixam de ter valia em

outros contextos políticos ou jurídicos.²⁷⁵ Assim, a integridade, vista como um ideal político de uma comunidade, na qual os parceiros associados se reconhecem como livres e iguais, é um princípio que obriga tanto os cidadãos como os órgãos da legislação e da jurisdição a realizar uma norma básica de igual consideração e respeito por cada um nas práticas e instituições da sociedade. Para HABERMAS, com a integridade, DWORKIN tenta explicar que todas as ordens jurídicas modernas apontam para a idéia do Estado de Direito, “proporcionando um ponto firme para a hermenêutica crítica da história, mesmo que os vestígios deixados pela razão prática sejam muito esmaecidos”.²⁷⁶ Estruturada em torno da idéia de que os membros de uma comunidade estão reunidos não apenas em torno de regras, mas de princípios comuns, e que os direitos e deveres de seus membros não se esgotam nas decisões particulares tomadas por instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam, a integridade torna-se um fator de legitimação ao uso da coerção pelo Estado.

O direito como integridade, visto como uma teoria da interpretação, liberta os juízes de uma pseudo coerência com as decisões tomadas no passado, proclamando a necessidade de um vínculo não apenas com o limitado conteúdo explícito destas decisões, mas também com o sistema de princípios necessários a sua justificativa. A partir desta visão, os juízes possuem um instrumento mais complexo e mais maleável para adequarem suas decisões à realidade (à maneira da régua de Lesbos, a que se referia ARISTÓTELES²⁷⁷), simultaneamente assegurando a estabilidade jurídica, posto que quando um juiz decide com base em um princípio de direito, tal princípio deve se ajustar a uma prática jurídica complexa, além de a justificar, de uma maneira atraente. Com isso, a

²⁷⁵ HABERMAS, *Direito e democracia*, pág. 266.

²⁷⁶ Idem, pág. 267.

²⁷⁷ Que se amolda aos materiais a serem medidos, conforme a *Ética a Nicômacos* (Ver 3.2)

integridade também afasta a dicotomia criar/descobrir o direito, visto que o direito está permanentemente em construção, à maneira de um romance em cadeia.

O romance em cadeia, metáfora da atividade jurisprudencial, também é uma atraente tese de DWORKIN. Construído ao longo da história judicial por uma comunidade de princípios, resgata dela os vestígios da razão prática, como diz HABERMAS, impondo à prática jurídica uma participação consoante os parâmetros da adequação e justificação. A interpretação é vista como um diálogo entre autor e intérprete, onde este procurará descobrir no texto aquilo que o torna o melhor possível dentro de uma visão de uma comunidade de princípios. Com isso, a interpretação jurídica liberta-se das tradicionais dicotomias interpretação subjetiva/objetiva, criar/aplicar o direito, adequando a prática jurídica às necessidades de flexibilização e estabilização do direito.

Bibliografia

ABBAGNANO, NICOLA. **História da Filosofia**, volume VII. Lisboa: Editorial Presença.

ADEODATO, JOÃO MAURÍCIO. **Filosofia do direito. Uma crítica à verdade na ética e na ciência**. São Paulo: Saraiva, 2.^a edição, 2002.

ADEODATO, JOÃO MAURÍCIO. **Ética e retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ADEODATO, JOÃO MAURÍCIO LEITÃO. **O problema da legitimidade. No rastro do pensamento de Hannah Arendt**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1.^a edição, 1989.

ALEXY, ROBERT. **Teoria de la argumentación jurídica. La teoria del discurso racional como teoria de la fundamentacion jurídica**. Traducion de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALEXY, ROBERT. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARENDT, HANNAH. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 10.^a edição, 2002.

ARENDT, HANNAH. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

ARENDT, HANNAH. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Cia. das Letras, 1998.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Brasília: Editora UnB, 4.^a edição.

ARISTÓTELES. **Organon**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ATIENZA, MANUEL. **As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica.** São Paulo: Iandy Editora, 2002.

BARBOSA, CLÁUDIA MARIA. **Crise de função e legitimidade do Poder Judiciário Brasileiro.** Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção da titularidade da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2004.

BARROSO, LUIS ROBERTO. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 7.^a edição, 2003.

BARROSO, LUIS ROBERTO. **Interpretação e aplicação da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 5.^a edição, 2003.

BECCARIA, CESARE. **Dos Delitos e das Penas.** São Paulo: Ed. Atena, 1959.

BECKER, ALFREDO AUGUSTO. **Teoria geral do direito tributário.** São Paulo: Saraiva, 2.^a edição, 1972.

BETTI, EMILIO. **Interpretacion de la ley y de los actos jurídicos.** Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas. Tradução para o espanhol por Jose Luis de los Mozos da 2.^a edição italiana, 1971.

BOBBIO, NORBERTO. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo.** Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora UnB, 7.^a ed., 1994.

BOBBIO, Norberto. **Contribucion a la teoria del derecho.** Valencia: Fernando Torres, editor, 1980.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** Brasília: Editora UnB, 2.^a ed., 1986.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

BOBBIO, NORBERTO. **Teoria geral da política. A filosofia política e a lição dos clássicos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2.^a edição.

BOBBIO, NORBERTO. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Edipro, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 12.^a edição, 2002.

BONAVIDES, PAULO. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 10.^a edição, 2001.

BONAVIDES, PAULO. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 7.^a edição, 2001.

BOUCAULT, CARLOS E. DE ABREU e RODRIGUEZ, JOSÉ RODRIGO (Orgs.). **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CAMARGO, MARGARIDA MARIA LACOMBE. **Hermenêutica e Argumentação. Uma contribuição ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 3.^a edição, 2003.

CAMARGO, MARGARIDA MARIA LACOMBE. **Hermenêutica e Constituição** in *Hermenêutica plural*. BOUCAULT, CARLOS E. DE ABREU e RODRIGUEZ, JOSÉ RODRIGO (Orgs.). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CANARIS, CLAUS-WILHELM. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Gulbenkian, 2.^a edição, 1996.

CANOTILHO. JOSÉ JOAQUIM GOMES. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 6.^a edição, 1995.

CAPPELLETTI, MAURO. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, 1993.

- CARDOSO, BENJAMIN. **A natureza do processo e a evolução do direito.** Porto Alegre: Coleção Ajuris/9, 1978, Tradução de Leda Boechat Rodrigues.
- CHUEIRI, VERA KARAM. **Filosofia do direito e modernidade. Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos.** Curitiba: JM Editora, 1995.
- CITTADINO, GISELE. **Pluralismo, direito e justiça distributiva.** Elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2.^a edição, 2000.
- COUTINHO, JACINTO NELSON DE MIRANDA (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente.** São Paulo: Renovar, 2003.
- COUTINHO, CARLOS NELSON. **A democracia como valor universal. Notas sobre a questão democrática no Brasil.** São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1980.
- DWORKIN, RONALD. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes. Tradução de Nelson Boeira, 2002.
- DWORKIN, RONALD. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de Jefferson Luiz Camargo, revisão técnica de Gildo Rios.
- DWORKIN, RONALD. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- ECO, UMBERTO. **Interpretação e superinterpretação.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- ECO, UMBERTO. **Os limites da interpretação.** São Paulo: Editora Perspectiva, 1.^a edição, 1990. Tradução de Pérola de Carvalho.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 7.^a edição, 1996, tradução de J. Batista Machado.

ENGISCH, KARL. **La idea de concrecion en el derecho y en la ciencia juridica actuales**. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, SA, 1968.

ESSER, JOSEF. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial. Tradução de Eduardo Valentí Fiol.

FRANK, JEROME. **La influencia del derecho europeo continental en el common law**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1956, tradução de José Puig Brutau.

FRANK, JEROME. **Courts on trial. Myth and reality in American justice**. Princeton: Princeton University Press, 1950.

GADAMER, HANS-GEORG. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes, 3.^a edição.

GADAMER, HANS-GEORG. **Verdade e método II**. Petrópolis, 2002.

GRAU, EROS ROBERTO. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 3.^a edição, 1977

GRAU, EROS ROBERTO. **Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, EROS ROBERTO. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 4.^a edição, 2002.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 6.^a edição, 1979.

HABERMAS, JÜRGENS. **Direito e democracia. Entre facticidade e validade**, volumes I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2.^a edição. Tradução de A. Ribeiro Mendes.

HAYEK, FRIEDRICH A. **Direito, legislação e liberdade. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. Volume I. Normas e ordem.** São Paulo: Visão, 1985.

HOLMES, OLIVER WENDELL. **O direito comum. As origens do direito anglo-americano.** Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, 1967.

HUISMAN, DENIS. **Dicionário dos Filósofos.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GOYARD-FABRE, SIMONE. **Montesquieu**, in HUISMAN, DENIS. *Dicionário dos Filósofos.* São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HASSEMER, WINFRIED. **Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei**, in *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, KAUFMANN, ARTHUR, e HASSEMER, W. (org.). Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

KAUFMANN, Arthur. **A problemática da filosofia do direito ao longo da história**, in *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. KAUFMANN, ARTHUR, e HASSEMER, W. (org.). Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, HANS. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, HANS. **Teoria geral do direito e do Estado.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOZICKI, KATYA. **H.L.A. HART: A hermenêutica como via de acesso para uma significação interdisciplinar do direito.** Florianópolis, 1993. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito e da Política). Curso de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina.

KOZICKI, KATYA. **Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas.** Florianópolis, 2000. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina.

LAFER, CELSO. **A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LENIN, VLADIMIR ILITCH. **O Estado e a Revolução in Obras escogidas.** Moscou: Editorial Progreso.

LUDWIG, CELSO LUIZ. **Formas da razão. Racionalidade jurídica e fundamentação do direito.** Curitiba, 1997. Tese. (Doutorado em Filosofia do Direito). Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

LUDWIG, CELSO LUIZ. **A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir da filosofia de Enrique Dussel.** Curitiba, 1993. Dissertação. (Mestrado em Filosofia do Direito). Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

LAMEGO, JOSÉ. **Hermenêutica e jurisprudência.** Lisboa: Editorial Fragmentos, 1990.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** Lisboa: Calouste Gulbenkian. 3.^a edição, 1997. Tradução de José Lamago.

MARX, KARL. ENGELS, FRIEDRICH. **Obras Escolhidas**, tomo I. Lisboa: Edições Avante, 1982.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 1999, 18.^a edição.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. **O Espírito das Leis.** Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

MORAIS, FERNANDO. **Chatô. O rei do Brasil.** São Paulo: Cia das Letras, 1994.

MOUFFE, CHANTAL. **O regresso do político.** Lisboa: Gradiva, 1996.

OSTROWER, FAYGA. **Criatividade e processos de criação**. Petrópolis: Vozes, 9.^a edição, 1993

PERELMAN, CHAIM. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERELMAN, CHAIM. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERELMAN, CHAIM e OLBRECHTS-TYTECA, LUCIE. **Tratado da argumentação. A nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 5.^a edição, 2002.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2.^a edição, 1958.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial, tomo LIII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966.

POUND, ROSCOE. **Justiça conforme a lei**. São Paulo: Ibrasa, 1965.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Coimbra: Armênio Amado, Editor, 6.^a edição, 1979. Tradução de L. Cabral de Moncada.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 11.^a ed., 1986.

REALE, MIGUEL. **O direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 2.^a edição fac-similar, 1992.

REALE, MIGUEL. **Teoria do direito e do Estado**. São Paulo: Saraiva, 5.^a edição, 2003.

ROTHEMBURG, WALTER CLAUDIUS. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. São Paulo: Freitas Bastos, volume 1.

SARLET, INGO WOLFGANG. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.^a edição, 2001.

SAVIGNY, FRIEDRICH KARL. **Storia del diritto romano nel medio evo**. Torino: Gianini e Fiore, Editori, 1854. Tradução do alemão por Emmanuele Bollati.

SAVIGNY, F.K. **Sistema del derecho romano actual**. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 2.^a edição, tomo 1.^o.

SAVIGNY, F.K. **Metodologia Jurídica**. Campinas: Edicamp, 2002.

SAVIGNY, F. K. **De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1946.

SICHES, LUIS RECASENS. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. México: Editorial Porrúa SA, 3.^a edição, 1980.

SICHES, LUIS RECASENS. **Tratado general de filosofía del derecho**. México: Editorial Porrúa SA, 7.^a edição, 1981.

TRINDADE, ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**, vol. II. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1.^a edição, 1990.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: C. Gulbenkian, 1980. Tradução de A. M. Botelho Hespanha.

VIEHWEG, THEODOR. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz. Brasília: Editora UnB/Ministério da Justiça, 1979.