

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NIVEL DOUTORADO

**DECISÃO E HISTÓRIA: UMA EXPLORAÇÃO DA EXPERIÊNCIA JURÍDICA A PARTIR DAS
ESTRUTURAS BASAIS DA DECISÃO JUDICIAL**

RAFAEL TOMAZ DE OLIVEIRA

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo, Março de 2013

RAFAEL TOMAZ DE OLIVEIRA

**DECISÃO E HISTÓRIA: UMA EXPLORAÇÃO DA EXPERIÊNCIA JURÍDICA A PARTIR DAS
ESTRUTURAS BASAIS DA DECISÃO JUDICIAL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo, Março de 2013

O337d Oliveira, Rafael Tomaz
Decisão e história: uma exploração da experiência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial / por Rafael Tomaz de Oliveira. 2013.
161 f. ; 30cm.

Tese (Doutorado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos -- Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2013.

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.

1. Decisão jurídica. 2. Hermenêutica. 3. Metaforologia. 4. Metodologia Jurídica. 5. Epistemologia Jurídica.I. Título. II.

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
 UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
 PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
 NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: **"DECISÃO E HISTÓRIA: uma exploração da experiência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial"**, elaborada pelo doutorando **Rafael Tomaz de Oliveira**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 19 de março de 2013.



Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira

Membro: Dr. Ernildo Jacob Stein

Membro: Dr. Darci Guimarães Ribeiro

Membro: Dr. Alfredo Santiago Culleton



Dedicado à memória de meu Pai,
MANOEL HENRIQUE TOMAZ DE OLIVEIRA.

AGRADECIMENTOS

Quando um trabalho que ocupou um espaço temporal de quatro anos na vida da gente termina, ficamos um sentimento muito parecido com a solidão. A impressão é que aquilo que dominava nossos pensamentos a toda hora e a todo momento, povoando nalguns casos inclusive os nossos sonhos, vai se desvanecendo aos poucos... indo embora do nosso convívio. Fica, tão somente, a lembrança da *angustia* como um sentimento presente naqueles que precisam exercitar a escrita para compor os trabalhos científicos no universo da pós-graduação em ciências humanas e sociais.

Muito presente, também, é a lembrança das pessoas que, de alguma forma, contribuíram para a realização do trabalho.

Nesse sentido, quero nomear aqui – correndo o risco de deixar de fora deste inventário pessoas importantes – alguns desses Amigos e Amigas que são, na verdade, co-participes dessa minha empreitada acadêmica.

Assim, agradeço à minha doce – e já quase esposa – CAROLINA, pela assistência constante. Agradeço-a, ademais, por ter acreditado em mim mesmo nos momentos em que, eu mesmo, colocava em dúvida minhas capacidades e aptidões.

À minha mãe, MARIA APARECIDA PAGANELLI DE OLIVEIRA, minha insparação constante de força e perseverança.

Agradeço também ao prof. Dr. ERNILDO STEIN de quem hoje tenho a honra de ser um frequente interlocutor. Muito embora – a verdade deve ser dita – compartilhe eu da

opinião do prof. Dr. ALBANO PEPPE para quem, diante de ERNILDO STEIN, há apenas uma ação possível: escutar.

Ao prof. Dr. LENIO LUIZ STRECK, pela dedicada orientação desta pesquisa e pelo apoio perene.

À CLARISSA TASSINARI, querida Amiga, pela ajuda inestimável.

Ao ARIEL KOCH GOMES pelo convívio e produtivos diálogos.

Ao PAULO CÉSAR PINTO DA SILVA, pelo apoio logístico na finalização do texto.

Aos meus parceiros ANDRÉ KARAM TRINDADE, GEORGES ABBOUD, HENRIQUE GARBELLINI CARNIO, MARCOS FANTON, FRANCISCO BORGES MOTTA, MAURÍCIO RAMIRES, ADALBERTO HOMMERDING, DANILO PEREIRA LIMA e JADER MARQUES.

Aos colegas da Turma de Doutorado de 2009 da UNISINOS.

Aos professores Doutores MARCELO CATTONI, ALEXANDRE MORAIS DA ROSA, LEONEL SEVERO ROCHA, JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO e JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAIS.

À minha Amiga de todas as horas TAYARA TALITA LEMOS.

E ao CNPq pelo apoio financeiro sem o qual esta pesquisa não seria possível.

RESUMO

As presentes reflexões têm como objeto a decisão judicial e pretendem investigar as *condições sob as quais se assenta uma decisão judicial*. Vale dizer, pretende-se aqui dar conta daquilo que acontece e está implicado no momento em que uma questão jurídica é decidida. Pretende-se tomar o fenômeno da decisão judicial como objeto da análise para perguntar por aquilo que o sustenta e que está pressuposto na atividade do agente decisor. Quer-se saber se é possível afirmar a existência de um tecido básico que indique como os conceitos que são articulados e operacionalizados pelo autor de uma decisão jurídica podem produzir sentido. Essas questões colocam, no primeiro plano da análise, o problema da *recuperação do sentido histórico* e as possibilidades teóricas que nisso estão implicadas. As respostas a essas questões demandam a construção de ferramentas teóricas que permitam investigar o elemento da historicidade do sentido. Essa investigação se vale da hermenêutica produzida no século XX complementada pelo elemento epistemológico da história dos conceitos e da metaforologia para construir o seu quadro teórico de análise. Valendo-se desses instrumentos, a pesquisa procura apontar para o fato de que as abordagens que incorporam as bipolaridades tradicionais para retratar o problema da decisão, tais quais: *universal-particular; direito-fato; lei-caso etc.*, acabam por eclipsar o verdadeiro elemento basal que sustenta a experiência jurídica e que emerge das configurações culturais e morais que compõem o horizonte de sentido da comunidade política.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão jurídica; História; Hermenêutica; História dos Conceitos; Metaforologia; Metodologia Jurídica; Epistemologia Jurídica.

ABSTRACT

These reflections have as object the judicial decision and intend to investigate the conditions under which a court decides. That is, we intend to give an account here of what happens and what is implicated when a legal issue is decided. It is intended to take the phenomenon of judicial decision as an object of analysis to ask for what sustains it and it is presupposed on the agent decider activity. We want to know if it is possible to affirm a basic fabric showing how the concepts that are articulated and operationalized by the author of a legal decision may make sense. These issues place in the foreground of the analysis, the problem of recovering the historical sense and the theoretical possibilities that are involved in it. The answers to these questions require the construction of theoretical tools that allow investigating the element of the historicity of meaning. This research makes use of hermeneutics in the twentieth century produced complemented by the element of epistemological history of concepts and metaforology. Making use of these instruments, the research tries to point out that the traditional approaches that incorporate traditional bipolarities to portray the decision problem, such as: universal-particular; law-fact, statute-case etc., end up eclipsing the true basal element that sustains the legal experience and that emerge from cultural and moral settings that makes up the horizon of sense of political community.

KEYWORDS: Judicial Decision; History; Hermeneutics; History of Concepts; Metaforology; Legal Methodology; Legal Epistemology.

RESUMEN

Estas reflexiones tienen como objeto la decisión judicial y pretenden investigar las condiciones en que un tribunal decide. Es decir, tenemos la intención de dar cuenta de lo que sucede y está implicado cuando una cuestión jurídica es decidida. Se tiene la intención de tomar el fenómeno de la decisión judicial como objeto de análisis a preguntar por lo que sostiene y por lo que es supuesto en la actividad del agente decisor. Queremos saber si es posible afirmar un tejido básico que muestra cómo los conceptos que se articulan y son puestos en funcionamiento por el autor de una decisión judicial pueden producir sentido. Estas cuestiones colocan en el primer plano del análisis, el problema de la recuperación del sentido histórico y las posibilidades teóricas que están involucrados en ella. Las respuestas a estas preguntas requieren la construcción de herramientas teóricas que permiten investigar el elemento de la historicidad del sentido. Esta investigación hace uso de la hermenéutica en el siglo XX producida complementada por el elemento epistemológico de la historia de los conceptos y por la metaforología para construir su marco teórico de análisis. Haciendo uso de estos instrumentos, la investigación trata de señalar que los enfoques que incorporan bipolaridades tradicionales para representar el problema de decisión, tales como: universal-particular; ley-hecho, ley-caso, etc, acaban eclipsando el verdadero elemento basal que sostiene la experiencia jurídica y que surge de las configuraciones culturales y morales que constituyen el horizonte de sentido de la comunidad política.

PALABRAS CLAVE: Decisión jurídica; Historia; Hermenéutica; Historia de los conceptos; Metaforología; Metodología Jurídica; Epistemología Jurídica.

Penetra surdamente no reino das palavras.
Lá estão os poemas que esperam ser escritos.
Estão paralisados, mas não há desespero,
há calma e frescura na superfície intata.
Ei-los sós e mudos, em estado de dicionário.
Convive com teus poemas, antes de escrevê-los.
Tem paciência, se obscuros. Calma, se te provocam.
Espera que cada um se realize e consume
com seu poder de palavra
e seu poder de silêncio.
Não forces o poema a desprender-se do limbo.
Não colhas no chão o poema que se perdeu.
Não adules o poema. Aceita-o
como ele aceitará sua forma definitiva e concentrada
no espaço.

CARLOS DRUMMOND DE ANDRADE, *Procura da Poesia*

Só se consegue abordar de fato a história quando não se fica repetindo simplesmente o que foi dito, ou seja, quando não se apela simplesmente de maneira dogmática para a filosofia anterior, seja a de Aristóteles ou a de Kant; *a história só nos remete ao essencial se ela mesma é levada a co-filosofar por meio do vivo filosofar.*

MARTIN HEIDEGGER, *Introdução à Filosofia*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
CAPÍTULO I – A necessidade da pergunta acerca dos problemas fundamentais da decisão jurídica	39
1.1 Configurações elementares acerca da decisão jurídica: o contexto dos estilos de vida jurídicos que compõem a tradição jurídica ocidental	39
1.1.1 Estilo de vida romano-canônico: a decisão jurídica no contexto da bipolaridade entre universal e singular	40
1.1.2 Estilo de vida do <i>common Law</i>	48
1.2 A inevitável aproximação entre decisão jurídica e história: entre o problema da história e a história do problema.....	62
CAPÍTULO II – O Problema da História	78
2.1 A história enquanto problema filosófico: o giro linguístico e a questão do fundamento	78
2.2 A hermenêutica e a sua relação com o problema da história	85
2.2.1 O papel de Heidegger e da sua fenomenologia hermenêutica.....	85
2.2.2 O Programa Gadameriano de uma Hermenêutica Filosófica	92
2.2.2.1 As principais diferenças entre a filosofia hermenêutica de Heidegger e a hermenêutica filosófica de Gadamer	94
2.2.2.2 <i>Verdade e Método</i> e seu contexto: nem teoria geral da interpretação, nem nova proposta metodológica para as Ciências do Espírito	96
2.3 A história dos conceitos (<i>Begriffsgeschichte</i>): a proposta de um quadro teórico para se pensar o movimento do tempo histórico.....	105
2.3.1 Origens e estado atual dos estudos sobre a História dos Conceitos (<i>Begriffsgeschichte</i>)	105
2.3.2 A relação entre a História dos Conceitos (<i>Begriffsgeschichte</i>) e a metáforologia (<i>Metaphorologie</i>) de Hans Blumenberg	113
2.3.3 A <i>história dos conceitos</i> na obra de Reinhart Koselleck.....	117
CAPÍTULO III – A História do Problema.....	129
3.1 Positivismo e Decisão: uma primeira aproximação	129
3.2 As diferentes manifestações do positivismo e o modo com que cada uma delas lida com o problema da decisão	134
3.2.1 Positivismo legalista	134
3.2.2 Positivismo normativista	136
3.2.2.1 Norma, Decisão e ordenamento no contexto do positivismo normativista	137
3.2.2.2 A hierarquia normativa e Unidade do Ordenamento.....	144
3.2.2.3 Ordenamento, sistema e decisão: o problema das antinomias.....	148
3.2.2.4 O mito da completude do ordenamento: a questão das lacunas do ordenamento	150
3.3 A <i>Ciência Dogmática do Direito</i> : a decisão no contexto da teoria sobre o método jurídico.....	155
3.3.1 Escola da Exegese	162
3.3.2 Escola Histórica.....	165
3.3.3 Jurisprudência dos Conceitos	169
3.3.4 Jurisprudência dos Interesses.....	173
3.3.5 Jurisprudência dos Valores	178
3.3.5.1 Karl Larenz	180

3.3.5.2 Josef Esser	183
3.3.5.3 Considerações a Jurisprudência dos valores e a jurisprudência do <i>Bundesverfassungsgericht</i>	185
3.3.5.4 Crítica à “recepção” da Jurisprudência dos valores pela doutrina brasileira.....	188
3.4 A discussão da decisão em um outro contexto: a contribuição da experiência estadunidense para a compreensão do problema.....	191
3.4.1 Os debates sobre o papel do Judiciário e o fortalecimento da noção de “pré- compromisso”: o exemplo privilegiado da <i>judicial review</i>	191
3.4.2 O debate sobre a decisão no âmbito da teoria do direito: o caso Posner-Dworkin	200
CAPÍTULO IV – ESTRUTURAS BASAIS DA DECISÃO E A SUA RELAÇÃO COM O PROBLEMA DA MORAL	208
4.1 Considerações Preparatórias.....	208
4.2. Estruturas basais da decisão jurídica: o <i>a priori compartilhado</i> e sua manifestação na experiência dos Princípios Constitucionais	210
4.3 Decisão jurídica, <i>a priori compartilhado</i> e moral no exemplo privilegiado de uma discussão com Luigi Ferrajoli	214
4.3.1 O elemento hermenêutico do direito e a explicitação das estruturas basais da decisão	221
4.3.2 A exploração da discussão anterior no contexto de um caso concreto: a questão da inconstitucionalidade da LC 135/2010	226
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	243
REFERÊNCIAS	259

INTRODUÇÃO

I. Considerações preliminares: eixo temático da investigação e apresentação da hipótese de trabalho

Este trabalho trata da decisão judicial. Quer ele se aproximar de seus problemas fundamentais tendo como intento oferecer uma resposta à conhecida pergunta: *como são decididas as questões jurídicas?* Na verdade, a invocação do *como*, no modo como a pergunta aparece formulada, não capta com a fineza necessária aquilo que é o objetivo central da tese. Até porque essa questão já fora respondida e devidamente trabalhada por outros autores.¹ Melhor seria dizer que a proposta da pesquisa se resume a investigar as *condições sob as quais se assenta uma decisão judicial*. Vale dizer, pretende-se aqui dar conta daquilo que acontece e está implicado no momento em que uma questão jurídica é decidida.

Pretende-se tomar o fenômeno da decisão judicial como objeto da análise para perguntar por aquilo que o sustenta e que está pressuposto na atividade do agente decisor. Queremos saber se é possível afirmar a existência de um tecido básico que indique como os conceitos que são articulados e operacionalizados pelo autor de uma decisão jurídica podem produzir sentido. E, concomitantemente, se é possível afirmar qual seria a forma adequada de se perguntar por esse sentido. Essas questões colocam, no primeiro plano da análise, o

¹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, *passim*.

problema da *recuperação do sentido histórico* e as possibilidades teóricas que nisso estão implicadas.

Portanto, a pressuposição desse *a priori* compartilhado, dessa razão hermenêutica, desse imaginário que compõe o horizonte dos estilos de vida que configuram a cultura ocidental, não podem ser explicados a partir da experiência imediata, mas, sim, demandam a construção de ferramentas teóricas que permitam investigar o elemento da historicidade do sentido. Essa investigação se vale da hermenêutica produzida no século XX complementada pelo elemento epistemológico da história dos conceitos e da metaforologia para compor o seu instrumental de pesquisa.

De plano, é preciso consignar que muitos autores já observaram, na decisão jurídica, a incidência desse elemento histórico. Por óbvio, a concretização da norma em um caso jurídico concreto pressupõe a mediação do agente decisor com relação à interpretação de um conjunto de textos e à reconstrução de fatos que lhe são distantes temporalmente. *Essa simples constatação permite-nos afirmar que existe um vínculo entre decisão jurídica e história. Sendo ainda mais preciso: existe um vínculo entre a decisão jurídica e o problema da recuperação do sentido da história.*

Esse vínculo, aparentemente, permanece impensado no contexto da teoria do direito.

O cânone jurídico, em seus mais variados desdobramentos, criou uma série de imagens que procuravam retratar o acontecimento decisório no direito. Contemporaneamente, autores importantes têm se debatido em controvérsias infundáveis sobre o caráter da decisão jurídica; o tipo de racionalidade que nela está implicada; sobre aquilo que constitui a sua melhor descrição. Mas não há a explicitação desse elemento que vincula *decisão jurídica e*

história e o seu conseqüente enfrentamento. É certo que, em uma série de autores – como será demonstrado no decorrer deste trabalho – essa questão aparece pressuposta, como uma espécie de *actus exercitus*. O nosso objetivo aqui, contudo, é alçar esse vínculo a objeto principal da investigação, alçando-o à condição de *actus signatus*.²

Objetivamos trazer a questão à dimensão *intencionada* para poder fazer aparecer a dimensão *atencionada*, que é, mais propriamente, a dimensão daquilo que aqui estamos chamando de estruturas basais da decisão jurídica.

Nessa medida, a hipótese de trabalho assumida pela pesquisa é a de que a história, enquanto questão nuclear que engloba problemas morais, epistemológicos e interpretativos, é o acontecimento determinante a ser explorado para desvendar-se o espaço pressuposto que sustenta as decisões jurídicas.

Quer-se dizer que as perspectivas tradicionais de abordagem dos problemas relativos à decisão jurídica estabelecem respostas insatisfatórias para a questão, justamente por não enfrentarem o problema da história que incide no âmbito da decisão jurídica. Na maior parte delas, pressupõe-se a possibilidade de múltiplas escolhas por parte do julgador. Enquadra-se, nesse sentido, a tarefa de decidir um caso jurídico como uma atividade de escolha entre várias alternativas possíveis de solução. Um quadro semântico-sintático que pode ser preenchido, pragmaticamente, pelos órgãos que desempenham a função judicante. Em outras palavras: concebe-se a decisão como um sinônimo de escolha. Entre as diversas

² Cf. STEIN, Ernildo. *Pensar e Errar: Um ajuste com Heidegger*. Ijuí: Unijuí, 2011, p. 155. Explicando o significado das expressões, Stein afirma que, para Heidegger, “além dos atos que são *intencionados*, existem os atos que são *atencionados*. Os antigos falavam em *actus exercitus* (*intentio obliqua*), que é um ato que acompanha o *actus signatus* (*intentio recta*) do qual temos consciência. (...) Gadamer, ao ouvir Heidegger afirmar que a fenomenologia era capaz de trazer à tona não apenas o universo intencionado, mas também o universo atencionado, no qual nos movemos nos nossos atos quando nos relacionamos com pessoas, coisas, objetos, viu abrir-se um horizonte novo para a filosofia.” De se consigar que é dessa dimensão *atencionada* que retiramos a ideia de “estruturas basais” das decisões jurídicas.

possibilidades projetadas pelo caso concreto judicializado e pelas hipóteses abstratas previstas nas estruturas jurídicas, deveria o julgador escolher aquela que melhor se adequasse a alguma “régua” criada pelo teórico para legitimar o decidido. Uma escolha racional, pode-se dizer, que pode estar habilitada por um procedimento específico de legitimação, ou por uma avaliação de meios e fins, e que determine qual a opção ótima para dar solução ao caso posto.

A constatação prévia que guia esta investigação é a de que esse modelo de decisão racional para o direito está esgotado. Simplesmente não apresenta um resultado satisfatório para o enfrentamento do principal problema que é, justamente, a imprevisibilidade decisional. E isso é assim porque esse modelo tende a pensar o problema a partir de uma perspectiva *logocêntrica*, que exclui o problema da história, da recuperação do sentido, de sua esfera de preocupações. Na verdade, opera-se um processo de destilação: exclui-se do problema da decisão jurídica aquilo que poderia torná-lo irracional e fixa-se apenas naquilo que pode ser racionalizável. Assim, o problema do sentido, que é um problema intimamente ligado à questão da história, fica – na melhor das hipóteses – relegado a um segundo plano.

Mas, é exatamente o resultado dessa exclusão das questões turvas e “irracionais” que envolvem o problema da história que causa as situações pitorescas que se verificam a partir da aceção comum desse relativismo decisório da “escolha racional”. Questões como aquelas que emanam daquilo que já se nomeou no Brasil como “jurisprudência lotérica” ocorrem, justamente, em face do espaço deixado de fora pelas propostas de “decisão racional”.

Esta investigação procura demonstrar que isso acontece porque, ao se excluir o problema da história do contexto de decisão – apresentando o agente julgador como sendo o ator social que escolhe a alternativa mais adequada para a solução do caso segundo critérios

puramente lógicos ou econômico-sociais – torna-se possível que essa justificação se dê de forma manipulada ou arranjada.

Surge, então, a necessidade de se pensar o problema da decisão jurídica a partir de um abalo da lógica, vale dizer, colocar a questão de um modo não logocêntrico. Essa ultrapassagem do logocentrismo segue, desde logo, a estratégia própria do pensamento de Hans Blumenberg, que se manifesta na tentativa de apreensão do *iter* que existe entre *mythos* e *logos*. Com efeito, as histórias que condicionam, subterraneamente, nossas “escolhas racionais” muito têm a nos dizer sobre a nossa cultura e o modo como imaginamos a nossa vida em sociedade. A aposta que aqui se faz é que essa dimensão subterrânea, de histórias, pode levar-nos para além de um contexto de escolhas e permitir-nos investigar os elementos de decisão. Isso significa superar as impositões teóricas que pretendem retratar a decisão judicial como escolha, em direção à apreensão do fenômeno da decisão enquanto tal.

Nesse sentido, a tese procura aproximar o problema da decisão judicial dos problemas da história, lançando-se, portanto, na investigação daquilo que é deixado em um segundo plano pelas teorias logocêntricas da decisão judicial.

Trata-se de recolocar – ou repetir, em linguagem heideggeriana – a questão das configurações conceituais que circulam em torno da decisão judicial: universal e particular, subsunção, síntese, escolha, moral, etc., são exemplos de conceitos que são articulados pelos juristas para descrever esse ambiente complexo e, no mais das vezes, quase que inefável que é o da decisão judicial.

Como já se disse, a repetição da pergunta realizada pela investigação pretende avaliar as configurações conceituais que povoam o horizonte da decisão jurídica a partir de uma aproximação com o problema da história.

Tal aproximação segue o rastro de duas pistas: a primeira retirada de uma intuição de Hans-Georg Gadamer³ sobre a relação entre história do direito e dogmática jurídica – algo que aparece também, com diversa intencionalidade e desdobramento teórico, em Emillio Betti⁴; a segunda retirada do pecúlio comum; de um imaginário difuso entre os juristas, que tende a encarar a tarefa do juiz como uma atividade similar ou até mesmo equiparada à do historiador.

I.I. Nos rastros de uma intuição gadameriana

No primeiro caso, a relação proposta por Gadamer entre história e direito; ou história e dogmática jurídica, surge no contexto de sua exposição do conceito de *applicatio*, nos termos trabalhados em seu *Verdade e Método*. Como se sabe, Gadamer retira, daquilo que ele chama de “significado paradigmático da hermenêutica jurídica”⁵, alguns dos indícios para a construção de seu conceito de *applicatio* que, no caso, é estendido à experiência da arte e da história. A *applicatio*, nesse sentido, seria um dos elementos a compor a universalidade da hermenêutica. No caso específico que interessa a esta investigação, Gadamer coloca a questão da *applicatio* no contexto da discussão entre historicismo e hermenêutica, ou seja, se existe uma autonomia para a hermenêutica histórica e para a hermenêutica jurídica. Em um texto de 1968 – portanto, posterior a *Verdade e Método* – chamado *Hermenêutica Clássica e Hermenêutica Filosófica*, Gadamer volta a referir-se ao caráter paradigmático da hermenêutica jurídica para a compreensão global da hermenêutica filosófica. No caso, ele analisa o papel desempenhado pela interpretação do direito romano nas circunstâncias históricas da “recepção”. Nos termos propostos pelo filósofo, *a questão* [posta pela recepção –

³ Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II. Complementos e Índice*. Petrópolis: Vozes, 2004, pp.129-130.

⁴ Cf. BETTI, Emilio. *Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Em especial os capítulos iniciais.

⁵ Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método*. Salamanca: Sígueme, pp. 396 e segs.

acrescentei] *não era apenas compreender os juristas romanos, mas também aplicar a dogmática do direito romano ao universo cultural moderno.*⁶ Vale dizer, mesmo a compreensão e interpretação dos textos históricos do direito romano estavam revestidas do caráter de *applicatio*. Nessa medida, Gadamer destaca que o surgimento dos modernos códigos de leis acabou por afastar a interpretação do direito romano desse interesse dogmático, fazendo com que ela se tornasse um problema quase que exclusivo da história do direito. Ou seja, o interesse passa a ser meramente disciplinar e não diretamente aplicativo.

Independentemente desse acontecimento, mesmo com o advento da codificação, a tarefa da hermenêutica jurídica continuou sendo a “superação do incomensurável hiato entre a generalidade do direito estabelecido e a concreção do caso individual”. Vale dizer: o problema hermenêutico que continua legitimado em toda a ciência jurídica é a sua constante tarefa de aplicação.

Note-se: a argumentação gadameriana segue a trilha das investigações acerca do direito romano para mostrar que, em um determinado momento, a compreensão do acontecimento histórico que foi o direito romano e a dogmática concreta do direito vigente praticamente se confundiam (era o tempo da recepção). Em um momento posterior – depois do acontecimento da codificação – o interesse dogmático que cercava as investigações a respeito do direito romano se dilui no mero estudo disciplinar da história do direito. Evidentemente, a principal intenção que determina essa construção do filósofo é a evidenciação de que, independentemente daquilo que se tenha como objeto da interpretação jurídica, o seu problema hermenêutico fundamental continua sendo o da aplicação.

⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II...* cit., p. 129.

Em *Verdade e Método*, Gadamer analisa a diversidade de funções que são desempenhadas pelo jurista dogmático e pelo historiador do direito. Assim o faz justamente para investigar se existe, efetivamente, uma diferença significativa entre a hermenêutica jurídica e a hermenêutica histórica. Nesse aspecto, o filósofo realiza um confronto com a posição defendida por Emilio Betti, que procura cravar a referida autonomia para cada uma dessas dimensões da hermenêutica (a histórica e a jurídica). A descrição de Betti apóia-se na ideia de que o jurista dogmático procura determinar uma solução jurídica adequada para um caso específico que lhe é apresentado, ao passo que o historiador do direito não trabalha com nenhum caso dado. Na formulação bettiana, o historiador do direito não faria outra coisa senão determinar o sentido do direito representando construtivamente na totalidade de sua aplicação. A atividade do jurista seria mais particularista do que a do historiador. Por outro lado, Betti reconhece que, em sua ocupação, o jurista dogmático percorre todo um conjunto de textos situados em um momento distante do tempo e, desse modo, precisará lidar com as questões históricas para poder adaptar de forma adequada o sentido de uma lei à situação que se apresenta. Para a interpretação da lei/direito no presente importa conhecer seu sentido originário, que se encontra em um ponto da história diverso daquele que ocupa o intérprete. Todavia, seu interesse está ligado, necessariamente, à determinação do sentido da lei/direito no presente imediato. Já o historiador pensaria este sentido objetivamente, congelado no momento histórico por ele investigado.

Para Gadamer, porém, a situação hermenêutica é a mesma tanto para o jurista quanto para o historiador. Também o papel desempenhado pela distância temporal existente entre o jurista e o objeto de sua interpretação será distinto daquele observado por Betti. Nas palavras do filósofo: *no hay acceso inmediato al objeto histórico, capaz de proporcionarnos*

*objetivamente su valor posicional. El historiador tiene que realizar la misma reflexión que debe guiar al jurista.*⁷

Novamente, é perceptível nessa passagem a preocupação gadameriana em ressaltar o caráter de *applicatio* que também se apresenta na atividade do historiador. O caminho percorrido pelo filósofo, portanto, vai do exemplo privilegiado da hermenêutica jurídica em direção ao historiador, estabelecendo, assim, um liame entre os dois.

Este trabalho, por sua vez, procura fazer o caminho de volta (do historiador para o jurista; do problema da história para o do direito). Com efeito, para poder reencontrar os fios que ligam o problema da história e da compreensão de seu sentido com o problema da decisão jurídica, será necessário identificar os nexos originários que forjam a relação entre história e direito. Isso para poder tornar visível que a mediação entre o passado e o presente é um elemento essencial para a atividade do jurista e uma condição inescapável para a decisão judicial.

I.II. Indicações do imaginário jurídico-social

Também o imaginário⁸ jurídico-social apresenta indicativos que dão conta dessa relação originária entre decisão jurídica e história. Veja-se, por exemplo, uma exortação

⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método...* cit., p. 399.

⁸ O termo imaginário é utilizado aqui não em um sentido negativo, de alienação ou encobrimento do significado, mas, sim, em um sentido positivo, de apresentação de indícios que permitem descrever formas ou modelos a partir dos quais um grupo de pessoas imaginam sua existência em sociedade e projetam expectativas sobre o tratamento de algumas imagens, temas e interesses sociais. Trata-se de um sentido próximo àquele utilizado por Benedict Anderson em seu *Comunidades Imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, *passim*. Na esteira de Anderson, também Charles Taylor compõe neste sentido a sua descrição daquilo que ele chama de “imaginários sociais modernos”. O esclarecimento realizado por Taylor em torno do sentido empregado por ele para a palavra “imaginário”, bem como a sua diferenciação com relação à ideia de teoria, nos ajuda a elucidar o sentido que se pretende alcançar nesta investigação. Nos termos propostos por Taylor: “quero me referir a ‘imaginário social’ aqui, e não a teoria social, pois existem importantes diferenças entre os dois. Há, na verdade, inúmeras diferenças. Refiro-me a ‘imaginário’ (i) porque falo sobre o modo como as pessoas comuns ‘imaginam’ seus contornos sociais, e isto geralmente não é expresso

feita pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal, o ministro Carlos Ayres Britto. Com efeito, em uma das sessões do julgamento da Ação Penal n. 470, o ministro mencionou que a atividade do juiz – no momento de análise do contexto probatório que instrui uma ação – representa um ato de historiar o fato que dá origem ao caso examinado.

Em um sentido mais técnico e científico, essa dimensão historial do direito e de seu elemento decisório também se manifesta de maneira exemplar. O surgimento do estudo universitário do direito em Bolonha, nos séculos XI e XII, é um acontecimento que denota a particular e originária relação entre direito e história. Com efeito, as questões que ocupavam os estudantes e reclamavam sua dedicação e seus esforços eram retiradas de uma civilização extinta, distante quase seis séculos do tempo em que eram efetivamente estudadas. Trata-se do direito romano legado por Justiniano. A relação – quase arqueológica – que esses estudantes desenvolveram com esse produto histórico projetou expectativas e acarretou uma série de consequências normativas para aquele momento histórico. Autores como Harold Berman, por exemplo, chegam a mencionar esse elemento como uma verdadeira revolução que lançou as bases para a construção do movimento científico que caracterizaria a modernidade.⁹

A obra de autores como Savigny e do primeiro Ihering também são marcadas por esse papel determinante da história nos quadros de formação do direito e de sua teoria. Evidentemente, as expectativas mudam. Os horizontes através dos quais elas são projetadas também são outros. Compõem-se, com isso, marcos investigatórios; pistas deixadas pela

em termos teóricos, mas levado em imagens, histórias, lendas etc. (ii) a teoria é frequentemente a propriedade de uma pequena minoria, embora o interessante no imaginário social é que ele é compartilhado por grandes grupos de pessoas, se não por toda a sociedade. Isto conduz a uma terceira diferença: (iii) o imaginário social é aquele entendimento comum que torna possível as práticas comuns e um senso amplamente compartilhado de legitimidade” (TAYLOR, Charles. *A Era Secular*. São Leopoldo: Unisinos, 2010, p. 211).

⁹ BERMAN, Harold. *Direito e Revolução: A formação da tradição jurídica medieval*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 190.

história que nos permitem realizar uma descrição da cultura e das expectativas normativas que compunham cada um desses quadros históricos.

De todo modo, esse conjunto de elementos permite determinar a proximidade que existe entre direito e história. Como ficará claro no decorrer deste trabalho, essa proximidade é ainda maior se vista no interior do ambiente da decisão judicial.

Mas, de plano, cabe uma advertência. Este trabalho não pretende afirmar, ao final, que decidem melhor os juízes que conhecem história. Em primeiro lugar, a análise realizada não coloca a lente sobre as questões intimamente ligadas à subjetividade. Não interessa, aqui, a decisão do juiz enquanto indivíduo, mas sim os contextos institucionais que emanam da posição que ele ocupa. Nesse sentido, a história não é uma opção; é “condição de possibilidade”. Mesmo as decisões ruins, também elas são o resultado de uma mediação entre presente e passado. Também são frutos dessa confluência entre direito e história. A questão, portanto, não é conhecer a história em sua totalidade para termos melhores julgamentos. A finitude é uma condição. Paradoxalmente, entretanto, é justamente por sermos seres finitos que a necessidade do sentido surge para nós como um destino. A grande questão é: lançar luz sobre esse elemento histórico pode criar condições para melhores justificações do “decido”. Em outras palavras, nestes termos, a questão da fundamentação fica melhor colocada.

II. Indicações sobre o Quadro Referencial Teórico que conforma a Investigação

É conhecida a afirmação de Eric Hobsbawn que apresenta *o século XX como o século mais curto de toda história*¹⁰. Certamente, essa enunciação do historiador inglês é reflexo dos eventos que marcaram profundamente o século passado: duas guerras com um

¹⁰ HOBSPATH, Eric. *Interesting Times. A Twentieth-Century Life*. Nova York: Pantheon Books, 2002. Em especial, pp. 411 e segs.

potencial destrutivo jamais vivenciado em outros períodos; a grande depressão econômica que praticamente levou à falência todo o sistema capitalista; o *new deal*; as democracias do segundo pós-guerra; os movimentos pela efetivação dos direitos humanos, etc... todos acontecimentos que levaram esse mesmo autor a nomear o século XX como “A Era dos Extremos”.

Pois esse reflexo da história – e dos extremos retratados por Hobsbawn – certamente produziu efeitos nas concepções filosóficas e científicas que pulularam, numa quantidade absurda de diferentes propostas, nesses tempos extremos.

De fato, não é exagero afirmar que também no campo teórico, de produção do conhecimento, o século XX foi uma era de extremos. Em nenhuma outra época histórica existiu um número tão grande de diferentes abordagens teóricas que procuram apontar para um mesmo aspecto, problema ou objeto do mundo histórico-social.

No âmbito das ciências humanas, então, esse quadro assume uma proporção ainda mais agigantada. Com efeito, são várias as formas pelas quais se nomeia esse conflito entre diversas posições teóricas que competem, ao mesmo tempo, pelo título de estatuto primário do conhecimento de cada uma das disciplinas que compõem o universo da cultura: fala-se em *crise do fundamento*¹¹; *poluição semântica*¹²; e, até mesmo, em um *relativismo epistemológico*¹³. O campo jurídico é um terreno fértil para isso. O século XX assistiu à

¹¹ Ver quanto a isso STEIN, Ernildo. *A Caminho de uma Fundamentação Pós-Metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997. Nesse texto, afirma o autor que a crise pela qual passou a filosofia no final do século XIX e início do século XX gerou um processo de fragmentação do pensamento de modo que foi possível a produção de vários modos de filosofar que competem – concomitantemente – pela solução dos problemas filosóficos. O livro citado traz um modo interessante de colocar esse problema ao apresentar ao leitor dez modos possíveis de se fazer filosofia no século XX.

¹² Cf. STEGMÜLLER, Wolfgang. *A Filosofia Contemporânea*, Vol.I e II. São Paulo: EPU, 1977, *passim*.

¹³ Cf. D’AGOSTINI, Franca. *Analíticos e Continentais*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, pp. 175 e segs.

construção de inúmeras propostas que procuravam cuidar de solucionar os problemas teóricos e concretos da experiência jurídica.

As teorias privatistas da Alemanha pandectística e pós-pandectística (Jurisprudência dos conceitos, Jurisprudência dos interesses e Jurisprudência dos valores¹⁴); o normativismo lógico de Hans Kelsen; o jusnaturalismo culturalista de Gustav Radbruch; e, já na segunda metade do século, a ascensão das chamadas teorias *pós-positivistas*, como é o caso da teoria da argumentação de Robert Alexy e da metódica estruturante de Friedrich Müller.

No âmbito do direito anglo-saxão, o mesmo período presenciou as construções do positivismo utilitarista de Bentham e Austin, bem como as críticas lançadas por Herbert Hart à posição destes autores, que acabou por ser considerada uma forma “moderada” do positivismo jurídico. Ainda neste contexto, não se pode esquecer as críticas feitas por Ronald Dworkin ao Conceito de Direito de Hart, cujo eixo central encontra-se vinculado à refutação da tese hartiana do poder discricionário dos juízes para decidir sobre a chamada “textura aberta”, a “zona da franja” dos *Hard Cases*.

Diante desse aparente caos teórico, no interior do qual essas diversas posições – que podem até confluir para um consenso num determinado aspecto – se apresentam de maneira contraditória, o primeiro (e talvez o maior) esforço a ser empregado pelo pesquisador passa pela construção de ferramentas que lhe possibilitem encontrar, dentro desse universo complexo, algo que produza sentido.

¹⁴ Importante anotar que o termo “Jurisprudência” aqui é utilizado no sentido de “Ciência Jurídica”, sem uma específica conotação tribunalícia ou qualquer significado similar. Na verdade, *Jurisprudência dos Conceitos*, *Jurisprudência dos Interesses* e *Jurisprudência dos Valores* são expressões que traduzem um modo específico de se relacionar com o conhecimento do direito e apresentar soluções para os casos judiciais. *Desse modo, no decorrer do texto, utilizaremos a grafia da expressão com “J” para nos referirmos à Jurisprudência enquanto Ciência jurídica, ao passo que jurisprudência com “j” utilizamos para nos referirmos ao termo em seu sentido corrente, ligado às decisões seqüenciadas dos tribunais.*

Uma ferramenta interessante é desenvolvida contemporaneamente por Lorenz Puntel a partir daquilo que, no contexto de sua obra, vem sendo chamado de *quadro referencial teórico*.¹⁵ Por certo que Puntel pensa esse quadro referencial para composição de sua filosofia sistemática que, embora com reformulações e novos contornos críticos, procuram recompor uma unidade presente na tradição e que foi perdida no contexto da radicalização da filosofia analítica no século XX.

Com efeito, a construção desse quadro referencial teórico é realizada por Puntel a partir de Rudolf Carnap, que introduziu – no âmbito da filosofia analítica – o conceito de *linguistic framework*, ou, *quadro referencial lingüístico*.¹⁶ Todavia, Puntel vai além de Carnap e oferece um conceito que é ao mesmo tempo mais abrangente e mais preciso do que aquele com o qual operava este último. Como ressaltado em nota, para Carnap o quadro referencial lingüístico só era acionado no momento em que alguém queria nomear uma nova espécie de entidades.

Puntel articula o conceito da seguinte forma:

Neste livro, o termo quadro referencial é empregado em um sentido teórico abrangente, a saber, no sentido de *quadro referencial teórico*. O quadro referencial como quadro teórico designa a totalidade de todos aqueles quadros referenciais específicos (pensa-se principalmente no quadro referencial lingüístico, no lógico, no

¹⁵ Cf. PUNTEL, Lorenz. *Estrutura e Ser. Um quadro referencial teórico para um filosofia sistemática*. São Leopoldo: Unisinos, 2008, p. 27 e segs.. Na esteira do autor leia-se o seguinte: “a determinação mínima mas fundamental de filosofia, como entendida neste livro, diz que filosofia é uma atividade *teórica*, isto é, uma atividade que visa o desenvolvimento e a exposição de teorias. Para que o desenvolvimento e a exposição de uma teoria seja factível., devem ser reconhecidos e cumpridos muitos requisitos específicos. A totalidade dos fatores que preenchem esses requisitos pode ser chamada de *quadro referencial*, mais precisamente *quadro referencial teórico*.”

¹⁶ Cf. CARNAP, Rudolf. *Empiricism, Semantics, and Ontology*. Texto disponível em: http://www.philosophy.ru/library/carnap/02_eng.html>, acesso em 29.10.2010. Dentro das pretensões da filosofia de Carnap, eis uma amostra do significado do conceito: “If someone wishes to speak in his language about a new kind of entities, he has to introduce a system of new ways of speaking, subject to new rules; we shall call this procedure the construction of a *linguistic framework* for the new entities in question” [Se alguém deseja falar em sua linguagem sobre uma nova espécie de entidades, deve introduzir um sistema de novos modos de falar, sujeito a novas normas; daremos a esse procedimento o nome de construção de um *quadro referencial lingüístico* para as novas entidades em questão – em tradução livre].

semântico, no conceitual, no ontológico) que de uma ou outra maneira constituem os componentes irrenunciáveis de um quadro referencial compreensivo pressuposto por uma dada teoria. (...) o termo “quadro referencial teórico” não pode ser entendido no sentido de um sistema formal interpretado; um quadro teórico de cunho filosófico (e científico) é, antes, um instrumento que permite apreender, compreender e explicar algo (um nexos, um domínio objetual...). **Dentro de ou por intermédio de um quadro referencial teórico se faz referência a algo.**¹⁷

Podemos seguir os passos de Tércio Sampaio Ferraz Jr. para mostrar o modo como se formou a tradicional dogmática jurídica. Primeiramente, o autor mostra-nos que a dogmática jurídica, nos moldes como hoje a conhecemos, é produto de um processo histórico que só chega a cristalizar-se nos albores do século XIX, como resultado da aglutinação de três elementos centrais: a) *a jurisprudência dos romanos*; b) *a dogmaticidade dos glosadores medievais*; e c) *o racionalismo sistemático-iluminista dos séculos XVII e XVIII*¹⁸. No contexto

¹⁷ PUNTEL, Lorenz. *Estrutura e Ser. Um quadro referencial teórico para um filosofia sistemática*, cit., p. 30.

¹⁸ Conferir, para tanto, FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. Importante anotar que, no que tange à jurisprudência romana, não se pode entendê-la no modo como articulamos o termo *jurisprudência* no contexto atual. Para os romanos, a jurisprudência era uma confirmação, um fundamento do certo e do justo. Tratava-se da realização concreta da *prudência grega*, que entre os gregos permanecia retida como uma simples promessa de orientação – pela reta razão – para a ação. Na Idade Média, a teoria jurídica torna-se uma disciplina universitária, na qual o ensino era dominado por textos que gozavam de autoridade. Por certo, permanece presente o pensamento prudencial da jurisprudência romana, mas acontece uma reformulação no seu caráter: aquilo que os romanos chamavam de casos problemáticos são transformados em casos paradigmáticos pelos medievais, casos estes que deveriam expressar uma harmonia interna. Dito de outro modo, a idéia de *cúria* presente nos romanos é substituída pela idéia de escola dos medievais. Já na modernidade, a autoridade já identificada nos textos medievais passará por uma modificação decisiva, na medida em que a harmonia reivindicada deverá se adequar à ordem de um sistema abstratamente considerado segundo os padrões do pensamento matemático. Assim, a tarefa da dogmática jurídica será transformada radicalmente, na medida em que, além da simples tarefa de exegese dos textos, ser-lhe-á agregada a tarefa de posicionar os resultados de sua produção no contexto de um sistema. Idem, ibidem, p. 25 e segs. Cabe aqui também uma referência ao modo como os medievais procediam ao estudo dos textos romanos para que se tenha, com maior clareza, a influência dos glosadores e comentadores para a conformação da dogmática jurídica. Nesse sentido, Harold Berman assevera: “o *currículo* de uma Faculdade de Direito do século XII consistia, em primeiro lugar, da leitura de textos do Digesto. (...) Como o texto era muito difícil, ele tinha que ser explicado. Por isso, após ler o texto, o professor glosava-o, isto é, interpretava-o, palavra por palavra, linha por linha (*Glosa* em grego significa tanto ‘língua’, ou ‘linguagem’, como ‘palavra incomum’). As glosas, ditadas pelo professor, eram copiadas pelos estudantes entre as linhas do texto; quando se tornavam mais longas, espalhavam-se pelas margens. Logo, as glosas adquiriram autoridade quase igual à do próprio texto glosado” (Cf. BERMAN, Harold. *Direito e Revolução...* cit., p. 166). É interessante notar que é nesse contexto que se forma a chamada “doutrina”. Por certo que, com o surgimento da prensa no contexto da revolução provocada por Gutemberg, essa técnica de glosar e comentar os textos romanos foi substancialmente transformada a partir da produção em larga escala de livros jurídicos. É importante também lembrar que, no ambiente da Codificação, o caráter proto-

do século XIX, a dogmática jurídica se organizará a partir de críticas lançadas ao método dos antigos glosadores, que basicamente ficarão restritas ao problema da falta de sistematicidade dos estudos medievais. Ao mesmo tempo, seu trabalho será construído em torno dos códigos dos oitocentos – que, por si só, já expressavam o ideal de sistematicidade –, de modo que ela passa a receber um caráter lógico-demonstrativo de um sistema dedutivamente fechado, cuja maior expressão será a chamada jurisprudência dos conceitos. Assim, podemos identificar, como traços marcantes deste período de sedimentação da dogmática jurídica, a primazia da lei e o caráter sistemático do direito.

Do texto de Ferraz Jr. podemos retirar uma importante conclusão para o *starting point* deste trabalho. A de que a decisão é o problema central do direito e de sua dogmática durante todo o século XX. Acrescentaríamos, contudo, que o problema mais fundamental é apresentar um quadro que dê conta do vínculo que existe entre decisão e história. Nesse aspecto a pesquisa guiou-se, primeiro, pela hermenêutica tal qual esta se apresenta configurada no século XX a partir das obras de Heidegger e Gadamer. De Heidegger, a pesquisa retira o modo absolutamente novo de se lidar com o problema da história graças à sua operação de “desepistemologização da filosofia”, com a superação da relação sujeito-objeto a partir da descoberta do caráter auto-interpretativo do *Dasein*. Além disso, o teorema da diferença ontológica possibilita uma forma positiva de se relacionar com o passado, a partir de um modelo de pensamento em que o passado é chamado a co-filosofar com a filosofia atuante.

teológico atribuído aos textos romanos será transferido para os Códigos Civis, cujos marcos centrais são o *Code Napoleon* de 1804 e o BGB Alemão de 1900. A partir desse novo espaço de experiência (Koselleck) será construído um novo horizonte de expectativa (Koselleck): o objeto da glosa será a obra do legislador racional, impressa na forma de código!

Por outro lado, a contribuição gadameriana tem lugar a partir da afirmação do caráter metateórico ou transdisciplinar de sua hermenêutica filosófica. Sem ter o caráter de fundamento ou, tampouco, de método para as ciências do espírito, a hermenêutica filosófica oferece uma espécie de cabedal comum para o universo das ciências históricas e sociais. Assim, a importância da hermenêutica filosófica para a presente pesquisa apresenta-se na constatação realizada por Gumbrecht, que afirma que a história dos conceitos – um dos referenciais deste trabalho – não poderia existir fora do chão hermenêutico.

De todo modo, o trabalho concluiu que as pretensões de Gadamer com a sua hermenêutica são filosóficas. Portanto, é preciso saber explorar as consequências da diferenciação entre filosofia e ciência na perspectiva de se pensar de forma adequada o relacionamento entre esses níveis: o nível ontológico-fundamental da filosofia e o nível propriamente empírico, das ciências.

Assim, podemos dizer que *Verdade e Método*, a obra máxima do filósofo, antes de qualquer coisa, é elaborada contendo em seu núcleo uma intenção filosófica: com ele Gadamer não quer apresentar um conjunto de cânones para a interpretação de textos, nem tampouco construir uma nova fundamentação para as assim chamadas ciências do espírito. Pelo contrário, como o próprio filósofo reconhece no Prefácio à segunda edição: interessa para ele perguntar como é possível a compreensão. No desenrolar dessa pergunta, Gadamer não se interessa por aquilo que devemos ou queremos fazer nesse momento compreensivo, mas sim por aquilo que, *para além do nosso querer e dever, acontece quando compreendemos*. Nessa medida, a investigação realizada em *Verdade e Método* pretende rastrear e mostrar aquilo que é comum a toda maneira de compreender, não estando em jogo o que cada campo específico das chamadas disciplinas hermenêuticas, ou seja, o Direito, a Teologia e a Literatura, produz em termos de procedimentos específicos para seu

desenvolvimento teórico e técnico, mas sim aquilo que, independentemente do campo em que se situe, acontece quando compreendemos.

Nesse sentido, a história dos conceitos e a metaforologia foram utilizadas por esta pesquisa como estratégias, na falta de uma melhor palavra, epistemológicas para buscar a recuperação do sentido histórico, bem como possibilitar a sua explicitação de uma forma metodologicamente consistente.

Assim, a história dos conceitos, principalmente a partir da obra de seu principal artífice, Reinhart Koselleck, foi aqui utilizada com a intenção de possibilitar um acesso mais adequado aos fenômenos histórico-jurídicos. O eixo metodológico: espaço de experiência e horizonte de expectativas; sincronia e diacronia, é uma constante em toda a reflexão.

Desse modo, em primeiro lugar, é preciso libertar-se das interpretações finalísticas (*teleológicas*). Elas aparecem na tradição que se constrói a partir do iluminismo moderno em torno das chamadas *filosofias da história*. Manifestam-se tanto em concepções socialistas – como em Marx, que encarava a história como uma sucessão de modos de produção que teria como fim (*telos*) o *comunismo* pleno e a libertação das potencialidades máximas dos indivíduos –; quanto em concepções liberais, como no caso de Kant que – a partir de sua idéia de *progresso* – entendia que a realidade caminhava para uma progressiva internacionalização universalista (problema do cosmopolitismo) na perspectiva da paz perpétua (o *télos* da filosofia da história kantiana). Para além dos problemas internos de cada uma destas teorias, a questão que nos preocupa – e que desde já recusamos – é o determinismo presente em ambas as concepções e a inexorável dificuldade de se pensar o problema da liberdade em cada uma delas. Todo determinismo nos faz recair em um naturalismo dogmático, uma vez que, sem a possibilidade da liberdade, desaparece também a possibilidade do questionamento e as coisas

passam a ser aceitas como naturais. Precisamos pensar uma teoria da história que nos garanta o possível enquanto possível e não simplesmente como uma realidade que pode vir a acontecer.

Essa possibilidade teórica vem-nos de Reinhart Koselleck e da construção de uma *semântica dos tempos históricos*. Segundo Koselleck, o que está no centro das discussões teóricas sobre a história não são questões referentes ao modo como os fatos efetivamente aconteceram, mas sim como os sujeitos históricos perceberam – em determinadas épocas – algo como um *tempo histórico*. Esse tempo histórico indica que há um conjunto de ações humanas que acontecem não a partir das determinações temporais compreendidas de maneira física ou astronômica (tempo da natureza), mas de acordo com certas esferas sociais saturadas.

A tese de Koselleck é que a modernidade alterou radicalmente o espaço de experiência produzindo um tipo de história que conduzia a um único e delimitado horizonte de expectativa (trata-se do futuro pensado a partir do passado, daí porque *futuro passado*). Isto se dá do seguinte modo: No contexto da baixa idade média – entre os séculos XVI e XVII – o modo como o tempo histórico se manifestava poderia ser apresentado a partir da seguinte máxima: *historie magistra vitae* (a história é a mestra/professora da vida). Ou seja, o espaço de experiência era composto de tal forma que – desde os políticos maquiavélicos até os letrados cristãos – pensava-se a história a partir de seu caráter pedagógico, isto é, os erros do passado devem ser evitados no futuro, e os acertos, repetidos. O horizonte de expectativas, por outro lado, permanecia relativamente aberto na medida em que esse futuro não era absolutamente determinado pelas “lições da história”. Dito de outro modo, o futuro não é o “lugar” do historiador, ou do filósofo da política. O futuro é o “lugar” dos profetas e da escatologia católica. Isso significa que o presente é pensado a partir desta dupla tensão: de um

lado o passado que condiciona a vida a partir de seu caráter pedagógico; de outro, o futuro que se mantém obscuro pelo temor/certeza da chegada do juízo final. Ocorre que os profetas erraram, sucessivamente, em suas previsões acerca do fim total. Numa época de guerras, o início de cada conflito era tido como um prelúdio do juízo final. Apesar disso o mundo não acabava. Pelo contrário, a engenharia do Estado Absolutista conseguiu por fim às guerras civis religiosas. Posteriormente, o surgimento do Estado liberal impôs limites ao poder político, assegurando as regras de livre mercado. Campo extremamente propício para fertilização da idéia de progresso.

Por outro lado, a metaforologia de Blumenberg é importante para aclarar algumas questões acerca do problema que é decisivo para a ideia de estruturas basais das decisões: o *a priori compartilhado*, a dimensão pré-reflexiva, antepredicativa ou, como quer o autor, o *iter* entre mito e logos.

As metáforas de que fala Blumenberg devem ser pensadas a partir de dois modos distintos de manifestação: podem apresentar-se como *metáforas rudimentares* ou como *metáforas absolutas*.

As *metáforas absolutas* referem-se ao âmbito do indizível, do *inconceitualizável*, ou seja, no momento em que as capacidades de apreensão conceitual falham, apelamos para um processo de transferência de sentidos – que estão disponíveis no subterrâneo da linguagem – para nos referirmos a esses fenômenos. Como essas metáforas assumem a condição de fundamentalidade, seriam elas metáforas absolutas. Essas metáforas absolutas permitiriam ao investigador penetrar em certos campos desconhecidos das culturas passadas. Campos estes que ficavam fora das análises que privilegiam o discurso puramente conceitual. A *verdade*, o *mundo*, a *existência*, entre outras, seriam temas que estariam situados

no campo da metaforologia. No caso da verdade, por exemplo, as respostas oferecidas por cada tempo histórico à pergunta: o que é a verdade?, passavam por estratégias de transferência de sentido que não diziam conceitualmente o que a verdade é, mas a representavam a partir de uma transferência de sentido: “a verdade é a luz”; ou ainda, “a verdade é a natureza nua” etc..

Para nossa investigação, as propostas da metaforologia foram importantes para chamar a atenção para aspectos não examinados explicitamente quando se trata de um discurso meramente logocêntrico sobre a história. Não tanto as metáforas em si, mas a dimensão ou o espaço reflexivo que a proposta de Blumenberg abre para as ciências compreensivas: esta a principal contribuição de seu método para o nosso trabalho.

Porém, não é pretensão deste trabalho forçar os elementos culturais produzidos pelas comunidades a se adequarem aos postulados teóricos que servem de aporte a ele. Há, em verdade, uma espécie de via de mão dupla: a análise dos elementos que compõem o universo cultural analisado serve-se do pano de fundo teórico descrito para incorporar um elemento organizador do discurso, dando-lhe consistência e sistematicidade. Por outro lado, os próprios instrumentos teóricos de investigação transformam-se, na medida em que o material cultural, político e antropológico é percebido pela pesquisa.

III. Estrutura da investigação e Plano de Trabalho

A pesquisa foi dividida em quatro capítulos.

No primeiro, ocupamo-nos em delinear o modo como, tradicionalmente, a modernidade jurídica procurou retratar o problema da decisão, procurando justificar a necessidade de repetição de sua pergunta, tendo como finalidade o desembaraço de suas estruturas basais.

Neste ponto, a pesquisa destaca as bipolaridades que marcam o modo como cada um dos estilos de vida jurídicos que compõem a tradição jurídica ocidental procuram retratar o problema da decisão jurídica. *Universal-particular; lei-caso, direito-fato, dedução-indução*, etc. são exemplos dessas bipolaridades.

Ainda neste primeiro capítulo, pretendemos aclarar aquilo que é um dos elementos centrais da tese: a intuição de que a história esconde um problema essencial para a compreensão mais adequada das bases que sustentam a decisão jurídica. Assim, num jogo que demarca uma certa circularidade virtuosa que se apresenta no eixo interno desta investigação, destacamos *o problema da história e a história do problema*.

Com esse jogo queremos destacar o fato de que, ao mesmo tempo em que podemos observar um problema na história do direito (a não tematização explícita do vínculo que existe entre decisão e história), também somos atingidos pelo problema “epistemológico” que envolve a história e todas as suas consequências: como recuperamos o sentido histórico? A resposta é: a partir da nossa própria historicidade. Todavia, essa questão reivindica a construção de instrumentos e ferramentas teóricas que nos permitam um melhor acesso ao sentido que buscamos.

Assim, no segundo capítulo, trazemos à colação as questões que circulam em torno do “problema da história”. Iniciamos com a investigação do problema essencial: a crise do fundamento. Posteriormente, procuramos destacar o papel central que a hermenêutica desenvolveu no decorrer do século XX. Procuramos, nesse sentido, encaminhar uma espécie de pano de fundo da moldura teórica que queremos construir para guarnecer nossa investigação.

Depois de expor os contornos dessa hermenêutica, procuramos apontar para as ferramentas da história dos conceitos e da metaforologia das quais procuramos nos utilizar para perseguir o objeto analisado na pesquisa, qual seja, as estruturas basais da decisão jurídica.

Nesse sentido, e de forma muito genérica, podemos dizer que o capítulo II apresenta-se como o momento em que propriamente construímos o quadro referencial teórico da investigação.

No capítulo III, intitulado “a história do problema”, procuramos elucidar melhor aquilo que, no capítulo I, encaminhamos como o problema que a história do pensamento jurídico esconde. Nesse caso, o problema é apresentado como uma tendência ao encobrimento das questões públicas – e, conseqüentemente, morais – a partir de um tipo de teoria que se fez e, de certo modo, continua-se a fazer, a partir dos problemas que emergem do direito privado. Há uma dificuldade em lidar com as questões de direito público em face de um certo entulhamento a que as teorias privatistas submeteram a questão. Dessa forma, no intuito de oferecer um contraponto a isso, apresentamos em largas linhas um pouco da experiência americana – a partir do exemplo privilegiado da *judicial review* – que serve como um espaço privilegiado para perceber como as questões basais, recheadas de questões morais, aparecem no horizonte da interpretação constitucional.

Por fim, no quarto e último capítulo, nossa intenção é apontar mais diretamente para aquilo que é propriamente a “tese-da-tese”, ou seja, a determinação de que a decisão não parte de um lugar qualquer ou de qualquer lugar. Na verdade ela se coloca a partir de uma abertura que só se dá porque está inserida em uma cultura jurídica que produz, necessariamente, configurações morais.

Para tornar ainda mais claro o que se pretende mostrar, procuramos aclarar a questão a partir de um diálogo com a obra recente de Luigi Ferrajoli. Ao final, concluímos que essas configurações morais que preenchem as estruturas basais da decisão jurídica não são obstáculos a uma melhor colocação dos problemas decisórios no direito mas, ao contrário, representam um fator positivo que impulsiona as decisões jurídicas em direção a respostas constitucionalmente adequadas.

CAPÍTULO I – A NECESSIDADE DA PERGUNTA ACERCA DOS PROBLEMAS FUNDAMENTAIS DA DECISÃO JURÍDICA

1.1 Configurações elementares acerca da decisão jurídica: o contexto dos estilos de vida jurídicos que compõem a tradição jurídica ocidental

Tendo-se como pano de fundo a *tradição jurídica ocidental*¹⁹, podemos iniciar a discussão proposta neste trabalho investigando as diferentes maneiras de se encarar o problema da decisão jurídica em cada um dos dois grandes *estilos de vida* que estão presentes em sua conformação fundamental. Vale dizer, analisando as configurações conceituais que circulam a decisão jurídica nos *estilos de vida* do *common Law* e do direito romano-canônico.²⁰

¹⁹ No que tange ao sentido projetado pela expressão *tradição jurídica ocidental* seguimos, em primeiro lugar, a Harold Berman. Cf. BERMAN, Harold. *Direito e Revolução...* cit., *passim*.

²⁰ A expressão *estilo de vida* é de Erich Rothacker e compõe o quadro epistemológico de sua *Antropologia Cultural*. O autor explora o mesmo conceito em outro trabalho – de inspiração similar – intitulado *Filosofia da História* (Cf. ROTHACKER, Erich. *Problemas de Antropología Cultural*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1957, pp. 126 e segs.; Cf. ROTHACKER, Erich. *Filosofía de la Historia*. Madrid: Pegaso, 1951, capítulo II, *passim*). Os autores comparativistas, de uma maneira geral, referem-se ao *common Law* e ao direito romano-canônico como *famílias* (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, *passim*), *tradições* (MERYMANN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition*. 3 ed. Stanford: Stanford University Press, 2007, *passim*) ou *sistemas* (LOSANO, Mário. *Os Grandes Sistemas Jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, *passim*). Optamos, entretanto, pela expressão *estilo de vida* por ser ela hermenêuticamente mais adequada. Com efeito, o termo *tradições* não nos serve porque, como dito anteriormente, a palavra *tradição* é aqui utilizada para se referir ao elemento comum que une todo o pensamento jurídico ocidental. Já a palavra *família* também não nos parece adequada em face de ressaltar demais os elementos comuns e abstratos que compõe cada um desses movimento jurídico-culturais, suprimindo-lhes as diferenças que lhes são constitutivas. O termo *sistema*, por sua vez, seria inadequado uma vez que denota uma abordagem marcadamente idealista, que é preterida pela presente pesquisa. Na verdade, estamos aqui mais interessados em investigar as condições concretas que permitem, mesmo com todas as diferenças culturais que envolvem os distintos povos que compõem esses *estilos de vida jurídicos*, a ocorrência de fluxos migratórios entre essas culturas. Ou seja, como as mais distintas vivências acabam por se interpenetrar produzindo um

Começaremos a análise pelo modo de apresentação do problema da decisão jurídica no âmbito daquele estilo de vida jurídico que se apresenta mais próximo de nosso contexto cultural: o estilo romano-canônico.

1.1.1 Estilo de vida romano-canônico: a decisão jurídica no contexto da bipolaridade entre universal e singular

Frequentemente, a decisão jurídica é retratada, no ambiente cultural do estilo de vida romano-canônico, como uma atividade de mediação: apresenta-se como uma atividade que procura ajustar um *universal* a um *singular*, i.e., trata-se de agir como um *medium* para conformar a universalidade do justo à particularidade da discussão jurídica concreta, ou ainda, a generalidade da Lei à concretude singular do caso.²¹

Existem, evidentemente, uma série infindável de discussões para determinar o que é propriamente o *universal* do direito. Qual a relação dessa universalidade com a ideia de justiça? Há um justo natural? Ou são as forças históricas que o constituem enquanto instituição orgânica da sociedade? E a Lei, deve ser entendida como? Seria ela ato formal de um poder legislativo legitimamente constituído? Ou seria o resultado da vida de um povo? Por outro lado, também é polêmica a conformação daquilo que seja, propriamente, o *singular*

quadro conceitual comum. A expressão *estilos de vida*, de Rothacker, se coloca no espaço aberto pelas pesquisas diltheynianas sobre a história. Tem uma profunda relação com o conceito de *vivência*, embora, como veremos oportunamente, seja trabalhado pelo autor de um modo distinto. Portanto, aponta ela para uma abertura mais clara da questão, no interior da qual a investigação pode produzir melhores resultados.

²¹ A tensão entre o universal e o singular que existe no âmbito da decisão jurídica é apresentada de maneiras diversas por diversos autores. Particularmente interessante é a exposição que faz Jan Schapp (*Problemas Fundamentais da Metodologia Jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1985, pp. 13 e segs.)

do caso concreto. São as provas produzidas em um dado processo judicial? São as circunstâncias que o circundam?²²

Uma abordagem, um pouco mais sofisticada do ponto de vista teórico, procura afirmar que a *universalidade* do direito deriva de um quadro mais amplo dentro do contexto histórico-social. Tratar-se-ia de uma perspectiva macroscópica do fenômeno jurídico. De outra banda, o caso concreto judicializável representa um pequeno recorte dentro desse espaço geral de conformação. Tratar-se-ia, portanto, de uma manifestação microscópica do fenômeno jurídico.

A tarefa do agente decisório seria, neste contexto, aproximar essas duas dimensões do fenômeno jurídico oferecendo, a partir daí, uma espécie de síntese que seria, propriamente, a decisão. De todo modo, é certo que – no contexto do estilo de vida jurídico do direito romano-canônico – a decisão se apresenta como o resultado de uma mediação entre o universal (Direito/Lei) e o singular (caso concreto judicializável).

Talvez a maior disputa em torno das configurações conceituais que gravitam na órbita da decisão jurídica se dê com relação à representação de *como* essa mediação tem lugar. Vale dizer, do tipo de estratégia que se utiliza para estabelecer uma aproximação racional do problema gizado. Se levarmos em conta as repostas que foram dadas ao longo da

²² Veja-se, nesse sentido, a discussão realizada por Arthur Kaufmann em seu *Analogia e Natureza da Coisa* no interior do qual o autor propõe uma espécie de realismo moderado que procura equilibrar as posições extremas entre o universal e o particular. Para Kaufmann os “juristas dos conceitos” (Jurisprudência dos conceitos/Pandectística) representariam um modo de pensar a questão em que se dá total primazia ao universal como se este possuísse existência autônoma. Por outro lado, os adeptos do direito livre ou dos movimentos teleológicos, tais quais o finalismo de Ihering e a Jurisprudência dos interesses de P. Heck, seriam seguidores de um “nominalismo extremo” para o qual só existe o particular, os universais estariam apenas “na inteligência”. Assim, para sair desse confronto de extremos – que Kaufmann retrata segundo a terminologia da “controvérsia dos universais” que teve lugar no medievo entre os realistas escolásticos e os nominalistas – dever-se-ia postular uma posição mediadora, que temperasse em doses equilibradas os argumentos extremados. Assim, recorre ele ao conceito de *analogia entis* desenvolvido pela filosofia tomista para postular uma correspondência entre *ser* e *dever-ser*, entre o universal e o singular (Cf. KAUFMANN, Arthur. *Analogia e Natureza de la Cosa*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1956, *passim*).

modernidade para essa questão, certamente teríamos como ponto de partida a questão da subsunção. Melhor seria dizer, talvez, do *dogma* da subsunção.

O dogma da subsunção opera em dois níveis distintos. Em primeiro lugar, há que se destacar um aspecto político-jurídico, de justificação. Em um segundo momento, existe uma determinação técnica-operacional.

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

Como já mencionado, essa equiparação entre direito (*jus*) e lei (*lex*) deve-se a uma série de elementos culturais que emergiram em um determinado tempo histórico. A principal consequência política da manifestação desse fenômeno é que ela abre espaço para a exclusão do problema da justiça no campo do direito. Um desses elementos, embora não seja o único, pode ser pensado a partir de alguns argumentos de rousseauianos que causariam impacto nas concepções desse movimento. De fato, é conhecida a afirmação do genebrino – presente em seu *Do Contrato Social* – de que a ideia de uma lei injusta seria contraditória uma vez que não seria possível que o povo – que fez a lei – pudesse ser injusto consigo mesmo.²³

²³ Um necessário comentário – quase biográfico – a respeito de Rousseau, pode aclarar melhor aquilo que se quis afirmar no texto. Como é cediço, durante a revolução francesa, Rousseau chegou a ser alçado a patrono da revolução. Influenciou, também, em alguma medida, as ideias políticas que foram articuladas e afirmadas no decorrer da revolução americana. Sua obra, nesse contexto, é associada à defesa radicalizada da ideia de que o titular da soberania não é o Príncipe, mas, sim, o povo, construindo as bases para a concepção de república que será articulada pelo direito político moderno (Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 179 e segs.) Por outro lado, os contrarrevolucionários e

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

Por outro lado, os movimentos de recepção do direito romano preparam as condições para o processo que culminou com a codificação do direito privado. De fato, a autoridade dos estudos universitários acerca da formação dos conceitos jurídicos e sua respectiva aplicação às relações jurídicas de direito privado que surgiam a partir do advento do Estado Liberal contribuíram, significativamente, com a consolidação desse elemento cultural que produziu a equiparação entre lei e direito.

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

a tradição liberal que se formou a partir do século XIX, associaram Rousseau ao terror revolucionário, ao possível totalitarismo presente na sua concepção de *Volonté générale*, sendo retratado, portanto, como inimigo da liberdade. De todo modo, essa impressão negativa que a França contrarrevolucionária produziu com relação ao autor, não impediu que a codificação francesa usasse como inspiração de sua principal premissa – o legalismo – com base em argumentos que caberiam perfeitamente na boca de um bom rousseuneano.

Independentemente das polêmicas e discussões que a obra de Rousseau suscita, é fato que, quase trinta anos antes de o Abade Sieyès perguntar: *quem é o terceiro estado?*, o genebrino já havia afirmado que a natureza da soberania só poderia derivar do procedimento segundo o qual “a multidão, unanimemente, substitui as vontades particulares pela vontade geral: a essência da soberania se identifica, então, com a vontade geral” (GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno...* cit., p. 180; Cf. também VETÖ, Miklos. *O Nascimento da Vontade*. São Leopoldo: Unisinos, 2005, pp.173-180.). O autor de *O Contrato Social* defendia, assim, de um modo totalmente dissonante com relação ao que era pregado por juristas como Grotius e Burlamaqui, que a soberania tinha como titular o povo, que a exercia na forma da vontade geral.

Além disso, encontra-se em Rousseau as origens de uma fórmula, que faria sucesso no interior da modernidade política, derivada da afirmação de que *o governo não manda, mas obedece*. Nesse sentido, a obra do filósofo acabou por inspirar – e ao mesmo tempo indicar algumas pistas – para a superação do que era então um Estado Jurisdicional por um Estado Legislativo; um Estado de Direito (Cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Estado y Constitución*. In: *El Estado Moderno en Europa: Instituciones y derecho*. Maurizio Fioravanti (Ed.). Madrid: Trotta, 2004, pp. 16 e segs.)

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

Evidentemente, esse aspecto metodológico da questão gera, por sua vez, consequências políticas que podem, igualmente, ser pensadas a partir do horizonte cultural da época. Em primeiro lugar, acaba por concentrar o monopólio da decisão efetiva no plano da política e não, propriamente, da juridicidade. Quem decide de forma, digamos, soberana, são as instâncias legislativas ou os espaços da erudição universitária. O corpo judiciário – que, nesse mesmo momento, passa a se formar enquanto organização burocrática desprendida do personalismo monárquico – agiria aqui com uma função “farmacêutica” de identificação de uma patologia que inquiere a relação jurídica examinada, com a consequente determinação do remédio jurídico adequado, previsto, desde logo, pelos sistemas codificados.

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

Ou seja, há uma expectativa clara no sentido de que, se alguém descumpre alguma regra jurídica, cometa um ato ilícito etc., seja possível prever qual será a decisão que será tomada pelo agente estatal que ficará incumbido de tomar a decisão. Há, também, uma consequência econômica muito clara, uma vez que a previsão antecipada a respeito das decisões que serão tomadas no futuro permitiria aos agentes econômicos planejar melhor suas ações, bem como visualizar a consequência de seus atos. Criar-se-ia, assim, um elevado grau de certeza quanto ao resultado jurídico das relações econômicas. Nesse momento, o mercado é o grande interessado na afirmação da *segurança jurídica*. Do mesmo modo, podemos destacar, ainda, aspectos sociais importantes. No caso, a planificação jurídica estabelecida pela codificação funcionava como uma garantia de que os interesses burgueses, no caso francês, e que os interesses da aristocracia, no caso germânico, seriam, de alguma forma, preservados.

Ainda no século XIX, uma série de tensionamentos culturais começaram a impor algumas mudanças nas configurações conceituais da decisão jurídica. Nalguns casos, a própria pressão política da magistratura – que, já no final do século, começa a se fortalecer ganhando cada vez mais autonomia com a radicalização do Estado de Direito e o desligamento do processo civil do âmbito do direito material – levará a essa “mudança de rota”. Esse dado pode ser visualizado, por exemplo, na obra de Oskar von Bülow que reivindicava maior espaço para a magistratura no processo de formação do direito. Para ele, a verdadeira “recepção do direito romano” não teria ocorrido no seio da universidade, mas, sim, através das decisões tomadas pela magistratura que embalavam o direito vivo, o direito do caso.²⁴

²⁴ Também Mario Losano, no segundo volume de seu *Sistema e Estrutura do Direito*, indica a vinculação de Bülow a esses movimentos antissistemáticos que poluíram no final do século XIX e início do século XX. Losano aponta, inclusive, para uma possível inspiração de Bülow pela leitura do opúsculo de Hermann

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

Essa investigação sociológica permitiria demonstrar a existência de determinadas relações sociais que, apesar de necessitarem de uma regração normativa, ficavam fora da zona de cobertura da estrutura codificada do Direito. Haveria, portanto, zonas “livres de direito” no seio da sociedade.

Bülow e Geny, cada um ao seu modo, foram os precursores do *movimento do direito livre* que será estudado com mais vagar pela nossa investigação em momento oportuno.

Neste momento, interessa-nos, tão somente, descrever adequadamente o modo como o problema da decisão nos atinge em nosso contexto atual. Assim, é importante

Kantorowicz (*Der Kampf um die Rechtswissenschaft*), publicado, na verdade, sob o pseudônimo *Gnaeus Flavius* que inaugurou o chamado “Movimento do Direito Livre”. Interessante é que Losano traz à colação um depoimento de Gustav Radbruch – à época também vinculado ao Direito Livre – no qual se afirma que a opção pelo pseudônimo é que levou ao relativo sucesso do manifesto, pois conferiu ao texto de um jovem pesquisador a aparência de um escritor experiente, com “autoridade” para tratar dos temas ali abordados. Nos termos do depoimento de Radbruch, foi esse fator, provavelmente, que possibilitou a leitura e aderência de juristas de renomado prestígio como é o caso de Franz Klein e do próprio Bülow (Cf. Losano, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito*. Vol. II. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 153/154).

ressaltar, desde logo, que a controvérsia das lacunas e a correlata questão da criação jurisprudencial do direito é mais uma consequência do que, propriamente, intenção primordial do referido movimento. Na verdade, os esforços originários desse movimento estão vinculados a uma pretensão que poderíamos mencionar, com algumas ressalvas, como “epistemológica”: há uma reivindicação de correção quanto ao objeto da ciência jurídica e, em consequência, de seu aparato metodológico. No caso, busca-se o deslocamento do objeto da questão conceitual pura em direção aos fatos sociais, vale dizer, o objeto de estudo do jurista não seriam conceitos estabelecidos pela história ou por alguma legislação qualquer, mas, sim, os próprios fatos sociais. Mais do que os conceitos, é a sociedade que interessa ao direito. De outra banda, a alteração do objeto implicava a correlata superação do método predominante de decisão: o paradigma da subsunção. No caso, propõe-se uma ênfase mais indutiva e menos dedutiva no processo de decisão das questões jurídicas.

Embora seja particularmente interessante e ilustrativo o modo como Kaufmann representa essa discussão entre os juristas do conceito e os juristas do direito livre (inclusive em suas versões moderadas como no caso do *Jurisprudência dos interesses*), entendemos que ele não consegue captar toda a complexidade que reveste a questão. Conforme ressaltado em nota, Kaufmann vê a controvérsia que se estabelece aqui como uma repetição da querela medieval em torno dos universais: os juristas do conceito seriam os realistas – para quem só existem os universais; ao passo que os juristas do direito livre seriam os nominalistas – para quem só o particular existe, propriamente. Os universais seriam apenas produtos intelectuais.

Ocorre que nem os conceitualistas eram assim puramente realistas (o problema da Razão, da subjetividade, é uma constante também aqui) nem, tampouco, os libertários representariam um rigoroso nominalismo (como a reivindicação tem caráter científico, há uma preocupação com a afirmação de determinadas verdades “universais”).

No fundo, a grande questão que se coloca é a disputa entre Filosofia e Sociologia; trata-se de determinar se há espaço para a reflexão filosófica nos quadros de uma ciência social. Por certo que há uma pluralidade de formas de se trabalhar com a filosofia ou com a sociologia. Chamamos a atenção para isso na introdução: há em nosso contexto atual uma verdadeira competição de paradigmas em cada um dos campos do conhecimento. Ainda hoje, importantes autores que se preocupam com o problema da decisão jurídica acabam afirmando esse tipo de polaridade.²⁵

1.1.2 Estilo de vida do *common Law*

Como é cediço, a decisão judicial – no contexto do *common Law* – é retratada a partir de uma aproximação que privilegiaria uma lógica indutiva. Como afirma Josef Esser, o próprio processo de formação do direito está aqui mais ligado à decisão judicial, à lida com o caso, ao passo que – no contexto do estilo de vida romano-canônico o que se observa é uma preocupação mais com a afirmação de uma certa “totalidade racional” para o direito, incorporada pelo ideal de *sistema*, que se apresenta num nível mais teórico-dedutivo.²⁶

Por certo, essa é uma aproximação muito precária a respeito do modo como o estilo de vida do *common Law* lida com a questão da decisão judicial. Portanto, para uma melhor colocação da questão a partir daquilo que esta investigação persegue, faz-se necessário

²⁵ Cf. POSNER, Richard. *A Problemática da Teoria Moral e Jurídica*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012, *passim*.

²⁶ Cf. ESSER, Josef. *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

um adentramento mais rigoroso nos contextos históricos que conformam esse estilo de vida jurídico.²⁷

De início, é importante ressaltar que, para análise mais rigorosa no que se refere à diferenciação entre o *civil law* e *common law*, entre o estilo de vida romano-canônico e o estilo de vida do *common Law*, faz-se necessária análise da formação do direito escrito e do direito consuetudinário originária da recepção do direito romano.

Para análise mais rigorosa no que se refere à diferenciação entre o *civil law* e *common law*, faz-se necessária análise da formação do direito escrito e do direito consuetudinário originária da recepção do direito romano.

Carlo Augusto Cannata²⁸ ensina que a distinção entre países de costumes e países de direito escrito consolidou-se no século XVI, principalmente no território francês, tendo sido fruto de um compromisso. A parte sul francesa rapidamente adotou o direito romano, por dois principais motivos. O primeiro porque o sul havia suportado menos fortemente que o norte o desenvolvimento do feudalismo, e uma das consequências havia sido converter em inadequadas às necessidades da época as instituições de direito romano, que se convertia, por esse motivo, em um direito sábio, patrimônio da Igreja.

O segundo e mais decisivo consistia na própria vontade dos reis franceses que sabiam que o direito romano seria instrumento imprescindível para a dominação de

²⁷ A discussão aqui posta aparece tratada de forma similar, porém com diversa intencionalidade, no livro de TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. ABOUD, Georges. CARNIO, Henrique Garbelini. *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, Cap. 8, p. 214 et seq.

²⁸ CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de La Ciencia Juridica Europea*, Madrid: Tecnos, 1996, Cap. X, n. 1, pp. 165/167.

Sobre o tema, ver: CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*, São Paulo: Martins Fontes, 2000, n. III, pp. 43/160.

Languedoc e do sul da França, ou seja, o direito romano compreendido e juridicamente utilizado, rapidamente convertia-se em perfeito instrumento de poder.²⁹

Desse modo, a distinção entre países de costume e países de direito escrito, ocorrida no século XVI, foi fruto de um compromisso celebrado em território francês. O norte recusou-se a adotar o direito romano como o direito comum, já o sul adotou o direito romano como direito comum em virtude da atitude favorável da população acerca das tradições romanistas. Tanto assim é que, para justificar a aplicação do direito romano no sul, o Parlamento de Paris, como demonstram decisões de 1312, considerou o direito romano verdadeiro costume particular, em conformidade com o direito escrito.³⁰

A diferente recepção do direito romano também se traduziu nos planos dogmático e técnico. Os países de direito escrito consideravam seus costumes, em relação ao direito romano, como *iura propria*, vale dizer, como direitos especiais, que deveriam ser aplicados prioritariamente. Porém, sua interpretação deveria ser restritiva, não poderiam ser utilizados de forma extensiva por meio da analogia e nem caracterizariam fonte de princípios gerais. Já os países de direito consuetudinário, não obstante eles não ignorarem o direito romano, conferiam a ele o caráter de *ratio scripta*, ou seja, apenas recorriam a ele de forma subsidiária, após o esgotamento de todos os meios oferecidos pelo direito consuetudinário para colmatar lacunas.³¹

²⁹ CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de La Ciencia Juridica Europea...* cit., p. 167.

Corroborando a importância do direito romano para o desenvolvimento do *common law*, ver: FRANK, Jerome. *La influencia del Derecho Europeo Continental en El 'common law'*, Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1957, pp. 15/16.

³⁰ CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de La Ciencia Juridica Europea...* cit., p. 167.

³¹ CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de La Ciencia Juridica Europea...* cit., p. 167.

A partir dessa perspectiva, é possível concluir que a existência (presença) do direito romano por si só não permite a distinção entre os países de direito escrito e os países de direito consuetudinário, uma vez que ele estava, em maior ou menor medida, contido nos dois. A importância do direito romano dentro do sistema jurídico de cada país é o que permite a diferenciação entre direito consuetudinário e escrito. Isso porque, neste último, ele deve sempre ser aplicado de maneira prioritária, estruturando e sistematizando a aplicação do direito, enquanto no direito consuetudinário sua aplicação deveria ser meramente subsidiária, quando a solução não pudesse ser alcançada pelas alternativas oferecidas pelo direito costumeiro, principalmente sua cadeia de precedentes.

O *common law* inglês deve ser analisado a partir de quatro momentos fundamentais para sua formação: período da conquista normanda; surgimento do *common law* propriamente dito em detrimento dos tribunais locais; surgimento da jurisdição de equidade (*equity*); período do surgimento da Lei de Organização Judiciária (*Judicature Act* de 1873).³²

O período da conquista normanda é fundamental para a consolidação e formação do *common law* inglês, porquanto foi neste sistema que o direito foi utilizado como *instrumento de governo*. Acerca desse ponto, Patrick Glenn destaca que uma nação pode ser conquistada militarmente, contudo, não deveria ser governada militarmente. Ainda nesse contexto, a conquista normanda incorporou o direito local a sua nova produção jurídica.³³

³² DAVID, René e JAUFFRET-SPINOSI, Camile. *Les grans systèmes de droi contemporains*, 9.^a ed., Paris: Précis, Dalloz, 1988, p. 350 *et seq.*

³³ GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World: sustainable diversity in law*, 3.^a ed., New York: Oxford University Press, 2007, p. 234.

Nesse ponto é importante destacar, conforme já citamos, que Cannata também ressalta a utilização do direito romano como instrumento de poder, cf. CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de La Ciencia Juridica Europea...* cit., p. 167.

Nesse ínterim, cabe salientar que o desenvolvimento do atual *common law* na Inglaterra foi possível a partir da centralização da jurisdição nas mãos do rei. Referida unificação ocorreu com a introdução da figura do *sheriff*, que era responsável por assegurar a efetividade e executoriedade das decisões reais.³⁴

A consolidação da unificação da jurisdição foi corroborada pelo compromisso obtido em Westminster, em 1285, entre o poder real e os barões, o que possibilitou a institucionalização das relações duradouras entre o *judicial law making* e o poder dos parlamentos no sistema do *common law*.³⁵

Contudo, o que efetivamente assegurou a aplicação e unificação da jurisdição régia e sua expansão em detrimento dos tribunais locais foi o surgimento do sistema dos *brevia o writs*. O sistema jurídico-processual inglês, baseado nos *writs*, pode ser considerado uma construção original do *common law* que, verdadeiramente, individualiza-o em relação aos demais sistemas.³⁶ Nesse momento histórico, a função do juiz não era decidir a lide, esta consistia em atribuição do júri.³⁷

Tal sistema assegurava que o poder judicial do rei descansasse em três fundamentos diferentes: 1) como senhor feudal supremo, era competente para julgar os

³⁴ CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de La Ciencia Juridica Europea*, cit., Cap. XIII, n. I.3, pp. 211/212.

Em sentido próximo, Patrick Glenn enfatiza que a existência de uma jurisdição leal à Coroa cujo intuito era assegurar a prevalência da *king's peace* para diferentes partes do reino constitui traço marcante que individualiza sobremaneira o *common law* inglês. GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World: sustainable diversity in law*, cit., n. 7, p. 226.

³⁵ CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de La Ciencia Juridica Europea*, cit., Cap. XIII, n. I.3, p. 212.

³⁶ GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World: sustainable diversity in law*, cit., n. 7, p. 228.

Interessante notar que o sistema dos *writs* que verdadeiramente individualiza o *common law* inglês dos demais sistemas, uma vez que, na origem a atuação do juiz inglês (*judge*) aproximava-se sobre maneira da atividade do pretor romano, apesar da profissionalização dos *judges*, ambos atuavam na instrução e condução do processo relegando a terceiros (particulares) a solução da controvérsia. Os particulares seriam o *iudex* romano e o júri inglês. GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World: sustainable diversity in law*, cit., n. 7, pp. 227/228 e p. 230.

³⁷ GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World: sustainable diversity in law*, cit., n. 7, p. 230.

litígios entre seus *tenants in chief* (feudatários que haviam recebido a investidura diretamente do rei); 2) na qualidade de rei da Inglaterra, era competente ainda para julgar os *placita corone*, ou seja, os litígios nos quais a Coroa estava diretamente interessada, *e.g.*, os litígios que perturbassem a paz do rei (*King's peace*); 3) por ocupar o cume da pirâmide feudal, tinha poder sobre os demais tribunais inferiores, isso porque aquele que não tivesse conseguido fazer valer seu direito perante seu senhor (a quem estava diretamente subordinado), caberia-lhe apelar ao rei.³⁸

O terceiro período do *common law* consiste na formação da *equity* inglesa a partir das decisões da *Court of Chancery*. A *equity* teve tamanho desenvolvimento que chegou a concorrer com o próprio *common Law*, tendo ao final se incorporado a ele.³⁹

A *equity* caracterizava-se por ser um recurso voltado à autoridade real diante da injustiça de flagrantes casos concretos, que eram despachados pelo chanceler (*Keeper of the King's Conscience*), encarregado de orientar e guiar o rei em sua decisão.

A característica fundamental para demonstrar a diferença entre o sistema da *equity* e do *common law* consistia no fato de que os tribunais do segundo tinham maior comprometimento com o *rigor iuris*, e, a partir de meados do século XIV, acentuaram sua independência rechaçando todo tipo de juízo que conferisse o reconhecimento de poder puramente discricionário ao magistrado. Já a *equity* em seus julgamentos não primava pela obrigatoriedade de seguir o direito (legislação posta), de modo que sua característica essencial

³⁸ CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de La Ciencia Juridica Europea*, cit., Cap. XIII, n. II.5, p. 216.

³⁹ CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de La Ciencia Juridica Europea*, cit., Cap. XIII, n. III.11, p. 225.

Sobre a influência da *equity* no *civil law*, conferir: FRANK, Jerome. *La influencia del Derecho Europeo Continental en El 'common law'*, cit., pp. 11/12 e pp. 21/25.

era admitir julgados fundados precipuamente na consciência, fundados em caráter puramente discricionário.⁴⁰

Vale ressaltar que o surgimento da *equity* e a dicotomia estabelecida entre o Tribunal da Chancelaria e os tribunais do *common law*, foram elementos essenciais para individualizar o *common law*.

Nesse sentido, Jerome Frank pontua que o *common law* nunca seria o que é hoje se não tivesse existido o Tribunal da Chancelaria (*equity*). Isso porque, graças à *equity*, coexistiram duas jurisdições distintas e opostas no mesmo ordenamento, algo que não poderia ser imaginado por um jurista latino ou germânico. A importância da *equity* foi tamanha que Jerome Frank ressalta que apenas seis ou sete séculos após ela é que o continente conheceu uma jurisdição fundada na equidade e boa-fé.⁴¹

O quarto período do *common law* é inaugurado com a primeira Lei de Organização Judiciária (*Judicature Act* de 1873), responsável pela fusão do *common law* com a *equity*. O *Judicature Act* de 1873 aboliu os antigos tribunais centrais e substituiu-os pela *Supreme Court of Judicature*, composta pela *High Court of Justice* e a *Court of Appeal*. Toda a jurisdição dos Tribunais anteriores, incluindo os de *equity*, foi atribuída à *Supreme Court*.⁴²

⁴⁰ CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de La Ciencia Juridica Europea*, cit., Cap. XIII, n. III.11, p. 226.

Ver ainda: GORDLEY, James. *Common law v. civil law: una distinzione che va scomparendo?*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco: la comparazione giuridica alle soglie del 3° millenio*, t. I, Milano: Giuffrè Editore, 1994, n. 2, p. 562.

⁴¹ Jerome FRANK. *La influencia del Derecho Europeo Continental en El 'common law'*, Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1957, pp. 23/24.

⁴² CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de La Ciencia Juridica Europea*, cit., Cap. XIII, n. IV.12, p. 228.

O *Judicature Act* entrou em vigor em 1875, tendo sido substituído em 1925 pela *Supreme Court of Judicature (consolidation) Act de 1925*, que sofreu ainda algumas modificações por meio dos *Administration of Justice Acts* de 1928 e 1932.

Em sua origem a *High Court of Justice* continha cinco divisões que conservavam o nome dos antigos tribunais. Trata-se da *Queen's Bench Division*, *Chancery Division*, *Common Pleas Division*, *Exchequer Division* e, por

Nessa quadra histórica, as reformas processuais foram fundamentais para o desenvolvimento e transformação do *common law* na tradição jurídica que ele é hoje, na medida em que construíram a ponte entre o antigo direito processal (*old processual world*) e o novo sistema jurídico (*new substantive world*). No novo sistema, os juízes passavam a decidir lides, o que tornou possível a existência de erro judicial, concretizando a distinção entre os fatos e o direito *substancial*, direito material propriamente dito.⁴³

Desse modo, tornava-se mais clara a possibilidade de se precisar o acerto ou desacerto da decisão judicial em confronto com a própria tradição jurídica.

Ao contrário do que possa transparecer, desde seus primórdios, as duas tradições jurídicas não estavam totalmente alheias às recíprocas influências.⁴⁴

Outro fator fundamental para assegurar o diálogo entre os dois sistemas é a forma com que se apresentava a literatura continental, principalmente a das regiões latinas dos séculos XVI e XVIII. Ela se apresentava essencialmente como conjunto de soluções levadas a casos concretos, os argumentos jurídicos contidos nelas eram *rationes decidendi* transferíveis

último, *Probate, Divorce and Admiralty Division*. Em 1880, as três *Common Law Division (Queen's Bench, Common Pleas, Exchequer)* foram reunidas na *Queen's Bench Division*. Atualmente, as três divisões da *High Court* são denominadas *Queen's Bench Division, Chancery Division* e *Family Division*.

CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de La Ciencia Juridica Europea*, cit., Cap. XIII, n. IV.12, p. 228.

⁴³ GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World: sustainable diversity in law*, cit., n. 7, p. 243.

⁴⁴ Por exemplo, o próprio Montesquieu ressalta ter extraído sua percepção acerca da divisão de poderes a partir da constituição inglesa. Do mesmo modo, os práticos ingleses que trabalhavam perante o trinal da *equity, eclesiásticos, e o tribunal de almirantazgo*, formaram uma corporação (*Doctor's Commons*), que funcionou do final do século XV até a primeira metade do século XIX. Esses práticos eram denominados *civilians* em oposição aos *common lawyers*, que trabalhavam perante os tribunais do *common law* propriamente dito. Os *civilians* ingleses conheciam profundamente o direito continental e, juntamente com os juristas escoceses, foram os mediadores entre ele e o direito inglês. CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de La Ciencia Juridica Europea*, cit., Cap. XIII, n. IV.16, p. 236.

a casos análogos. Por exemplo, em matéria de direito contratual, são numerosas as regras que compõem o direito inglês, cuja inspiração é romanista.⁴⁵

Assim, é possível afirmar que nunca existiu uma barreira indevassável e intransponível entre as duas tradições jurídicas, bem como esclarecer que possível relação entre os dois sistemas existiu desde sempre, não se tratando de fenômeno recente apto a justificar modismos, como uma espécie de *commonlização* de nosso direito ou a instituição do sistema de precedentes em nosso ordenamento.

Esses aspectos são fundamentais para evidenciar que o desenvolvimento do *common Law*, e, respectivamente, dos seus principais institutos, não foram feitos por criação legislativa, pelo contrário, eles são frutos da evolução histórica, social e doutrinária de determinados países, principalmente a Inglaterra, ou seja, as particularidades da própria história da Inglaterra contribuíram para determinar a formação do seu *common law*. Em decorrência do *common law* ser fruto da evolução histórica de determinada comunidade, seus institutos e conceitos não podem ser instituídos em outros ordenamentos mediante via legislativa, daí porque é, no mínimo, ingênuo imaginar-se que é possível a criação do sistema de *stare decisis* ou da doutrina dos precedentes no Brasil, tão somente por meio de alteração legislativa ou constitucional.

Após traçarmos o esboço histórico da formação do *common law*, passaremos a destacar suas particularidades em relação ao nosso sistema do *civil Law*; para tanto,

⁴⁵ CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de La Ciencia Juridica Europea*, cit., Cap. XIII, n. IV.16, p. 237.

utilizaremos da obra de Harold Berman e da comparação que ele faz entre o sistema francês e o inglês.⁴⁶

De modo geral, Harold Berman afirma que o direito francês (*civil law*) diferenciou-se do inglês (*common law*) no fim do século XIII e no século XIV, após o fortalecimento do Parlamento de Paris, e do tribunal inglês em Londres. Após um século, o direito francês passou a basear-se no procedimento por escrito, e o inglês na oralidade. A solução dos casos era destinada aos juízes profissionais no caso do *civil Law*; já no inglês, em juristas e justiça de paz leigos. O processo inglês fundamentava-se na acusação e negação pelas partes oponentes, com a solução da controvérsia sendo de competência do júri; o francês, por sua vez, lançava mão do interrogatório judicial das partes e das testemunhas sob juramento. No que se refere ao direito material, o direito francês é mais sistemático, romanizado e codificado que o inglês, mais particularista, prático e orientado para resolução dos casos. Por consequência, o direito francês incluía os conceitos de obrigações civis, contratos, delito, propriedade e direito público.⁴⁷

Vale ressaltar que não é correto apresentar o *common law* tão somente como um direito não codificado de base tipicamente jurisprudencial. Em verdade, boa parte das regras de direito que se aplicam todos os dias na Inglaterra e nos Estados Unidos são regras sancionadas pelo Legislativo ou pelo poder administrativo. Inclusive, nos Estados Unidos,

⁴⁶ Para uma análise sobre o tema, conferir: GORDLEY, James. *Common law v. civil law: una distinzione che va scomparendo?* In: *Scritti in onore di Rodolfo Sacco: la comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, t. I, Milano: Giuffrè Editore, 1994, p. 561 *et seq.*

⁴⁷ BERMAN, Harold J. *Law and Revolution: the formation of the western legal tradition*, v. 1, London: Harvard University Press, 1983, n. 13, pp. 477/478.

chega-se a falar de um fenômeno designado pelo neologismo de *statutification* do direito, em alusão ao termo *statute*, que significa lei em sentido formal.⁴⁸

A independência do Judiciário como corolário da independência decisória dos magistrados teve início em 1701, na Inglaterra, por meio do *Act of Settlement* que impediu que a nomeação dos magistrados fosse feita de acordo com a vontade da Coroa.⁴⁹

Na realidade, a razão pela qual a tradição do *common law* incorporou a independência decisória como um princípio jurídico constitui interessante questão. PATRICK GLENN ensina que o princípio da independência dos juízes, em sua forma, é característico da tradição do *common law*, é produto de sua própria evolução histórica, que desde a conquista normanda passou a conferir especial importância à atuação e às decisões dos magistrados.⁵⁰

Em sentido próximo, R. C. Van Caenegem também enfatiza a força e a independência histórica do Judiciário como características inerentes ao *common law*. Nessa tradição, os juízes eram os defensores e também os próprios portadores da tradição jurídica.⁵¹

Além das razões políticas, o princípio da independência do Judiciário é claramente parte da luta constitucional existente na Inglaterra durante o século XVII, ocasião em que o Judiciário aliou-se ao Parlamento contra o Poder Executivo (autoridade real). Na Inglaterra, a independência do Judiciário foi adquirida em momento histórico muito peculiar,

⁴⁸ CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de La Ciencia Juridica Europea*, cit., Cap. XIV, n. I, p. 238.

⁴⁹ GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World: sustainable diversity in law*, cit., n. 7, p. 244.

⁵⁰ GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World: sustainable diversity in law*, cit., n. 7, p. 244.

⁵¹ CAENEGEM, R. C. Van. *Legal History. A European perspective*, London: Hambledon Press, 1991, n. 7, p. 170.

qual seja, o iluminismo, momento em que se desencadeavam todas as forças criativas da humanidade.⁵²

Ou seja, no *common law*, principalmente na Inglaterra, o Judiciário teve suas garantias e importância asseguradas antes dos demais ordenamentos jurídicos. Por consequência, tradicionalmente, o *common law*, principalmente o direito inglês, tem considerado o direito legislado (*statute law*), como algo secundário, a partir do qual não se deveriam buscar os princípios gerais do direito.

Ademais, conforme assevera Caenegem, o *common law* inglês viveu no século XVIII a era dourada do direito dos juízes, momento em que se comungava com a ideia de que a criação do direito deveria ser atividade do Judiciário e não do Parlamento. Ilustrativa, nesse sentido, é a citação feita por Caenegem das palavras proferidas, à época, por Lorde Mansfield, contrárias à legislação: “*a statute can seldom take in all cases, therefore, the common law that works itself pure by rules drawn from the fountain of justice is for this reason superior to an Act of Parliament*”.⁵³

Nessa perspectiva, qualquer tentativa de legislar/codificar o direito ‘não-escrito’ inglês era vista como uma forma de descartar uma das maiores vantagens que os ingleses, historicamente, usufruíam em seu sistema, que era justamente a aptidão de possuir aplicação flexível.⁵⁴ Ou seja, por não possuíam suas regras jurídicas essencialmente codificadas, os ingleses consideravam que o seu sistema jurídico estava mais qualificado para se adaptar às novas realidades históricas e sociais.

⁵² GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World: sustainable diversity in law*, cit., n. 7, pp. 244/245.

Sobre a questão, ver: CAENEGEM, R. C. Van. *Legal History. A European perspective*, cit., n. 7, pp. 171/174.

⁵³ CAENEGEM, R. C. Van. *Legal History. A European perspective*, cit., n. 7, p. 176.

⁵⁴ CAENEGEM, R. C. Van. *Legal History. A European perspective*, cit., n. 7, p. 177.

Já o *civil law*, por possuir sua formação relacionada ao direito romano, canônico, e ao direito alemão medieval, entre suas formas de criação legislativa, destaca o Poder Legislativo, alçando a lei a uma posição privilegiada perante as demais fontes do direito.⁵⁵

Referida distinção repercute inclusive na forma como se desenvolve a interpretação jurídica de cada tradição. Isso porque, no *civil law*, os juristas, ao interpretarem a lei, recorrem à *história legislativa*, artifício que não é utilizado na mesma medida pelos juristas do *common law*, justamente porque a legislação não é considerada a principal forma de manifestação e desenvolvimento do próprio direito.⁵⁶

No contexto apresentado, o Legislativo do *common law* atua de forma mais restrita, respeitando a terminologia jurídica e as divisões tradicionais das matérias, operando mediante instituições e conceitos jurídicos já consolidados.⁵⁷ Daí porque, costumeiramente, ressalta-se que o *common law* não possui na lei sua principal fonte do direito.

Além da posição ocupada pela legislação em cada um dos sistemas, outro fator diferenciador a ser apontado é o modelo de aplicação do direito de cada um desses sistemas, *case law vs. code law*.

As técnicas de interpretação do direito escrito estão fundadas em uma tradição histórica muito antiga, e dessa forma recorrem às instituições jurídicas para solucionar seus casos. O *common law*, por sua vez, *elabora suas decisões em função da casuística dos*

⁵⁵ Cf. OVALLE FAVELA, José. *Estudios de Derecho Procesal*, México: Universidad Autónoma de México, 1981, n. IV, p. 130.

⁵⁶ FRANK, Jerome. *La influencia del Derecho Europeo Continental en El 'common law'*, cit., pp. 19/20.

⁵⁷ CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de La Ciencia Juridica Europea*, cit., Cap. XIV, n. I, p. 238.

*tribunais de justiça e não sobre as instituições jurídicas, frutos de longa tradição histórica e da dogmática jurídica.*⁵⁸

Vale dizer, a doutrina dos romanos exerceu menor influência na formação da ciência jurídica do sistema do *common law*, pode-se dizer que ela possui verdadeiro papel secundário. Por consequência, o próprio ensino jurídico apresentava diferenças na medida em que o *common law* lançava mão do *case method*, tanto o aprendizado do direito quanto a solução das questões jurídicas passava pela análise de decisões judiciais anteriores, que é radicalmente diferente do método dedutivo preponderante no *civil law*, que historicamente consagrou o silogismo como forma adequada para aplicação dos casos em que a lei seria a premissa maior e, por meio da lógica, seria aplicada à premissa menor, que é o caso jurídico a ser decidido.⁵⁹

Apesar da diferença de metodologia para a aplicação do direito (*case law vs. code law*), em determinados países, tais como a França, a *civil law* aproxima-se muito mais do modelo da *case law*, daí que a simples oposição entre *case law* e *code law* não pode ser considerada a distinção primordial entre a tradição jurídica do *common law* e do *civil law*.⁶⁰

Por fim, uma última característica que distingue as duas tradições diz respeito ao próprio conteúdo e natureza dos conceitos jurídicos utilizados, bem como a forma de raciociná-los. CANNATA realça essa diferenciação a partir do próprio conceito de direito de

⁵⁸ CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de La Ciencia Juridica Europea*, cit., Cap. XIV, n. I, p. 239.

⁵⁹ OVALLE FAVELA, José. *Estudios de Derecho Procesal*, cit., n. IV, p. 131.

Para exame da influência promovida pelo *common law* nas demais tradições ver: H. Patrick GLENN. *Legal Traditions of the World: sustainable diversity in law*, cit., n. 7, p. 248 *et seq.*

⁶⁰ CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de La Ciencia Juridica Europea*, cit., Cap. XIV, n. I, p. 239.

propriedade que é apresentado pelo direito romano sob uma perspectiva individualizada, viés este desconhecido pelos juristas do *common law* inglês.⁶¹

1.2 A inevitável aproximação entre decisão jurídica e história: entre o problema da história e a história do problema

A história da ciência do direito durante muito tempo foi a história da ciência do direito privado. Até o final do século XVIII e o início do século XIX, os estudos dos juristas universitários giravam em torno do centro gravitacional do direito privado. Todas as discussões e técnicas que foram criadas para solucionar os problemas jurídicos partiram, portanto, dessa centralidade exercida pelo direito privado. Grandes escolas do cânone jurídico, como é o caso da Escola Histórica ou da Ciência das Pandectas, eram movimentos universitários que estavam envolvidos com o enfrentamento dos problemas de direito privado.

Até o século XIX, os estudos jurídicos sobre aquilo que posteriormente será nomeado direito público era insignificante. O que não quer dizer que não houvesse juristas que, desde o século XV, se ocupassem de temas de direito público. O que queremos aqui mencionar é que aquilo que hoje se menciona como ciência do direito teve o seu ponto de partida determinado pelo direito privado e que essa centralização perdurou por séculos.

Os estudos de juristas que se detiveram sobre a análise das questões típicas do *jus publicum* no tempo anterior aos novecentos estavam vinculados, de algum modo, com a

⁶¹ CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de La Ciencia Juridica Europea*, cit., Cap. XIV, n. I, p. 239.

filosofia política. Com efeito, autores como Hugo Grotius e Burlamaqui – que escreveram grandes tratados de temas ligados ao direito público na época – enraizavam suas obras no espaço de experiência aberto pelas teorias jusnaturalistas da modernidade. Outros autores que igualmente produziram uma série de textos sobre a mesma temática não eram, propriamente, juristas. Eram eruditos letrados, teólogos ou filósofos. Nesse tempo, há quase que uma identificação do direito público com os temas do jusnaturalismo moderno, que se colocava na condição de uma espécie de “herdeiro” daquilo que era conhecido, ao tempo do Império Romano, como *jus gentium*.

Tanto o estudo dos temas de direito natural – jusnaturalismo – quanto as questões relativas ao *jus gentium* possuíam profunda relação com a filosofia política e moral. Como afirma Schneewind:

El derecho de gentes (*jus gentium*), como se le llamaba, tenía por objeto incorporar las ideas comúnmente aceptadas sobre la honradez y el trato justo que pudiesen ser aceptadas en todas partes por cualquier persona civilizada. (...) El término ‘derecho natural’ (*jus naturale*) era el equivalente latino del término filosófico griego que los estoicos empleaban para el derecho de gentes. (...) La razón habla con los acentos de la naturaleza mostrándonos leyes eternas e inmutables aplicables a todos. Es la legislación de los dioses, que los gobernantes humanos no pueden alterar. Las ideas de *jus gentium* y de *jus naturale* se fusionaron, una proporcionando especificidad y contenido a las abstracciones filosóficas y la otra incrementando la equidad y la universalidad de la práctica existente.⁶²

No século XIX, começaram a aparecer estudos e tratados que, inspirados nas conquistas dos métodos do direito privado, estabeleceram uma ciência do direito público. Jellinek, na Alemanha e Carrè de Malberg, na França, talvez sejam os autores mais comentados dessa época de aurora da ciência do direito público. De qualquer forma, a questão é que boa parte das construções teóricas que enfrentaram a questão da decisão jurídica foram

⁶² SCHNEEWIND, J. B. *La invención de la Autonomía: Una historia de la filosofía moral*. Mexico: Fondo de Cultura Económico, Kindle Edition, pos. 455.

pensadas tendo como eixo gravitacional os problemas exarados das relações jurídicas de direito privado. Manuais influentes, como é o caso do de Karl Larenz – embora sejam citados com frequência por alguns constitucionalistas brasileiros – são inteiramente dedicados aos problemas de direito privado.

E ainda é preciso lembrar que o desenvolvimento dessa “ciência do direito público” no contexto do direito continental, ou, poderíamos dizer, romano-canônico, deu-se a partir do direito administrativo. É um tipo de reflexão que, com Maurizio Fioravanti, poderíamos chamar de estatalista.

Para esclarecer melhor essa questão, qual seja, a centralidade que o direito administrativo ocupa no contexto dessa formação da ciência do direito público, é importante elucidarmos de forma mais específica o sentido que Fioravanti constrói para o estatalismo.

No que tange à relação Estado-Indivíduo, ou Estado-Sociedade, Fioravanti fala em três modelos de fundamentação teórica das liberdades (direitos fundamentais de primeira dimensão):

a) o *modelo Historicista*, desenvolvido pela tradição anglo-saxônica das liberdades, cuja principal característica é que o reconhecimento dos direitos se dá num processo histórico que se confunde com a própria *common law*;

b) o *modelo individualista*, que está presente, de alguma forma, tanto na tradição continental como na tradição anglo-saxã, como produto próprio dos processos de transformações sociais, culturais e do saber que se operaram na modernidade e foram, de alguma forma, aquilo que possibilitou o rompimento com o modelo político-jurídico-social predominante no Medievo. No continente, a expressão maior do modelo individualista se

manifesta a partir da experiência revolucionária da França e das Declarações de Direito que a ela se seguiram. Na tradição individualista o Poder é transferido do Monarca Absoluto, para o Povo, enquanto fruto da inspiração jacobina da democracia. Assume relevância aqui o conteúdo revolucionário deste modelo e a influência que as Teorias Contratualistas exerceram sobre ele. Com efeito, a forma de garantias dos direitos, à moda do jusnaturalismo racionalista moderno, se dá pelo reconhecimento pelo Estado de direitos pré-existentes ao pacto social pós-revolucionário. A doutrina do Poder Constituinte do Povo também merece destaque, pois, admite um poder autônomo, reportado ao povo, que precede e determina os poderes estatais constituídos. Neste modelo, a sociedade é composta de indivíduos politicamente ativos, com sua autônoma subjetividade distinta e precedente ao Estado, que impõe respectivamente a presunção geral de liberdade e a presença de um poder constituinte já estruturado⁶³.

c) o *modelo Estatalista* que se forma na Europa continental a partir do século 19, no período exatamente posterior à chamada codificação dos ideais jusnaturalistas com os Códigos Civis Francês e Alemão e que coincide com o aparelhamento burocrático do Estado de Direito liberal e a formação do Direito Público europeu.

A melhor forma de compreender a doutrina estatalista é confrontá-la com aquilo que ela pretende superar: o individualismo revolucionário que a antecede. Quanto ao modelo historicista, o estatalismo não o rechaça completamente. Pelo contrário, acaba se aproximando dele em alguns pontos, embora discorde em relação ao modo de fundamentação do próprio poder.

Em primeiro lugar é preciso destacar que também o modelo individualista-revolucionário se reveste de um certo caráter estatalista na medida em que a fundamentação

⁶³ Cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2003, pp. 42-43.

das liberdades se encontra dada a partir de Declarações *estatais* que reconhecem os direitos dos cidadãos existentes antes da formação do Estado. Como afirma Fioravanti, o modelo estatalista se difere do individualista porque neste, ao contrário daquele, se presume a existência da sociedade civil dos indivíduos como anterior ao Estado. Mas o elemento estado e o sentimento de descontinuidade histórica – que também se manifesta no modelo estatalista – se afigura presente já neste primeiro período pós-revolução. É interessante notar como que, historicamente, o modelo estatalista é possibilitado por aquilo que ele mesmo pretende superar. Com efeito, as principais estruturas estatistas já estavam presentes na forma de fundamentar as liberdades do individualismo revolucionário. Há apenas uma “mudança de rota” com a radicalização do papel que o direito posto pelo Estado exerce em relação aos indivíduos. Neste ponto, Castanheira Neves é extremamente perspicaz ao demonstrar a íntima relação que o iluminismo racionalista possui com o positivismo jurídico que se forma exatamente no ambiente de estruturação do Estado de Direito do século XIX⁶⁴.

Ou seja, há uma estreita relação entre a consolidação do positivismo jurídico e o modelo estatalista de fundamentação das liberdades.

Para pontuar essa primeira diferença que estamos procurando afirmar, podemos dizer que, se no modelo individualista, a fundamentação das liberdades se dava através de uma situação pré-estatal que justificava o reconhecimento pelo Estado de direitos inalienáveis do indivíduo; no modelo estatalista é o fato da própria positividade da lei que fará as vezes de fundamento; ou seja, tecnicamente é certo dizer que, no interior do modelo estatalista só há um direito: o de ser tratado conforme as leis postas pelo Estado.

⁶⁴ Cf. CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Curso de Introdução Ao Estudo do Direito*. Coimbra: Sebenta, 1976, Parte II.

Em suma: o modelo individualista sempre pressupõe uma dualidade entre *liberdade e poder* – como sabemos, antes do Estado existe a sociedade civil dos indivíduos dotados de direitos naturais e, ao mesmo tempo, a sociedade dos indivíduos politicamente ativos dotados da liberdade fundamental de querer uma ordem política organizada: O Estado⁶⁵. Todo século XIX, por sua vez, está marcado principalmente pela atuação de juristas, por uma reação frente ao individualismo e ao contratualismo da revolução. Para a doutrina estatista do Estado Liberal europeu do século XIX não existe “ninguna libertad y ningún derecho individual anterior al Estado, antes de la fuerza imperativa y autoritativa de las normas del Estado, únicas capaces de ordenar la sociedad y de fijar las posiciones jurídicas subjetivas de cada uno”⁶⁶.

De se observar, desde logo, que o estilo de vida jurídico observado na cultura anglófona não contempla a diferenciação rígida que se faz entre o direito público e o direito privado. Merrymann destaca que a usual diferenciação entre direito público e direito privado, herdada dos juristas romanos e que aparece no início de todos os livros didáticos sobre teoria do direito, não se apresenta como uma preocupação dos juristas do *common Law*. As questões de direito constitucional ou sobre a administração pública são investigadas do mesmo modo que se trabalha com outras disciplinas jurídicas. Ademais, o “direito público” estadunidense sempre se desenvolveu tendo como ponto de estofo o Direito Constitucional e não o direito administrativo, como ocorreu nos países do continente europeu. Voltaremos a isso mais adiante. Mas, ainda nessa primeira aproximação, fazem-se necessários alguns esclarecimentos em torno do problema da decisão no contexto dessa dicotomização entre o público e o privado.

⁶⁵ Cf. FIORAVANTI, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, p. 47.

⁶⁶ FIORAVANTI, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, p. 48.

É sabido que a teoria de Friedrich Müller, que nos legou a forma mais bem acabada de diferenciação entre texto da norma e norma, se propõe como pós-positivista: supera o conceito de norma do positivismo jurídico e dá resposta a um problema que o positivismo deixa em aberto, a saber, a questão da interpretação do direito através da concretização da norma. Todavia, há um outro elemento de ruptura que pode ser observado na obra do professor alemão. Sua teoria pretende-se, também, pós-privatista. Vale dizer, superadora das questões tradicionais que o direito privado cunhou para retratar os problemas metodológicos do direito.

Essas são questões importantes e que geram consequências para o entendimento do nosso tema: compreender de forma adequada o espaço a partir do qual as questões jurídicas são decididas. Isso porque, na tradição do direito privado, os séculos de preparação científica, somados à herança de sua origem medieval criaram uma técnica conceitual asséptica que, aparentemente, exclui de seus problemas questões de filosofia moral. Dizemos aqui “aparentemente” porque essa exclusão, na verdade, é uma ficção. Na verdade, no momento da decisão jurídica, o agente jurisdicional sempre está envolvido com um problema de filosofia moral. Não porque, como pensam autores como Luigi Ferrajoli, estaria o julgador sujeito às suas concepções subjetivas a respeito da moralidade. Pelo contrário, o grande problema de filosofia moral que existe na questão da decisão diz respeito à tensão – pressuposta – que aparece de forma, digamos, circundante para o juiz que a profere. Vale dizer, o decisor está submetido à avaliação de conceitos profundamente complexos e controvertidos por serem conceitos morais. Para exemplificar, podemos pensar nos conceitos de *imparcialidade*, *equanimidade*, *igualdade*, *democracia* etc.. Conceitos estes que tensionam, inclusive, a resolução de problemas de direito privado. A assepsia que, aparentemente, reveste a técnica do direito privado é, portanto, ilusória.

Sem embargo do que foi dito acima, podemos afirmar que, nas questões de direito público, essa assepsia não é possível de ser realizada nem de forma aparente. É certo que a tradição do direito público estatalista eclipsou o aspecto destacado. De toda forma, é impossível não perceber que, no momento em que um agente jurisdicional decide uma questão de direito público, ele interfere não só nos projetos pessoais ou no modo como cada pessoa vive a sua vida. No momento que decide uma questão de direito público a jurisdição interfere nas questões que se apresentam no horizonte da pergunta pela vida boa, pela melhor comunidade etc..

Nesse aspecto, o juiz que decide uma questão jurídica como esta não está apenas envolvido em questões morais como é, ele mesmo, um agente moral que, com sua decisão, participa dos problemas que decorrem do projeto comunitário de uma vida boa, dos destinos da comunidade política. É impossível para o juiz, em um problema como este, encontrar um ponto arquimediano a partir do qual possa proferir sua decisão. E isso por um motivo simples: ele próprio, enquanto agente moral, estará implicado no resultado de sua decisão, ainda que, tecnicamente, não seja ele parte no processo que decidiu. Ou seja, o juiz – não somente nesses casos, mas, *principalmente* nesses casos – é *responsável* pela decisão que profere. Por isso, Dworkin vai dizer que os juízes têm responsabilidade política.

Daí que, para compreendermos de forma adequada quais são as condições sob as quais a decisão jurídica se edifica, seja necessário passar em revista essas questões que tensionam o problema do público v.s. privado.

Nesse ponto, é importante referir que essa clássica distinção entre direito público e direito privado vem sofrendo um processo de desgaste constante em face da influência do constitucionalismo sobre essa dualidade. O constitucionalismo será, assim, o

ponto de ruptura entre o privado e o público, na medida em que as questões públicas passaram a fazer parte da agenda das sociedades.

A distinção entre direito público e direito privado tem sua origem nos conceitos romanistas de *ius privatum* e *ius publicum*, como foi mencionado linhas acima. O primeiro é relacionado ao interesse privado da sociedade civil (conjunto dos indivíduos sujeitos privados). Já o interesse público encontra seu titular e exequente na figura do Estado. Assim, em termos tradicionais, o direito público pode ser visto como regulador do Estado, enquanto a sociedade civil seria regulada pelo direito privado.⁶⁷

A supramencionada dicotomia remonta ao direito romano e fez escola a partir dos estudos universitários em torno do *Corpus Juris Civilis*. Naquela cultura, corresponderiam ao direito público as matérias em que a comunidade atua perante o indivíduo exigindo sua subordinação (*e.g.*, direito administrativo, canônico, penal e processual). O direito privado compreende as relações privadas estabelecidas entre particulares.⁶⁸

Contudo, mesmo no direito romano, a jurisprudência considerava certas regras de direito privado como *ius publicum*. Assim, determinadas regras de direito privado, tendo em vista sua importância para a comunidade, não poderiam ter sua vigência excluídas pela convenção das partes.⁶⁹

⁶⁷ PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Coimbra: Almedina, n. 1.2, p. 28. Ver ainda: Miguel Nogueira Brito. Sobre a distinção entre direito público e direito privado. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, v. I, Lisboa: Faculdade da Universidade de Lisboa, 2010, n. 1, p. 43-45.

⁶⁸ JÖRS, Paul. KUNKEL, Wolfgang. *Derecho Privado Romano*, Barcelona: Editorial Labor, 1937, § 32, p. 78.

Nesse sentido, é a definição de Ulpiano (D. 1,1,1,2): *ius publicum est, quod ad statum rei Romane spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem spectat*.

⁶⁹ JÖRS, Paul. KUNKEL, Wolfgang. *Derecho Privado Romano*, cit., § 32, p. 79.

Sobre o tema, Antonio Menezes Cordeiro ressalta que a distinção é importante do ponto de vista sistemático, na medida em que, na prática, não se operaria essa distinção para cada relação jurídica. Assim, no direito público, dominam a autoridade e a competência, enquanto no direito privado prevalecem a liberdade e a igualdade.⁷⁰

Nesse contexto, no âmbito das situações particulares, o sujeito pode agir livremente desde que não lhe seja proibido (*atipicidade dos negócios jurídicos privados*). De modo distinto, no que tange ao direito público, o sujeito responsável pelo trato das coisas públicas apenas pode agir desde que previamente autorizado, dado que ele somente pode agir *secundum legem* (princípio da legalidade ou tipicidade dos negócios de direito público).⁷¹

Com efeito, a distinção entre direito público e direito privado, em sua origem, repousa na própria diferenciação entre Estado e sociedade, oriunda do constitucionalismo monárquico do século XIX, a partir do qual o poder estatal sustentava a si próprio na figura do monarca; já a sociedade, enquanto instituição, organizava-se na câmara baixa do parlamento e não era fator de legitimidade do poder real.

Atualmente, a dicotomia direito público e direito privado não pode mais sustentar-se na total separação entre Estado e sociedade; afinal, essa radical distinção não se opera no Estado Constitucional. Todavia, a distinção não deve ser totalmente abandonada, uma vez que ela possui aspectos importantes a serem ressaltados.

⁷⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Teoria geral do direito civil*, v. 1, 3.a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 12. ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, n. 44.1, p. 172.

⁷¹ ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado*, cit., n. 44.1, p. 172.

Rosa M. A. Nery sublinha que, no plano ideológico, o direito privado deve ser visto como o ordenamento que possui as regras protetivas do cidadão contra o Estado e contra o arbítrio de grupos. Ou seja, ele tem por escopo prevenir ingerências indevidas nas esferas dos particulares e a intromissão arbitrária da autoridade na liberdade das pessoas.⁷²

Nessa perspectiva, a citada jurista conclui pela importância do dualismo afirmando que: “se de um lado o *direito público* respeita à estrutura mesma do poder, de onde emana a ordem necessária para a construção e manutenção do próprio sistema jurídico, o *direito privado* se volta para o elemento mais importante desse sistema, que é o homem. Se de um lado a estrutura de poder precisa sempre encontrar motivo e razoabilidade para o seu existir e para o seu regular e eficiente funcionamento, de outro não se pode negar ao ser humano a realização de sua humanidade, no seio da sociedade (estruturada) a que pertence”.⁷³

Atualmente, em virtude da estruturação do Estado Constitucional e da influência do constitucionalismo, a dicotomia direito público e direito privado sofreu profunda reformulação.

De forma simplificada, o Estado Constitucional pode ser definido pela soberania popular, isto é, o poder do próprio Estado advém da sociedade, pela divisão de poderes, caracterizando-se pela dignidade humana como premissa antropológico-cultural, pelos direitos fundamentais e tolerância, pela pluralidade de partidos e pela independência dos tribunais.⁷⁴

⁷² ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado*, cit., n. 44.1, p. 1723

⁷³ ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado*, cit., n. 44.2, p. 175.

⁷⁴ HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*, Buenos Aires, Editorial Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007, § 2.º, p. 83.

Nessa nova modalidade de Estado, os direitos fundamentais do cidadão não mais se limitam a liberdades negativas destinadas a impedir a ingerência do Estado. A evolução do constitucionalismo assegurou que aos direitos fundamentais fossem agregados direitos de natureza social que permitem ao particular exigir prestações positivas do Estado. Ademais, surgiram novos direitos de natureza, inclusive, difusa, tais como os direitos das crianças, do idoso (arts. 226, 227, 228, 229 e 230 da CF/1988) e do meio ambiente (art. 225 da CF/1988).

Tanto assim é que Rosa M. A. Nery pondera que essas novas categorias de direito ora podem ser analisadas como direito público, ora como direito privado: tudo dependerá de qual a finalidade imediata da análise do fato em questão.⁷⁵

Nesse contexto, para o Estado ser considerado Estado Constitucional ele deve respeitar a delimitação entre esfera pública e privada, no sentido de que nem todas as funções públicas são funções estatais (*e.g.*, funções desempenhadas pela imprensa, igrejas e partidos políticos) e, ao mesmo tempo, algumas funções públicas não podem ser funções sociais (*e.g.*, segurança pública e defesa nacional).⁷⁶

Por fim, cumpre evidenciar a importância da dignidade da pessoa humana no Estado Constitucional, que corrobora a diluição entre direito público e privado.

Atualmente, a proteção da dignidade humana deve ser concebida como dever jurídico fundamental do Estado constitucional, uma vez que ela constitui a premissa para todas as questões jurídico-dogmáticas particulares. Vale dizer, ela fundamenta, também, a

⁷⁵ ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado*, cit., n. 44.2, p. 174.

⁷⁶ BRITO, Miguel Nogueira. Sobre a distinção entre direito público e direito privado, cit., n. 5.1, p. 69.

sociedade constituída e eventualmente a ser constituída. Assim, a dignidade humana cria uma força protetiva pluridimensional, de acordo com a situação de perigo que ameaça os bens jurídicos de estatura constitucional.⁷⁷

Conforme ensinamento de Peter Häberle, a proteção da dignidade humana constitui dever fundamental do Estado Constitucional, mais precisamente, um dever jurídico-fundamental. Por consequência, a soberania popular possui na dignidade humana seu primeiro e último fundamento, o povo não constitui uma grandeza mística, senão uma coordenação de diversos homens dotados, cada qual, com dignidade própria.⁷⁸

Destarte, no Estado Constitucional, não se concebe poder do Estado que não esteja assentado na soberania popular e na dignidade humana, conseqüentemente, o dualismo entre direito público e privado mantém sua importância sob o aspecto sistemático, contudo, dificilmente pode-se conceber situação jurídica puramente privada ou puramente pública, na medida em que todas elas estão diretamente normatizadas pelo texto constitucional. Com efeito, o dualismo deve ser utilizado para realçar e fortalecer os direitos fundamentais do cidadão em seu aspecto privado e destacar e pormenorizar as tarefas e os limites do poder público.

Nesse sentido, passados tantos anos, essa questão é repristinada na Constituição de 1988 quando os civilistas brasileiros caíram na armadilha da ideia de “constitucionalização do direito”. No fundo, não se supera o problema da dicotomia público v.s. privado. Podemos ler essa questão a partir da teoria alexyana que, para compor uma dogmática dos direitos fundamentais efetua teoricamente uma cisão estrutural entre *regras* e

⁷⁷ HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: *Dimensões da dignidade* Ingo Wolfgang Sarlet (org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 128-129

⁷⁸ Peter Häberle, “A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal”, cit., p. 133

princípios. É interessante perceber que o modelo de realização das regras mantem-se atrelado ao *dogma da subsunção*. Isso, do mesmo modo como o conceitualismo pregava para o ambiente do direito privado. Portanto, Alexy preserva o sistema de aplicação do direito pensado pelos juristas conceitualistas do século XIX e adiciona um elemento de solução dos problemas de direito público. Mas, com isso, continua a separar direito e política; direito e moral. No fundo a regra, e sua aplicação subsuntiva, é um modo de o jurista entregar-se a uma espécie de apoliticidade do direito.

A cisão estrutural regras-princípios, de algum modo, significa preservar o modelo de direito do século XIX. Insiste na dicotomia público-privado. Metaforicamente, poderíamos dizer que a regra é o privado e os princípios, o público.

Essa questão era intuída pelo civilista francês George Ripert que, já ao seu tempo, asseverava: “Expulsos da política e até da filosofia, os juristas refugiaram-se no estudo da técnica. Nesse campo, deixaram-lhes toda a liberdade e receberam todos os incitamentos, porque semelhantes estudos são inofensivos”.⁷⁹

Não é por nada que, por trás da dicotomia regra-princípio está a dicotomia casos fáceis-casos difíceis, no interior da qual os casos fáceis são resolvidos por subsunção e os casos difíceis por ponderação. Todas essas polêmicas questões possuem uma raiz comum que se apresenta, exatamente, nessa mal resolvida pendência relativa à dicotomia público-privado. As doutrinas que pregam a “constitucionalização do direito” não se deram conta de que, ao tentar “introduzir” valores constitucionais no sistema de direito privado operam, no fundo, pressupondo que direito privado e direito público, ou direito civil e direito constitucional, estão alocados em regiões distintas e separadas do saber jurídico. Com isso,

⁷⁹ RIPERT, Georges. *O Regime Democrático e do Direito Civil Moderno*. São Paulo: Saraiva e Livraria Acadêmica, 1937, p. 13.

além de eclipsarem os problemas vitais que a interpretação constitucional impõe às decisões judiciais, continuam insistindo na preservação do sistema de direito privado. Algo que pode ser descrito no mesmo sentido em que Thomas Kuhn falava da atividade de preservação do paradigma pelo establishment científico. Ou seja, continuam a trabalhar com a mesma lógica anterior, fazendo apenas pequenas concessões à introdução de elementos novos no seu discurso tradicional. Assim, a constitucionalização do direito continua a olhar o direito constitucional de soslaio, um elemento que “vem depois”, como um auxílio para resolução de problemas, por assim dizer, porosos do sistema de direito privado.

O assim chamado *neoconstitucionalismo* repete isso em um outro plano. Ao apresentar as consequências da “revolução copernicana do direito público”, o *neoconstitucionalismo* refere-se a questões complexas, tais quais concretização dos direitos fundamentais, incisividade da jurisdição constitucional e normatividade dos princípios como sendo consequências de uma “rematerialização do direito constitucional”. Por “rematerialização” entendem os neoconstitucionalistas a inserção de conteúdos morais nos textos constitucionais do pós-guerra.

A questão, todavia, é mais complexa do que isso. Em primeiro lugar porque a questão moral não é um elemento introduzido de fora no âmbito do direito (constitucional). Toda decisão judicial encontra-se fundamentalmente envolvida por questões morais. A questão é que o sistema de direito privado do século XIX pretendeu realizar um profilaxia da atividade decisória criando uma técnica asséptica que, incapaz de superar os problemas morais, apenas os escondia.

O *neoconstitucionalismo*, portanto, navega nas mesmas águas que as correntes doutrinárias que, no plano da dogmática, pregam a “constitucionalização do direito”. Um

modo de reproduzir, no subterrâneo da linguagem, a velha predominância do direito privado sobre o direito público que caracteriza a ciência jurídica continental. Nesse caso, o direito público e seus problemas capitais – que são eminentemente de ordem político-morais – acabam apenas produzindo uma “abertura” nos sistemas tradicionais do direito privado, ora com base no discurso sobre valores, ora com base no discurso sobre princípios que, por vezes, têm seus caminhos cruzados, no âmbito do *neconstitucionalismo*.⁸⁰

⁸⁰ Por esse motivo, a presente pesquisa segue a proposta de Lenio Streck no sentido de mencionar o fenômeno constitucional que tem lugar no Segundo pós-guerra como Constitucionalismo Contemporâneo, deixando em Segundo plano a expressão *neconstitucionalismo*. De fato, em *Verdade e Consenso*, o autor faz uma espécie de catarse com relação ao uso que fez, em obras anteriores, do termo neoconstitucionalismo para, ao final, concluir que sua defesa nunca se alinhou aos postulados discricionaristas e axiologistas das propostas que compõem o universo teórico do *neconstitucionalismo*. Por isso, sugere uma novo termo para se referir ao novo modelo de direito instalado a partir das Constituições do segundo pós-guerra: o *constitucionalismo Contemporâneo*. Ao contrário do que se defende no âmbito no neoconstitucionalismo, o constitucionalismo Contemporâneo se assenta na afirmação de um grau de autonomia para o direito, no antidiscrecionalismo decisional e na defesa radical da força normativa da Constituição (Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso...* cit., introdução).

CAPÍTULO II – O PROBLEMA DA HISTÓRIA

2.1 A história enquanto problema filosófico: o giro linguístico e a questão do fundamento

No século XX, tem lugar o que se convencionou a chamar “crise do fundamento”. Para aqueles que, como os juristas, operam no universo das ciências humanas (do espírito) essa questão assume uma peculiaridade singular. Isto porque é exatamente o modelo de fundamentação destas ciências que está em jogo nesta crise. De alguma forma, a determinação das ciências humanas em contraste com as ciências naturais, procurando medir o caráter “científico” das ciências humanas a partir do caráter científico das ciências da natureza, passa a sofrer um ataque decisivo. No interior da Filosofia continental, a tradição hermenêutica procura oferecer uma fundamentação histórico-filosófica para esse grupo de ciências que, como relata Gadamer, chegaram a ser apelidadas de “inexatas”⁸¹. Desse modo, procura-se deslocar o modelo fundacional de um modelo matemático, constituído a partir de axiomas operados de modo indutivo na sua formação e dedutivo na aplicação, para o terreno precário e contingente do acontecer da história humana. A influência deste modelo matemático de fundamentação pode ser facilmente percebido no Direito. Como atesta Lamego: “as representações sobre o modo de argumentação e fundamentação das decisões traduzem as ideias sobre a questão da ‘justiça’ do Direito. Nos quadros do modelo *axiomático-dedutivo*, a argumentação cinge-se à discussão sobre o verdadeiro sentido das proposições ou dos textos legais.”⁸²

⁸¹ Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Petropolis: Vozes, 2006, Vol. II p. 185 e segs.

⁸² Cf. LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência: Análise de uma Recepção*. Lisboa: Fragmentos, 1990 p. 217.

Por outro lado, essa disputa metodológica, se apresenta, também no espaço de afirmação da autonomia das ciências humanas. Nesse sentido, importante transcrever as lições de Stein sobre o contexto que estamos aqui retratando:

O que é importa acentuar é que, ainda que progressivamente autônomas, as Ciências Humanas mantiveram uma relação particular de convergência com a Filosofia. Daí que a questão da vida, do mundo, do ser-no-mundo, do mundo da vida, passou a ser um domínio privilegiado da convergência, por causa do problema da fundamentação das ciências humanas. Tudo isso se reforçava a partir de um confronto entre as ciências empírico-matemáticas e as ciências humanas, na busca de um método que desse autonomia a estas últimas: era o conflito entre o explicar e o compreender. Como legitimariam as ciências emergentes seus enunciados? Como abandonar sua base metafísica, a caminho de uma justificação?⁸³

As respostas a tais questões passam pela construção – no âmbito da fenomenologia – do conceito de mundo da vida e, no âmbito das filosofias analíticas pelo enfrentamento das questões ligadas à validade dos enunciados. Ambos os pontos estão ligados por um eixo comum que é o problema da linguagem.

Diante do problema da linguagem, é possível determinar dois grandes grupos que englobam diversas posições acerca da tarefa da filosofia e de seu papel no processo de conhecimento:

a) um analítico;

b) um continental.⁸⁴

⁸³ STEIN, Ernildo. *As Ilusões da Transparência: Dificuldades com o conceito de mundo da vida*. Ijuí: Unijuí, 2012, p. 15.

⁸⁴ D'AGOSTINI, Franca. *Analíticos e continentais*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 175 e ss. A referência a esta obra não é aleatória ou casual. A autora desenvolve nela um guia enciclopédico de toda Filosofia produzida nos últimos trinta anos, procurando pontuar as principais diferenças e divergências entre os modos de fazer Filosofia: a) *Analítico* – mais próximo aos autores da tradição anglo-saxã; e b) *continental* – que se expressa principalmente nos filósofos oriundos da Europa continental. Existem pontos de convergência que em algum momento aproximam as duas tradições, que se dão nos temas da superação da metafísica e da

O grupo analítico, mais próximo à tradição filosófica anglo-saxã (Estados Unidos e Inglaterra), pode também ser mencionado como *semântico*, tendo em vista a estrutura da reflexão por eles desenvolvida. Superada a ideia da pura *sintática* – no interior da qual acreditava-se que os signos linguísticos e as palavras produziam um sentido unívoco, independentemente do contexto em que eram utilizadas – a analítica ou semântica reconhece a polissemia dos significados produzidos pela linguagem, mas acredita que essa polissemia pode ser reduzida por uma espécie de terapia conceitual, que tem lugar na própria estrutura lógica do enunciado linguístico (sujeito + predicado). Ou seja, é possível determinar a “pureza” linguística dos enunciados a partir de sua análise lógica, mas tendo em conta seu uso denotativo.

Já o grupo continental, que recebe esse nome porque as posições filosóficas desenvolvidas no seu bojo são provenientes – em grande maioria – da Europa *continental*, possuiu um modo de pensar a linguagem bem diferente. É no interior da chamada *filosofia continental* que está situada a *hermenêutica*. Podemos dizer que ela é a corrente filosófica de maior privilégio neste contexto. Para a hermenêutica, o papel e a tarefa da filosofia vai muito além da mera análise lógica dos enunciados linguísticos. Embora não desconsidere a importância da enunciação lógica, a hermenêutica procura apontar para uma dimensão mais profunda que a linguagem humana comporta. Ou seja, “a hermenêutica toma por fundamento o fato de que a linguagem nos remete tanto para além dela mesma como para além da expressividade que ela apresenta. Não se esgota no que diz, ou seja, no que nela vem à fala”.⁸⁵ Isto significa que para a hermenêutica a linguagem não está em jogo apenas em seu aspecto

colocação da reflexão filosófica no âmbito da linguagem de modo a não admitir mais a dissociação entre pensamento e linguagem (movimento conhecido como *linguistic turn* – giro linguístico). Contudo, cada uma delas apontará caminhos diferentes tanto no que atina à questão da linguagem, ou ao papel da Filosofia em relação à linguagem, quanto em relação à superação da metafísica.

⁸⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II...* cit., p. 209.

teórico, mas também no seu sentido *prático*: o que é significado pela linguagem aparece a partir dos contextos histórico-concretos a partir do qual estão envolvidos o sujeito que conhece e o objeto que é conhecido.

Assim, o ponto convergente que faz encontrar *analítica* e a *hermenêutica* é o *giro-linguístico*. Todavia, entre elas há diferenças consideráveis quando abordam a questão do fundamento, o papel da história e o problema da relação sujeito-objeto.

Importante registrar que, sobre o chamado *giro linguístico*, Lenio Streck vai além para afirmar um *giro ontológico-linguístico*, uma vez que além da preeminência do problema da linguagem (que aparece com clareza nas filosofias de matriz analítica), também a questão ontológica é deslocada para um plano concreto e fático no âmbito da filosofia hermenêutica de Heidegger.⁸⁶

No momento, é importante ter claro que, quando se fala em Teoria do Direito, hoje é inevitável que se faça uma opção: ou somos analíticos ou somos hermeneutas – não há meio termo possível nesta questão.

Porém, se é certa essa afirmação, também é certo que uma volta para trás do *linguistic turn* não é possível. Como afirma Castanheira Neves: “O direito é linguagem, e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o direito é-o numa

⁸⁶ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme a minha consciência?* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, em especial o capítulo 2.

linguagem e como linguagem – propõe-se sê-lo numa linguagem (nas significações linguísticas em que se constitui e exprime) e atinge-nos através dessa linguagem, que é”.⁸⁷

A opção – paradigmática – entre *analítica* e *hermenêutica* deverá ficar clara no decorrer deste curso. Para nós, o direito apresenta-se como uma experiência exemplar onde o elemento hermenêutico acontece. No direito, o caráter sintomático da linguagem – que aparece em todas as teorias hermenêuticas – fica claro no momento em que, como juristas, nunca conseguimos mencionar totalmente o que desejamos mencionar, de forma transparente. Algo sempre escapa.

Como afirma Emílio Betti: “o encontro do intérprete com o texto da lei nunca é um contato direto que prescindia da mediação de elos intermediários”.⁸⁸

Mas não é apenas com relação ao problema da linguagem que a questão da diferença entre filosofia analítica e filosofia continental se apresenta. Um outra questão, igualmente situada no interior do problema do fundamento, também se apresenta aqui como um fator de diferenciação. Trata-se do problema da história.

Aquilo que aqui mencionamos como filosofia continental, mais especificamente no que tange ao paradigma hermenêutico, tem no problema da história uma questão essencial. Por outro lado, a questão da história para a analítica não é relevante. Poderíamos dizer, de uma forma sintética, que para a analítica é possível fazer filosofia independentemente de se conhecer a história da filosofia; ao passo que, para a hermenêutica, só se faz filosofia adentrando os problemas de sua história.

⁸⁷ NEVES, Antônio Castanheira. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 90.

⁸⁸ BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos...* cit., p. CIV.

E isso pode ser creditado ao fato de que a influência do modelo matemático de pensamento foi mais radical no âmbito das analíticas. Isso fica claro em vários autores. Talvez o mais emblemático exemplo esteja no projeto de Carnap, para quem a tarefa da filosofia seria criar uma linguagem rigorosa a partir da lógica matemática.

Ou seja, no fundo, a questão principal seria pensar as questões filosóficas a partir dos ideais de exatidão típicos das ciências empíricas.

Mesmo no âmbito da chamada filosofia continental, algumas propostas filosóficas são marcadas indelevelmente pelo traço acima mencionado. A fenomenologia de corte husserliano, por exemplo, tinha presente como um objetivo claro o projeto de uma filosofia científica rigorosa. Tal filosofia rigorosa, como se sabe, tinha como modelo a matemática.

Nessa medida, temos as seguintes palavras de Heidegger:

Para *Husserl* en la *matemática* y en la ciencia matemática de la naturaleza venía predefinido un determinado ideal de ciencia. La matemática era el modelo para toda ciencia en general. Y este ideal de ciencia ejerció su influencia en cuanto que se intentó elevar el rigor de la descripción al rigor que posee la matemática.

En tal absolutización no podemos detenernos aquí. No surge aquí por primera vez, sino que domina desde hace tiempo a la ciencia y encuentra una aparente fundamentación en la idea de ciencia en general, tal como esa idea aparece entre los griegos, en donde se cree encontrar el conocimiento entendido a éste como conocimiento de lo universal, y (cosa que se considera equivalente) como conocimiento de lo universalmente válido. Y esto es un simple error. *Y en cuanto que no se alcanza el rigor de la matemática, se renuncia a presentar como conocimiento el conocimiento de que se trate.*⁸⁹

Depois de apresentar tal constatação crítica da situação apontada, Heidegger questiona esse caráter absoluto do modelo de rigor estabelecido pela matemática nos seguintes termos:

⁸⁹ HEIDEGGER, Martin. *Hermeneutica de la Faticidad*. Texto disponível em www.heideggeriana.com.ar/hermeneutica/indice.htm. Acessado em 27 de julho de 2007.

En principio no se tiene claro que aquí se encierra un prejuicio. Pues, ¿hay alguna razón para suponer que la matemática haya de presentarse a todas las ciencias como un modelo?, o ¿no sucede, más bien, que mediante tal pretensión, las cosas quedan cabeza abajo? La matemática es la ciencia menos estricta de todas, pues, el acceso a ella es el más sencillo. Las ciencias del espíritu presuponen una existencia científica en mucho mayor grado que lo que nunca podrá conseguir un matemático. *Pues no debe considerarse a la ciencia como un sistema de enunciados y de contextos de fundamentación, sino como algo en lo que la existencia fáctica entra en discusión consigo misma.* Empezar proponiendo algo así como un modelo representa una vulneración del propósito mismo de la fenomenología; lo que más bien hay que hacer es extraer del tipo e objeto y, por tanto, del tipo de acceso que le es adecuado, el sentido del rigor y el tipo de rigor que la correspondiente ciencia ha de tener.⁹⁰

O destaque em itálico da passagem anterior aponta para a questão que estamos discutindo aqui. Aquilo que Heidegger menciona como “algo em que a existência fáctica entra em discussão consigo mesma” significa, primordialmente, o seu exercício de compreensão da sua historicidade. A existência fáctica, o *Dasein*, compreende-se em sua facticidade que é o seu passado. Portanto, a compreensão – que para Heidegger não é uma categoria que demarca o espaço de atuação das ciências do espírito, como ocorre em Dilthey, mas, sim, um existencial – está envolvida com a história tanto no nível da autocompreensão quando no nível da relação com o mundo circundante.

Para Heidegger, a pretensão de transformar a filosofia numa ciência rigorosa segundo o modelo da matemática não resolve o problema da crise do fundamento. Pelo contrário, esconde aquilo que é essencial nessa questão e, por isso, o sucesso desse projeto é fruto de uma ilusão que deriva do fato de que a redução do espaço existencial é ignorado ou desconsiderado. Assim,

⁹⁰ HEIDEGGER, Martin. *Hermeneutica de la Faticidad...* cit., *passim*.

A investigação matemática da natureza não é exata porque calcula com precisão, mas tem que calcular desse modo porque a ligação à sua área de objectos tem o carácter de exatidão. Pelo contrário, todas as ciências do espírito, até mesmo as ciências do vivente (dentre as quais podemos incluir o direito – acrescentei), têm de ser necessariamente inexatas, precisamente para permanecerem rigorosas. (...) O inexato das ciências do espírito historiográficas não é uma deficiência, mas apenas o cumprimento de uma exigência essencial para este modo de investigação⁹¹.

Essas questões aparecem com maior clareza nos desdobramentos da tradição hermenêutica que se estabelece no século XX. Por isso, devemos agora compreender melhor o modo como pretendemos trabalhar com a *Hermenêutica* nessa investigação.

2.2 A hermenêutica e a sua relação com o problema da história

2.2.1 O papel de Heidegger e da sua fenomenologia hermenêutica

No ambiente da fenomenologia hermenêutica de Heidegger, radicaliza-se o conceito de historicidade visando diferenciá-lo da mera historiografia. Isso porque essa historicidade que a fenomenologia hermenêutica reivindica aparece como horizonte no qual o saber das ciências humanas acontece, e não apenas como uma espécie de consciência historiológica, entendida como conhecimento acumulado dos eventos do passado. Note-se: em *Ser e Tempo*, iniciando a analítica existencial do *Ser-aí*, Heidegger precisa estabelecer um aceno prévio do modo-de-ser deste ente. No § 6º, onde o filósofo anuncia a tarefa de uma destruição da história da ontologia, Heidegger afirma que o *Ser-aí* 'é' seu passado. O *Ser-aí* é seu passado na forma própria do seu ser, ser que acontece sempre desde seu futuro. O filósofo

⁹¹ HEIDEGGER, Martin. O Tempo da Imagem do Mundo. In: *Caminhos da Floresta*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 101.

mostra algo que pode soar estranho: ele afirma que o passado do *Ser-aí* não se situa atrás deste ente, mas sempre e a cada vez lhe antecipa.

Ou seja, as possibilidades do *Ser-aí* são limitadas por aquilo que de alguma forma ele já é. Esse ter que ser o que já é, Heidegger denomina estar-jogado-no-mundo, ao passo que sua existência, enquanto possibilidade, se denomina estar-lançado. No seu ter que ser, ou estar-jogado-no-mundo, o *Ser-aí* se encontra já-sempre imerso em uma tradição, embora disso ele não seja necessariamente consciente. Esse ser histórico que atravessa o *Ser-aí* por todos os lados é o que propriamente designa sua *historicidade*. Como diz Gadamer: “ele só possui uma tal consciência porque é histórico. Ele é seu futuro, a partir do qual ele se temporaliza em suas possibilidades. Todavia, o seu futuro não é o seu projeto livre, mas um projeto jogado. Aquilo que ele pode ser é aquilo que ele já foi”⁹².

Daí que surge a necessidade de se diferenciar, através da linguagem, essa especificidade do *Ser-aí*. Heidegger joga, então, com a palavra alemã *Geschehen* que significa *acontecer*. De *Geschehen* o filósofo deriva *Geschichte* e *Geschichtlichkeit*. Com o termo *Geschichte* Heidegger determina a história enquanto *acontecer* humano, diferente de *Historie* que designa ciência dos eventos históricos. Já *Geschichtlichkeit*, que se traduz tradicionalmente por *historicidade*, refere-se ao caráter de *acontecência* que reveste a própria existência humana. Isso permitirá ao filósofo mostrar que a ausência de um saber histórico não é, de forma alguma, prova *contra* a historicidade do *Ser-aí*. Isto é sim, enquanto modo deficiente desta constituição de ser, uma prova a seu *favor*, pois, uma determinada época somente pode carecer de sentido histórico (*unhistorisch Sein*) na medida em que é historial (*Geschichtlich*). Assim, o universo de fundamentação e limites das ciências humanas deve ser

⁹² GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 143.

pensado a partir da historicidade do humano, a partir de uma apropriação positiva do passado e da plena posse de suas mais próprias possibilidades e questionamentos.⁹³

Quem está disposto a ver o simples fato de que em *Ser e Tempo* o ponto de partida da interrogação é posto fora do âmbito da subjetividade, que, afastada toda e qualquer questão antropológica, muito antes é determinante, unicamente, a experiência do ser-aí, a partir da constante prospecção sobre a questão do ser, este ao mesmo tempo compreenderá que o 'ser' questionado em *Ser e Tempo* de nenhum modo pode permanecer uma imposição do sujeito humano. Antes o ser como o apresentar, caracterizado pela sua marca temporal, interessa ao ser-aí. Conseqüentemente, já no ponto de partida da questão do ser, em *Ser e Tempo*, o pensamento é chamado para uma mudança de rumo, cujo movimento corresponde à viravolta⁹⁴.

Este texto em resposta a Willian Richardson é ilustrativo para aquilo que perseguimos neste ensaio: de como a diferença ontológica marca o caminho que Heidegger aponta para ser percorrido depois do fim da Filosofia enquanto Metafísica. Com efeito, afirmamos no tópico anterior que, em *Ser e Tempo* há uma marca indelével no sentido de apontar para pelo menos duas questões: *a)* de como a explicação categorial do homem é entificadora/objetificadora e esconde aquilo que há de mais próprio no humano; *b)* o que há de mais próprio no homem (*Dasein*) é o fato de que em todas suas relações com os entes já está pressuposta uma compreensão do ser. Isto faz com que aquilo que há de mais próximo do homem (o *ser*) seja des-velado através da diferença ontológica. A analítica existencial, rapidamente descrita acima, demonstra isso fenomenologicamente.

Mas no texto em epígrafe, o filósofo chama atenção para o fato de que “o ‘ser’” *questionado em Ser e Tempo de nenhum modo pode permanecer uma imposição do*

⁹³ Cf. HEIDEGGER, Martin. *Ser y Tiempo*. Trad. Jorge Eduardo Rivera. Madrid: Trotta, 2006, pp. 43-50.

⁹⁴ Texto escrito por Heidegger em resposta à questão formulada por Willian Richardson sobre a tão falada “viravolta” do pensamento heideggeriano, que marcaria uma mudança de rumo desde a questão posta em *Ser e Tempo* e nas obras e textos que o circundam, para as obras em que o sentido do ser em sua dimensão temporal é questionado. O texto completo pode ser encontrado em: STEIN, Ernildo. *Introdução ao Pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: Edipucrs, 2002, pp. 80-86.

sujeito humano. *Antes o ser como* apresentar, *caracterizado pela sua marca temporal, interessa o ser-aí* (Dasein – R.O.).

Destacamos nesta frase três pontos: 1) a palavra *ser* colocada entre aspas; 2) o questionamento do *ser* não poder continuar sendo uma imposição do sujeito humano; 3) o *ser* como apresentar e sua marca temporal.

1) o primeiro ponto é algo que se encontra presente em *Ser e Tempo* já na epígrafe onde Heidegger cita um trecho do diálogo platônico *O Sofista*. Ali o filósofo, ao anunciar a colocação de sua questão, utiliza em dois contextos diferentes a palavra *ser*: no primeiro, *ser*, aparece sem aspas; enquanto que, no segundo, *ser*, aparece marcado por aspas⁹⁵.

Tanto Ernildo Stein quanto Tugendhat identificam em Heidegger diferentes níveis em que a questão pelo *ser* é colocada, mesmo em *Ser e Tempo*. Há o nível do *ser-dos-entes* e o nível do *ser* e entre eles o filósofo coloca um terceiro nível, representado por um ente privilegiado: o *Dasein*⁹⁶.

Em *Ser e Tempo* a questão foi tematizada e pensada no nível do *Dasein* e no nível do *ser-do-ente*, mas a seção anunciada na introdução que estaria destinada ao sentido do *ser* no horizonte do tempo não foi realizada (falamos da 3ª seção da primeira parte intitulada *Tempo e Ser*). É interessante notar que a segunda parte de *Ser e Tempo*, na qual estava programada a desconstrução das ontologias da tradição, apareceu parcialmente num curso de 1929, já citado neste trabalho, *Os Problemas Fundamentais da Fenomenologia*. No entanto, a 3ª seção da primeira parte não apareceu.

⁹⁵ Cf. HEIDEGGER, Martin. *Ser y Tempo*. op. cit., p. 23.

⁹⁶ Cf. STEIN, Ernildo. *Pensar é Pensar a Diferença. Filosofia e Conhecimento Empírico*. Ijuí, Unijuí, 2002, p. 87; ver também TUGENDHAT, Ernest. op. cit..

Na viravolta, então, se dá o movimento de volta em direção à aurora do pensamento, onde o ser acontecera sem obstruções, na perspectiva de se pensar uma relação radical entre ser-ser-aí, pois “a análise do próprio tempo, enquanto ligado ao ser, encaminhou-se para uma aporia, da qual emerge a necessidade de uma viravolta, cujas raízes já vinham desde os gregos. A situação que envolve *Tempo e ser* numa unidade radical não pudera ser abordada pela situação hermenêutica elaborada em *Ser e Tempo*”.⁹⁷

O ponto destacado no número 2 mostra como Heidegger começa a manifestar a ideia de que somos tomados, numa determinada era, por uma determinada concepção de ente e uma determinação da verdade que retém o ser, encobrendo-o. Isso simplesmente acontece, e por estarmos inseridos numa determinada dimensão histórica, somos levados por este acontecer; um acontecer encobridor que por toda parte em que procura o ser – o mais digno de ser pensado, o ser da *diferença ontológica*, portanto – só encontra o ente. Isso leva o filósofo a falar da metafísica como história do esquecimento do ser. É na viravolta que aquilo que ficou esquecido deverá ser pensado. Heidegger passará, então, a investigar os textos da tradição e seus principais autores procurando demonstrar como, em cada era da Metafísica, deu-se o esquecimento do ser. E como somos levados por ele.

É por isso que é possível falar em um *Destino do ser* que na história da metafísica acontece e que somos, de alguma forma, levados por este acontecer.

É difícil dizer, com precisão, em que momento surgiu no filósofo a intuição de nomear esse acontecimento como *destino do ser*. A produção do filósofo durante e depois da guerra é muito vasta e as traduções disponíveis ainda não dão conta de toda a obra de Heidegger. É certo, porém, que, em um curso proferido em 1957, por ocasião de uma análise

⁹⁷ STEIN, Ernildo. *Introdução ao Pensamento de Martin Heidegger...* cit., pp. 89-90.

da *Ciência da Lógica* de Hegel, Heidegger faz menção expressa a essa destinação histórica do ser. Diz ele que “somente atingimos a proximidade do que nos vem do destino histórico através do súbito instante de uma lembrança. Isto também vale para a experiência de cada cunho da diferença de ser do ente ao qual corresponde uma particular interpretação do ente enquanto tal”⁹⁸.

No mesmo texto, o filósofo diz o seguinte a respeito da diferença ontológica:

Deixamos de lado opiniões e esclarecimentos; em vez disso, fixemos nossa atenção no seguinte: em toda parte e sempre encontramos aquilo que é chamado diferença: no objeto do pensamento, no ente enquanto tal, e isto tão despojado de dúvidas, que primeiro tomamos conhecimento desta constatação, enquanto tal. Nada nos obriga a fazer isto. Nosso pensamento está livre para deixar impensada a diferença ou para considerá-la propriamente enquanto tal⁹⁹.

Há, portanto, um espaço em que a diferença permanece impensada, sem que isso permaneça, para um conhecimento, um erro, ou uma falsidade no nível lógico. Há uma espécie de renúncia, um esquecimento equívoco que acaba por não atentar para o fato de que o *ser* não pode representar-se por um ente. O ente *é*, portanto, não se pode dizer que o ser também *é*.

Na conferência *Tempo e Ser*, Heidegger diz o seguinte:

O ser não possui história como uma cidade ou um povo tem sua história. O caráter histórico da história do ser determina-se certamente a partir disto e somente assim: como ser acontece, de acordo com o que foi dito até agora, a partir da maneira como o ser se dá. (...) A sucessão das épocas no destino de ser não é nem casual nem se deixa calcular como necessária. Não obstante, anuncia-se no destino aquilo que responde ao destino no comum pertencer das épocas aquilo que convém. Estas épocas se encobrem, em sua sucessão, tão bem que a

⁹⁸ HEIDEGGER, Martin. A Constituição Onto-Teo-Lógica da Metafísica. In: *Conferências e Escritos Filosóficos*. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 2005, p. 197.

⁹⁹ HEIDEGGER, Martin. A Constituição Onto-Teo-Lógica da Metafísica... cit., p. 195.

destinação inicial de ser como pré-s-ença é cada vez mais encoberta de diversas maneiras.

Somente o desfazer destes encobrimentos – é isso que quer dizer a “destruição” – garante ao pensamento um lance de olhos provisórios (pre-cursor) àquilo que então se desvela como destino-do-ser¹⁰⁰.

Quanto a essa questão retratada por Heidegger, Stein assevera:

A isso ele chamará de um estar aberto pré-lógico para o ente como tal em que há uma produção de totalidade, um acontecer fundamental originário. Ele usa várias expressões para isto. Poderia ser chamada a *História do ser*, que passa de alguma maneira a ser mais concreta, na medida em que o *Dasein* não apenas deve ser pensado como anterior à consciência, mas como um espaço *historial* (*geschichtlich*), mas histórico ao mesmo tempo, enquanto história da filosofia. Na história da filosofia se dá uma verdade, um acontecer, que não se recupera inteiramente na compreensão do ser. A compreensão do ser é sempre segunda, sempre chega tarde. Assim Heidegger pode falar na história da metafísica como história sobre o esquecimento do ser, na medida em que a metafísica não questiona esse desconhecido, o não conhecido, este ver entre as linhas do texto que a tradição apresenta¹⁰¹.

Assim, é a partir da diferença ontológica que o filósofo poderá reler toda a história da filosofia e identificar nela aquilo que ficou esquecido, que permaneceu velado no desvelamento dos entes, pois “o ser acontecia na metafísica como o impensado que ela, no entanto, encobria metafisicamente, nomeando-o por um ente”¹⁰².

Teríamos que considerar também, o papel preponderante que o jogo binário de velamento e des-velamento presente na interpretação heideggeriana da *Aletheia* desempenha no contexto da exploração da metafísica como história do esquecimento do ser, ou como *Destino do Ser*. Mas isso ocuparia um outro trabalho, exclusivamente dedicado a este tema. Damo-nos por satisfeitos se conseguirmos mostrar como a diferença ontológica mostra-se

¹⁰⁰ HEIDEGGER, Martin. Tempo e Ser. In: *Conferências e Escritos Filosóficos*. São Paulo: Nova Cultural, 2005, pp. 256-257.

¹⁰¹ STEIN, Ernildo. *Sobre a Verdade. Lições Preliminares ao parágrafo 44 de Ser e Tempo*. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 245.

¹⁰² Cf. STEIN, Ernildo. *Pensar é Pensar a Diferença*. Ijuí: Unijuí, 2002, p. 61.

como uma das chaves heideggerianas para se sair do problema da metafísica. Por certo, não se trata de uma solução. *Ser e Tempo* é a prova de que não existe uma filosofia blindada contra aporias. Porém, a *diferença ontológica* é determinante para que se possa perceber os dogmatismos da tradição, abrindo caminho para construção de novos rumos, não só para a Filosofia, mas também para as ciências humanas enquanto constituição de um saber crítico, consciente e não comprometido com uma determinada concepção da verdade; uma verdade que se esquece de seu lugar mais próprio que é a dimensão de *ser*, à qual o pensamento não pode jamais renunciar.

2.2.2 O Programa Gadameriano de uma Hermenêutica Filosófica

Neste momento da investigação, é importante ressaltar alguns pontos relevantes acerca do papel desempenhado pela hermenêutica filosófica de Gadamer para a autocompreensão das chamadas ciências históricas ou ciências compreensivas e, ao mesmo tempo, delimitar os seus limites no que tange às suas possibilidades epistemológicas.

Com efeito, é preciso ter presente desde logo que o projeto teórico presente na hermenêutica gadameriana não estava envolvido – ao menos não diretamente – com as consequências específicas que as suas descobertas produziriam no âmbito da história, do direito, da política etc.. Enquanto filosofia, a hermenêutica de Gadamer paira sobre todas essas regiões procurando descrever aquele que é o acontecimento comum que envolve todas elas: a compreensão. A inovação presente na obra de Heidegger, que descobre o caráter existencial de toda a experiência hermenêutica, ou seja, a ideia de que toda compreensão

decorre de uma autocompreensão do *Dasein* que, desde sempre, envolve-se com o mundo em uma relação circular em que, ao mesmo tempo que se compreende em seu ser, compreende também o ser dos entes circundantes, é apropriada por Gadamer e explorada dentro da experiência das ciências que se acham envolvidas, mais diretamente, com o problema da compreensão.

Todavia, é preciso ter por antecipados dois dados essenciais:

a) em primeiro lugar, que as pretensões de Gadamer com a sua hermenêutica são filosóficas. Portanto, é preciso saber explorar as consequências da diferenciação entre filosofia e ciência na perspectiva de se pensar de forma adequada o relacionamento entre esses níveis: o nível ontológico-fundamental da filosofia e o nível propriamente empírico, das ciências. Nesse aspecto, seguimos neste trabalho as intuições de Ernildo Stein, estatuídas – de forma mais enfática – em seu *Pensar é Pensar a Diferença*.

Nessa ordem de ideias, encaminharemos o estudo da história dos conceitos e de sua “disciplina auxiliar” – a metaforologia – como exercícios epistemológicos da hermenêutica.

É evidente que existem sensíveis diferenças entre as propostas dos principais autores que compõem o ambiente da história dos conceitos e aquela que é encampada por Gadamer nos fundamentos e desdobramentos de sua hermenêutica filosófica. Do mesmo modo que o artífice da metaforologia – Hans Blumenberg – pouco cita de Gadamer em suas investigações. Todavia, temos em conta e levamos adiante a constatação de Gumbrecht, para quem há uma clara relação entre as investigações gadamerianas e o projeto epistemológico da história dos conceitos. Como afirma o autor: “apenas em solo hermenêutico é possível algo como uma história dos conceitos”.

b) Embora exista uma evidente inspiração heideggeriana no trabalho de Gadamer, não é adequado que entendamos a hermenêutica filosófica como uma espécie de extensão ou continuidade da filosofia hermenêutica de Heidegger. Há diferenças substanciais entre tais autores que não se resumem, simplesmente, a uma diferença de objetivos. Na verdade, as configurações mais elementares e que estão na base de ambos os projetos são distintas.

De todo modo, Heidegger continua a ser importante para a nossa pesquisa porque entendemos, conforme exposto no item anterior, ter sido ele o filósofo que descobriu uma forma positiva de se relacionar com a história nas condições de finitude que caracterizam a existência humana.

Mas é igualmente importante marcarmos aqui algumas das diferenças mencionadas.

2.2.2.1 As principais diferenças entre a filosofia hermenêutica de Heidegger e a hermenêutica filosófica de Gadamer

De importância fundamental para esta investigação é a clareza acerca das diferenças que se apresentam em relação ao projeto de uma fenomenologia hermenêutica, em Heidegger, e o projeto de uma hermenêutica filosófica em Gadamer.

Nesse aspecto, é importante ter presente o que afirma Stein:

A fenomenologia tem, como hermenêutica da facticidade e da existência, a tarefa de preparar uma nova compreensão do ser, a partir de um conceito de tempo repensado a partir da temporalidade e da historicidade.

Ao contrário desse desenvolvimento de Heidegger, o pensamento de Gadamer não se propunha a tarefa de acompanhar Heidegger no seu modo de usar a fenomenologia hermenêutica para pensar a compreensão do ser. Em *Verdade e método*, Gadamer afirma que acolheu o conceito de facticidade, mas, deixando de lado a questão transcendental, o aplicaria ao todo da cultura e da história. Portanto, e o conceito de compreensão de Heidegger visava a chegar ao problema do ser, no nível da transcendentalidade como a compreendia a analítica existencial, *a compreensão em Gadamer é desenvolvida no contexto de um projeto que procura recuperar a cultura e do mundo vivido.*¹⁰³

Por outro lado, o filósofo gaúcho chama a atenção para a diversidade de estímulos ou fontes de inspiração entre Heidegger e Gadamer.

Desse modo, se Heidegger apresenta o seu projeto em contraste com as pretensões de Husserl, de construção de uma filosofia científica a partir da fenomenologia; Gadamer parece conduzir sua reflexão sobre a hermenêutica em um contraste, ainda que tímido, com relação à concepção heideggeriana.

Se, de um lado, Heidegger põe a sua concepção de hermenêutica em contraste com a concepção husserliana de fenomenologia, podemos descobrir, no projeto de Gadamer, um modo diverso de pensar a hermenêutica, com relação a Heidegger. Realmente, a tarefa da hermenêutica passa a ser pensada de maneira diversa, a partir do momento em que o compreender se desliga da questão do sentido do ser.¹⁰⁴

Stein destaca, ainda, o papel fundamental desempenhado pela filosofia de Hegel no projeto gadameriano de uma hermenêutica filosófica. Esse fator também deve ser compreendido como uma estratégia contrastante com relação à fenomenologia hermenêutica

¹⁰³ STEIN, Ernildo. Gadamer e a Consumação da Hermenêutica. In: *Hermenêutica e Epistemologia: Os 50 anos de Verdade e Método*. Ernildo Stein e Lenio Streck (orgs.). Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011, p. 14.

¹⁰⁴ STEIN, Ernildo. Gadamer e a Consumação da Hermenêutica... cit., p. 15.

já que, com a realização dessa “operação hegeliana”, Gadamer se afasta do transcendentalismo – não clássico – de Heidegger.

In verbis:

Na medida em que Gadamer afasta o conceito de “transcendental” já num sentido não clássico, como fora subentendido na fenomenologia hermenêutica de Heidegger, ele tinha que encontrar um outro fator que o libertasse da queda na pura imediatidade. Para isso lhe servira a dialética hegeliana, interrompida no seu movimento para o absoluto, e substituída pela historicidade do sentido.¹⁰⁵

O que é colocado por Stein reflete a posição de De Waelhens, para quem:

A finitude de Gadamer é aquela onde nada termina jamais. A contingência é aquilo que haverá sempre do não dito a dizer, que antes esclarece tudo o que foi dito. Mas esse movimento aparece como inefável, nada lhe escapa, e o Ser somente se desdobra *diante* de nós. É uma opção sobre a história. Menos totalitária que aquela de Hegel, mas mais ambiciosa que aquela de Heidegger.¹⁰⁶

2.2.2.2 *Verdade e Método* e seu contexto: nem teoria geral da interpretação, nem nova proposta metodológica para as Ciências do Espírito

Verdade e Método, antes de qualquer coisa, é elaborado contendo em seu núcleo uma intenção filosófica: com ele Gadamer não quer apresentar um conjunto de cânones para a interpretação de textos, nem tampouco construir uma nova fundamentação para as assim chamadas ciências do espírito. Pelo contrário, como o próprio filósofo reconhece no Prefácio à segunda edição: interessa a ele perguntar como é possível a compreensão. No desenrolar

¹⁰⁵ STEIN, Ernildo. Gadamer e a Consumação da Hermenêutica... cit., p. 16.

¹⁰⁶ DE WAELEHENS, Alphonse. Sobre uma Hermenêutica da Hermenêutica. In: *Hermenêutica e Epistemologia: Os 50 anos de Verdade e Método*. Ernildo Stein e Lenio Streck (orgs.). Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011, p.190.

dessa pergunta Gadamer não se interessa por aquilo que devemos ou queremos fazer nesse momento compreensivo, mas sim por aquilo que, *para além do nosso querer e dever, acontece quando compreendemos*. Nessa medida, a investigação realizada em *Verdade e Método* pretende rastrear e mostrar aquilo que é comum a toda maneira de compreender, não estando em jogo o que cada campo específico das chamadas disciplinas hermenêuticas, ou seja, o Direito, a Teologia e a Literatura, produz em termos de procedimentos específicos para seu desenvolvimento teórico e técnico, mas sim aquilo que, independentemente do campo em que se situe, acontece quando compreendemos.

Dito isto, é importante ter presente, portanto, que não podemos fazer uso “aplicativo” dos elementos que Gadamer explora em sua obra nesses campos diversos da cultura. Vale dizer, não há uma passagem direta, por exemplo, dos conceitos gadamerianos para o Direito. Tais conceitos são produzidos, como afirma Stein, para “apanhar o compreender como um todo, e não o compreender de cada campo em específico”¹⁰⁷. Todavia, é certo que, as análises acerca do compreender, da história e da linguagem que são realizadas em *Verdade e Método* produzem profundas alterações no modo como a ciência jurídica se constitui. Mostra-se evidente, por exemplo, a contribuição que *Verdade e Método* oferece para pôr à mostra a estreiteza do perspectivismo metodológico que impera nos modelos jurídico-epistemológicos do século XX, frente ao caráter omniabrangente da compreensão. Também podemos lembrar o modo como a obra de Gadamer pode contribuir para afastar o fantasma do relativismo no direito (lembrando o que o próprio filósofo afirma: “o interesse hermenêutico do filósofo aparece exatamente no momento em que se conseguiu evitar o erro”¹⁰⁸), que tem sido explorado amplamente por Lenio Streck, que produz, em seu *Verdade e Consenso*, uma

¹⁰⁷ STEIN, Ernildo. Da Fenomenologia Hermenêutica à Hermenêutica filosófica. In. *Veritas*, vol. 47, n. 1, Porto Alegre, março 2002, p. 22

¹⁰⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método*. 12 ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2007, p. 15.

verdadeira Teoria da Decisão Jurídica que, é, sem dúvida, o problema fundamental da ciência jurídica contemporânea.

De toda sorte, nossa aproximação, aqui, se dá pela via do problema da história. Para ser mais específico: pela via daquilo que Gadamer anuncia como *pensar historicamente*. Antes, vale lembrar, mais uma vez, que o pensamento em Gadamer é radicalmente determinado pela história (a consciência deve reconhecer-se como efeito da história). Todavia, essa historicidade do pensamento não é fruto de uma fundamentação absoluta, mas, sim, o resultado de um compreender-se na experiência da finitude que caracteriza, desde Heidegger, as estruturas existenciais do *Dasein*. Esse pensar histórico – ou esse exercício de pensar historicamente – é descrito por Gadamer a partir de uma crítica ao modo como o romantismo enxergava a tarefa do historiador (apenas para recordar, o romantismo pensava a compreensão como a reprodução de uma produção originária¹⁰⁹). No contexto do romantismo, exigia-se daquele que se ocupa do estudo da história que deixasse de lado os seus próprios conceitos para pensar, única e exclusivamente, naqueles da época que se tratava de compreender. Esta exigência, segundo Gadamer, se apresenta como uma ingênua ficção. “A consciência histórica incorre em um malentendido quando, para compreender, pretende se desconectar daquilo que faz possível a compreensão. Pensar historicamente quer dizer: realizar a transformação que acontece aos conceitos do passado quando intentamos pensar neles no presente”¹¹⁰.

¹⁰⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método...* cit, p. 366

¹¹⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método...* cit., p. 477. Neste caso, o eco de Heidegger parece evidente. Com efeito, o próprio Gadamer afirma, em inúmeras ocasiões, o impacto profundo que lhes causaram as interpretações de Aristóteles lançadas por Heidegger naquilo que era conhecido até então como Relatório Natorp e que, posteriormente, foi publicado no volume 61 da obra completa sob o título: *Interpretações Fenomenológicas de Aristóteles*. Nesse texto, antes de proceder a uma interpretação radical de alguns dos principais conceitos aristotélicos, Heidegger afirma de maneira preventiva: “*A crítica da história é única e exclusivamente crítica do presente*” HEIDEGGER, Martin. *Interpretaciones Fenomenológicas sobre Aristóteles. Indicación de la situación hermenéutica*. Madrid: Trotta, 2002, p. 33

Assim, quando se procura fazer um esforço de retorno autorreflexivo aos conceitos do passado, a tentativa de encurtar a distância temporal que separa o intérprete do momento originário de sua constituição não só é errada como inútil. Com efeito, a distância do tempo é, mais do que qualquer coisa, um elemento essencial da compreensão. Note-se bem: a distância temporal é um elemento essencial da compreensão mesma. Não se trata de fazer a compreensão melhorar, em um sentido de se saber mais em virtude de possuir conceitos mais claros; trata-se, simplesmente, de compreender, de conseguir levar as coisas a se manifestarem como objeto. Gadamer, sobre isso, afirma apenas que não se trata de compreender melhor; bastaria dizer que quando se compreende, compreende-se de um modo diferente.

Nas palavras do filósofo: “o tempo já não é um abismo que é preciso saltar porque seria causa de divisão e de distância [...] pelo contrário, trata-se de reconhecer a distância temporal como uma possibilidade positiva e produtiva do compreender”¹¹¹.

Gadamer explica a distância temporal a partir de um exemplo retirado da experiência da arte. De fato, é uma experiência comum e peculiar a “impotência do juízo” ali onde não há uma distância temporal que nos propicie padrões seguros de abordagem. Veja-se, por exemplo, o juízo sobre a arte contemporânea que se reveste, para a consciência científica, de uma desesperada insegurança:

Quando nos aproximamos deste tipo de criações o fazemos desde prejuízos incontroláveis, desde pressupostos que têm um poder demasiado sobre nós mesmos como para poder conhecê-los. Tais pressupostos conferem à criação contemporânea uma espécie de hiperresonância que não se corresponde com seu verdadeiro significado. Apenas a paulatina extinção dos nexos atuais que irá fazer

¹¹¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método...* cit., p. 367.

visível sua verdadeira forma e possibilitará uma compreensão que pode pretender para si uma generalidade vinculante¹¹².

Essa peculiaridade da distância temporal que aparece na experiência da arte também pode ser sentida no Direito. Como retratamos no início, os grandes problemas que a ciência jurídica teve que enfrentar no século XX – e o principal deles que é a questão interpretativa, o elemento hermenêutico – parecem somente ter ficado claros no final de sua segunda metade e no início do século XXI. De algum modo, nossa finitude nos leva à necessidade de enfrentar esse paradoxo: o de que as grandes questões com as quais deve se ocupar o jurista apenas se tornam claras o bastante num momento posterior à sua efetiva ocorrência. Isso é assim porque precisamos da distância temporal para poder avaliar criticamente os nossos prejuízos que, como frisado acima, constituem a força propulsora de nossa compreensão. Todavia, sem esse processo de avaliação crítica, tais prejuízos podem nos levar à produção de malentendidos. Os prejuízos são possibilitadores de projetos de sentido que abrem para a compreensão novos horizontes. Esse horizonte, por sua vez, é conquistado a partir da elaboração de uma situação hermenêutica.

Como explica Stein:

O sujeito que compreende é finito, isto é, ocupa um ponto no tempo, determinado de muitos modos pela história. A partir daí desenvolve seu horizonte de compreensão, o qual pode ser ampliado e fundido com outros horizontes. O sujeito que compreende não pode escapar da história pela reflexão. Dela faz parte. Estar na história tem como consequência que o sujeito é ocupado por pré-conceitos que pode modificar no processo da experiência, mas que não pode liquidar inteiramente¹¹³.

¹¹² GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método...* cit., pp. 367/368.

¹¹³ STEIN, Ernildo. *Crítica da Ideologia e Racionalidade*. Porto Alegre: Movimento, 1986, p. 37.

É importante consignar que, para efeitos desta pesquisa, os elementos trabalhados tanto pela fenomenologia hermenêutica quanto pela hermenêutica filosófica, podem ser recuperados na história dos conceitos. Sendo mais claro, as questões apontadas acima voltam e aparecem claramente nos procedimentos para a compreensão dos conceitos produzidos pelos tempos históricos.

De todo modo, é preciso ter presente que essas questões que colocam em primeiro plano história e hermenêutica ou, dizendo de melhor maneira, entre a teoria da história e a hermenêutica, foram abordadas em um diálogo – registrado na forma de livro – entre Koselleck e Gadamer. É importante registrarmos aqui alguns elementos constitutivos desse debate muito embora seja necessário ter presente, também, as afirmações de Gumbrecht, para quem, não seria possível algo como a história dos conceitos sem a hermenêutica. Vale dizer, a história dos conceitos só pode florescer e dar frutos em solo hermenêutico.

O texto de Koselleck procura demonstrar as condições para o estabelecimento de uma teoria da história (*Historik*) baseada em uma leitura antropológica das categorias centrais de *Ser e Tempo* de Heidegger. De se antecipar, por relevante, que esse ponto de partida já se apresenta absolutamente problemático em face das próprias advertências expressas de Heidegger no que tange ao caráter não antropológico de *Ser e Tempo*. Autores como Ernildo Stein são também enfáticos ao afirmar que a pretensão de *Ser e Tempo* é, primariamente, filosófica: persegue o problema do conhecimento. Nesse sentido, *Ser e Tempo* não pode ser lido como uma antropologia filosófica. Nas palavras de Stein:

Heidegger não duvida da legitimidade da antropologia filosófica, mas reivindica mais profundidade para a analítica que se liga aos

existenciais, uma vez que ela procura desvelar o *Dasein* como o ser que compreende o ser.¹¹⁴

E mais adiante, o autor esclarece – de forma definitiva – o que separa *Ser e Tempo* da antropologia filosófica:

A analítica existencial conseguiu despertar o conjunto de apelos que tocaram de perto os filósofos e intelectuais contemporâneos, mas ela não pretende oferecer o conhecimento de uma estrutura humana total, pois o homem não é apenas existência.¹¹⁵

Esse ponto, de plano, já colocaria entraves para as pretensões lançadas pelo texto de Koselleck. De todo modo, é ainda importante analisar alguns pontos desse texto justamente para que possamos perceber com maior precisão como o elemento hermenêutico é importante para a história dos conceitos (que, registra-se, não pode ser equiparada à *Historik*).

Com a sua história dos conceitos, Koselleck cria condições para realizar uma “semântica dos tempos históricos” a partir da articulação entre contextos sincrônicos (espaço de experiência) e diacrônicos (horizonte de expectativas) de análise. Com Marcelo Cattoni, poderíamos dizer, também, que se articula aqui memória e projeto, experiência e expectativa.¹¹⁶ As pretensões de Koselleck com a sua *Historik* seriam, de certo modo, mais radicais: o autor tenciona aqui a criação de uma “doutrina das condições de possibilidade das histórias”. Talvez por isso o recurso a *Ser e Tempo*, uma vez que tal obra está situada no horizonte da filosofia transcendental (*não clássico*),¹¹⁷ realizando assim uma espécie de Teoria da História. O recurso a Heidegger, todavia, salvaria a teoria proposta por Koselleck da simples epistemologia, colocava suas considerações fora do estreitamento realizado pela

¹¹⁴ STEIN, Ernildo. *Antropologia Filosófica: Questões Epistemológicas*. Ijuí: Unijuí, 2009, p. 90.

¹¹⁵ STEIN, Ernildo. *Antropologia Filosófica...* cit., p. 92.

¹¹⁶ CATTONI, Marcelo. *Constitucionalismo e História do Direito*. Belo Horizonte: Pergamum, 2011, p. 64.

¹¹⁷ Sobre o conceito de transcendental “não clássico”, seguimos aqui a Ernildo Stein tal como exposto em *Exercícios de Fenomenologia*. Ijuí: Unijuí, 2004, *passim*.

relação sujeito-objeto, abrindo espaço para novas possibilidades investigativas em torno da história. Esse ponto é importante, inclusive, para as intenções deste trabalho. Nesse contexto do transcendental *não clássico* – pensado fora da relação sujeito-objeto, já permeado pelo ser-no-mundo e pela antecipação de sentido que caracteriza a autocompreensão do *Dasein* – possibilitaria ao historiador o encontro com questões pré-reflexivas, com “estruturas basais” de significação.

Como preleciona Cattoni:

Para Koselleck, uma doutrina transcendental das condições de possibilidade das histórias iria além de meras narrativas históricas e trataria de questões pré-linguísticas, extratextuais ou pretextuais (ainda que se as busque por via linguística), escapando, por isso, segundo ele, à pretensão de universalidade da Hermenêutica.¹¹⁸

No caso apresentado por Cattoni fica claro, novamente, como Koselleck pretende aproximar a sua construção teórica dos pressupostos filosóficos heideggerianos descritos em *Ser e Tempo*. Com efeito, nos §§ 17 e 18 o filósofo trata da questão da significatividade e da significância e de como o *Dasein* se interpreta em meio a mundanidade do mundo. Nessa análise, Heidegger se ocupa constantemente dos contextos pre-linguísticos da significância – dos elementos que compõem a auto interpretação do *Dasein* como *actus exercitus* – mostrando como o *Dasein* lida cotidianamente com os signos. Todavia, Koselleck reduz esse universo de análise às questões textuais. O pré-linguístico, para Heidegger, não é apenas o pré-textual. Do mesmo modo que o signo não se reduz à palavra escrita.

Portanto, é possível desde logo descartar um segundo elemento presente na argumentação de Koselleck com relação à Hermenêutica: que a *Historick*, com sua pretensão

¹¹⁸ CATTONI, Marcelo. *Constitucionalismo e História do Direito...* cit., p. 65

de radicalidade que buscaria os fundamentos transcendentais do conhecimento das histórias, estaria fora da pretensão de universalidade da hermenêutica, no modo como quer Gadamer.

No que tange a este ponto em específico, ficamos novamente com Marcelo Cattoni, que sintetiza a resposta de Gadamer a Koselleck da seguinte maneira:

Gadamer, portanto, responde a Koselleck dizendo que a Hermenêutica Filosófica que propôs não se reduz a uma hermenêutica do texto e pois critica a pretensão de Koselleck a categorias a serem investigadas por uma doutrina transcendental que escapariam à linguagem, avançando, assim, sua reflexão sobre o sentido das histórias ao tema do reconhecimento como saber (prático): em última análise, também as categorias propostas por Koselleck *possibilitam contar histórias porque fazem sentido para nós e não apenas fazem sentido para nós porque possibilitam contar histórias.*¹¹⁹

A hermenêutica, em todo o caso, opera de forma determinante no espaço aberto pelo problema da recuperação do sentido histórico justamente porque descreve o modo como nos relacionamos com o tempo enquanto compreendemos. Este seja, talvez, o elemento essencial que a experiência hermenêutica pode trazer para uma teoria da história que é, de uma forma oblíqua, reconhecido pelo próprio Koselleck: *Luego admitamos desde el comienzo que la historia (Historie), como ciencia de la historia (Wissenschaft von der Geschichte) y como arte de su representación o narración (Darstellung oder Erzählung), es parte del cosmos hermenéutico proyectado por Gadamer.*¹²⁰

Com efeito, as questões que emanam do problema da consciência dos efeitos da história, do significado da distância temporal e da suspensão dos pré-juízos – para ficar apenas nestes – são importantes também para a compreensão dos elementos articulados pela história dos conceitos.

¹¹⁹ CATTONI, Marcelo. *Constitucionalismo e História do Direito...* cit., p. 90.

¹²⁰ KOSELLECK, Reinhart. GADAMER, Hans-Georg. *Historia e Hermenêutica*. Barcelona – Buenos Aires – Mexico: Paidós, 1997, p.69

Ademais, aquilo que pretendemos atingir – de forma mais direta – com esta investigação, qual seja, a dimensão do *a priori* compartilhado que sustenta as configurações conceituais que irão compor a fundamentação das decisões jurídicas, fica melhor compreendido a partir da compreensão da *historicidade do sentido*.

2.3 A história dos conceitos (*Begriffsgeschichte*): a proposta de um quadro teórico para se pensar o movimento do tempo histórico

2.3.1 Origens e estado atual dos estudos sobre a História dos Conceitos (*Begriffsgeschichte*)

Durante quase duas décadas, a *Begriffsgeschichte* – ou história dos conceitos – ostentou o título de estatuto científico fundamental para o estudo e a pesquisa no campo das humanidades (principalmente no âmbito da política, da literatura e da moral) no contexto da universidade alemã. Projetada inicialmente nos albores da década de 1950, a história dos conceitos firmou-se e fez escola a partir dos anos de 1960 e o apogeu de seus estudos aconteceu durante a década de 1970, principalmente – mas não exclusivamente – em face dos esforços de seu mais ilustre expoente: Reinhart Koselleck.

A gênese do paradigma da história dos conceitos, segundo Gumbrecht, atravessa todo o século XIX e chega até a primeira metade do século XX, no período do entre-guerras. Na verdade, Hegel já havia feito uso do predicado história dos conceitos para mencionar toda a espécie de historiografia que visasse um nível de abstração “na transição para a história

filosófica mundial”.¹²¹ Todavia, é somente no contexto dos oitocentos que se começou a delinear um objetivo mais grandioso, visando o verdadeiro desenvolvimento de um projeto de história conceitual, cujo programa implicaria o *esforço de pesquisa para descrever os conceitos, em especial os filosóficos, em sua “origem, desenvolvimento, transformações, críticas, defesas, distorções e retificações”*.¹²²

Esse projeto ambicioso foi levado a cabo em dois grandes textos publicados na Alemanha entre 1879 e 1899. O primeiro deles chamado *Geschichte der philosophischen Terminologie* (História da Terminologia Filosófica), de Rudolf C. Eucken e, o segundo, intitulado *Wörterbuch der philosophischen Begriff* (Dicionário de Conceitos Filosóficos), de Rudolf Eisler. Entre estes dois textos, o de Eisler, certamente, foi o que teve a repercussão mais significativa e duradoura. A obra chegou a quatro reedições – no ainda estreito espaço editorial do início do século XX – e era frequentemente citada em importantes estudos das mais diversas áreas do conhecimento. Veja-se, por exemplo, o caso de Karl Engisch, que faz seguidas referências à obra de Eisler em seu texto mais influente, *Introdução ao Pensamento Jurídico*.¹²³

Já entre as décadas de 1920 e 1930, Erich Rothacker defendia a necessidade de uma revisão dos projetos de Eucken e Eisler. Para ele, era necessário que todo o projeto fosse reelaborado a partir do que as novas condições sistemáticas e históricas impunham à problemática. Por questões de elevação do “nível científico”, fazia-se necessária a exploração de novos elementos e materiais não incluídos no trabalho de Eisler, mesmo nas edições revisadas e mais atuais da obra.

¹²¹ Cf. GUMBRECHT, Hans Ulrich. *Graciosidade e Estagnação*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012, p. 21.

¹²² Cf. GUMBRECHT, Hans Ulrich. *Graciosidade e Estagnação...* cit., *passim*.

¹²³ Cf. ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999, *passim*.

Rothacker teve que esperar até a década de 1950 para levar adiante as suas pretensões. Assim, já no início dos anos 50, ele reuniu em torno de si um grupo de professores e pesquisadores que colocaram esse projeto em marcha. Entre os nomes que compunham o grupo inicial de Rothacker é possível mencionar os de Hans-Georg Gadamer, Karl-Otto Apel, Hans Blumenberg e Joachim Ritter, entre outros. A partir de 1955, começam a aparecer os textos que irão compor a primeira manifestação daquilo que Gumbrecht chama – não sem alguma condescendência - de “pirâmides do espírito”: o *Arquiv für Begriffsgeschichte* (Arquivo para História dos Conceitos). O projeto do *Arquiv*, contudo, permanecerá inacabado. Aliás, todo o movimento descrito até aqui serve para compor uma espécie de painel de fundo – ou uma pré-história, como quer Gumbrecht – daquilo que seria a História dos Conceitos no sentido em que estamos trabalhando aqui.

Nessa medida, o grande personagem dessa história será Joachim Ritter. Esse autor, seguindo a trilha aberta por Rothacker, reestabelecerá os pontos essenciais do projeto a partir da necessidade de uma “nova versão” do dicionário de Eisler, apresentando os seus objetivos de forma mais clara e direta do que Rothacker havia conseguido fazer.

Esse novo projeto é apresentado por Ritter em um artigo programático publicado em 1964, na *Revista de Informação Filosófica*. O título desse artigo é “Para a nova versão do ‘Eisler’ – ideias condutoras e fundamentos de um *dicionário histórico de filosofia*”. Reproduziremos, aqui, um trecho desse artigo a partir de uma citação feita por Gumbrecht. A reprodução dessa passagem faz-se necessária uma vez que ela apresenta, de forma emblemática, o significado desse novo projeto apresentado por Ritter e, ao mesmo tempo, lança as bases para a compreensão da história dos conceitos. *In verbis*:

Eisler ainda partia da convicção (sem que tivesse sido sempre consequente) de que era possível basear o *Dicionário* em um

repertório de conceitos do qual se pudesse dizer que representasse, claramente delimitado pela história, a filosofia atual do presente. O desenvolvimento da filosofia abandonou essa convicção. A atitude para com a história mudou substancialmente. A presentificação da filosofia grega, patrística, escolástica, de teorias especulativas modernas, em particular do assim chamado idealismo alemão, tornou-se hoje um elemento interno, constitutivo da filosofia; a linha divisória entre sistema e história da filosofia tornou-se mais tênue. *O que esta última elabora entra no movimento da reflexão filosófica como algo que integra o seu presente.*

Ritter procura apontar nessa passagem para o fato de que o tipo de relação que o filósofo desenvolve com a história da filosofia não é apenas a de uma memória de eventos passados, mas, sim, de efetiva constituição daquilo que o filósofo produz hoje, no seu campo de atuação. A história ocupa, assim, uma dimensão de fundamento da própria reflexão. Um fundamento que ultrapassa as configurações logocêntricas que se edificam a partir do fundamento cartesiano, em direção às configurações precárias e radicalmente vazadas pela existência que se colocam no âmbito da questão histórica.

Em outras palavras, Ritter esperava que seu projeto pudesse oferecer um espaço para a fundamentação das ciências do espírito que fosse mais abrangente e que, ao mesmo tempo, possuísse mais transparência histórica do que a hermenêutica. De se consignar, por importante, que o projeto de Ritter se faz a partir da hermenêutica. É possível afirmar, em alguma medida, que sem hermenêutica não existe história do conceito. Todavia, e esse é o ponto essencial, havia um pretensão de ir além do ponto que a hermenêutica havia alcançado, oferecendo uma fundamentação mais radical para as ciências históricas.

Levado adiante, a execução do projeto de Ritter teve proporções grandiosas: a edição de um *Dicionário histórico da filosofia* composto de doze volumes e que continha – ou pretendia conter – a soma de 2,5 mil anos de pensamento ocidental. Outras obras, um pouco mais modestas que a de Ritter, mas, ainda assim, monumentais, foram produzidas. Esse o

caso dos *Conceitos Históricos Básicos*, organizados por Reinhart Koselleck, Otto Brunner e Werner Conze, de oito volumes. Além do *Conceitos Estéticos Fundamentais*, que possuía cinco volumes. Outros textos, de igual inspiração e formato, foram produzidos no ambiente da história dos conceitos. Por certo, a dimensão das publicações, somada ao grande número de autores necessário para compor um projeto dessa envergadura, dificultaram sobretudo a projeção do movimento para além das fronteiras alemãs. Os custos editoriais barraram não apenas a tradução de tais obras para outras línguas, como, também, as suas reedições em língua alemã. Os grandes dicionários da história dos conceitos – ou, pirâmides do espírito (Gumbrecht) – permanecem hoje, mesmo com todos os facilitadores de acesso à informação, *internet, e-books etc.*, fechados em um castelo impenetrável e acessível a uns poucos privilegiados que, além de dominar o idioma de origem, precisam reunir condições sócio-econômicas para aquisição de tais obras.

Esse aspecto, talvez, seja um dos fatores que contribuíram para a divulgação e propagação da história dos conceitos em torno de, praticamente, um único nome: Reinhart Koselleck. Há que se somar a isso outros elementos importantes. Merece destaque, nesse sentido, a iniciativa de Koselleck de levar adiante algo que permaneceu retido em Ritter apenas como projeto: estabelecer um programa metodológico, ou um quadro referencial teórico, que representasse o “modo de trabalho” da história dos conceitos. O livro *Futuro Passado: contribuição à semântica dos tempos históricos* – que apareceu em 1979 – representa, certamente, o resultado desses esforços.¹²⁴

¹²⁴ Cf. KOSELLECK, Reinhart. *Futuro Passado. Contribuição à Semântica dos Tempos Históricos*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, *passim*.

Os aspectos materiais e formais contidos no texto de Koselleck serão analisados nesta investigação em tópico posterior. Todavia é importante registrar, ainda, algumas questões relativas ao horizonte histórico da história dos conceitos.

No final da década de 1980 o caráter de quase centralidade ocupado pela história dos conceitos no âmbito dos estudos históricos sobre política, moral, literatura, entre outros, começa a perder espaço dentro do universo acadêmico alemão. Hans Ulrich Gumbrecht refere-se a esse processo de retração como um “esmorecimento súbito”, quase tão repentino e avassalador quanto fora, outrora, a sua ascensão ao lugar de paradigma fundamental do estudo das humanidades.¹²⁵

A grande ironia que perpassa todo o movimento de debacle do paradigma é que, justamente no momento em que a história dos conceitos começa a se retrair dentro do espaço universitário alemão – até então o movimento possuía características profundamente nacionais – começa a acontecer um processo de descoberta das ferramentas e postulados da história dos conceitos por outras tradições culturais. No caso, em primeiro lugar, autores de países da Europa continental. Posteriormente, mesmo alguns autores anglófonos descobrem a história dos conceitos e passam a desenvolver seus estudos a partir do quadro referencial teórico por ela oferecido. O caso mais emblemático, talvez, seja o do historiador estadunidense Melvin Richter que, ainda nos dias atuais, vincula sua produção acadêmica à história dos conceitos.

Esse dado nos permite afirmar que, no contexto atual, o paradigma da história dos conceitos – inicialmente dotado de um caráter extremamente germanizado – é mais atuante em contextos acadêmicos internacionais do que, propriamente, no ambiente alemão. Esse

¹²⁵ Cf. GUMBRECHT, Hans Ulrich. *Graciosidade e Estagnação...* cit., pp. 19-20.

fator é corroborado pela análise – quase catártica – realizada por Gumbrecht¹²⁶, como também pela formação do *History of Political and Social Concepts Group* do qual participam estudiosos de várias nacionalidades.

Interessante é anotar, neste contexto, que a influência exercida pelo paradigma da história dos conceitos em autores anglófonos, como no caso do já citado Melvin Richter, mas, também em Kari Palonen, Donald R. Kelly, entre outros, colocou em discussão a hegemonia da abordagem promovida pela chamada escola de Cambridge, representada exemplarmente por autores como Quentin Skinner. Em um primeiro momento, Skinner e seus seguidores permaneceram refratários a qualquer tipo de aproximação com as questões apresentadas pela história dos conceitos. Posteriormente, graças à aceitação cada vez mais intensa dos trabalhos de Melvin Richter, Skinner abrandou sua posição para aceitar alguns pontos das propostas de aproximação entre a abordagem collinwoodiana da escola de Cambridge, com a história dos conceitos alemã. Todavia, John G. A. Pocock, importante historiador inglês ligado ao grupo de Skinner, continua a apresentar fortes divergências com relação à proposta metodológica da história dos conceitos, defendendo os postulados da escola de Cambridge de uma forma “pura”. Vale dizer, para esse autor, nem um tipo de aproximação entre as duas tradições é possível. Seja a partir de uma relação de complementariedade, seja a partir de uma relação de especialização conceitual. As teses de cada um desses paradigmas seriam excludentes entre si sendo que, ao final, prevaleceriam aquelas defendidas a partir do método collingwoodiano, por serem mais adequadas ao estudo das questões históricas.

No Brasil, o desenvolvimento de estudos a partir do paradigma da história dos conceitos encontra-se em pleno estágio de funcionamento e desenvolvimento de atividades.

¹²⁶ Cf. GUMBRECHT, Hans Ulrich. *Graciosidade e Estagnação...* cit., especialmente o ensaio intitulado “Pirâmides do Espírito. Sobre a rápida ascensão, as dimensões invisíveis e o súbito esmorecimento do movimento da história dos conceitos”.

Encontram-se hoje, vertidas para o vernáculo, textos importantes de Reinhart Koselleck, como é o caso de *Futuro Passado*, que traz informações importantes sobre o método proposto pela história dos conceitos, e *Crítica e Crise*. Existem, também, alguns estudos documentados em livros que foram compostos a partir de pesquisas e eventos envolvendo o *History of Political and Social Concepts Group*.

A história dos conceitos ou a necessidade de uma história dos conceitos pode ser vista no contexto desta tese como o modo de demonstrar que a hermenêutica se coloca como condição de possibilidade de compreensão dos fenômenos históricos. E é nesse contexto que devemos analisar a problemática da aplicação do direito. No fundo, a hermenêutica filosófica construída por Gadamer teve essa função: mostrar como a compreensão acontece no âmbito das ciências históricas. No plano do direito, essa questão assume uma relevância ímpar, porque serve para romper com o isolacionismo do direito diante do fenômeno histórico. Veja-se a temática de Betti em dizer que a compreensão e a interpretação do jurista são diferentes da do historiador. Ora, esse é o ponto que coloca Gadamer à frente de seu tempo. Aqui, a dogmática jurídica acaba fazendo uma espécie de opção entre Betti e Gadamer. Mas, de todo modo, o ponto fulcral residirá naquilo que se pode chamar de projeto inacabado da relação entre a historicidade e o direito. A decisão é um problema histórico. Por isso a história dos conceitos é importante. Ela é um modo de trabalhar para além de um grau de zero de sentido ou de um modo de recuperar tudo aquilo que foi produzido em tempos passados. O direito faz uma opção simplista: o relativismo, que tem vários modos de aparecer, como o axiologismo e o pragmaticismo, todos formas de positivismo jurídico.

A questão da decisão invoca uma série de questões que necessitam ser dimensionadas. Uma decisão é sempre um ato de aplicação. Como diz Gadamer, é *applicatio*.

Uma decisão será assim um modo de superar o modo historicista de isolamento da distância temporal e um modo de superar um conceitualismo tardio, em que a realidade estaria aprisionada no interior dos conceitos. Ou seja, a *applicatio* quer dizer que é a história que impulsiona o conceito e não o contrário. É a partir disso que a decisão não é algo que está à disposição do intérprete, como uma opção. Antes disso, estará inserida na historicidade do conceito. Veja-se, por exemplo, a importância da integridade e da coerência em Dworkin, que, embora sem referir Gadamer e a história dos conceitos na especificidade, segue nesse rumo, ao dizer que o direito é um conceito interpretativo. Não é por nada que tanto Gadamer como Dworkin são antirrelativistas. A decisão será um ato presentificativo do direito.

2.3.2 A relação entre a História dos Conceitos (*Begriffsgeschichte*) e a metáforologia (*Metaphorologie*) de Hans Blumenberg

A história dos conceitos pretende oferecer um espaço mais adequado para se pensar os problemas históricos e os conceitos filosóficos. Isso porque possui como ponto de partida dois dados elementares: em primeiro lugar o fato, já destacado pela hermenêutica desde seu enfoque heideggeriano, de que fazer história da filosofia implica colocar o filosofar em movimento. Vale dizer, no momento em que pensamos historicamente conceitos filosóficos – sejam eles de Aristóteles, Agostinho, Kant ou Hegel – nós os presentificamos no contexto de nossa situação hermenêutica. De outra banda, é possível dizer que os conceitos representam um espaço privilegiado para se pensar a história. Vale dizer, os conceitos têm história em um sentido muito específico: através deles é possível investigar as dimensões não

só filosófico-culturais, como também político-econômico-sociais. Há uma relação interna entre história do conceito e história factual.

No âmbito da história dos conceitos, um autor ocupa uma posição ambígua. Trata-se de Hans Blumenberg. Como já mencionado, Blumenberg trabalhou com questões que envolviam o projeto da história dos conceitos. Mais especificamente, Blumenberg desenvolveu um espaço reflexivo que tinha por finalidade auxiliar na discussão metodológica no interior da qual a história dos conceitos estava envolvida. Trata-se da *metaforologia*.

Inicialmente, Blumenberg havia preparado um texto, uma espécie de verbete, que viria a compor o grande dicionário de Ritter. Diante do conteúdo do texto, porém, Ritter acabou retrocedendo. Sua opção final foi a de excluir do dicionário o texto de Blumenberg sobre a metaforologia. Especula-se que tal exclusão deu-se diante do fato de Ritter ter percebido que a proposta de Blumenberg, de algum modo, ofereceria risco para a afirmação dos postulados da história dos conceitos. Ou seja, em algum sentido, as teses e afirmações de Blumenberg eram mais radicais que aquelas propaladas pelo – ainda precário – método da história dos conceitos.

De todo modo, o texto de Blumenberg acabou sendo publicado em apartado, de forma autônoma, recebendo o título de *Paradigmas para uma Metaforologia*. A proposta geral de Blumenberg seria utilizar as metáforas utilizadas em um tempo histórico específico para, a partir delas, explorar e delimitar os aspectos produtivos daquela cultura. Seriam elas formas privilegiadas de acesso às dimensões políticas, estéticas, econômicas, jurídicas e sociais produzidas em um determinado tempo histórico.

De plano, contudo, é necessário chamar a atenção para um aspecto formal da proposta desse autor. Com efeito, as metáforas de que fala Blumenberg devem ser pensadas a

partir de dois modos distintos de manifestação: podem apresentar-se como *metáforas rudimentares* ou como *metáforas absolutas*.

As *metáforas absolutas* referem-se ao âmbito do indizível, do *inconceitualizável*, ou seja, no momento em que as capacidades de apreensão conceitual falham, apelamos para um processo de transferência de sentidos – que estão disponíveis no subterrâneo da linguagem – para nos referirmos a esses fenômenos. Como essas metáforas assumem a condição de fundamentalidade, seriam elas metáforas absolutas. Essas metáforas absolutas permitiriam ao investigador penetrar em certos campos desconhecidos das culturas passadas. Campos esses que ficavam fora das análises que privilegiam o discurso puramente conceitual. A *verdade*, o *mundo*, a *existência*, entre outras, seriam temas que estariam situados no campo da metaforologia. No caso da verdade, por exemplo, as respostas oferecidas por cada tempo histórico à pergunta: o que é a verdade?, passavam por estratégias de transferência de sentido que não diziam conceitualmente o que a verdade *é*, mas a representavam a partir de uma transferência de sentido: “a verdade é a luz”; ou ainda, “a verdade é a natureza nua” etc..

Blumenberg resume da seguinte forma os propósitos da metaforologia:

Delimitar campos en los que se pueden conjeturar metáforas absolutas, y poner a prueba criterios para su fijación. Que se dé a esas metáforas el nombre de absolutas sólo significa que muestran su resistencia a la pretensión terminológica, que no se pueden resolver en conceptualidad, no que una metáfora no pueda ser sustituida o reemplazada por otra, o bien corregida por otra más precisa. De ahí que también las metáforas absolutas tengan *historia*. Tienen historia en un sentido más radical que los conceptos, pues el cambio histórico de una metáfora pone en primer plano la metacinética de los horizontes de sentido y las formas de mirar en cuyo interior experimentan los conceptos sus modificaciones.¹²⁷

¹²⁷ BLUMENBERG, Hans. *Paradigmas para una Metaforologia*. Madrid: Trotta, 2003, p. 47.

A passagem transcrita permite-nos avaliar, em primeiro lugar, que a pretensão de Blumenberg, descrita por ele mesmo como a de formar uma disciplina auxiliar da história dos conceitos, acaba se mostrando como maior do que isso. O texto afirma que as metáforas absolutas “têm história em um sentido mais radical do que os conceitos” e, por isso, por suas mudanças históricas põem, em primeiro plano, “a metacinética dos horizontes de sentido e as formas de circunvisão no interior das quais experimentam os conceitos suas modificações.” Portanto, de uma pretensão auxiliar, a metaforologia parece ser alçada à dimensão fundante da própria história dos conceitos.

Ao mesmo tempo, a metaforologia parece apontar para uma dimensão de profundidade maior do que aquela absorvida pelos mecanismos da história dos conceitos. Postulando a análise da matéria subjacente à linguagem conceitual, a metaforologia daria um passo atrás e, ao mesmo tempo, acabaria por permitir um acesso mais radical aos elementos comuns ou compartilhados que configuram o universo da cultura.

Blumenberg sabe que esse tipo de abordagem não se enquadra no ambiente do discurso lógico formal. Dentro do paradigma logocêntrico, aliás, a análise proposta por Blumenberg não faz nenhum sentido. E isso vale não só para a metaforologia como, também, para outros trabalhos do autor, alguns deles bem mais influentes do que o que aqui estamos analisando.

Tal fator se deve àquilo que Blumenberg elege como o objetivo de sua obra: “pensar de novo a fundo a relação entre fantasia e *lógos*.”¹²⁸ Vale dizer, o autor quer pôr em relevo o *iter* que existe entre o *mhytos* e o *lógos* na perspectiva de encontrar configurações de sentido que foram encobertas pela análise rasa, diretamente vinculada à dimensão do *lógos*.

¹²⁸ BLUMENBERG, Hans. *Paradigmas para una Metaforologia...* cit., p. 45.

Nesse sentido, Blumenberg destaca:

Las metáforas pueden ser *restos*, rudimentos en el camino *del mito al lógos*; en cuanto tales, son índices de la provisionalidad cartesiana de la situación, siempre e cada vez histórica, de la filosofía, que tiene que medirse con la idealidad regulativa del puro *lógos*. Aquí, metaforología sería reflexión crítica que ha de descubrir, y transformar en piedra de escándalo, lo impropio del enunciado traslaticio.¹²⁹

Assim, para Blumenberg, a análise dessa dimensão da metáfora, da *translatio*, poder servir como algo maior do que como um meio retórico de comunicar a verdade. Pode representar um espaço de reflexão no interior do qual são descobertas as estruturas basais de nossos enunciados e dos conceitos com os quais operamos.

Por que Blumenberg é importante? Para auxiliar o encontro com essa dimensão prévia, anterior ao discurso conceitual, e que compõe os sentidos que compartilhamos. Na realidade, boa parte dos significados que nos unem enquanto comunidade estão nessa dimensão pré-reflexiva; fazem parte de uma história que não é contada pela lógica conceitual, mas, sim, por uma lógica hermenêutica.

2.3.3 A história dos conceitos na obra de Reinhart Koselleck

O projeto de Koselleck de uma história dos conceitos passa pela afirmação de uma teoria da história e de um método para investigação do tempo histórico.

¹²⁹ BLUMENBERG, Hans. *Paradigmas para una Metaforologia...* cit., p. 44.

Já no nível do modelo investigativo dos diversos tempos históricos, Koselleck cria duas categorias que permitem pensar as experiências históricas e as configurações conceituais que se projetam em torno delas de uma forma sincrônica (no contexto temporal específico) e diacrônica (os elementos que o passado projeta do futuro, um futuro passado, nas palavras de Koselleck, e que são percebidos graças a um exercício de distância temporal). Do ponto de vista sincrônico, Koselleck fala em *espaço de experiência* e, do ponto de vista diacrônico, em *horizonte de expectativas*. As “aplicações” koselleckianas dessas categorias na análise do tempo histórico deram-se, de forma mais acentuada, em torno de conceitos políticos, tais como *revolução e terror*, entre outros.

Assim, nossa intenção aqui é penetrar na proposta do autor realizando, ao mesmo tempo, um exercício de emprego de suas categoriais. Para tornar mais claro o *novum* da sua proposta de uma história dos conceitos, tentaremos apresentar um contraste com outras propostas teóricas desenvolvidas em torno de um conceito político-jurídico comum e, sem o qual, é impossível pensar o problema da decisão jurídica no contexto atual: o Estado.

Muito já se discutiu quanto ao problema do método através do qual se analisa o fenômeno Estado. No início do século XX, George Jellinek inaugurou uma vertente que faria sucesso nos anos subsequentes. Para ele, de acordo com o ambiente intelectual da época, era necessário marcar uma divisão entre uma teoria jurídica do estado e uma teoria sociológica. A teoria jurídica – que no mais atendia aos requisitos da tradição dos tratadistas que escreveram sobre o Estado no início da modernidade – se ocuparia do Estado enquanto instância de produção jurídica (que oferece os contornos do ordenamento jurídico), bem como dos problemas de sua intervenção no tecido social ao impor sua força sobre os indivíduos e a sociedade civil; por outro lado, a teoria social do Estado, valendo-se das construções de sociólogos, etnólogos e dos mais diversos estudiosos da cultura, produziria uma espécie de

quadro geral referencial (*framework*) no interior do qual estaria inserida a teoria jurídica do Estado¹³⁰. Aliás, como bem lembra Bobbio, uma tal distinção “não podia ser percebida antes do advento da sociologia como ciência geral que englobava a teoria do Estado”.¹³¹

Evidente que essa era a época de afirmação da sociologia empírica e, ao mesmo tempo, da formação da chamada *sociologia compreensiva* de Max Weber. Isso significa: a descrição sociológica deveria contemplar não apenas dados estatísticos que dessem conta dos fatos sociais, mas sim produzir uma interpretação “por dentro” da própria sociedade através da exploração dos significados que exurgem da *ação* produzida pelos diversos atores sociais. O interessante é que Weber, de posse da distinção efetuada por Jellinek e fazendo uso da clássica oposição entre *ser* e *dever-ser*, deu início a uma sociologia jurídica a partir da qual se diferenciavam, claramente, os dois pontos. A *teoria social do Estado*, nessa medida, teria por conteúdo a existência objetiva – histórica ou natural – do Estado (*ser*); ao passo que a *teoria jurídica* ocupar-se-ia com as normas jurídicas que naquela existência real devem se manifestar (*dever-ser*).¹³²

¹³⁰ Cf. Neste ponto, compondo o quadro de seu conceito de *Estatalismo liberal*. Maurizio Fioravanti procura apontar para a proximidade das hipostasiações teóricas de George Jellinek e Carré de Malberg. Para ele, ambos os autores procuravam reler as revoluções do século XVIII num máximo nível *estatalista* visando construir uma autêntica *soberania de Estado* (Cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales: Apuntes de historia de las Constituciones*. 4 ed. Madrid: Trotta, *passim*).

¹³¹ Cf. BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade. Para uma Teoria Geral da Política*. 7 ed. Rio de Janeiro, 1999, p. 56.

¹³² Cf. WEBER, Max. *Economia e Sociedade. Fundamentos da sociologia compreensiva*. Vol. II. São Paulo: Editora UNB, 2004. Nesse quadro teórico, a sociologia jurídica descreveria os fatores reais de poder dando conta de como o direito e o Estado realmente são; ao passo que a teoria jurídica do Estado se ocuparia da “correção”, de algum modo ideal, destes conteúdos reais. Nem é preciso dizer que, neste mesmo espaço histórico, são lançadas teorias que procurem romper com essa dependência do Direito para com a sociologia. Esse é o caso da Teoria do estado fundada por Kelsen que, a partir de seu extremismo normatista, negará o poder do Estado como fato para considerá-lo apenas na validade deontológica do direito (Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.). Por certo que a tese kelseniana de que o Estado é resolvido totalmente no ordenamento jurídico – desaparecendo, portanto, como ente diverso do próprio Direito, foi o “calcanhar de Aquiles” da teoria do direito de Kelsen. Como afirma Bobbio – assumidamente um de seus maiores continuadores – “De todas as teses kelsenianas, a da redução radical do Estado a ordenamento jurídico foi a que teve menor fortuna” (Cf. BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade... cit.*, p. 57).

Por certo, as contribuições weberianas para compreensão das estruturas do Estado são incontestáveis. O olhar sociológico de Weber permitiu aos juristas compreenderem, fora da cartilha tradicional do marxismo, o jogo de dominação que existe em torno desta instituição que pretende – segundo Weber – construir uma legitimação da dominação a partir de uma burocracia orientada por critérios racionais (*Ação racional com respeito a fins*, em oposição aos modos tradicionais de dominação – patrimonialismo, estamento e carisma – onde existiria uma *ação racional com respeito a valores*).

Todavia, o modelo weberiano ainda era acometido por dois problemas: 1) a desgastada separação entre *ser* e *dever-ser*, que gerava a idéia falsa de que o Estado – e também, em alguma medida, as instituições que o cercam – poderia ser algo natural (já que, no nível da teoria sociológica, procurava-se compreender o Estado tal qual ele é); 2) no modo como a história era colocada no interior de sua construção teórica. Com efeito, o fato de admitir um certo naturalismo em torno do Estado não permitiu a Weber colocá-lo, radicalmente, como uma construção cultural, isto é, como produto da história. Na análise weberiana do Estado, a história aparece apenas como um fator secundário, cuja função é esclarecer os conceitos centrais que servirão de ferramental para sua sociologia¹³³.

¹³³ Ressalte-se que a eleição destes dois pontos não é meramente aleatória. Com efeito, teóricos que deram continuidade ao projeto weberiano já haviam identificado, no interior da teoria, os problemas apresentados no texto. Esse é o caso do corifeu da chamada *fenomenologia social*, Alfred Schütz. Com efeito, Schütz foi aluno de Weber e considerava a sociologia compreensiva o maior avanço metodológico alcançada pelas ciências sociais. Todavia, sua proximidade com Husserl, o contato com a fenomenologia transcendental e a posterior conclusão de sua tese de doutoramento sob a orientação deste último, o levou a “corrigir” alguns pontos da sociologia weberiana. Schütz apresenta, basicamente, três pontos de discordância com relação a Weber: 1) a falta de uma descrição das estruturas da vida ordinária que se desenvolve no interior daquilo que Husserl nomeou de mundo-da-vida; 2) Uma concepção de interpretação e de significado que ficava aquém das conquistas efetuadas pela semântica husserliniana; 3) em consequência, a falta de uma problematização adequada do problema do tempo – que comporta aqui o modo como a história aparece em sua reflexão – na descrição dos contextos de ação dos indivíduos (Cf. SCHÜTZ, Alfred. *La construcción significativa del mundo social. Introducción a La sociologia comprensiva*. Barcelona: Paidós, 1999; SCHÜTZ, Alfred. LUCKMANN, Thomas. *The Structures of the Life-world*. Vol. I e II, Evanston: Northwestern University Press, 1973).

É preciso ficar claro, contudo, que não estamos afirmando aqui que Weber desconsidera uma análise histórica das instituições sociais na composição de seu trabalho. É certo que, depois de construir as categorias basilares de sua sociologia compreensiva, Weber se voltará para a história no intuito de identificar o modo como a modernidade estrutura suas relações de poder e de dominação social. A questão aqui é o *modo* – portanto, um problema de método – como a história é por ele percebida. Para ficar no exemplo específico do Estado, por exemplo, é impossível que essa instituição seja tratada como algo natural e histórico ao mesmo tempo. O Estado ou bem é natural – e, portanto, determinado por uma natureza que lhe confere (alguma) racionalidade – ou bem é histórico, construído por fatores culturais-temporais.

Também em outros autores o problema com relação ao modo como a história aparece – no que tange ao método – denota esse mesmo problema de partida. Bobbio, por exemplo, articula uma diferença que merece ser problematizada. Segundo o jusfilósofo italiano, uma coisa é a história das instituições políticas que irão compor os quadros daquilo que, modernamente, conhecemos por Estado; outra coisa bem diferente são as idéias políticas das principais mentes que pensaram o Estado. Ou seja, as estruturas reais que compuseram a fórmula do Estado Absolutista não são a representação cristalina das ideias de Thomas Hobbes, do mesmo modo que não é lícito associar, de maneira causal, John Locke com a monarquia parlamentar. Portanto, há uma diferença entre as ideias dos pensadores e os quadros concretos em que se desenvolveu a história.

A partir disso, podemos começar a enunciar o modo como a história compõe o método através do qual este trabalho se desenvolve. Não é que a distinção estabelecida por Bobbio esteja completamente errada, mas ela sofre de um problema de base, um problema

que – com as devidas ressalvas – poderíamos dizer que é ontológico¹³⁴. Isso porque nem a “realidade histórica” é algo autônomo em relação à mente que a conhece, nem a mente que

¹³⁴ O sentido desse ontológico que afirmamos aqui é pensado a partir do giro ontológico operado por Martin Heidegger. É importante ter presente o sentido deste giro ontológico. Trata-se da grande revolução – a mais decisiva pelo menos – que Martin Heidegger legou para a filosofia. Mais além de possíveis desacordos, o certo é que, depois de Heidegger, essa questão não pode ser ignorada por nenhum estudioso interessado em compreender a fundo o problema do conhecimento. Isto porque, toda tradição anterior – que Heidegger denomina Metafísica – relegou a um plano ôntico um problema que é necessariamente ontológico, isto é, investigou objetivando no *ente* algo que pertence à esfera do *ser*. Mas isso se deu de diversas maneiras e de nenhuma delas pode-se dizer que estavam erradas. Há equívocos, mal entendidos, que levam a metafísica a pensar o *ente* ao invés do *ser*. Também isso não quer dizer que inexistiu um sentido do *ser* em toda história da Metafísica. O que o filósofo percebe a partir de sua intuição fundamental é que a compreensão do *ser* é algo inerente à condição humana, que desde sempre nos acompanha ainda que dela não necessariamente estejamos conscientes. Há um vínculo necessário entre homem e *ser*, na medida em que para mencionar algo, é preciso dizer que esse algo *é*. *E esse vínculo a Metafísica não pensou*. Ora, quem diz o *é* do *ser* é este ente chamado homem, ser humano e que em Heidegger responde pelo termo alemão *Dasein*. Portanto, toda problemática ontológica (a pergunta pelo sentido do ser) passa pela compreensão deste ente que pode dizer *é* porque compreende o *ser*. Assim surge o que o filósofo denomina *ontologia fundamental*. É ela fundamental porque ela possibilita todas as demais ontologias porque compreende as estruturas do ente que, existindo, compreende o ser. O *Dasein* existe porque compreende o *ser* e, compreendendo o ser se compreende, lançando-se para adiante de si mesmo. *Quando se diz: processo é instrumento, há toda uma estrutura de sentido que se antecipa e possibilita dizê-lo. Esse sentido é o ser e compreendê-lo passa ser a tarefa fundamental da ontologia*. Mas Heidegger se movimenta numa dimensão ainda mais originária que é a própria existência do humano. Como o *Ser-aí (Dasein)* é o único ente que existe – os demais entes intramundanos subsistem – a ontologia fundamental, que é condição de possibilidade de todas as demais ontologias, receberá a forma de uma *analítica existencial*, porque pretende compreender, fenomenologicamente, as estruturas deste ente que existe. Essa a revolução: toda a tradição anterior pensou a ontologia fora do homem. Era uma *ontologia da coisa*, de essências, de objetos, portanto uma ontologia que, paradoxalmente, se dirigia ao *ente* e não ao *ser*. Heidegger desloca o homem para dentro da ontologia incluindo o seu modo-de-ser na problemática ontológica e transforma a reflexão filosófica em uma *ontologia da compreensão*. Desse modo, Heidegger recoloca a pergunta capilar de Kant: o que é o homem? numa dimensão existencial. A pergunta pelo que é o homem descamba sempre para explicações categoriais que resvalam para longe na definição de sua resposta. Através de sua fenomenologia hermenêutica Heidegger mostra como não é possível *explicar o que é o homem*, mas apenas *compreender como ele é*. Portanto, na ontologia fundamental procura-se constituir um horizonte a partir do qual se possa pensar o *ser enquanto ser*, ao invés do *ente enquanto ente* que caracterizava a ontologia desde Aristóteles. Diante da ontologia fundamental importa pensar a diferença que existe entre *ente* e *ser*; uma diferença constituidora de sentido na qual desde sempre nos movemos ainda que dela não tenhamos nos dados conta: a *diferença ontológica*. Conforme esclarece Stein há dois níveis que, desde Aristóteles, estão consagrados na ontologia: “o nível do *ente enquanto ente* e o nível do *ser do ente*. A tradição metafísica aborda esses níveis de maneira objetivística. Ela trata os dois níveis como objetos a serem conhecidos. Os diversos autores, até a Idade Média, dão formas várias ao conhecimento deste objeto, mas sempre se examina o modo como são conhecidos, mas não se pergunta porque eles não são questionados enquanto são condições de possibilidade, razão pela qual Aristóteles permanece nos dois níveis. Quando Heidegger introduz um ente privilegiado, o *Dasein*, aparece outro nível de problematização do ser. O ser não se dá isolado como objeto a ser conhecido; mas ele faz parte da condição essencial do ser humano. O *Dasein* compreende o ser e por isso tem acesso aos entes. Sem essa compreensão nada se move no conhecimento, tudo permanece opaco. Mas assim como pelo ser compreende os entes, compreende-se também como ente; e não apenas isso. Compreende o ser porque compreende a si mesmo e se compreende porque compreende o ser” (*Diferença e Metafísica*. Ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 103 – itálicos do original). Especificamente no âmbito da Direito, é exemplar a exploração que Lenio Streck realiza das consequências do giro ontológico para a reflexão jurídica (Cf. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005).

conhece essa “realidade” é autônoma em relação a ela. Ambas estão implicadas na estrutura circular da compreensão; ambos articulam-se a partir do círculo hermenêutico¹³⁵.

Desse modo, aquilo que aparece na superfície do discurso dos pensadores da política carregam consigo – subterraneamente – os produtos da história real, de modo que se torna difícil, para não dizer impossível, estabelecer uma relação do que é causa e do que é efeito entre o objeto pensado e o pensamento que pensa o objeto histórico. Dito de outro modo, compreender o Estado – principalmente nos duros tempos atuais – passa por uma correta colocação desta instituição como uma instituição cultural. Uma tal afirmação implica no seguinte: como produto da cultura, o Estado é aquilo que a história diz que ele é. Desse modo, o problema do Estado não passa por perscrutar uma natureza intrínseca que determine essencialmente sua realidade (seja por via de uma obscura intuição concreta, seja através de uma dedução matemático-abstrata de um conceito universalmente válido do que seja a perfeição deste ente). A história, por sua vez, não é nem um imenso livro em que se lêem objetivamente os acontecimentos importantes vivenciados pela humanidade através dos tempos; nem, tampouco, o produto da intelecção de mentes privilegiadas de grandes pensadores ou grandes estadistas (assim como queria Dilthey com sua psicológica “doutrina do gênio”).

Em suma, para pensar a história hoje, é preciso assumir a radicalidade que existe no fato de sermos fruto – de alguma forma – dos efeitos da história (Gadamer). A

¹³⁵ Sobre o círculo hermenêutico, no sentido que assume em Heidegger, Ernildo Stein anota o seguinte: “O homem se compreende quando compreende o ser, para compreender o ser. Mas logo em seguida Heidegger vai dizer: ‘Não se compreende o homem sem se compreender o ser’. Então a ontologia fundamental é caracterizada por esse círculo: estuda-se aquele ente que tem por tarefa compreender o ser e, contudo, para estudar esse ente que compreende o ser, já é preciso ter compreendido o ser. O ente homem não se compreende a si mesmo sem compreender o ser, e não compreende o ser sem compreender-se a si mesmo; isso numa espécie de esfera antepredicativa que seria o objeto da exploração fenomenológica – daí vem a idéia de círculo hermenêutico, no sentido mais profundo” (Cf. STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência. O ambiente hermenêutico e as ciências humanas*. 2 ed. Ijuí: Unijuí, 2008, p. 79).

reconstrução da política e do Estado passa pela correta colocação desse problema. Portanto, a principal questão metodológica – que precisa ser enunciada já de antemão nesta pesquisa – é a seguinte: como compor esses contextos históricos dos quais exsurtem as ideias políticas, sem recair nos naturalismos e nas ingenuidades (filosóficas) descritas anteriormente?

Desse modo, em primeiro lugar, é preciso libertar-se das interpretações finalísticas (*teleológicas*). Elas aparecem na tradição que se constrói a partir do iluminismo moderno em torno das chamadas *filosofias da história*. Manifestam-se tanto em concepções socialistas – como em Marx, que encarava a história como uma sucessão de modos de produção que teria como fim (*telos*) o *comunismo* pleno e a libertação das potencialidades máximas dos indivíduos –; quanto em concepções liberais, como no caso de Kant que – a partir de sua ideia de *progresso* – entendia que a realidade europeia caminhava para uma progressiva internacionalização universalista (problema do cosmopolitismo) na perspectiva da paz perpétua (o *télos* da filosofia da história kantiana). Para além dos problemas internos de cada uma destas teorias, a questão que nos preocupa – e que desde já recusamos – é o determinismo presente em ambas as concepções e a inexorável dificuldade de se pensar o problema da liberdade em cada uma delas. Todo determinismo nos faz recair em um naturalismo dogmático uma vez que, sem a possibilidade da liberdade, desaparece também a possibilidade do questionamento e as coisas passam a ser aceitas como naturais. Precisamos pensar uma teoria da história que nos garanta o possível enquanto possível e não simplesmente como uma realidade que pode vir a acontecer.

Essa possibilidade teórica nos vem de Reinhart Koselleck e da construção de uma *semântica dos tempos históricos*. Segundo Koselleck, o que está no centro das discussões teóricas sobre a história não são questões referentes ao modo como os fatos efetivamente aconteceram, mas sim como os sujeitos históricos perceberam – em determinadas épocas –

algo como um *tempo histórico*. Esse tempo histórico indica que há um conjunto de ações humanas que acontecem não a partir das determinações temporais compreendidas de maneira física ou astronômica (tempo da natureza), mas de acordo com certas esferas sociais historicamente saturadas.

Nas palavras do autor:

As decisões políticas tomadas sob a pressão de prazos e compromissos, o efeito da velocidade dos meios de transporte e de informação sobre a economia ou sobre ações militares, a permanência ou instabilidade de determinadas formas de comportamento social no âmbito das exigências econômicas e políticas temporalmente determinadas, tudo isso conduz obrigatoriamente – seja através de um processo de atuação e ação recíproca ou de relação de dependência – um tipo de determinação temporal que, sem dúvida, é condicionada pela natureza, mas que também precisa ser definida especificamente sob o ponto de vista histórico.¹³⁶

Para ele – e aqui podemos marcar uma diferença com relação ao modo como Bobbio e Weber encaravam o problema da história – há determinados textos (poderíamos citar o *Leviatã* de Hobbes como um bom exemplo disso) em que essa experiência histórico-temporal manifesta-se na superfície da linguagem, de maneira explícita ou implícita. Em suma, trata-se de textos que abordam a relação entre um determinado passado e um determinado futuro.

A configuração dessa relação é dada não a partir da dedução de uma cadeia abstrata de princípios que conduzirão a um fim último na história (paz perpétua); nem por meio de tensões dialéticas e contradições do modo capitalista de produção (chegando, assim, ao comunismo); mas sim através de duas categorias que tentam apanhar o tempo histórico em suas máximas possibilidades. Trata-se de pensar o *espaço de experiência* e o *horizonte de*

¹³⁶ KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado...* cit., p. 15.

expectativas que envolvem um determinado tempo histórico demarcando, assim, suas possibilidades semânticas.¹³⁷

A tese de Koselleck é que a modernidade alterou radicalmente o espaço de experiência produzindo um tipo de história que conduzia a um único e delimitado horizonte de expectativa (trata-se do futuro pensado a partir do passado, daí porque *futuro passado*). Isso se dá do seguinte modo: no contexto da baixa idade média – entre os séculos XVI e XVII – o modo como o tempo histórico se manifestava poderia ser apresentado a partir da seguinte máxima: *historie magistra vitae* (a história é a mestra/professora da vida). Ou seja, o espaço de experiência era composto de tal forma que – desde os políticos maquiavélicos, até os letrados cristãos – pensava-se a história a partir de seu caráter pedagógico, isto é, os erros do passado devem ser evitados no futuro e, os acertos, repetidos. O horizonte de expectativas, por outro lado, permanecia relativamente aberto na medida em que esse futuro não era absolutamente determinado pelas “lições da história”. Dito de outro modo, o futuro não é o “lugar” do historiador, ou do filósofo da política. O futuro é o “lugar” dos profetas e da escatologia católica. Isso significa que o presente é pensado a partir desta dupla tensão: de um lado o passado que condiciona a vida a partir de seu caráter pedagógico; de outro o futuro que se mantém obscuro pelo temor/certeza da chegada do juízo final. Ocorre que os profetas erraram, sucessivamente, suas previsões acerca do fim total. Numa época de guerras, o início de cada conflito era tido como um prelúdio do juízo final. Apesar disso o mundo não acabava. Pelo contrário, a engenharia do Estado Absolutista conseguiu por fim às guerras civis religiosas. Posteriormente, o surgimento do Estado liberal impôs limites ao poder político assegurando as regras de livre mercado. Campo extremamente propício para a fertilização da ideia de progresso.

¹³⁷ Quanto a estas duas categorias Cf. Koselleck, Reinhart. *Futuro Passado...* cit., pp. 305 e segs.

A ideia de progresso alterará de tal maneira o espaço de experiência que, a partir de então, Koselleck demonstrará o surgimento de um novo termo para se referir à história (em alemão, *Geschichte*).¹³⁸ Com efeito, a partir de então a História agrega um elemento novo: a ação social passa a assumir horizontes de expectativas futuras que são (previamente) determinadas. Trata-se não apenas de um novo modo de teorizar sobre a história, mas sim de uma nova forma de encarar a vida e a ação político-social. De algum modo, agora, parece ser possível, a partir da experiência humana das ciências, das matemáticas enfim, projetar o vir-a-ser. Eis, então, o ambiente que irá compor a ação política no contexto do Estado Liberal-Burguês.

Parece ficar claro como a escatologia cristã é transferida para o interior das filosofias da história, só que agora de forma invertida: ao invés do fim total, um certo otimismo atravessado pelas certezas próprias do iluminismo. Por certo que todos estes fatores irão compor o mundo burguês que estava se formando. Este ponto é lembrado, também, por Bolzan de Moraes que – ancorado em Agambem – afirma que “o capitalismo acaba levando ao extremo uma tendência já presente no cristianismo, generaliza e absolutiza, em todo seu âmbito, a estrutura da separação que define a religião”.¹³⁹

Nossa investigação serve-se, em grande medida, destas duas categorias – espaço de experiência e horizonte de expectativa – para compor os contextos históricos que serão analisados.

Por certo que oferecer apenas os contornos deste espaço histórico não seria suficiente; desnudar as armadilhas de uma filosofia da história – embora seja de fundamental importância

¹³⁸ Em alemão, o autor realiza uma operação semântica a partir da diferença entre *Historie* e *Geschichte*. Para efeitos de nossa pesquisa, usaremos o recurso da tradução para o português que representa a história como *Historie* com “h” minúsculo e histórica como *Geschichte* com “h” maiúsculo.

¹³⁹ Cf. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. A Jurisprudencialização da Constituição. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito – II. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISISNOS. N. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 48.

para a colocação atual dos problemas da política e do Estado – não sustenta as pretensões objetivas que almejamos alcançar aqui.

CAPÍTULO III – A HISTÓRIA DO PROBLEMA

As configurações conceituais em torno das questões envolvendo a decisão jurídica no contexto contemporâneo passam, necessariamente, pela compreensão do positivismo jurídico e de suas manifestações históricas. Nesse sentido, é preciso fazer um exercício de história dos conceitos para compreender o modo como o problema da decisão jurídica desenvolve-se em nosso ambiente cultural.

Vejamos, então, algumas questões histórico-conceituais a respeito do positivismo jurídico.

3.1 Positivismo e Decisão: uma primeira aproximação

Nos termos propostos por Lenio Streck, o positivismo sempre se caracterizou por apresentar três características específicas na análise que realiza do fenômeno jurídico¹⁴⁰:

Em primeiro lugar, seu objeto é determinado a partir das fontes estatais-sociais do direito. Recusa-se, assim, que a abordagem do fenômeno jurídico dê conta de fatores externos àquilo que foi produzido em termos de regulação social pelo Estado. Essa característica aponta para outro fator próprio das teorias positivistas: são elas a representação teórica de um tipo específico de estatismo.

¹⁴⁰ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. cit., pós-fácio, n. 4.2., p. 509.

Em segundo lugar, temos que todo positivismo professa a tese da separação entre o direito e a moral. Assim, as teorias positivistas oferecem critérios para análise do direito que excluem o problema de sua adequação ou não a um sistema moral mais abrangente que determine o conteúdo das normas jurídicas.

Ao contrário, tais teorias restringem a determinação da validade do direito a critérios previstos pelo próprio ordenamento jurídico ou sistema jurídico (variando o conceito conforme o autor, *v.g.*, Kelsen fala em ordenamento jurídico; Herbert Hart prefere falar em sistema jurídico).

Por fim, mas não menos importante, todo positivismo professa, em alguma medida, um coeficiente de discricionariedade judicial, no momento de aplicação do direito a casos especiais – que podem ser chamados, à moda do direito americano, de casos difíceis (*Hard Cases*) – que deverão ser decididos pelo julgador independentemente de o ordenamento ou o sistema jurídico preverem antecipadamente alguma regulação para o caso.

Essa questão remete-nos ao célebre debate que se desenvolveu no ambiente anglo saxão entre Herbert Hart e Ronald Dworkin. Com efeito, em 1961, Hart publicou a primeira edição do seu *O Conceito de Direito*, obra que se apresentava como uma reformulação global do positivismo jurídico.

Em seu livro, Hart criticava as teses de J.L. Austin e, ultrapassando os limites da *common law*, criticava também algumas das principais teses do positivismo normativista de Hans Kelsen. Seu objetivo era colocar e responder, de forma mais precisa, a pergunta: *o que é direito?*

Essa resposta é procurada por ele a partir de uma atenção à linguagem que os advogados, juízes, legisladores e os cidadãos em geral utilizam ao referir-se a assuntos jurídicos, tendo como pano de fundo as análises desenvolvidas pela filosofia analítica da linguagem de Austin e Wittgenstein.

Num resumo bastante genérico, e nos limites daquilo que interessa a esta obra introdutória, podemos dizer que Hart assume como pressuposto o fato de que toda expressão linguística – seja ela jurídica ou não – possui um núcleo duro de significado e uma zona de penumbra.

O núcleo duro de significado da interpretação está conformado pelos *casos de fácil interpretação*, é dizer, aqueles nos quais quase todos os intérpretes estariam de acordo sobre a expressão que se aplica ao caso em questão, seja ele um objeto ou um fato social. No âmbito da decisão judicial, isso significa que uma regra sempre possuirá um núcleo duro e uma zona de penumbra, frente à qual o juiz deverá escolher qual o sentido que deve prevalecer.

Para demonstrar sua tese, Hart formula um exemplo. Vejamos: se uma regra diz “é proibida a circulação de veículos no parque”, diante das diversas hipóteses de interpretação, todos estariam de acordo que não se permite a circulação de automóveis ou caminhões. Apesar disso, haveria dúvida sobre a proibição da circulação de bicicletas, por exemplo. Neste caso, estaríamos – segundo Hart – diante de um *caso difícil* e a solução deveria ser dada a partir de um critério aproximativo de analogia com os casos de fácil aplicação da regra. Nesse âmbito aproximativo-analógico, os juízes possuem *discricionariedade* para escolher a melhor interpretação.

É neste ponto que se encontra o ponto decisivo de discordância nas posições de Hart e Dworkin. Para Dworkin, ao contrário do que sugere Hart, os juízes não possuem *discricionariedade* alguma porque, mesmo nos chamados “casos difíceis”, eles estão vinculados a julgar conforme padrões prévios de conduta que ele descreve como *princípios jurídicos*.

Para definir o conceito de discricionariedade, enquanto característica do juspositivismo, Ronald Dworkin afirma existir três sentidos para o termo: um sentido fraco; um sentido forte; e um sentido limitado.

O sentido limitado oferece poucos problemas para sua definição. Significa que o poder de escolha daquela autoridade à qual se atribui poder discricionário se determina a partir da escolha “entre” duas ou mais alternativas. A esse sentido, Dworkin agrega a distinção entre discricionariedade em *sentido fraco* e discricionariedade em *sentido forte*, cuja determinação é bem mais complexa do que a de discricionariedade em sentido limitado.

A principal diferença entre os sentidos forte e fraco da discricionariedade reside, segundo Dworkin, no fato de que, em seu sentido forte, a discricionariedade implica a incontrolabilidade da decisão segundo um padrão antecipadamente estabelecido.

Desse modo, *alguém que possua poder discricionário em seu sentido forte pode ser criticado, mas não pode ser considerado desobediente*. Não se pode dizer que ele cometeu um erro em seu julgamento. É neste sentido forte da discricionariedade que Dworkin assenta sua crítica ao positivismo hartiano quando este afirma ter o juiz poder discricionário, toda vez que uma regra clara e pré-estabelecida não esteja disponível.

Ou seja, e aqui citamos expressamente Dworkin, “*os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes*”.¹⁴¹ Na esteira de Hart, Dworkin afirma ainda: “*quando o poder discricionário do juiz está em jogo, não podemos mais dizer que ele está vinculado a padrões, mas devemos, em vez disso, falar sobre os padrões que ele ‘tipicamente emprega’*”.¹⁴²

Em sua crítica ao poder discricionário, Dworkin afirma que, nestes casos, os “padrões que os juízes tipicamente empregam” são, na verdade, *princípios* que os guiam em suas decisões e que os obrigam no momento de determinar qual das partes possui direitos.

Todavia, o problema interpretativo que se esconde por trás da questão da discricionariedade judicial pode ser percebido também em trabalhos de autores “continentais”, oriundos de sistemas romano-germânicos. Esse é o caso da *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen.

De todo modo, podemos resumir, então, o conceito de *juspositivismo* como sendo o tipo de postura teórica que se caracteriza por esses três elementos¹⁴³:

- 1) pelas fontes sociais do direito;
- 2) pela separação entre direito e moral;
- 3) pela discricionariedade delegada ao juiz nos hard cases ou nas incertezas da linguagem em geral.

¹⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 50 e segs.

¹⁴² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério...* cit., pp. 50 e segs.

¹⁴³ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. cit., pósfácio, n. 4.2., p. 509.

É importante registrarmos, também, a profunda diferença que existe entre o positivismo jurídico praticado pela teoria jurídica predominante no século XIX e o positivismo jurídico construído pelas teorias jurídicas do século XX. O primeiro, definiremos com Castanheira Neves¹⁴⁴, de positivismo legalista; o segundo, devido ao corte profundamente kelseniano presente em suas teses, será nomeado positivismo normativista.¹⁴⁵

3.2 As diferentes manifestações do positivismo e o modo com que cada uma delas lida com o problema da decisão

3.2.1 Positivismo legalista

A principal característica do positivismo legalista é a equiparação do direito à lei. Essa questão já foi ressaltada no primeiro capítulo desta investigação. De todo modo, é preciso reforçar que essa equiparação pode ser pensada a partir do direito produzido por um corpo legislativo soberano (no caso francês) ou na perspectiva da lei formada segundo os padrões ditados pelos eruditos, professores de direito (caso alemão).

Para melhor compreender o positivismo legalista, podemos recorrer a uma análise semiótica do direito. A semiótica divide a análise da linguagem em três níveis: sintática, semântica e pragmática.

¹⁴⁴ Sobre a questão, ver: NEVES, Antonio Castanheira. Escola da exegese, In: *Digesta*, v. 2, Coimbra: Coimbra Ed., 1995, n. 2, p. 109 *et seq.*

¹⁴⁵ Essa construção que identifica no positivismo diferentes ramificações é explorada de forma aprofundada por STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?* In: *Revista Novos Estudos Jurídicos*, vol. 15 n.1, pp. 158-173/jan-abr 2010.

No nível da sintaxe, a linguagem é considerada a partir de sua estrutura dos signos e a análise obedece a uma lógica de relação signo-signo. Não se considera, aqui, para efeitos de análise, a relação do signo com o objeto ao qual ele faz referência.

Por outro lado, a semântica opera uma análise da linguagem na perspectiva de determinar o sentido do signo a partir de sua relação com o objeto.

Já a pragmática considera a linguagem na perspectiva do uso (prático) que dela fazem aqueles que com ela operam.

Nessa perspectiva, o positivismo legalista pode ser considerado uma teoria jurídica sintática. Isso porque o direito aqui é conhecido e analisado apenas a partir dos conceitos que compõem a legislação. Não se problematiza, aqui, a relação deste conceito com a concretude fática. O conceito pode ser conhecido em si mesmo apenas a partir da utilização das fórmulas lógicas do entendimento.

Neste caso, o direito nunca poderia ser analisado numa perspectiva quer semântica, quer pragmática. Esse fato acaba por produzir um reducionismo na análise do direito, na medida em que os problemas interpretativos não são problematizados em análises exclusivamente sintáticas.

Esse ponto está na raiz das críticas que o movimento do direito livre e a jurisprudência dos interesses farão às teorias positivistas (legalistas). Urge ressaltar que esses movimentos não deixavam de ser positivistas. Todavia, como será abordado no capítulo 10, a abordagem por eles proposta possuía um nítido caráter sociológico.

Essa aproximação do direito aos fatos sociais – propiciando uma análise cultural-valorativa do fenômeno jurídico – reivindicada por estes movimentos deixou o direito exposto à ideologia e à política, tornando prejudicada sua determinação científica.

Assim, o normativismo kelseniano terá como ponto de partida a necessidade de se oferecer uma resposta a esse caos epistemológico deixado pelo movimento do direito livre e pela Jurisprudência dos interesses.

3.2.2 Positivismo normativista

Já o positivismo normativista opera uma análise semântico-sintática do direito. Desse modo, o normativismo reconhece o problema dos múltiplos significados que emanam dos conceitos que compõem o direito e problematiza a relação desses conceitos com os objetos que compõem o “mundo jurídico”. Assim, um normativista como Kelsen, por exemplo, não exclui a possibilidade de, no momento de aplicar a norma, os juízes decidirem de mais de uma maneira (desde que ajustados à “moldura da norma”). Todavia, na determinação da validade das normas que compõem o ordenamento, Kelsen opera segundo uma lógica sintática.

Na verdade, o que determina a questão em torno da interpretação do direito (*rectius*: interpretação autêntica) é a separação entre interpretação como ato de conhecimento (Ciência Jurídica) e a interpretação como ato do vontade (práticas jurídicas). Nesse aspecto,

convem transcrever a síntese realizada por Marcelo Cattoni a respeito das teses de Kelsen sobre a interpretação:

1. A interpretação das normas jurídicas é necessária tanto à aplicação quanto à observância de tais normas.
 2. O ato de aplicação do direito é em parte determinado, em parte indeterminado pelo Direito.
 3. Tal indeterminação pode dizer respeito tanto ao fato condicionante como à consequência condicionada juridicamente.
 4. A indeterminação pode ser intencionada pela autoridade que estabeleceu a norma a aplicar ou resultar não intencionalmente, da própria constituição da norma jurídica que deve ser aplicada.
- (...) 16. A interpretação autêntica, a interpretação cognoscitiva, obtida por uma operação de conhecimento do Direito a aplicar, combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através da mesma interpretação cognoscitiva.¹⁴⁶

Isso quer dizer que a validade da norma inferior pode ser aferida a partir de uma norma superior, sem que sejam problematizadas questões de conteúdo social, político ou ideológico. A questão se apresenta simplesmente na perspectiva da forma (lógica formal).

Assim, no normativismo, o direito não é reduzido à lei – como no positivismo legalista. No interior desse tipo de teoria positivista, o direito é apresentado como um conjunto de normas válidas.

3.2.2.1 Norma, Decisão e ordenamento no contexto do positivismo normativista

¹⁴⁶ CATTONI, Marcelo. *Processo Constitucional*. 2 ed. Belo Horizonte: Pergamum, 2013, pp. 37-39.

Não é possível falar do positivismo normativista sem enfrentar o problema do ordenamento jurídico. Mais ainda: em sendo a nossa principal intenção investigar as condições sob as quais se assenta uma decisão jurídica, é necessário dimensionar o modo como o normativismo compreendia isso. Para isso, necessariamente, é preciso conhecer a articulação kelseniana do conceito de ordenamento jurídico.¹⁴⁷

De plano, é preciso reconhecer de forma adequada as contribuições inovadoras da teoria do direito kelseniana. Deve-se à obra de Kelsen, a construção teórica do conceito de norma. Isso porque o uso anteriormente efetuado pelos juristas dava-se de maneira aleatória. Kelsen define o conceito de norma a ponto de apurá-lo alçando-o ao centro de sua análise sobre o próprio direito. Daí que Kelsen é classificado como positivista normativista: em sua forma de teorizar o direito, tudo aquilo que é jurídico, necessariamente, é norma (normativo).¹⁴⁸

Nessa perspectiva *kelseniana*, o conceito de direito é identificado com o próprio conceito de norma. Todavia, o conceito de norma não pode ser equiparado ao de lei. Vale dizer, a lei é uma espécie de norma que faz parte da estrutura supra e infraordenada da dinâmica jurídica.

O esforço de uma teoria do direito *kelseniana* é efetivamente demonstrado quando Kelsen cria a divisão do estudo do direito em dois sistemas, o estático e o dinâmico.

Kelsen apresenta duas teorias: uma estática, em que o direito é entendido como um sistema de normas em vigor; e uma dinâmica, que tem por objeto o processo jurídico em

¹⁴⁷ Nesse sentido, conferir também TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. ABBOUD, Georges. CARNIO, Henrique Garbelini. *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, *passim*.

¹⁴⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985, *passim*. Cf. também LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*, v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 51 *et seq.*

que o direito é produzido e aplicado, o direito em seu movimento. De acordo com a maneira estrita com que Kelsen explora o objeto da ciência jurídica, surgem dois importantes conceitos: o de norma jurídica e o de proposição jurídica. As proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que de conformidade com o sentido da ordem jurídica, nacional ou internacional, dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento determinadas. São exemplos de proposições jurídicas: se alguém comete um crime, deve ser-lhe aplicada uma pena, se alguém não paga uma dívida, deve ser procedida a execução forçada. Já as normas jurídicas não são juízos, elas são mandamentos, imperativos, comandos, permissões ou atribuições de poder ou competência, são prescrições.¹⁴⁹

Para efetiva compreensão do conceito de norma em Kelsen, é importante distinguir norma jurídica de proposição jurídica. A primeira (norma) representa o conceito nuclear com o qual opera o direito, vale dizer, “elas são produzidas através de atos de conduta humana e devem ser aplicadas e observadas também por atos de conduta”.¹⁵⁰

Em outros termos, as normas são produtos da aplicação de outras normas realizadas pelos órgãos jurídicos (*e.g.*, tribunais que aplicam a lei ao caso concreto e o legislativo que cria a lei por meio do processo legislativo, constitucionalmente estabelecido). Ou ainda, as normas compreendem o resultado de sua observação social. Por sua vez, as proposições representam os enunciados nos quais a ciência jurídica descreve as relações que se estabelecem a partir das normas.

¹⁴⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito...* cit., p. 84.

¹⁵⁰ Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito...* cit, p. 78.

De forma sintética, podemos afirmar que a diferença entre *proposição* e *norma* opera no mesmo nível da diferenciação entre *ciência* e *direito*. Essa diferença é que permite estabelecer a distinção entre o que é conhecimento jurídico (ato da ciência jurídica) e o que é a aplicação da norma pela autoridade jurídica competente (ato de aplicação do direito). No oitavo capítulo da *Teoria Pura do Direito*, que trata do problema da interpretação do direito, Kelsen distingue claramente a interpretação efetuada no nível da ciência do direito e a interpretação realizada pelas autoridades jurídicas. No primeiro caso, Kelsen afirma estar-se diante de ato de conhecimento de caráter teórico/objetivo. Ao passo que, no segundo, trata-se de ato de vontade, prático/subjetivo.¹⁵¹

Tradicionalmente, são elencadas duas influências básicas que compõem, dialeticamente, a *Teoria pura do direito: o neokantismo* de Marburgo¹⁵² e o *positivismo lógico* do Círculo de Viena. Dito de outro modo: como *teórico do conhecimento*, Kelsen é um kantiano de Marburgo; como *epistemólogo*, ele é um positivista lógico.

Como kantiano, Kelsen filia-se ao criticismo transcendental da *Razão Pura Teórica* e, a partir dos procedimentos críticos da dialética transcendental, determina as

¹⁵¹ Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito...* cap. 8.

Mister salientar que a obra *Teoria Pura do Direito* movimenta-se no espaço da ciência do direito. Assim, ainda que o objeto da ciência jurídica sejam as normas, a ciência, em si, não produz norma. Ela somente produz proposições a respeito das normas, constituindo-se assim, em uma metalinguagem bem ao estilo do empirismo lógico formulado pelos frequentadores do Círculo de Viena.

¹⁵² É importante anotar algumas coisas em torno do que o neokantismo de Marburgo representou para a experiência jurídica. Seu primeiro representante de projeção foi Rudolf Stammler, que conservou do kantismo a necessária distinção entre a fenomenalidade do direito positivo e o conhecimento que o filósofo dele pode obter mediante um juízo de reflexão. O direito positivo é da ordem do fato e do *a posteriori*. Em compensação, ele observa que uma ciência do direito necessita elevar-se ao conceito de direito considerado em sua validade universal. Esse procedimento permite observar nele a “idéia” que o anima *a priori*. Como Kant – e posteriormente Kelsen – Stammler estima que a pureza do direito (exigência racional *a priori*) deve ser a busca fundamental da ciência do direito e que é indispensável expurgá-la de toda contaminação pela moral ou pela história (Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Filosofia Crítica e Razão Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 228). Isso decorre, numa perspectiva mais ampla, da própria orientação predominante em Marburgo.

condições de possibilidade do fenômeno jurídico operando o processo de especialização daquilo que, no interior do *conhecimento efetivo* (entendido kantianamente), há de jurídico.

Neste nível, ele efetua o corte radical entre direito e moral, ou qualquer outro tipo de manifestação ético-valorativa, ao mesmo tempo que exclui qualquer tipo de abordagem psicologicista sobre o direito. Desse modo, o objeto de sua epistemologia jurídica apresenta-se exclusivamente dado pelo sistema de *normas jurídicas*, que imprimem sentidos nos atos sociais¹⁵³.

A *norma jurídica* funciona, neste caso, como *esquema de interpretação*, que determina o sentido deôntico dos fatos sociais. Como explicita Warat: “*Apoyándonos en los presupuestos gnoseológicos del neokantismo de Marburgo, podemos suponer que para Kelsen el conocimiento científico del Derecho, sólo es posible en base a una estructura deôntica precisa y preexistente*”¹⁵⁴.

Ao mesmo tempo, a partir de uma operação epistemológica determinada pela norma jurídica enquanto modelo de interpretação e objeto da ciência do direito, Kelsen garante a especificidade e a autonomia do direito frente à política, à sociologia e à ideologia.

Também no plano da *validade* do direito (entendida tanto como obrigatoriedade quanto existência), esta não será garantida de uma maneira simplesmente factual, como querem os partidários do realismo jurídico (também chamado “positivismo fático”), mas, sim, num nível de idealidade *a priori* desta estrutura deôntica, que será

¹⁵³ Cf. WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia Jurídica e Ensino do Direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, pp. 241 e segs.

¹⁵⁴ WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e Ensino do Direito...* cit., p. 243.

constituída a partir de uma ordenação normativa encadeada hierarquicamente que tem como ponto de interrupção uma criação gnoseológica de Kelsen, chamada *norma fundamental*.

A grande inovação kelseniana, contudo, reside em introduzir, no nível desta estrutura deôntica, uma lógica de “proposições jurídicas” e não simplesmente de “normas jurídicas”. A norma jurídica se mantém como esquema de interpretação, porém apenas para apoiar a construção de uma linguagem rigorosa que pode assumir as estruturas formais *a priori* exigidas pelo conhecimento científico efetivo.

Assim, Kelsen constrói uma metalinguagem (proposições) – ao estilo do positivismo lógico do círculo de Viena – para resolver os paradoxos lógicos da linguagem objeto que são as normas jurídicas.

Outro ponto que foi introduzido por Kelsen foi tratar da relação entre as normas jurídicas na perspectiva de um ordenamento jurídico. Por mais paradoxal que possa parecer, o conceito de ordenamento jurídico só é colocado como um problema autônomo no contexto da ciência jurídica produzida no século XX. Antes disso, havia uma preocupação com o sistema e com sua coerência interna, mas essa perspectiva, como afirma Bobbio, ficava restrita à descrição da própria norma jurídica: “*a norma jurídica era a única perspectiva a partir da qual o direito era estudado. O ordenamento jurídico era, quando muito, um conjunto de muitas normas, mas não um objeto autônomo de estudo, com seus problemas particulares e diversos*”.¹⁵⁵

Certamente, isso tem uma razão: as análises sistemáticas do século XIX, como veremos adiante mais amiúde, ficavam restritas ao direito privado, orbitando em torno dos

¹⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, Cap. III, n.1, p. 174.

problemas da codificação do direito civil, e não precisavam lidar com o problema da relação deste mesmo código civil com uma Constituição, por exemplo. Essa relação entre Constituição e direito infraconstitucional é algo próprio das teorias jurídicas produzidas no continente europeu na primeira metade do século XX. A de Kelsen, certamente, é a mais importante, tanto pela acurada estrutura científica quanto por ter produzido maior número de seguidores e de críticos.

Como dito acima, em sua *Teoria Pura do Direito*, Kelsen isolou os problemas referentes ao ordenamento jurídico naquilo que ele chamou de *dinâmica jurídica*, enquanto que os estudos sobre a norma foram reservados para uma parte inicial que ele nomeou de *estática jurídica*.

Nos termos propostos por Bobbio, uma teoria autônoma do ordenamento jurídico aglutina-se em torno dos seguintes problemas:

- a) Saber como que uma pluralidade de normas podem constituir-se em uma unidade. Nesse ponto, o problema principal a ser discutido é o da *hierarquia normativa*;
- b) O segundo problema é que, partindo desta unidade, o ordenamento deve constituir-se enquanto sistema, devendo ser oferecidos critérios de resolução das possíveis *antinomias jurídicas*;
- c) Todo ordenamento jurídico unitário e sistemático também pretende ser completo. Daí que, deve-se discutir o problema fundamental das *lacunas do direito*;

d) Sendo o ordenamento jurídico constituído em torno de uma realidade estatal específica, na perspectiva do direito internacional, existirá uma plêiade de ordenamentos. Assim, o problema do reenvio ou da interrelação entre um ordenamento e outro também deve ser objeto de uma teoria do ordenamento jurídico.¹⁵⁶

Em face da especificidade do tema, não abordaremos aqui a questão do *reenvio* de um ordenamento a outro. Essa envolve problemas relativos ao direito internacional, cuja análise – pelo caráter especialíssimo – foge ao intuito desta obra.

Nos tópicos seguintes, passaremos a expor, em linhas gerais, a questão da *hierarquia normativa; da sistematicidade do ordenamento; e o problema das lacunas e da completude dos ordenamentos jurídicos.*

3.2.2.2 A hierarquia normativa e Unidade do Ordenamento

A questão envolvendo a relação entre normas de modo a encadeá-las numa perspectiva hierárquica não é algo novo. O problema da adequação da lei humana à lei natural – que envolve todo o pensamento jusnaturalista – é algo que acompanha o direito desde os gregos.

Na modernidade, principalmente no contexto do movimento constitucionalista, foi colocado em questão o problema da supremacia da Constituição e da necessidade de o direito infraconstitucional a ela estar adequado. Esse tipo de pensamento teve uma longa

¹⁵⁶ Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito...* cit., p. 187.

gestação, mas terminou por ser firmado e cristalizado no ambiente do constitucionalismo norte-americano que, por uma decisão de um juiz da Suprema Corte (John Marshall), instituiu o chamado controle de constitucionalidade dos atos normativos, afirmando, assim, o ponto que faltava para tornar explícita a supremacia da Constituição com relação ao restante da produção normativa de uma ordem jurídica.

Esses movimentos, todavia, nunca chegaram a tratar da questão da hierarquia normativa com a finalidade de produzir uma teoria – até certo ponto autônoma – do ordenamento jurídico. Essa intenção terá, novamente na obra de Hans Kelsen, o seu ponto de partida.

Com efeito, Kelsen formulou a tese de que o ordenamento jurídico possui uma estrutura *suprainfraordenada*. Essa estruturação do ordenamento é, por várias vezes, remetida à clássica metáfora da “pirâmide normativa”. Embora não seja errado mencionar essa estrutura *suprainfraordenada* a partir dessa metáfora, não se pode dizer que ela tenha sido descrita por Kelsen em sua *Teoria Pura do Direito*. Mais especificamente, ela aparece em um texto produzido pelo autor para explicar à comunidade acadêmica a novidade de sua teoria.¹⁵⁷

Na verdade, a grande inovação de Kelsen é propor que essa relação normativa – que envolve uma norma superior sendo aplicada por uma norma inferior – dá-se não numa perspectiva de conteúdo (como nas formulações jusnaturalistas e nas do constitucionalismo moderno), mas, sim, numa perspectiva de *validade*.

A perspectiva kelseniana é a seguinte: a norma superior oferece um fundamento de validade para a norma inferior. Daí que essa estrutura possui uma natureza

¹⁵⁷ Cf. KELSEN, Hans. *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*. Madrid: Editorial Reus, 2009, n. 32, pp. 68 e segs.

suprainfraordenada: da norma superior o órgão aplicador deduz a validade da norma inferior. No exemplo figurado pelo próprio Kelsen, a partir da metáfora da pirâmide: a Constituição oferece o fundamento de validade das leis produzidas pelo poder legislativo. As leis produzidas pelo poder legislativo oferecem o fundamento de validade para as decisões proferidas pelos juízes e da execução dos negócios da administração via decreto; por outro lado, também os negócios jurídicos tiram seu fundamento de validade da legislação e podem servir de fundamento de validade de uma decisão judicial que, eventualmente, tenha que julgar um conflito proveniente de um contrato aplicando alguma de suas regras.

A *validade* da norma inferior, portanto, está condicionada à sua adequação à norma superior. Mas essa adequação não é pensada numa perspectiva de conteúdo, mas, sim, numa perspectiva formal de procedimento: a norma inferior é válida na medida em que obedece ao procedimento estabelecido na norma superior.

Todavia, a novidade do pensamento kelseniano não se resume à teorização acerca da estrutura *suprainfraordenada* do ordenamento jurídico. Na verdade, além de oferecer uma explicação sobre o modo como o ordenamento jurídico se movimenta e modifica (daí essa parte de sua teoria ser nomeada de *dinâmica jurídica*), Kelsen apresenta uma hipótese que explicaria de que modo todo o ordenamento jurídico remete a um único ponto. Trata-se de uma hipótese que explica a questão da unidade do ordenamento jurídico.

Essa hipótese é a chamada *norma hipotética fundamental*. Como explica Losano, “o direito é unitário porque todo o ordenamento deriva de uma única norma fundamental. Tal norma fundamental não é uma norma estatuída (ou posta) pelo legislador,

mas imaginada por quem examina o ordenamento” [o jurista estudioso do direito – acrescentamos].¹⁵⁸

Durante toda sua vida, o tema da norma hipotética fundamental foi, certamente, o maior “espinho teórico” de Kelsen (verdadeiro “calcanhar de Aquiles” de sua teoria). Por diversas vezes, ele alterou sua definição de modo que podemos registrar, aqui, ao menos duas delas: *a)* em um primeiro momento, Kelsen afirma ser a norma hipotética fundamental o resultado de uma operação lógica conhecida por tautologia: *ela é porque é; fundamento porque é fundamento*. Anos depois, em sua obra póstuma chamada *Teoria Geral das Normas*, Kelsen se apropria da filosofia do *como se* (*Alsob Philosophie*) de Hans Vaihinger para afirmar que a norma hipotética fundamental seria uma *ficção necessariamente útil*, sem a qual não seria possível pensar em um fundamento unitário para todo o ordenamento jurídico.

Por fim, calha registrar que mesmo autores que refinaram a teoria sobre o ordenamento jurídico continuaram seguindo as intuições fundamentais de Kelsen. Norberto Bobbio – que produziu um trabalho notável sobre o tema – confessava expressamente que, em linhas gerais, continuava seguindo a teoria kelseniana. Nas palavras do autor:

essa teoria serve para dar uma explicação da unidade de um ordenamento jurídico complexo. O núcleo dessa teoria é que as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Existem normas superiores e normas inferiores. As normas inferiores derivam das superiores. Partindo das normas inferiores e passando por aquelas que estão acima, chega-se por último a uma norma superior, e sobra a qual repousa todo o ordenamento. *Todo ordenamento tem uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas; ou seja, faz as normas esparsas e de proveniência variada um conjunto unitário, que pode chamar a justo título de “ordenamento”*¹⁵⁹

¹⁵⁸ LOSANO, Mario. *Sistema e Estrutura no Direito...* cit., p. 54.

¹⁵⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito...* cit., Parte II, cap. II, n. 9, p. 199.

Note-se, portanto, que a própria ideia de ordenamento depende da norma fundamental para poder existir. Daí que, para uma teoria do ordenamento jurídico, a questão da norma hipotética fundamental não é cosmética. Pelo contrário, trata-se de um ponto fundamental que, em sendo de frágil definição, coloca em perigo toda a teoria.

3.2.2.3 Ordenamento, sistema e decisão: o problema das antinomias

Toda teoria do ordenamento tende para a ideia de sistema. Dizendo de melhor maneira, a teoria do ordenamento necessita da ideia de sistema para lhe completar sentido e lhe possibilitar um adequado tratamento para a relação entre as normas jurídicas.

Assim, além do problema envolvendo a hierarquia (os distintos estratos de normas) e da unidade (todas as normas remetendo a uma única norma fundamental) um ponto essencial para se trabalhar com a teoria do ordenamento é a questão da *coerência* normativa. Sistema, portanto, está aqui atrelado à ideia de um todo coerente e harmônico de normas.¹⁶⁰

Nessa perspectiva a teoria descreve duas situações distintas:

a) primeiro estabelece critérios para identificar possíveis conflitos entre normas de modo a tutelar conteúdos contraditórios entre si. O fato de haver um conflito – uma contradição – entre normas de um mesmo ordenamento é chamado de *antinomia*.

¹⁶⁰ Existem muitas peculiaridades no modo como o conceito de sistema foi articulado no interior do pensamento jurídico ao longo da história. Não há espaço aqui para se descer a esse grau de minúcias. Assim, remetemos o leitor para LOSANO, Mario. *Sistema e Estrutura no Direito*. cit., vol. I e II, *passim*.

Bobbio define a antinomia como sendo uma situação em que são criadas duas normas, sendo que uma obriga e a outra proíbe. Ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento. Ademais, essas normas precisam ter o mesmo âmbito de validade, ou seja, devem existir no mesmo âmbito temporal, espacial, pessoal e material;

b) num segundo momento, é preciso estabelecer critérios para solução dessas antinomias.

Como afirma Bobbio, é preciso passar da *definição* de antinomias para a *solução* de antinomias.¹⁶¹

O jusfilósofo italiano indica, ainda, dois tipos de antinomias: as *solúveis* e as *insolúveis*.

Há dois casos em que as antinomias são *insolúveis*: 1) quando não se pode aplicar nenhuma das regras disponíveis para solucionar a antinomia em caso; 2) quando se podem aplicar, ao mesmo tempo, duas ou mais estratégias de solução.

Já as antinomias *solúveis*, também chamadas de *aparentes*, são aquelas que podem ser resolvidas pela aplicação das tradicionais regras de solução de conflito¹⁶². Neste caso, o intérprete pode optar por aplicar as seguintes estratégias:

- 1) *O critério cronológico* – a norma posterior derroga a anterior;

¹⁶¹ Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. cit., Parte II, cap. III, n. 17, p. 238.

¹⁶² Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. cit., Parte II, cap. III, n. 17, p. 238.

- 2) O *critério hierárquico* – diante de um conflito entre normas de diferentes estratos hierárquicos, prevalece aquela que se encontra no estrato superior;
- 3) O *critério da especialidade* – em caso de conflito entre normas que tratam de uma mesma relação jurídica, prevalece aquela com regras mais específicas para a situação.

Por fim, calha registrar que todo esse discurso em torno do problema das antinomias reivindica algo que é nomeado por Bobbio de “dever de coerência”. Esse dever de coerência pode ser analisado na dimensão legislativa ou na dimensão judicial.¹⁶³

Na dimensão legislativa, que é o órgão criador do direito, o dever de coerência manifesta-se da seguinte forma: não cria normas que sejam incompatíveis com as outras normas do sistema.

Já na dimensão judicial, o dever de coerência apresenta um aspecto específico, ligado à atividade de aplicação de normas – próprias dos órgãos jurisdicionais. Assim, tem-se a seguinte fórmula: “caso se deparem com antinomias no momento da aplicação, devem eliminá-las.”

3.2.2.4 O mito da completude do ordenamento: a questão das lacunas do ordenamento

O mito ou dogma da completude nasce na esteira do fenômeno da codificação, no início do século XIX, e tem seu marco característico apresentado pelo *Code civil* francês e

¹⁶³ Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. cit., Parte II, cap. III, n. 20, p. 254.

na chamada “proibição de interpretar” a que eram submetidos os juízes e os eruditos (doutrinadores). Como veremos mais adiante (capítulo 10), o regime napoleônico tinha no novo código um importante mecanismo para a construção de uma nova ordem jurídica – apta a moldar a nova estrutura política que se seguiu ao golpe de 18 de brumário. Nesse sentido, qualquer desvirtuamento a que viesse a ser submetida a obra do legislador feriria os interesses do regime.

Também o *BGB* alemão padecia deste elemento, até certo ponto, autoritário. Todavia, os motivos históricos que produziram esse fenômeno no contexto alemão foram outros. No caso, o *BGB* foi fruto de um decantado estudo acadêmico produzido no contexto da chamada “recepção do direito romano” e das escolas histórica e pandectista (Jurisprudência dos Conceitos). Assim, a chancela legislativa ao produto de infindáveis pesquisas e argumentos dos eruditos colocava no código a condição de obra acabada, não estando sujeita a “complementos interpretativos”.

Ademais, a própria concepção de sistema, herdada do racionalismo iluminista, impingia uma ideia de completude e fechamento que, de algum modo, restringia o trabalho dos tribunais e juízes no momento de aplicar as disposições dos códigos.

O dogma da completude dos códigos sofrerá críticas já no início do século XX, a partir das obras de François Gény e Hermann Kantorowicz e da instauração do chamado “movimento do direito livre”. Como será analisado em pormenores mais adiante (cap. 10), o movimento do direito livre afirmava que o tecido normativo estabelecido pelo sistema da codificação deixa zonas de desregulamentação no plano da sociedade. Assim, no momento de aplicação do direito – pelos juízes – havia uma dimensão, não coberta pelos códigos, que

possibilitava uma atividade criativa por parte dos juízes. Era uma zona de *lacuna* ou de *Freies Recht* (direito livre), que possibilitava ao juiz uma atividade de colmatação.

No caso de uma teoria do ordenamento, o problema das lacunas é deslocado do contexto dos códigos em direção a todo o ordenamento jurídico (entendido como um todo unitário composto por uma estrutura escalonada de normas, como vimos acima).

A obra de Kelsen, novamente, assume papel de relevância nesse contexto, ao examinar, especificamente, o problema das lacunas. Kelsen entendia não ser possível falar em lacunas do ordenamento jurídico reivindicando, assim, uma completude para o ordenamento jurídico. A lacuna estaria na lei, mas não no ordenamento, já que toda resposta a um problema normativo deveria sair do próprio direito e, mesmo que algum elemento externo fosse introduzido ao direito, passando ele pelos critérios formais de adequação ao ordenamento, ele, automaticamente, seria transformado em direito.

Nos termos propostos pelo próprio Kelsen, as lacunas seriam logicamente impossíveis, pois quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever a um indivíduo de realizar determinada conduta, ela permite essa conduta. Na verdade, não seria possível, segundo Kelsen, aplicar a esse caso a norma jurídica singular.¹⁶⁴

Autores como Norberto Bobbio – embora perfilam o pensamento de Kelsen em várias oportunidades – não seguem o mestre nesse aspecto em específico. O jusfilósofo italiano não apenas aceita que, nalguns casos, existem lacunas no ordenamento, como oferece uma série de critérios para sua colmatação, nomeados por ele como critérios de

¹⁶⁴ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. cit., V, n. 2, y, p. 263.

heterointegração e *auto-integração* (utilizando-se de uma terminologia consagrada por Carnelutti).¹⁶⁵

A *heterointegração* consiste em duas estratégias básicas: 1) de um lado indica ao estudioso que recorra a recursos normativos disponibilizados por ordenamentos jurídicos diversos; e 2) no recursos a fontes diferentes daquelas predominantes (no *civil law*, a lei; no *common law* os precedentes).

Já a *auto-integração* se apresenta nas estratégias de colmatação das lacunas a partir de critérios internos, presentes no próprio ordenamento. Neste caso, Bobbio faz referência à analogia e aos princípios gerais do direito. Trataremos deles mais adiante (xxxx).

Importa consignar que a teoria do ordenamento jurídico sofre hoje críticas de outros modelos epistemológicos (como é o caso da matriz sistêmica, de cariz Luhmanniano). Ademais, várias das teorias da norma contemporâneas – pós-positivistas, como a de Friedrich Müller – não possuem essa mesma preocupação com o conceito de ordenamento que existia nas teorias positivistas.

Esse ponto, aliás, oferece uma ótima amostra do anacronismo que acomete o direito brasileiro, em especial a processualística. Ao mesmo tempo, demonstra como a teoria do direito não faz parte das preocupações daqueles que influem diretamente na construção do discurso legislativo. O Código de 1973 e o projeto da comissão de juristas de NCPC fala(va) em lacuna ou obscuridade da lei, um problema enfrentado pela teoria do direito do final do século XIX e do início do século XX, a partir dos movimentos que se seguiram à jurisprudência dos interesses e ao movimento do direito livre. Assim, tanto o código vigente,

¹⁶⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. cit., Parte II, cap. IV, p. 286 e segs.

de 1973, quanto o anteprojeto de 2010, estão assentados sobre postulados novecentistas. A relatoria do Senado, por sua vez, “atualiza” o texto com pelo menos 60 anos de atraso ao associar a ideia de lacuna e obscuridade não à lei – isoladamente considerada –, mas ao “ordenamento jurídico”. Ocorre que “ordenamento jurídico” seria um conceito contemporâneo ao Código de 1973, que optou, entretanto, por se apegar às “descobertas” novecentistas da Teoria do Direito. Com efeito, o conceito de ordenamento jurídico foi inaugurado por Kelsen e, depois, difundido nos países de línguas latinas por Norberto Bobbio, a partir de seu clássico *Teoria do Ordenamento Jurídico* – de confessadas inspirações kelsenianas –, cuja publicação remonta ao final da década de 50 e ao início da década de 60. Para Bobbio, a *teoria do ordenamento* representava uma integração da teoria da norma jurídica, cuja premissa elementar pode ser traduzida na seguinte passagem: “as normas jurídicas nunca existem sozinhas, mas sempre num contexto de normas que têm relações específicas entre si”¹⁶⁶. Certamente, no início da segunda metade do século XX, a ideia de ordenamento representava uma grande novidade, principalmente nos termos trabalhados pelo jusfilósofo italiano.

Todavia, também a partir da década de 60, com a publicação de *Verdade e Método*, de Gadamer, e todas as discussões que dali se seguiram com setores da *chamada filosofia analítica da linguagem*, a hermenêutica jurídica sofreu – ou deveria sofrer – sensíveis transformações, principalmente no que tange ao modo como o “objeto” da interpretação nos é dado (ver, nesse sentido, o Cap. 10 desta obra). O grande pecado da *teoria do ordenamento* e, portanto, do conceito de ordenamento é que ele compreende a norma jurídica como uma entidade autônoma, que existe independentemente da interpretação. Sendo a norma não uma representação do “existente”, do “imediatamente dado”, mas, sim, o produto

¹⁶⁶ Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito...* cit., p. 173.

da interpretação de um texto, a harmonia, a coerência (e a integridade, diríamos, dworkinianamente) não devem ser buscadas no ordenamento, mas na própria interpretação. E aqui é que temos a grande novidade da hermenêutica: não se deve buscar a verdade das coisas nem numa realidade externa ao sujeito, nem na própria consciência, isolada de seu entorno, mas na clivagem que existe entre consciência e mundo, e que a experiência da linguagem retrata de um modo privilegiado.

3.3 A Ciência Dogmática do Direito: a decisão no contexto da teoria sobre o método jurídico

De um modo geral, é possível dizer que a polêmica sobre o método se apresenta como o cerne das discussões quando o assunto é filosofia ou ciência¹⁶⁷. Com efeito, representa um lugar comum imaginar que o conhecimento ou a técnica que se constituem sob o fio condutor de um rigoroso pensar metodológico são mais perfeitos do que aqueles que se manifestam de forma – até certo ponto – aleatória no âmbito do chamado *sensu comum*. A discussão sobre essa questão é infundável. Tanto no que tange aos defensores do rigor metodológico quanto no âmbito daqueles que pretendem reconhecer maior dignidade ao *sensu comum*. Nós últimos séculos, a tendência cada vez mais frequente para a fragmentação do conhecimento, somada à enorme propulsão de técnicas científicas nos mais diversos campos

¹⁶⁷ A discussão sobre o método, tanto no âmbito da filosofia como no campo das diversas ciências, foi objeto de exaustiva análise de muitos autores das mais diversas tradições teóricas e recortes argumentativos. Indicamos aqui obras que, de um modo ou de outro, capilarizam os debates realizados. Cf. STEIN, Ernildo, *A Questão do Método na Filosofia*. 3ª. ed., Porto Alegre: Movimento, 1983, em especial capítulo II, n. 4, pp. 97-112. Para determinação do método no âmbito das chamadas ciências humanas ou do espírito (*Geistwissenschaften*) – discurso no interior do qual está inserido o Direito – assume particular importância a obra de Dilthey. Nesse sentido, consultar DILTHEY, Wilhelm, *Introdução às Ciências Humanas*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, n. XII, pp. 68-74. ¹⁶⁷ Nesse sentido, conferir também TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. ABBOUD, Georges. CARNIO, Henrique Garbelini. *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, *passim*.

do saber, fizeram com que o debate sobre o método pudesse ser encarado como uma espécie de polo unificador do discurso. Vale dizer, independentemente da área em que se situe o filósofo ou o cientista, a discussão sobre o método por meio do qual eles organizam seus conhecimentos ou suas técnicas representa uma preocupação comum.

No âmbito do Direito essa situação pode ser facilmente visualizada. Não é de hoje que a proficiência do jurista sobre determinado ramo do direito exige conhecimentos e técnicas específicas. Isso responde a diversos fatores que podem ser de modo genérico explicados pelo grau de complexidade da sociedade contemporânea, a exigir uma carga de regulamentação que atinge especificidades que antes ficavam fora do direito, e pelo próprio desenvolvimento da disciplina jurídica em questões que, no contexto atual, produzem um volume imenso de publicações, que acabam por contribuir para um endurecimento da linguagem de modo que se torna cada vez mais difícil a visualização de um cabedal conceitual comum, que abarque todo o “mundo jurídico”. Desse modo, é cada vez mais corriqueira a figura do especialista em Direito Tributário, ou em Direito Constitucional, ou em Direito Processual, etc., que domina as especificidades mais profundas de sua disciplina mas que, ao mesmo tempo, tem dificuldades para lidar com questões que envolvem os fundamentos mais abrangentes do fenômeno jurídico. Vale dizer, torna-se cada vez mais complicada a instauração de uma via de acesso que apanhe o direito em uma dimensão global na perspectiva de uma espécie de Teoria Geral.

A discussão sobre o método possui essa finalidade. Ela pode se apresentar de duas maneiras distintas:

a) na configuração e explicitação de uma teoria geral do direito que possibilite o acesso (conhecimento) ao fenômeno jurídico e à explicação dele;

b) na constituição de uma dogmática do direito ou, na expressão de Larenz, de uma “*ciência dogmática do direito*”, que possui como objeto a análise da apreciação judicial de casos, possibilitando, assim, a solução de questões jurídicas.¹⁶⁸

No primeiro caso, intenciona-se a constituição de uma ciência do direito, no sentido descrito no item precedente deste trabalho a partir da obra de Kelsen. No segundo, a intencionalidade do jurista está direcionada para a “*solução de questões jurídicas no contexto e com base em um ordenamento jurídico determinado*”.¹⁶⁹

No presente capítulo desenvolveremos a questão do método no objetivo perseguido por esta última perspectiva. Nossa análise visa encaminhar a questão no sentido de encontrar-se uma via para o estabelecimento de uma teoria da decisão judicial que, certamente, representa a grande questão contemporânea do direito.¹⁷⁰

A definição de **método** é complexa e pode sugerir certa gama de diferentes significados. Martin Heidegger lembra-nos que, etimologicamente, método é uma palavra de raiz grega e que significa “*o caminho pelo qual sigo uma coisa*”.¹⁷¹ No mesmo sentido, Friedrich Rapp afirma que “*en su sentido más estricto por ‘método’ ha de entenderse una manera consecuyente de proceder que se aplica para alcanzar un determinado fin*”.¹⁷²

A modernidade filosófica, principalmente pelas mãos de Descartes, alterou de forma radical o conceito de método de modo que, a partir de então, método é um termo que

¹⁶⁸ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. cit., prefácio pp. XXI e XXII.

¹⁶⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. cit., Introdução, p. 1.

¹⁷⁰ Nesse sentido, consultar STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, cit., *passim*. Cf., também, STRECK, Lenio Luiz. *O que é Isto – Decido conforme minha Consciência?* cit., *passim*.

¹⁷¹ HEIDEGGER, Martin. *Os Conceitos Fundamentais da Metafísica: Mundo – Finitude – Solidão*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, § 11, b), p. 47.

¹⁷² RAPP, Friedrich. *Método*. In Hermann Krings, Hans Michael Baumgarten e Christoph Wild. *Conceptos Fundamentales de Filosofía*. Tomo II. Barcelona: Herder, 1978, p. 530.

remete à ideia de certeza e segurança do conhecimento que se obtém através do emprego de certas estratégias de pensamento. Nesse âmbito de análise, há uma crença difusa de que, se respeitadas determinadas formas de organização do pensamento, o conhecimento obtido através dessas fórmulas é certo e indiscutível.¹⁷³

Outro ponto que causa complexidade na definição de método diz respeito à diferença que existe entre *método* e *metodologia*. Com efeito, independentemente de se movimentar no interior de uma definição mais clássica ou numa definição mais moderna do termo método, este último sempre se refere a um conjunto de procedimentos específicos que foram utilizados pelo agente para consecução de um determinado desiderato. Já a *metodologia* refere-se a uma espécie de “discurso do método”. Novamente com Larenz, podemos afirmar que a “*metodologia é uma reflexão da ciência sobre sua própria atividade*”.¹⁷⁴ Ou seja, se o método diz respeito a um “dato método”, a um procedimento específico já utilizado pelo pesquisador, cientista, filósofo, etc.; a metodologia representa a teoria que se faz sobre o método.

Por exemplo: a realização de uma dedução lógica de enunciados dentro de um sistema axiomático-dedutivo representa a execução do chamado *método dedutivo*; a perspectiva de descrever situações particulares e, através delas, chegar a um conceito geral, representa uma figuração do chamado *método indutivo*.

¹⁷³ Também Gadamer faz essa observação quando aborda a questão do método: “Em verdade, a palavra método soa muito bem em grego. Todavia, enquanto uma palavra estrangeira moderna, ela designa algo diverso, a saber, um instrumento para todo conhecimento, tal como Descartes a denominou em seu *Discurso do método*. Enquanto um termo grego, a palavra tem em vista a multiplicidade, com a qual se penetra em uma região de objetos, por exemplo, enquanto matemático, enquanto mestre de obras ou enquanto alguém que filosofa sobre ética” (GADAMER, Hans Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Vol. II, Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 164).

¹⁷⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. cit., prefácio p. XXI.

A descrição abstrata de todas essas estratégias metodológicas com a finalidade de se debater qual o melhor método a ser empregado para a solução de um determinado problema é que se chama de *metodologia*. A metodologia, como dito anteriormente, constitui-se em verdadeira teoria sobre o método.

Assim, é possível dizer que a *metodologia jurídica* constitui-se em um discurso sobre o método jurídico, ou ainda, em uma *teoria sobre o método jurídico* a ser utilizado para solucionar os casos judiciais tendo por base a *interpretação* de textos que compõem a base normativa de uma determinada ordem jurídica.

A metodologia jurídica, porém, não se resolve a partir da simples aplicação de mecanismos dedutivos, indutivos, dialéticos, etc.. Essa disciplina reveste-se da peculiaridade de manifestar-se com uma intenção normativa de base: deve fornecer os elementos necessários para a correta aplicação das normas jurídicas; da interpretação dos textos jurídicos aos casos submetidos à apreciação do direito. Não é, portanto, uma simples estratégia de leitura de textos, sua compreensão e correta interpretação. Manifesta-se também como a perspectiva de elaboração de composições teóricas que determinem o papel desempenhado pelos casos concretos para a construção da solução normativa adequada.¹⁷⁵

Tradicionalmente, tende-se a tratar o problema do método jurídico colado à questão da interpretação e às regras daquilo que se chama de hermenêutica jurídica. Nestes casos, a metodologia representaria uma série de estratégias utilizadas pelo intérprete do direito para atingir a correta significação do texto legal que possui como fiadores ora a *vontade da*

¹⁷⁵ De se consignar que existem propostas metodológicas de refinado matiz teórico que procuram retratar a metodologia jurídica como uma estratégia para equacionar a complexa relação existente entre sistema (âmbito textual) e problema (âmbito fático-normativo). Esse é o caso de Antônio Castanheira Neves e da verdadeira escola que se constitui em torno de sua obra, que pode ser notada na obra de autores como Fernando Pinto Bronze e José Manuel Aroso Linhares. No que tange à proposta mencionada, Cf. CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993, em especial n. 3, pp. 155 e segs.

lei, ora a vontade do legislador. Neste momento, é importante colocar corretamente a questão da metodologia jurídica e o ambiente discursivo que lhe é correspondente.

Há pelo menos duas modalidades de pensamento metodológicos no âmbito do direito:

a) uma de corte mais abstrato-filosófico, constituído a partir do declínio do jusnaturalismo moderno e da emergência do fenômeno da codificação que culminou com a edição do *Code civil* francês de 1804 e do BGB alemão em 1900. Na senda desses acontecimentos aparecem as posturas metodológicas cristalizadas na chamada *escola da exegese* francesa e na *jurisprudência dos conceitos* alemã;

b) uma segunda modalidade de pensamento metodológico apresenta uma característica mais sociológica, inspirada no movimento positivista que encontrou seu paroxismo na segunda metade do século XIX. São representativas desse modelo as escolas nomeadas como *movimento do direito livre; jurisprudência dos interesses e realismo jurídico.*

De se consignar que, ao final da primeira metade do século XX, no período pós-guerra, houve uma retomada filosófica na metodologia jurídica consubstanciada, principalmente, na corrente chamada *jurisprudência dos valores.*

A referência à filosofia e à sociologia remete-nos, aqui, à clássica oposição feita por Pontes de Miranda em seu *Sistema de Ciência Positiva do Direito*¹⁷⁶. Para Pontes, as possibilidades de análise do “mundo jurídico” oscilavam sempre entre posturas racionalistas, historicistas ou daquilo que ele nomeava como “método científico do direito”. As posturas

¹⁷⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. 4 tomos. Campinas: Bookseller, 2000.

racionalistas e historicistas estão identificadas – no modo como o jusfilósofo constrói seu argumento – com a filosofia, pois, no caso da primeira, a produção do conhecimento jurídico está ligada a modelos de pensamento que perquirem por formas jurídicas já sempre dadas à razão, enquanto conceitos gerais e universais, sendo que a tarefa do jurista seria conhecer essa “generalidade universal” e deduzi-las aos fatos concretos. O historicismo, por outro lado, apenas inverte a polaridade, dando ênfase ao caráter particular e singular da história dos povos como fator de composição do direito. Pontes rejeita ambos os modelos de ciência do direito e opta por uma terceira via, que ele nomeia como “método científico” e que teria, no contexto do que era produzido pelo movimento do direito livre e pela jurisprudência dos interesses, um forte colorido sociológico de base¹⁷⁷. Neste caso, o direito não seria procurado nem em ideias inatas da razão, nem nas particularidades da história, mas nos próprios fatos sociais.

A definição deste “método científico” era defendida por Pontes de Miranda como uma exigência dos novos tempos para agregar ao conhecimento do direito maior rigor de investigação e de construção de sentenças. De se anotar que Pontes reconhecia *poder criativo* ao juiz – na linha, inclusive, do que era moda à época – mas apontava claramente para a necessidade de restrição desse “poder de criação”. Para ele, o modo de restringir esse espaço criativo era dado pela construção de um “rigoroso método científico” que, poderíamos acrescentar, possibilitasse maior *objetividade* para o conhecimento do direito.

¹⁷⁷ De se ressaltar que a interpretação que Pontes oferece sobre o movimento do direito livre discrepa da sua tradicional retratação como um movimento em favor do simples reconhecimento da liberdade criativa do juiz (o imbróglio sobre as “lacunas” do direito). Na verdade, nos termos formulados pelo jusfilósofo, o movimento do direito livre implicava *liberdade de investigação* no direito. Vale dizer, a institucionalização da possibilidade de investigar cientificamente o direito, para além do dogmatismo ingênuo do conceitualismo alemão (jurisprudência dos conceitos), do exegetismo francês e do formalismo anglo-americano (vale lembrar que o movimento do direito livre, diferente das escolas metodológicas que possuíam clara identificação nacional, internacionalizou-se). Essa interpretação é corroborada, inclusive, pelo título do opúsculo que dá vida ao movimento: *A luta pela ciência do direito (Der Kampf um die Rechtswissenschaft)*, opúsculo de Hermann Kantorowicz publicado, na verdade, sob o pseudônimo *Gnaeus Flavius*) que indica, a toda evidência, seu caráter científico e não apenas jurisprudencial (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Vol. II. Campinas: Bookseller, 2000, pp. 220 e segs.). Em última análise, o movimento do direito livre seria – ressaltadas as inúmeras peculiaridades da época – um ato de afirmação do desprendimento do Direito da Metafísica; de constituição verdadeira de uma ciência do direito.

Assim, a análise correta da chamada metodologia jurídica passa pelo enfrentamento da construção sistemática e dos problemas que advêm dessas escolas do pensamento jurídico. A seguir trataremos de recompô-las, ainda que em linhas gerais.

3.3.1 Escola da Exegese

Não se compreende bem o estilo metodológico que compõe a escola da exegese se não se conhece a história da codificação francesa de 1804. É de notório conhecimento que o Golpe de Estado de 18 de Brumário, em 1799, marcou o início do regime napoleônico e instituiu uma nova ordem política e jurídica na França. Do ponto de vista político, o golpe representou o fim da Revolução, como diz Caenegem a partir de uma frase da época: “*a revolução está sob o jugo dos princípios que a inspiraram: ela acabou*”.¹⁷⁸ Do ponto de vista jurídico, o momento é dominado pela intenção napoleônica de introduzir uma legislação efetiva na França para por fim ao fosso criado pela nova ordem instituída pela revolução e o modelo jurídico antigo.

Evidentemente, o *Code civil* de 1804 é produto de uma larga construção histórica, permeada por influências romanistas, jusnaturalistas e nacionalistas. Todavia, não se pode desconsiderar o fato de que sua compilação e promulgação devem-se, em grande parte, à vontade e determinação política de Napoleão, que o fez, inclusive, em tempo recorde.¹⁷⁹ Desse modo, os traços imperiais e autoritários do regime de Napoleão se espalharam no ambiente jurídico francês, transcendendo o texto do Código.

¹⁷⁸ CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao Direito Privado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, n. I., p. 5.

¹⁷⁹ CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao Direito Privado... cit.*, p. 6.

De fato, a ideologia do regime contaminou inclusive a corrente metodológica que manipulava as regras contidas na codificação. Assim, a principal premissa desse movimento metodológico se apresenta no comando de respeitabilidade que existe entre o texto e o intérprete (no caso, os juízes): este deveria ater-se, rigorosamente, aos dizeres contidos na compilação. Era necessário manter fidelidade aos artigos dos códigos. Nenhum tipo de complementação judicial era admitida, havendo, portanto, uma total equiparação entre Código e Direito. Em outras palavras, para conhecer o direito francês, bastava ler os códigos de leis (os estatutos). A aplicação desses conteúdos dava-se a partir de uma simples operação silogística: conhecedores daquilo que está estatuído nos códigos, os juízes simplesmente os aplicam (enquanto premissa maior) ao caso que lhes é narrado (premissa menor). Do confronto entre caso (fato) e código (direito), nasce a decisão, que nada mais faz do que reproduzir o sentido normativo já contido na codificação.

A proibição de manipulações interpretativas não se limitava à figura dos juízes. Também a atividade dos eruditos – chamada de doutrina – era veementemente repudiada. Isso é de extrema importância e marca uma diferença significativa para com a realidade que se observa na Alemanha e que resulta na formação da chamada jurisprudência dos conceitos: os códigos franceses são frutos do parlamento, obra de um legislador racional portador de uma vontade geral. Como já afirmado, o Código se funde com o direito de modo que não há aqui uma significativa diferenciação. Como afirma Mario Losano, “*no século XIX, a compilação de Justiniano foi substituída por uma codificação baseada em princípios racionais do iluminismo. (...) O debate sobre as codificações caracterizará todo o século XIX, remetendo-se a um novo texto sagrado: o Code Napoleón de 1804*”.¹⁸⁰ À diferença dos debates a que a compilação de Justiniano foi submetida desde o século XII, o novo “texto sagrado” que

¹⁸⁰ LOSANO, Mario. *Os Grandes Sistemas Jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 59.

emerge no regime de Napoleão não pode ser interpretado, nem suscitar desavenças. Ele se basta para solucionar as disputas jurídicas produzidas pela sociedade.

Caenegem anota uma importante referência: esse tipo de abordagem metodológica deve-se ao clima de total subordinação e desconfiança a que estavam submetidas a jurisprudência (juízes) e a erudição (doutrinadores). Assim, é natural que “*a escola dominante de pensamento praticasse uma interpretação literal dos códigos, razão pela qual ficou conhecida como escola exegética*”.¹⁸¹

O elemento racionalista, que oferece colorido filosófico à escola da exegese, apresenta-se no caráter sistemático assumido pela codificação. Nesse sentido, é importante lembrar, com Kaufmann e Castanheira Neves, que o movimento codificador representa, em grande medida, a realização concreta do ideal lógico-sistemático presente no jusnaturalismo racionalista.¹⁸²

Em conclusão:

- A sistematicidade jusnaturalista-racionalista;

¹⁸¹ CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao Direito Privado*, cit., p. 208. O autor afirma ainda que o nome foi sugerido por E. Glasson que, no centenário do *Code civil*, tratou do tema mencionando a existência de “advogados civilistas que formaram uma espécie de escola que poderia ser chamada de Escola da Exegese”.

¹⁸² Cf. KAUFMANN, Arthur. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. cit., p. 83 e segs. Para Kaufmann “os juristas racionalistas procediam totalmente de acordo com a escolástica, na medida em que também eles estavam convencidos da possibilidade de, a partir de um número reduzido de princípios superiores e apriorísticos, extrair, através da pura dedução, todas as regras de direito, sem ter em conta a realidade empírica, as circunstâncias espaço temporais. (...) Na realidade, acabava por se proceder empiricamente, quando se pediam ‘empréstimos’ ao direito romano, cuja racionalidade se enaltecia (era o tempo da recepção). Só assim puderam nascer os grandes ‘códigos jusnaturalistas’”. Também Castanheira Neves afirma que “o jusnaturalismo moderno-iluminista preparou desde meados do séc. XVIII, e consumou-se, a partir de 1794 (a data do Código prussiano) na codificação. Os códigos iluministas, e mesmo o pós-revolucionário *Code civil* francês de 1804 outra coisa não foram, fundamentalmente, do que a consagração dos sistemas racionalmente construídos pelo jusnaturalismo moderno-iluminista em positivo-codificados sistemas legislativos (CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto Global da Crise da Filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 26-27.). Desse modo, fica claro que o jusnaturalismo moderno não apenas preparou o caminho para a codificação, como se consumou nela. Em outra obra Castanheira Neves vai além da tese da consumação do direito natural na codificação, procurando apontar para a maturação dos conceitos fundamentais do positivismo jurídico já ao tempo do período racionalista-iluminista Cf. CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Curso de Introdução Ao Estudo do Direito*. Coimbra, 1976, Parte II, *passim*.

- A radical separação entre fato e direito;
- A identificação total entre Código (estatuto) e Direito;
- E o dogma da literalidade na interpretação dos artigos dos códigos.

Esses são os principais elementos que caracterizam o método da escola da exegese.

3.3.2 Escola Histórica

Diferentemente da França – em que a codificação teve lugar e foi legitimada pelo poder legislativo – na Alemanha a codificação é fruto de um decantado processo acadêmico de apuração conceitual. A partir desse dado inicial, Van Caenegem constrói a tese de que, enquanto na França a figura proeminente para a criação e aplicação do direito é o legislador (os juízes e doutrinadores eram vistos com desconfiança); na Alemanha a figura do erudito (doutrinador) assume o papel mais relevante.¹⁸³

A Escola Histórica, certamente, marca a cristalização do prestígio dos eruditos no ambiente jurídico alemão. Nesse ambiente, na medida em que a figura do erudito passa a ser realçada, a reconstrução dos aspectos metodológicos de uma determinada escola passa a

¹⁸³ O historiador belga retrata essa tese em diversas obras. Em maiores detalhes ela aparece em CAENEGEM, R. C. *Van. Judges, Legislators & Professors. Chapters in European Legal History*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, *passim*. No mesmo sentido, Cf. CAENEGEM, R.C. van. *European Law in the Past and the Future*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, *passim*.

reivindicar a indicação dos autores (doutrinadores) que captanearam cada uma das correntes teóricas. No caso da Escola Histórica, o grande nome é Friedrich Carl von Savigny¹⁸⁴.

Importante referir, já de início, que a escola histórica apresenta elementos importantes para a afirmação posterior do *pandectismo*, cujo ponto culminante é atingido com o formalismo conceitual da *Jurisprudência dos conceitos* e que dará vida ao BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) de 1900. Além disso, Savigny e seu historicismo influenciou, de maneiras diversas e em variados graus, juristas como Rudolf von Ihering e Friederich Puchta.

Sobre o historicismo e o método da Escola Histórica, calha começar com uma afirmação de José Lamego que aponta para a existência de um peculiar tipo de miscigenação – uma ambiguidade, na verdade – no interior do historicismo, que envolve elementos claramente modernos (como o ideal de sistema), com ingredientes de reação ao processo de afirmação da modernidade (de afirmação das vivências históricas, de crítica ao racionalismo e de reabilitação da tradição).¹⁸⁵

Na verdade, o historicismo opera, efetivamente, o trânsito do jusnaturalismo para o juspositivismo (entendido como ênfase ao direito positivo, mas não numa perspectiva de ciência positivista, como se constrói a partir do século XIX). Fica ao meio do caminho, mas não é nem jusnaturalista (ao contrário, representa uma postura crítica com relação ao racionalismo) e tampouco positivista, haja vista a ênfase que se dá à contextualização histórica – quase exotérica – dos institutos jurídicos.

A escola histórica, nessa perspectiva, opera uma reação aos postulados de supratemporalidade dos ideais de justiça existentes no ambiente jusnaturalista, afirmando ser

¹⁸⁴ Sobre a vida e obra de Savigny Cf. LÓPEZ, Frederico Fernández-Crehuet. *La perspectiva del sistema en la obra y vida de Friedrich Carl von Savigny*. Granada: Editorial Comares, 2008, *passim*.

¹⁸⁵ Cf. LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência. Análise de uma “recepção”*. Lisboa: Fragmentos, 1990, n. 1.1.1., p. 19

o direito um produto histórico (portanto, temporal). Desloca-se, assim, a atenção do jurista para a positividade do direito e sua realidade, temporalmente condicionada.

Todavia, diferentemente do exegetismo francês, o historicismo não afirma essa positividade na figura de um estatuto aprovado por um corpo legislativo determinado, mas procura remeter a formação das instituições jurídicas à história de um ente chamado povo. Esse ponto é particularmente interessante e sua compreensão absolutamente importante porque, em não raras vezes, induz a certos equívocos. O principal deles é identificar a Escola Histórica com um positivismo do tipo exegético e considerar Savigny um legalista (entendendo por legalista o tipo de experiência que se tem no ambiente francês). É verdade que Savigny, em diversas ocasiões, equipara Direito à lei.¹⁸⁶ Mas não no sentido de um livro editado por uma autoridade parlamentar e, sim, como algo que emerge da história de uma comunidade; algo que emerge daquilo que ele nomeou de *Volksgeist* (espírito do povo). O direito (lei), assim, não é o produto de um corpo legislativo, mas sim das “*forças históricas (...) que transcendem a consciência dos indivíduos; é no povo que se identifica o autêntico criador do Direito positivo*”.¹⁸⁷

Em resumo: o Direito (Lei) é algo “vivo” emanado da experiência vivencial de um povo, que o legislador exprime e, em algumas circunstâncias, até integra, mas não pode, arbitrariamente, criar (algo muito diferente do que acontece na França, em que o legislador é Soberano para criar as disposições normativas, que faz *ex nihilo*, ou seja, de forma arbitrária). Novamente com Lamego, podemos afirmar que, para a Escola Histórica “*o Direito não era*

¹⁸⁶ Sobre essa problemática Cf. LÓPEZ, Frederico Fernández-Crehuet. *La perspectiva del sistema en la obra y vida de Friedrich Carl von Savigny*. cit., pp. 117 e segs.

¹⁸⁷ LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência. Análise de uma “recepção”*. cit., p. 20.

manifestação ou produto de um legislador racional (...). A crença na imanência de um sentido criador nas manifestações históricas é comum ao que se denomina ‘historicismo’”.¹⁸⁸

Assim, era da análise das concretas e típicas formas de conduta que se poderia identificar os institutos jurídicos que deveriam ser recompostos na perspectiva da evolução do direito, entendido como um organismo vivo. Esses institutos apresentam os nexos orgânicos dos quais se extraem as regras. Estas – as regras – são na verdade o resultado de uma intuição global dos institutos que, por sua vez, são o resultado das vivências de um determinado povo.

Ao lado de conceber o direito como uma ciência que opera segundo um método histórico, Savigny também visualizava um caráter filosófico para essa mesma ciência.¹⁸⁹ Mas, ao contrário das filosofias do direito natural (que Savigny chamava de “filosofia do direito propriamente dita”), que procuravam compor o direito a partir de fórmulas lógicas atemporais que podem ser apreendidas pela razão, Savigny identificava um elemento filosófico no direito: a *sistematicidade*. Assim, a sistematicidade aplicada ao direito pressupõe a filosofia. Mas descarta a necessidade do conhecimento do direito natural: o direito, numa perspectiva sistemática, pode ser estudado com ou sem o Direito Natural.¹⁹⁰

Segundo Larenz, a ideia de sistema é tão importante para Savigny que, em determinado ponto da sua obra ele chega a afirmar que “o todo do Direito só em sistema é reconhecível”.¹⁹¹

Desse modo, é da combinação dos métodos histórico e sistemático que emerge a característica metodológica fundamental da Escola Histórica. Todos os autores são

¹⁸⁸ LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência. Análise de uma “recepção”*. cit., p. 22.

¹⁸⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. cit., *passim*.

¹⁹⁰ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. cit., p. 11.

¹⁹¹ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. cit., p. 11.

unânimos em afirmar que é dessa estrutura metodol3gica que a ci4ncia do direito da Europa continental, ainda hoje, retira seus fundamentos.

3.3.3 Jurisprud4ncia dos Conceitos

A Jurisprud4ncia dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*) tamb4m reivindica um ideal de sistema para o Direito. Seus mais representativos expoentes foram formados no ambiente do historicismo de Savigny. Todavia, o formalismo conceitual da Jurisprud4ncia dos conceitos n3o se confunde com aquilo que foi produzido pela escola hist3rica. O m4todo formalista-conceitual da jurisprud4ncia dos conceitos representa o apogeu daquilo que Franz Wiacker chama de “ci4ncia das pandectas”¹⁹², sendo a face mais evidente do movimento nomeado de *pandectismo*. Os mais importantes autores dessa corrente s3o, certamente, Puchta e Bernhard Windscheid.

Como bem assinala Lamego, a Jurisprud4ncia dos Conceitos 4 – ressalvadas as peculiaridades hist3ricas e os contextos espec4ficos de cada realidade nacional – o equivalente alem3o da escola da exegese francesa.¹⁹³ A aproxima4o, evidentemente, se d3 por motivos formais: equipara4o do direito ao cont4udo colocado no texto estatut3rio; a concep4o de que a atividade do juiz 4 uma simples atividade de conhecimento, n3o comportando interpreta4es que alterem o significado dos conceitos que comp3em a legisla4o, etc.. No que tange ao modo como essa mesma legisla4o tem origem, contudo, as diferen4as se apresentam vis4veis: a Jurisprud4ncia dos conceitos continua a apresentar um papel de destaque para a figura do

¹⁹² Cf. WIACKER, Franz. *Hist3ria do Direito Privado Moderno*. cit., parte IV.

¹⁹³ Cf. LAMEGO, Jos4. *Hermen4tica e Jurisprud4ncia*. cit., p. 30.

erudito, enquanto que a experiência francesa, como vimos, coloca ênfase na figura do legislador.

No contexto da obra de Puchta, a ciência do direito deveria realizar uma “genealogia dos conceitos” e agrupá-los na forma de uma pirâmide, estruturada segundo os critérios da lógica formal. Do conceito mais geral, deduzem-se conceitos mais específicos e o conhecimento jurídico deve articular-se no interior desses vários estratos de estrutura ascendente e descendente.

Essa rígida estrutura conceitual funciona na perspectiva do sistema.¹⁹⁴ Todavia, diferentemente da proposta de sistema encampada por Savigny, a estrutura sistemática da Jurisprudência dos conceitos não é aferida pelo nexos de institutos (dos quais derivam regras específicas de conduta, nos termos propostos pela escola histórica), mas, sim, de um nexos de proposições que estão alocadas no contexto da pirâmide conceitual¹⁹⁵. O nexos orgânico reivindicado pela escola histórica transmuta-se em um nexos lógico de conceitos.

Um exemplo de como funciona o método da Jurisprudência dos conceitos pode ser retirado da obra de van Caenegem. Depois de afirmar que a principal contribuição acadêmica para a formação do BGB foi dada pelo “eminente pandectista Bernhard Windscheid”, Caenegem assevera: “o BGB é um código sistemático e teoricamente coerente, inteiramente no espírito dos pandectistas, como mostra sua importante Allgemeiner Teil (“Parte Geral”). (...) Um exemplo da estrutura sistemática do BGB e da maneira pela qual caminha de princípios gerais até normas específicas – a pirâmide conceitual, acrescentamos – é fornecido pelo contrato de compra e venda. Primeiro é preciso consultar o Allgemeiner Teil (artigos 116 e seguintes, artigos 145 e seguintes), em seguida os artigos sobre os

¹⁹⁴ Cf. LOSANO, Mario. *Sistema e Estrutura no Direito*. Vol. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2010, cap. XIII, n. 5, pp. 337 e segs.

¹⁹⁵ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. cit., p. 24.

princípios gerais das obrigações (artigos 275 e seguintes), depois os princípios gerais sobre obrigações contratuais (artigos 305 e seguintes) e, finalmente, os artigos sobre contratos de venda em particular (artigos 433 e seguintes)”.¹⁹⁶

Nesse ilustrativo exemplo apresentado por Caenegem, fica fácil assimilar o movimento dedutivo descendente presente no método da Jurisprudência conceitual. No caso retratado por Caenegem o procedimento se instala no sentido geral-particular. Todavia, o movimento poderia, também, ser inverso, ascendente, particular-geral: de um contrato de venda particular induzir-se-iam elementos sobre os princípios gerais das obrigações contratuais, voltando-se às disposições sobre os princípios gerais das obrigações, até desaguar nas regras contidas na Parte Geral. Qualquer movimentação, seja ela ascendente (indutiva), seja ela descendente (dedutiva), está abarcada pelo método da Jurisprudência dos conceitos.

Diante disso, é possível perceber que o modelo de Direito Privado, em especial o Código Civil, existente no Brasil é caudatário desse tipo de procedimento metodológico. Mesmo o Código promulgado em 2002, manteve, em suas grandes linhas, o método formal-conceitual produzido pela “ciência das pandectas”.

Nesse sentido, é extremamente instigante uma colocação efetuada por José Reinaldo de Lima Lopes tendo em vista o tipo de pensamento jurídico que predominava no Brasil no século XIX. Segundo Lima Lopes, a essa época nos tornamos uma nação fortemente influenciada pela pandectística alemã e, ao mesmo tempo, passamos a fazer doutrina com autores franceses e italianos que, como vimos com relação aos franceses, pouco ou nada tem a ver com o direito civil alemão.¹⁹⁷

¹⁹⁶ CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao Direito Privado*. cit., pp. 221-222.

¹⁹⁷ LIMA LOPES, José Reinaldo de. *O Direito na História. Lições Introdutórias*. op., cit., n. 3, p. 24.

Na verdade, como bem acentua Lenio Streck, sempre estivemos envolvidos com esse tipo complicado de sincretismo que procura conciliar diversos pensamentos e métodos jurídicos que, no mais das vezes, apresentam características conflituosas entre si¹⁹⁸. Isso decorre, em grande parte, do fato de o estudo sobre a metodologia jurídica ser deficiente, principalmente no âmbito da graduação brasileira, mas permanecendo insatisfatório o seu desenvolvimento também no ambiente da pós-graduação. Falta a constituição daquilo que Rapp nomeia “consciência de método”: não basta desenvolver uma ação e, faticamente, atingir o resultado correto; é necessário, para que essa ação possa ter caráter científico, que o agente tenha consciência das etapas metodológicas que utilizou em seu procedimento.¹⁹⁹

De todo modo, fica claro que, no ambiente metodológico da Jurisprudência dos conceitos, a solução para as questões judiciais do direito estavam já desde sempre assentadas na estrutura sistemática da legislação (do BGB, no caso). Não há margem de criação para os juízes: sua tarefa é simplesmente um ato de conhecimento das estruturas lógicas que compõem os dispositivos do código.

Por fim, para evitar malentendidos sobre as diferenças existentes entre escola histórica e o legalismo exegético, é importante registrar aqui uma advertência feita por Lamago. Essa passagem do professor português corrobora a afirmação que fizemos quando tratamos da Escola Histórica, no sentido de afirmar sua desvinculação tanto com relação ao jusnaturalismo quanto com relação ao positivismo jurídico. Nas palavras do autor: “*é completamente errônea a assimilação corrente entre a filosofia jurídica do historicismo (e a Begriffsjurisprudenz, formada na sua esteira) e o positivismo legalista. (...) a filosofia jurídica do historicismo – e de Savigny em particular – não só é estranha a representações*

¹⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. cit., Introdução, p. 28 e segs.

¹⁹⁹ Cf. RAPP, Friedrich. *Método*. cit., p. 534 e segs.

*positivistas-legalistas, como, do ponto de vista epistemológico e metafísico, se coloca em contraponto ao positivismo”.*²⁰⁰

3.3.4 Jurisprudência dos Interesses

Até aqui tratamos de posturas metodológicas que estão enraizadas na filosofia. Mais especificamente: que deitam suas raízes, em maior ou menor medida, na filosofia racionalista dos séculos XVII e XVIII ou no historicismo. A partir deste item, passaremos a retratar as posturas que, influenciadas pelo positivismo científico que predominou na segunda metade do século XIX, podem ser apresentadas como de inspiração sociológica.

Importante salientar que esses movimentos críticos com relação ao formalismo conceitual da pandectologia – na expressão de Caenegem – emergem em um contexto de formação e estruturação do direito público que erigem em torno do Estado liberal dos novecentos. Uma leitura atenta dos itens anteriores é suficiente para perceber que toda a discussão da escola histórica ou do conceitualismo é travada no seio do direito privado. O aparecimento de disciplinas jurídicas ligadas à regulação do fenômeno estatal também deve ser levado em conta para a formação dessas novas escolas metodológicas, muito embora a grande maioria dos autores dessas correntes ainda continuem ligados, de alguma maneira, ao direito privado.

No caso da chamada Jurisprudência dos interesses (*Interessenjurisprudenz*), o grande corifeu teórico foi Philipp Heck, que era o líder da chamada “escola de Tübingen”. Na

²⁰⁰ LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência*. cit., p. 30.

raiz desse movimento metodológico estão outras duas posturas teóricas que, cruzadas, servem de impulso para Heck e seus seguidores: trata-se do pensamento professado pelo segundo Ihering e dos postulados defendidos pelo chamado movimento do direito livre.

Com relação a Rudolf von Ihering, calha registrar que é comum, entre os estudiosos de sua obra, dividi-la em dois momentos distintos:

a) em um primeiro momento – registrado no magistral *Espírito do Direito Romano* – encontramos um Ihering ainda ligado à filosofia sistemática que, embora já demonstre um profundo senso crítico com relação às teses do historicismo de Savigny, continua ainda a buscar os nexos orgânicos que possibilitem a construção do fenômeno jurídico. Na referida obra, o jusfilósofo trata, em diversos parágrafos, daquilo que ele chamava de “alfabeto jurídico”, uma espécie de cabedal conceitual que o jurista precisa ter à disposição para poder articular o conhecimento sobre o Direito.²⁰¹

b) Em um segundo momento tem-se uma ruptura com esse elemento sistemático, que ligava sua obra à pandectística, e o jusfilósofo passa a professar um tipo de “proto Jurisprudência sociológica” – inspirado no darwinismo social – com sua ideia de finalidade do direito.²⁰²

É esse segundo momento da obra de Ihering²⁰³ que irá inspirar os partidários da Jurisprudência dos interesses.

²⁰¹ IHERING, Rudolf von. *O Espírito do Direito Romano*. Vol. III. Rio de Janeiro: Alba, 1943, § 43, I, pp. 24 e segs.

²⁰² Cf. IHERING, Rudolf von. *A Finalidade do Direito*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2002, I, pp. 225 e segs. Essa divisão entre os momentos da obra de Ihering é também explorada por Losano em seu *Sistema e Estrutura no Direito*, cit., vol. 1., n. XIV, pp. 349 e segs., e vol. 2., n. IV, pp. 150 e segs.

²⁰³ Importante consignar que a obra de Ihering tem sido dividida pelos seus estudiosos em duas fases. A primeira fase (ou o Ihering I) corresponde aos seus primeiros trabalhos, incluindo o monumental *Espírito do Direito Romano*. Nesse primeiro momento, as premissas de sua teoria ainda se encontram em alguma medida vinculadas à escola histórica e ao desenvolvimento da “Ciência das pandectas”. Embora haja peculiaridades com relação à

Outro elemento, que também oferece as bases para a Jurisprudência dos interesses, é a eclosão do *movimento do direito livre*. Esse movimento também tem em Ihering uma espécie de “fiador intelectual” (ao menos em sua vertente germânica). Duas curiosidades cercam esse movimento: de um lado sua brevidade, seu ápice teve lugar entre os anos de 1905 e 1914; por outro lado sua “internacionalização”, uma vez que o movimento começa com um autor francês (François Gény), passa pela obra de autores alemães (com destaque para Hermann Kantorowicz) e dissemina-se por várias partes do mundo com o final da primeira guerra mundial e a ascensão do nacional socialismo na Alemanha (isso porque muitos de seus expoentes eram socialistas e acabaram perseguidos e exilados pelos nazistas). Houve também relações deste movimento nos Estados Unidos, como pode ser notado nas obras de Cardoso, Holmes e Pound.²⁰⁴

A princípio o “direito livre” que se menciona na nomenclatura dessa escola metodológica quer apontar para um tipo específico de libertação. Trata-se de uma libertação científica do direito do método predominante no interior do formalismo conceitual dos pandectistas e dos exegetas franceses. Isso fica claro quando analisamos o título do livro que inaugura o movimento em solo alemão: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, escrito por Kantorowicz, mas assinado com o pseudônimo Gnaeus Flavius.²⁰⁵

composição de seus textos, é certo que essa sua primeira fase é marcada por um certo esforço conceitualista, na linha do que vinha sendo desenvolvido até então. Por outro lado, a segunda fase de seu pensamento (ou Ihering II) é marcada profundamente por uma aproximação ao que, naquele tempo, ficou conhecido como darwinismo social. O texto que marca essa viragem da obra de Ihering é *A finalidade do Direito*, no qual se desenvolve um raciocínio teleológico-evolucionista para a construção da teoria jurídica (há algumas traduções para o português que traduzem o título dessa obra por *A Evolução do Direito*). Foi esse segundo momento da obra de Ihering que acabou por influenciar os movimentos libertários da ciência jurídica a que o texto faz referência). Para aprofundamento, Cf. LOSANO, Mário. *Sistema e Estrutura no Direito*. op., cit., volumes I e II, *passim*

²⁰⁴ Cf. LOSANO, Mário. *Sistema e Estrutura no Direito*. cit., vol. 2., n. IV, 5, pp. 150-151.

²⁰⁵ Importante registrar que autores importantes, ligados aos altos círculos da universidade alemã, foram influenciados pela leitura desse texto. Esse é o caso de Oskar von Büllow – tido como o fundador da “ciência processual”. Mario Losano, no segundo volume de seu *Sistema e Estrutura do Direito*, indica a vinculação de Büllow a esses movimentos antissistemáticos que polularam no final do século XIX e início do século XX. Interessante é que Losano traz à colação um depoimento de Gustav Radbruch – à época também vinculado ao Direito Livre – no qual se afirma que a opção pelo pseudônimo é que levou ao relativo sucesso do manifesto,

O texto de Kantorowicz – de claras inspirações iheringnianas – procurava apontar para um dos principais problemas que a Jurisprudência dos conceitos insistia em ignorar: no momento em que o juiz preenche as lacunas do sistema ele, efetivamente, desenvolve uma função de criação do direito. Assim, como afirma Losano, “*ao lado do direito formal, emanado pelo legislador, existe um direito livre, um freies Recht: também dessa expressão recebeu o nome o Movimento do Direito Livre*”.²⁰⁶

Todavia, Kantorowicz ia além, afirmando que – em casos específicos e como uma espécie de mal necessário – os juízes poderiam decidir inclusive *contra legem*. Losano afirma que o autor tentou, posteriormente, restringir os efeitos dessa sua declaração. Porém, para muitos, ela nunca deixou de surtir o efeito bombástico que acarretara. Ora, em um ambiente extremamente vinculado a uma ortodoxia lógico conceitual, a simples reivindicação de uma “liberdade”, seja ela de investigação seja ela de criação do direito nos casos de lacunas, já representa uma atentado contra o *status quo*. A afirmação da possibilidade de decisões *contra legem*, assim, foi recebida com reservas inclusive por aqueles que seguiam ou simpatizavam com as teses principais do movimento.

Esse foi o caso de Philipp Heck. Sua proposta de uma Jurisprudência dos interesses nasce de uma secessão (Losano) com o movimento do direito livre que se dá, justamente, em razão de uma discordância com relação ao problema da possibilidade de

pois conferiu ao texto de um jovem pesquisador a aparência de um escritor experiente, com “autoridade” para tratar dos temas ali abordados. Nos termos do depoimento de Radbruch, foi esse fator, provavelmente, que possibilitou a leitura e aderência de juristas de renomado prestígio como é o caso de Franz Klein e do próprio Bülow (Cf. LOSANO, Mário. *Sistema e Estrutura no Direito*. Vol. II. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 153-154).

²⁰⁶ LOSANO, Mário. *Sistema e Estrutura no Direito*. Vol. II. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 160.

decisões *contra legem*. A Jurisprudência dos interesses, então, pode ser entendida como uma “ala moderada do movimento do direito livre”.²⁰⁷

Tal qual os adeptos do direito livre, Heck criticava a “falácia conceitual” da Jurisprudência dos conceitos. Segundo Losano, essa falácia se apresenta da seguinte maneira: considerar ser possível deduzir logicamente as normas umas das outras, quando na verdade a dedução opera a partir de conceitos gerais preexistentes na mente de quem aplica do direito.²⁰⁸

Como alternativa, Heck apontava para a dimensão concreta dos interesses em conflito de modo a demonstrar como a obra mais preciosa da pandectística – o BGB de 1900 – não conseguia regular plenamente o tecido social. Era preciso suprir as insuficiências do pensamento lógico dedutivo puro com elementos intuitivos que o jurista perceberia na realidade social concreta. Portanto, apenas um estudo sociológico da gênese dos interesses que levaram o legislador a criar a lei é que poderia preencher os espaços lacunosos dessa mesma lei. O método para compor os interesses em conflito era dado por uma *ponderação* (*Abwägung*), que deveria apontar para o interesse que deveria prevalecer.

Assim é que se inaugura uma nova perspectiva metodológica que voltará a aparecer na chamada *Jurisprudência dos valores*: a *ponderação*. Para Heck, toda norma jurídica representa uma tentativa de conciliar, segundo um princípio de ponderação (*Abwägung*) os interesses opostos que, sociologicamente, aparecem na base dessa mesma norma.

²⁰⁷ LOSANO, Mário. *Sistema e Estrutura no Direito*. Vol. II. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p 164.

²⁰⁸ LOSANO, Mário. *Sistema e Estrutura no Direito*. Vol. II. São Paulo: Martins Fontes, 2010, Idem.

3.3.5 Jurisprudência dos Valores

A chamada Jurisprudência dos valores (*Wertungsjurisprudenz*) representa mais uma continuidade do que uma verdadeira ruptura com o método da Jurisprudência dos interesses. Como já adiantamos linhas acima, a principal diferença entre essas duas correntes metodológicas reside no fato de que a Jurisprudência dos interesses possui um acentuado corte sociológico (da identificação dos interesses em conflito que levaram o legislador a editar a norma), ao passo que a Jurisprudência dos valores é revestida de um colorido filosófico: auxiliar o julgador a identificar os valores que subjazem ao direito naquele dado conflito levado à sua apreciação. Como afirma Lamego: “*se a Jurisprudência dos interesses tinha empreendido a crítica aos procedimentos abstrato-classificatórios e lógico-subsuntivos da Jurisprudência dos conceitos mediante o recurso a modos de pensamento ‘teleológicos’ a Jurisprudência da valoração, em vez de pensamento ‘teleológico’, prefere falar de pensamento ‘orientado a valores’*”.²⁰⁹

Uma segunda diferença está no lugar privilegiado para o *Leitmotiv* da discussão: na Jurisprudência dos interesses – nos termos propostos por Philipp Heck – as atenções estão voltadas para a atividade do legislador. A tarefa do intérprete, aqui, é reconstruir os argumentos e *ponderar* os interesses que levaram à edição do diploma legislativo. Já no caso da Jurisprudência dos valores, o polo da discussão é deslocado para a atividade jurisdicional e o principal problema a ser enfrentado é a fundamentação da decisão final. Aqui a preocupação é orientar a decisão dos juízes segundo os valores que constituem os fundamentos do convívio social.

²⁰⁹ LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência*. cit., p. 87.

Trata-se de uma época retratada por autores como Larenz, Lamego e Haverkate como a da “perda das certezas jurídicas”²¹⁰.

Isso deve-se, em grande parte, a uma peculiaridade histórica que cerca a Jurisprudência dos valores. O final da Segunda Guerra Mundial representa um marco para composição de uma nova ordem, social, política e jurídica. Em termos sociais, os anos que se seguiram a 1945 vivenciaram as agruras do período da reconstrução da Europa e, a partir da década de 1950, desenvolveram condições de vida e igualdade sem paralelo na história (a chamada “era de ouro do capitalismo”). Politicamente, a queda do nazismo e do fascismo – enquanto inimigos comuns – abriu espaço para a polarização do mundo entre as duas grandes ideologias: o capitalismo e o socialismo. É o tempo da chamada “guerra fria”. Juridicamente, a principal mudança operada pelo fim do período bélico é, certamente, o novo papel desempenhado pelas Constituições e um remapeamento global do direito público em face da força normativa dos direitos fundamentais. Todavia, um elemento que permanece pouco explorado diz respeito ao papel que a “redescoberta cultural dos Estados Unidos”²¹¹ desempenhou nessa reconfiguração do jurídico.

Na última década, começaram a surgir estudos – muitos deles oriundos da ciência política – que dão conta da expansão do *judge made law* no continente Europeu e, mais recentemente, pelos países periféricos (hoje chamados de emergentes, como é o caso do Brasil)²¹². Ou seja, as transformações operadas pelo constitucionalismo do segundo pós-

²¹⁰ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. cit., p. 1; José LAMEGO. *Hermenêutica e Jurisprudência*. cit., *passim*.

²¹¹ Cf. LOSANO, Mario. *Sistema e Estrutura no Direito*. cit., p. 245.

²¹² Nesse sentido, é importante mencionar as seguintes obras: Chester Neal TATE e Torbjörn VALLINDER. *The global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics*. in Chester Neal TATE; Torbjörn VALLINDER. (Orgs.). *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995; Martin SHAPIRO; Alec Stone SWEET. *On law, politics & judicialization*. New York: Oxford University Press, 2002; Ran HIRSCHL. *Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. Há também textos traduzidos para o português e publicados recentemente na *Revista de Direito Administrativo* da Fundação Getúlio Vargas: Ran HIRSCHL. O novo constitucionalismo e a

guerra e o papel efetivo desempenhado pelo Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) alemão para efetividade da Lei Fundamental de Bonn de 1949, passam por essa tendência, hoje global, de “expansão do poder judicial”.

Essa é outra diferença decisiva que a Jurisprudência dos valores guarda com relação à Jurisprudência dos interesses. No caso da primeira, seus postulados metodológicos não se restringem ao âmbito acadêmico, mas têm como grande “laboratório” a atividade do Tribunal Constitucional Federal Alemão nas primeiras décadas da segunda metade do século XX, que recepcionou muitas de suas teses.

No âmbito acadêmico, autores importantes como Karl Larenz, Josef Esser, Claus-Wilhelm Canaris, defenderam – cada um ao seu modo – os postulados da Jurisprudência dos valores.

Não cabe aqui – pelos limites de uma obra com finalidade didática – discutir em pormenores a obra de cada um destes autores. Todavia, é importante apresentar um panorama geral de cada uma delas.

3.3.5.1 Karl Larenz

Pelo menos dois traços característicos marcaram o pensamento de Larenz: filosoficamente, seu trabalho se alinha ao neohegelianismo, de onde decorrem suas noções de Estado e Sistema; politicamente, é preciso observar que, em um primeiro momento, sua obra apresenta traços marcadamente nacionais-socialistas (Larenz chegou a ser um dos principais

judicialização da política pura no mundo. In *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, maio/agosto de 2009, pp. 139-175.

teóricos do regime). Porém, no pós-guerra, sua obra se concentrou em elementos metodológicos do direito. Sua obra influenciou diretamente os sistemas de Walter Wilburg e Canaris. Importante advertir, com Losano, que com essas afirmações não queremos dizer que as concepções mais recentes sobre metodologia e sistema sejam de inspiração nacional-socialista.²¹³ Apenas entendemos ser importante advertir para esse dado absolutamente fundamental da biografia do autor.

Do ponto de vista da sua teoria produzida no segundo pós-guerra, é ponto fundamental mencionar sua proposta de distinção entre *jus* e *Lex* (Direito e Lei). Essa é uma operação comum entre os teóricos do direito na Alemanha do pós-guerra. Como afirma Lenio Streck, o equacionamento da tensão provocada pela edição da Lei fundamental e sua compatibilização com o direito vigente ao tempo de sua promulgação reivindicava “*a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a valores aparece, assim, como mecanismo de abertura de uma legalidade extremamente fechada*”.²¹⁴

Assim que, para este autor, a decisão de uma questão judicial que exige um juízo de valoração – e ao final, todas elas exigem, porque o direito é concebido aqui como uma ordem positiva de valores – pode até ser *praeter legem*, mas será, necessariamente, *intra jus*. Vale dizer, na decisão orientada por valores o juiz pode ir para além daquilo enunciado pelo texto da lei. Mas sua decisão, que positiva valores, será de acordo com o Direito.²¹⁵

Esse traço decorre diretamente de seu neohegelianismo. Com efeito, como nos lembra Losano, essa distinção entre *jus* e *Lex* não coloca Larenz nos trilhos de um

²¹³ Cf. LOSANO, Mario. *Sistema e Estrutura no Direito*. p., 219.

²¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. cit., p. 48.

²¹⁵ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. cit., n. 2, p. 172 e segs.

jusnaturalismo. Na verdade, Larenz aposta em um sentido de justiça existente em cada indivíduo, a partir de algo que ele nomeia “consciência jurídica”. Assim, “*A justiça não é nem a norma fundamental do ordenamento, nem o axioma do qual deduzir outras normas, mas um ideal que o direito positivo tenta realizar, conseguindo-o apenas em parte*”.²¹⁶

Nessa medida, Larenz propõe um método para resolver o problema das lacunas apresentando três casos com instrumentos para preenchê-las. No primeiro, a lacuna é “patente” e pode ser colmatada por *analogia*; no segundo, a lacuna é “oculta” e deve ser integrada por meio de uma *redução teleológica*; no terceiro, que é uma extensão do segundo, a lacuna pode ser coberta por meio de uma *extensão teleológica*.

Nos dois últimos casos, o intérprete não deve ficar restrito ao texto da lei mas, sem desconsiderá-lo – vale dizer, de forma imanente – ele deve aperfeiçoá-lo de modo que atinja a finalidade nele contida e amparada pelo direito. Se esse aperfeiçoamento implica restrição do conteúdo, têm-se uma *redução teleológica*; se implica extensão de conteúdos, têm-se uma *extensão teleológica*.²¹⁷

Todavia, Larenz cerca essa atividade de cautelas, colocando-a na esteira de uma *Rechtsfortbildung* (que pode ser traduzida, imperfeitamente, como “formação do Direito”), entendida como uma atividade *extra legem intra jus*.

Outro ponto importante da proposta teórica de Larenz – e que se apresenta como elemento central da Jurisprudência dos valores – é a aposta na chamada “ponderação de bens” como forma de solução de lacunas do direito em virtude da “colisão de normas. *Ponderação de bens, interesses, valores* ou, como se passou a falar a partir de Robert Alexy, *fórmula da ponderação*, são expressões que se constituem e consolidam a partir da

²¹⁶ LOSANO, Mario. *Sistema e Estrutura no Direito*. n. 4, p., 255.

²¹⁷ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. cit., Parte V, letra “c”, pp. 555 e segs.

Jurisprudência dos Interesses e da *Abwägung* de que falava Philipp Heck. Em Larenz e nos demais partidários da Jurisprudência dos valores que tratam do problema da ponderação, essa questão diz respeito a uma ponderação da colisão normativa em caso orientada por uma pauta valorativa.²¹⁸

Por fim, importante transcrever a seguinte passagem de Losano: “*a expressão intra ius demonstra que o direito é ainda entendido como um conjunto coerente (um sistema em sentido clássico, talvez), em cujo interior pode-se, porém, ir além do direito positivo, ou seja, além do direito estatuído segundo os procedimentos constitucionais*”.²¹⁹

3.3.5.2 Josef Esser

Josef Esser é certamente um dos juristas mais importantes da teoria do direito alemã do segundo pós-guerra. Embora esteja atrelado à Jurisprudência dos valores, sua obra difere sensivelmente da de Larenz e de Canaris. O ponto em comum com esses autores aparece na preocupação com a questão das lacunas – ou da indeterminação do direito – e o problema da chamada criação judicial do Direito.

Como vimos anteriormente, o problema da criação judicial do direito se apresenta como objeto de análise dos juristas desde o movimento do direito livre e de sua vertente “moderada” que é a Jurisprudência dos interesses. A diferença é que, no caso da Jurisprudência dos valores, esse momento da “criação judicial do direito” deve ser guiado por determinados requisitos objetivos que são os valores culturais de uma sociedade. O modo de

²¹⁸ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. cit., Parte V, n3, pp. 574 e segs.

²¹⁹ LOSANO, Mario. *Sistema e Estrutura no Direito*. n. 4, p., 256.

tornar “objetivo” o conhecimento desses valores é que varia de autor para autor. Em Larenz, como vimos, há uma ênfase na “consciência jurídica” dos indivíduos; Esser, por sua vez, procura estabelecer esses valores a partir da própria sociedade e de seu contexto de vivências.

Em seus trabalhos, o autor procura desenvolver uma espécie de “Jurisprudência comparativa”, colocando lado a lado as experiências interpretativas que se manifestam em países de *common law* e aqueles que se operam em países de *civil law*. No livro *Princípio e norma na elaboração judicial do direito privado*, Esser pratica esse tipo de metodologia procurando desenvolver – a partir da distinção anglo-saxã entre *principle* e *rule* – uma distinção entre *princípio* e *norma*. Com isso o jusfilósofo se aproxima de uma abordagem que confere ênfase à figura do juiz procurando, todavia, explorar meios de contenção dessa mesma atividade. Numa passagem extremamente percuciente, Losano afirma o seguinte sobre a obra de Esser: “Visto que Esser se move num ambiente de direito continental, a ligação entre o mundo dos princípios e as normas do ordenamento jurídico deve, de qualquer maneira, passar através de um elemento legislativo, que para Esser é constituído pelas cláusulas gerais”.²²⁰

A importância de Esser deve ser referida também em face de sua peculiar preocupação em apontar para a insuficiência de um pensamento jurídico autossuficiente apontando, chamando a atenção para a necessidade de se constituir um saber jurídico a partir de um diálogo com a filosofia, a sociologia e demais ciências sociais. Além disso, seu inegável tino comparativista, abrirá o estudo do direito para um diálogo produtivo entre as tradições que compõem o direito ocidental.²²¹

²²⁰ LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no Direito*. cit., n. VI.5., p. 260.

²²¹ Cf. ESSER, Josef. *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Barcelona: Bosch, 1961, *passim*; ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Camerino: Edizione Scientifiche Italiane, 1983, *passim*.

3.3.5.3 Considerações a Jurisprudência dos valores e a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*

Como afirmado no início deste item, a Jurisprudência dos Valores possui, com relação às demais posturas metodológicas que aqui retratamos, a peculiaridade de ter repercutido, de alguma forma, na atividade concreta dos tribunais. Em especial, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão.

Neste caso, aquilo que ficou conhecido como “revolução copernicana do direito público”²²², produziu uma série de debates reconduzindo a Constituição e o Direito Constitucional a um lugar realmente novo no âmbito da experiência jurídica vivenciada pela Europa continental.

Dentre as mais variadas concepções, nunca é demais lembrar as idéias de *força normativa da constituição*²²³ e de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais que, nesta quadra da história, condicionam efetivamente o legislador infraconstitucional.

²²² A expressão é de Jorge MIRANDA e é mencionada em STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma Nova Crítica do Direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 216 e segs.

²²³ Cf. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991, *passim*.

O Tribunal Constitucional Federal alemão, em diversas oportunidades²²⁴, firmou a concepção de que a Lei Fundamental se assenta em uma ordem plural de *valores* guarnecidos pelos princípios constitucionais. Tais valores, por serem plurais, no mais das vezes, encontram-se em rota de colisão. Vale dizer, as circunstâncias concretas sobre as quais se assenta o caso a ser decidido podem fazer com que dois valores, igualmente amparados por princípios constitucionais, estejam agindo como forças opostas para solução do caso. Assim, é necessário que haja um procedimento para apurar qual deles possui mais força para reger a relação estabelecida naquele dado caso. Esse procedimento é a chamada ponderação que o tribunal afere segundo critérios de proporcionalidade.

Esse tipo de solução acabou espalhando-se por todos os ramos do direito na medida em que esse novo fenômeno constitucional provocou algo que é chamado por diversos autores de *constitucionalização do direito*.²²⁵

O mencionado fenômeno nada mais quer significar do que a invasão das disposições constitucionais – mormente aquelas guarnecedoras de direitos fundamentais – em todos os ramos do direito, inclusive no âmbito do direito privado que, classicamente, se colocava como um “feudo” inviolável. Assim, é interessante citar o caso que constitui o *Leitmotiv* do *BfverGE 7 377*. Nesse caso, o tribunal teve de decidir se um determinado dispositivo de uma lei de um Estado que limitava a abertura de farmácias a partir da instituição de certos requisitos estava de acordo com o princípio da liberdade profissional guarnecido pela Lei Fundamental. Nesse caso, o tribunal ponderou sobre a importância do

²²⁴ Como referência, podemos citar: *BverfGE 7, 198*; *BverfGE 7, 377*; *BverfGE 35, 202*; *BverfGE 41, 251*. Importante referir que todos os casos aqui citados são amplamente discutidos em livros já traduzidos para o português. Eles podem ser facilmente encontrados em LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. cit., Parte V, n. 3, p. 576-579; ou em ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, *passim*.

²²⁵ Nesse sentido, JESTAEDT, Mathias. *El positivismo jurídico aplicado al Tribunal Constitucional Alemán. El poder del guardián y la impotencia del señor de la Constitución*. In *La ponderación en el Derecho*. Eduardo MONTEALEGRE (org.). Bogotá: Universidade Externado, 2008, pp. 255 e segs..

direito fundamental à liberdade de profissão e o bem comunitário do direito à a saúde pública. No caso em específico, o tribunal entendeu inconstitucional a lei do Estado por ferir “em grau muito elevado” a liberdade profissional estatuída (como valor) pela Lei Fundamental.

Essa atividade de constante intervenção do tribunal nas mais variadas questões apresentadas pela sociedade provocou grande reação por parte da comunidade intelectual alemã. Autores da estatura de um Jürgen Habermas passaram a criticar duramente a jurisprudência do tribunal classificando-a como *ativista*, nos termos das discussões que têm lugar nos Estados Unidos.²²⁶

Já no caso de autores como Robert Alexy, a postura que se apresenta é mais de legitimação teórica da atividade do tribunal, do que propriamente de crítica. Alexy aprova, em alguma medida, a Jurisprudência da valoração praticada pelo tribunal. Todavia, reconhece que, nalguns momentos, o apelo a valores pode levar a certo irracionalismo decisório, na medida em que não existem critérios objetivos para determinar qual dos valores em conflito deve prevalecer. Assim, em sua obra, Alexy opõe um modelo decisionista a um modelo fundamentado de sopesamento. O modelo decisionista representa as decisões “irracionais”. O fundamentado, por sua vez, tem lugar no momento em que a lei da ponderação é aplicada às decisões do tribunal.²²⁷

Mais recentemente, Mathias Jastaedt afirma que a jurisprudência do Tribunal Constitucional, na perspectiva de concretizar a constituição, acabou criando um aglomerado de decisões que, hodiernamente, são constantemente referidas para oferecer soluções para os novos casos apresentados ao tribunal. Assim, o autor fala de um poder cada vez maior do

²²⁶ Para maiores informações sobre a discussão norte-americana acerca do chamado “ativismo judicial”, Cf. WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review. From constitutional interpretation to judge-made law*. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

²²⁷ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, n. 2.2.2.1., pp. 164 e segs.

“guardião da Constituição” em detrimento do poder de revisão da Constituição, que é do legislador constitucional.²²⁸

Por certo que decisões “ativistas” ou que ultrapassem os limites estabelecidos juridicamente na Constituição devem ser criticadas e proibidas. Uma teoria da decisão, como será apresentada nos itens seguintes, tem como missão criar as condições para o controle jurídico das decisões judiciais, condenando qualquer tipo de decisionismo político por parte dos tribunais. Todavia, não se deve confundir esse tipo de postura – que defende uma autonomia para o jurídico no momento da construção das soluções apresentadas aos casos concretos – com uma vetusta proibição de interpretar. A tarefa de concretização exige, sim, um exercício interpretativo. Mas essa interpretação sofre limites e essa é a grande questão a ser abordada. Definitivamente, o fato de ser inexorável interpretar para se fazer direito não pode autorizar decisões arbitrárias por parte do intérprete. Toda essa problemática reivindica uma revisão e uma nova postura com relação ao dever constitucional de fundamentação das decisões proferidas pelo judiciário (art. 93, IX da CF/1988).

3.3.5.4 Crítica à “recepção” da Jurisprudência dos valores pela doutrina brasileira

No Brasil, o final do regime militar e o processo de redemocratização que culminou com a promulgação da Constituição de 1988, trouxe à tona todo o debate sobre Direito Constitucional que esteve presente no campo jurídico europeu na segunda metade do século XX. Assim, é possível dizer – numa expressão de Gomes Canotilho – que, no interior

²²⁸ Cf. JESTAEDT, Mathias. *El positivismo jurídico aplicado al Tribunal Constitucional Alemán. El poder del guardián y la impotencia del señor de la Constitución.* In *La ponderación en el Derecho.* Eduardo MONTEALEGRE (org.). Bogotá: Universidade Externado, 2008, pp. 255 e segs..

da doutrina brasileira, o Direito Constitucional, realmente, passou *de disciplina assessória para disciplina estruturante*. Não faltam livros, teses de doutoramento e dissertações de mestrado para fazer referência a mantras como *força normativa da Constituição; normatividade dos princípios constitucionais; efetividade dos direitos fundamentais, etc.*

Evidentemente, esses fatores apontam para um aperfeiçoamento democrático da academia jurídica no Brasil e devem ser, na sua devida medida, festejados.

Todavia, a questão problemática surge no momento em que todas essas questões são ventiladas sem o necessário enquadramento e equacionamento das peculiaridades culturais que marcaram a discussão nos países europeus.

Esse problema que acomete parte da doutrina brasileira vem sendo fortemente denunciado por Lenio Streck²²⁹. Com efeito, segundo o jusfilósofo, a doutrina brasileira operou três recepções equivocadas: *a)* dos postulados da Jurisprudência dos Valores; *b)* da Ponderação Alexyana; *c)* do ativismo judicial norte-americano.

Aqui, nos interessa mais de perto a questão que diz respeito aos equívocos presentes na recepção dos postulados da Jurisprudência dos Valores.

Tornou-se comum no Brasil o discurso sobre a chamada *constitucionalização do direito* – em referência ao espalhamento das disposições constitucionais para todos os demais ramos do direito. É comum a referência ao fato de que o direito (infraconstitucional) não pode ficar imune aos “valores” introduzidos pela nova ordem constitucional.²³⁰ Valores

²²⁹ Essa crítica aparece na introdução à 4ª Edição de STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. cit., Introdução, n. 4, pp. 47 e segs.

²³⁰ Por todos, Cf. BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In Virgílio Afonso da SILVA (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

esses que são conduzidos para dentro do sistema jurídico pela via dos princípios constitucionais que devem ser aplicados segundo as regras da ponderação.

Streck afirma que as teses da Jurisprudência dos valores serviram, na realidade alemã, para oferecer um método que possibilitasse a abertura de uma estrutura de legalidade extremamente fechada e rígida. As concepções de sistema predominante, inclusive, também apontavam para um fechamento rigoroso do direito e para uma restrição forte da criação da atividade judicial. Isso começou a se alterar com a partir das denúncias do *movimento do direito livre* e das críticas à “falácia conceitual” efetuada pela jurisprudência dos interesses. Ocorre que os fatores históricos levaram a uma dificuldade de implementação dessas teses, que só chegaram a ser efetivamente ventiladas no âmbito judicial com o final da Segunda Guerra Mundial. A Jurisprudência dos valores, nesse sentido, pode ser vista como um aperfeiçoamento das teses da jurisprudência dos interesses. Sua contribuição é conduzir a solução da “criação judicial do direito” nos casos de lacunas pelos valores que sustentam todo o discurso sobre o direito.

Esse ponto é que parece não ter sido bem compreendido por parte da doutrina brasileira. Como afirma Streck: “*os juristas brasileiros não atentaram para as distintas realidades (Brasil e Alemanha). No caso específico do Brasil, onde, historicamente, até mesmo a legalidade burguesa tem sido difícil de ‘emplacar’, a grande luta tem sido estabelecer um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional*”.²³¹

Também no direito privado há uma acentuada incidência das teses presentes na Jurisprudência da valoração. Isso acontece, no mais das vezes, na senda aberta pelas chamadas “cláusulas gerais” que, nem sempre são articuladas de forma adequada pela

²³¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. cit., Introdução, n. 4, pp. 48 e segs.

doutrina brasileira, deixando excessiva margem de discricionariedade para o julgador no momento da decisão de um caso que esteja coberto por uma dessas regras.²³²

Em suma, há que se ter presente que a Jurisprudência dos valores produziu um tipo de discurso metodológico que, ainda hoje, faz parte de nossa doutrina e jurisprudência. As críticas que são feitas aos partidários da valoração passam pelo excesso de subjetivismo que existe na ideia de valores (que estão a depender do sujeito que os conhece e os articula) chegando às acusações de irracionalidade a que o procedimento da ponderação submete o direito.²³³

3.4 A discussão da decisão em um outro contexto: a contribuição da experiência estadunidense para a compreensão do problema

3.4.1 Os debates sobre o papel do Judiciário e o fortalecimento da noção de “pré-compromisso”: o exemplo privilegiado da *judicial review*

²³² Por todos, Cf. COSTA, Judith Martins. *As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico*. In Revista dos Tribunais, vol. 680, p. 47, Jun/1992; COSTA, Judith Martins. *O Direito privado como um “sistema em construção” – As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro*. In Revista dos Tribunais, vol. 753, p. 24, Jul/1998

²³³ Nesse sentido são as críticas de Friedrich Müller: “Tal procedimento (a ponderação) não satisfaz as exigências, imperativas no Estado de Direito e nele efetivamente satisfáveis, a uma formação da decisão e representação da fundamentação, controlável em termos de objetividade da ciência jurídica no quadro da concretização da constituição e do ordenamento jurídico infraconstitucional. O teor material normativo de prescrições de direitos fundamentais e de outras prescrições constitucionais é cumprido muito mais e de forma mais condizente com o Estado de Direito com ajuda dos pontos de vista hermenêutica e metodicamente diferenciadores e estruturante da análise do âmbito da norma e com uma formulação substancialmente mais precisa dos elementos de concretização do processo prático de geração do direito, a ser efetuada, do que com representações necessariamente formais de ponderação, que conseqüentemente insinuam no fundo uma reserva de juízo (*Urteilsvirbehalt*) em todas as normas constitucionais, do que com categorias de valores, sistema de valores e valoração, necessariamente vagas e conducentes a insinuações ideológicas”. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho de Direito Constitucional*. cit., p. 36.

De fato, é importante considerar que – embora existam elementos tipológicos que podem ser encontrados nas mais variadas experiências constitucionais – o constitucionalismo é um movimento multifacetado que tem raízes profundas nas experiências culturais de cada povo. No caso retratado no texto, é nítido que, enquanto a Europa explorava o significado político das estratégias de limitação de poder, nos EUA, houve um acentuado grau de juridicidade na construção de seu movimento constitucional. Tanto isso é assim que a absoluta maioria da literatura americana sobre história das instituições jurídicas, direito constitucional e *judicial review* relata experiência e debates que problematizavam a interpretação de direitos fundamentais – chamados por lá de “direitos abstratos” – já no século XIX.

Com efeito, de lá para cá, o constitucionalismo estadunidense produziu uma considerável bibliografia sobre como foram julgados esses casos em que se discutia a aplicação dos direitos fundamentais, sendo que hoje o foco de análise se dá em torno da delimitação das experiências ativistas da Suprema Corte ao longo da história, bem como na identificação da construção de argumentos de limitação do poder de revisão da corte, conhecido como *judicial self-restraint*. É isso que está indicado no texto de Christopher Wolfe: *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*.²³⁴

Ou seja, diferentemente do contexto europeu, a tradição norte-americana vivenciou a experiência de constitucionalização acompanhada de um amplo debate sobre *como* a Suprema Corte deveria se comportar e *quais os limites* desta atuação. Isso porque, paralelo à expansão do movimento constitucionalizador nos Estados Unidos, crescia,

²³⁴ WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

conjuntamente, a atividade jurisdicional. Isso repercutiu diretamente numa preocupação no modo de delinear o espaço político-institucional do Judiciário, mas não apenas nisso: num esforço intelectual com o objetivo de aprofundar os debates sobre como compreender a *interpretação judicial da Constituição*.

Essa questão aparece, por exemplo, nos textos de Walter Murphy (*Judicial Supremacy*)²³⁵, que discute a ideia de supremacia judicial em contraposição à noção de autorrestrrição; Laurence Tribe (*The Invisible Constitution*)²³⁶, um dos mais conhecidos constitucionalistas estadunidense; John Hart Ely (*Democracy and Distrust*)²³⁷, que apresenta uma posição bem distinta sobre o papel do judiciário na realização da interpretação da Constituição; Charles Beard (*The Supreme Court and the Constitution*)²³⁸, que faz uma ampla reconstrução histórica sobre o nascimento do *judicial review*, retomando, de modo bastante aprofundado, às peculiaridades da discussão sobre o posicionamento exarado no julgamento do caso *Marbury vs. Madison*; Mark Tushnet (*Taking the Constitution away from the Courts*)²³⁹, que faz uma interessante leitura sobre a relação da atuação do Suprema Corte com a conjuntura política norte-americana; Alexander Bickel (*The Last Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*)²⁴⁰ e Raoul Berger (*Government by Judiciary*)²⁴¹.

²³⁵ MURPHY, Walter F. Judicial Supremacy. In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (Orgs.). *Judicial Power and the Constitution: selections from the Encyclopedia of the American Constitution*. New York: Macmillan, 1990, p. 54-7.

²³⁶ TRIBE, Laurence H. *The invisible constitution*. New York: Oxford University Press, 2008.

²³⁷ ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

²³⁸ BEARD, Charles A. *The Supreme Court and the Constitution*. Mineola: Dover Publications Inc., 2006. Destaca-se que a primeira edição desta obra saiu em 1912, sendo que a segunda foi publicada em 1962, edição esta que é a mais recente em termos contedutísticos.

²³⁹ TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

²⁴⁰ BICKEL, Alexander. *The Last Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. N. York: Vail-Ballou Press, 1986.

²⁴¹ BERGER, Raoul. *Government by Judiciary*. Harvard University Press, 1977.

Em todas as obras citadas, há um número significativo de referências a casos julgados pela Suprema Corte, nos quais a interpretação da Constituição implicava na aplicação direta de direitos fundamentais (para o bem e para o mal). Independentemente, o fato é que – em última análise – os autores acima citados corroboram a afirmação de que o problema da força normativa da Constituição se apresenta no contexto estadunidense desde a afirmação da *judicial review*. Indo um pouco mais além, é possível afirmar que a noção de supremacia constitucional, nos Estados Unidos, esteve diretamente relacionada com a afirmação do Poder Judiciário (*judicial review*), razão pela qual a interpretação, desde os primórdios, sempre foi o principal objeto de discussão acadêmica.

Além de tudo isso, do ponto de vista constitucional, é preciso reconhecer nos Estados Unidos um certo pioneirismo. Isso não apenas em virtude de que as Constituições escritas, inventadas pela modernidade, nasceram de uma progressiva construção que teve seu momento de afirmação com a independência das treze colônias, mas também porque muitos dos instrumentos de governo e de controle do poder foram inventados em terras americanas.

É evidente que isso se deve a uma certa “posição privilegiada” que desde o início marcou a história norte-americana. No que tange especificamente à engenharia constitucional, este privilégio se deu basicamente por dois motivos concomitantes:

1º) Os Estados Unidos não viveram os problemas dos conflitos religiosos que marcaram a experiência constitucional europeia. De algum modo, os imigrantes que se instalaram nas colônias encontraram ali o ambiente propício para uma convivência “pacífica” entre as diversas crenças e religiões. E esse ideal de liberdade religiosa, que de algum modo inspira todos os membros dessa sociedade em formação, possibilitou a configuração de uma sociedade plural e multifacetada, o que tardou a acontecer na Europa;

2º) Os norte-americanos conheciam as construções teóricas do iluminismo inglês e francês e sabiam das medidas que a Inglaterra e a França vinham tomando para moderar o poder do Rei. Nesse particular, a experiência inglesa é importante, sobretudo em face da inexorável influência que a metrópole exercia sobre a então colônia.

Nessa medida, a revolução americana representa a construção de uma série de aportes teóricos que transformam profundamente o constitucionalismo:

a) em primeiro lugar, a afirmação de um sistema federalista de governo que garantiu autonomia administrativa e legislativa aos Estados (treze colônias independentes);

b) a criação de uma nova modalidade de limitação do poder com a construção de instrumentos que procuram travar a “vontade” das maiorias eventuais – prevenindo um possível governo arbitrário por parte destas maiorias, uma vez que os representantes eleitos pelo voto majoritário poderiam se tornar um tipo de “aristocracia de fato”²⁴² – a partir da garantia dos direitos da minoria. Estratégia justificada na desconfiança de Madison formulada no seguinte enunciado: “em todos os casos em que a maioria está unida por um interesse ou paixão comum, os direitos da minoria estão em perigo”.

c) A criação de um ambiente cultural no interior do qual a *lei* ocupa o lugar do *rei*, em contraposição aos modelos absolutistas em que o *rei* é a *lei*. Desse modo, a afirmação de Thomas Paine de que “uma Constituição não é um ato de um governo, mas sim o ato de um povo **que cria** um governo”, ou, em outras palavras, “**um governo sem Constituição é um poder sem direito**”, encontra terreno fértil para brotar e dar frutos.²⁴³

²⁴² A expressão é de Mirabeau e utilizada por Elster (Cf. ELSTER, Jon. op., cit., p.169).

²⁴³ Cf. MATTEUCCI, Nicola. op., cit., p. 164.

Estas três características permitem visualizar o caráter de *pré-compromisso* de que se reveste a Constituição, a partir dos contornos que lhe dá o constitucionalismo estadunidense. Ou seja, com Stockton, é possível dizer que “Constituições são correntes com as quais os homens se amarram em seus momentos de sanidade para que não morram por uma mão suicida em seu dia de frenesi”. São, portanto, *restrições que os próprios autores políticos estabelecem para si e para as gerações futuras*, para garantir um governo que esteja *sob* o direito e não *sobre* ele. Como assevera Cass Sunstein: “as estratégias de pré-compromisso constitucionais poderiam servir para superar a miopia ou a fraqueza da vontade da coletividade”²⁴⁴.

Desse modo, a jurisdição constitucional – no caso em análise, o exercício do *judicial review* – é a garantia de que esse pré-compromisso será devidamente cumprido (por isso a ligação entre Judiciário e supremacia constitucional). E isso é consequência da verdadeira soberania da lei; mas não de qualquer lei, e sim daquela que passa a ser entendida como a lei das leis, a *paramount law*, dotada de supremacia e rigidez: a Constituição. Nas palavras de Matteucci: “em lugar da velha lei consuetudinária, uma Constituição escrita, que contém os direitos garantidos aos cidadãos por um juiz, que fixa e declara a lei”²⁴⁵.

²⁴⁴ Ambos citados por Elster (Cf. ELSTER, Jon. op., cit., p. 120). Aliás, é importante anotar que foi Elster quem melhor trabalhou a aproximação entre a ideia de *pré-compromisso* que aparece na *Odisséia* de Homero e as modernas Constituições, principalmente aquela que representa a consagração do constitucionalismo norte-americano. Com efeito, no épico de Homero, *Ulisses*, durante seu regresso a Ítaca, sabia que enfrentaria provações de toda sorte. A mais conhecida destas provações é o “canto das sereias” que, por seu efeito encantador, desviava os homens de seus objetivos e os conduzia a caminhos tortuosos, dos quais dificilmente seria possível voltar. Ocorre que, sabedor do efeito encantador do canto das sereias, *Ulisses* ordena aos seus subordinados que o acorremem ao mastro do navio e que, em hipótese alguma, obedeçam qualquer ordem de soltura que ele venha a emitir posteriormente. Ou seja, *Ulisses* sabia que não resistiria e, por isso, cria uma autorrestrrição para não sucumbir depois. Do mesmo modo, as Constituições poderiam ser vistas como as correntes de *Ulisses*, através das quais o corpo político estabelece algumas restrições para não sucumbir ao despotismo das futuras maiorias (parlamentares ou monocráticas). Todavia, Elster revisitou essa sua construção e a entende, atualmente, apenas parcialmente correta. Isso por uma série de questões que não cabem serem aqui analisadas. Para efeitos do que aqui pretendo encaminhar, entendo continuar correta a ideia de *pré-compromissos constitucionais* tal qual Elster havia descrito em *Ulisses and the Sirens*.

²⁴⁵ Cf. MATTEUCCI, Nicola. op., cit., p. 169.

Vejamos, então, os contornos que essa jurisdição – constituidora deste elo pré-compromissório – receberá na formação da federação americana.

De tudo o que foi dito, ao menos uma coisa parece ficar clara: a decisão de Marshall no *leading case* Marbury v.s. Madson é mais um ponto de chegada do que um ponto de partida. Ou seja, nesta decisão, a Suprema Corte afirmou um mecanismo que já vinha se sedimentando no interior da construção histórica do constitucionalismo e que encontrou as condições adequadas para seu desenvolvimento em solo norte-americano.

É importante lembrar que, nos debates sobre a unificação das treze colônias e na redação da Constituição em 1788²⁴⁶, já estavam desenhados os contornos de um necessário controle dos atos do parlamento e do executivo com relação à Constituição Federal. Isso se dá, como ressaltai no item anterior, a partir da ideia de *pré-compromissos constitucionais*. Por isso a tese de Marshall, embora tenha gerado muitas controvérsias, não foi ruptural ou inovadora no contexto do constitucionalismo norte-americano, mas, sim, ampliou a ideia de supremacia constitucional (e, por conseguinte, de controle), sedimentando-a a partir da atuação jurisdicional.²⁴⁷

Como lembra Matteucci, a consagração do *judicial review* pelo *chief justice* John Marshall representa o acabamento da construção constitucional norte-americana. Sem ele, o modelo de freios e contrapesos que, com Elster, podemos dizer que caracteriza o

²⁴⁶ De se lembrar que, com a independência das treze colônias, colocou-se em pauta o debate pela união ou separação de cada um dos territórios. Evidentemente que o problema passava pela afirmação de uma autonomia administrativa de cada uma das colônias. É em 1778, com a ratificação da Constituição pela maioria dos Estados, que se culmina o processo histórico de unificação, ou melhor, de federação das colônias, que fora iniciado desde o congresso de Albany em 1754.

²⁴⁷ Essa discussão em torno do posicionamento de Marshall pode ser encontrada na obra de Charles Beard, op. cit., *passim*, que foi escrita justamente com o fito de colocar fim às discussões levantadas sobre a legitimidade do *judicial review*.

constitucionalismo estadunidense, não estaria completo. Nesse sentido, são ilustrativas as palavras do próprio Matteucci:

la construcción constitucional no estaba acabada: faltaba todavía una institución que permitiera el gobierno limitado y que impidiera peligrosas tensiones en el Estado federal; faltaba, por tanto, el juez sobre la tierra. La exigencia avanzada por James Otis en 1761, según la cual ‘una ley contraria a la constitución es nula’, y luego repetida en numerosos panfletos y en la *Circular letter* de Massachusetts (1768), tardó en afirmarse institucionalmente, aunque estaba en plena sintonía con toda la orientación política de la revuelta de las colonias americanas contra la omnipotencia del Parlamento inglés. (...) Este rol, confiado al poder judicial a través de un recto funcionamiento del sistema constitucional, estaba bien claro para los americanos que redactaron la constitución, pero la Constitución de los Estados Unidos no preveía expresamente el *judicial review*, la revisión de las leyes a través de un juicio, si bien los artículos 3, sección II y 6, sección II constituyen su presupuesto necesario. Fue la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo la que dio cuerpo y realidad a este principio; y el mérito corresponde a su presidente, John Marshall (...) cuyas sentencias forman un *corpus* imponente, que tuvo gran influencia en el desarrollo del derecho americano.²⁴⁸

Agora, é importante para nossa pesquisa esclarecer alguns pontos no que tange ao papel que a corte desempenha no exercício do *judicial review*. Quero dizer, além do tradicional juízo de constitucionalidade – determinar se a lei do parlamento está ou não de acordo com a *paramount law* –, a Suprema Corte cumpre algumas funções deveras importantes. Entre estas funções está o caráter de fechamento do sistema federativo e sua participação nos problemas envolvendo questões da federação na administração dos Estados.

²⁴⁸ Cf. MATTEUCCI, Nicola. op., cit., p. 167/169. Em tradução livre: “A construção constitucional não estava acabada: faltava uma instituição que permitisse um governo limitado e que impedisse perigosas tensões no Estado federal; faltava, portanto, um juiz sobre a terra. A exigência antevista por James Otis em 1761, segundo a qual ‘uma lei contrária a constituição é nula’ e logo repetida em numerosos panfletos e na *Circular letter* de Massachusetts (1768), tardou a afirmar-se institucionalmente, embora estivesse em plena sintonia com toda a orientação política da revolta das colônias americanas contra a onipotência do Parlamento inglês. (...) Esse complexo de coisas confiado ao poder judiciário através de um correto funcionamento do sistema constitucional, estava bem claro para os americanos que escreveram a Constituição. Mas a Constituição não previa expressamente o *judicial review*, a revisão das leis por meio de um juízo judicial de constitucionalidade, muito embora os artigos 3, seção II e 6, seção II, constituíssem um pressuposto necessário. Foi a mesma jurisprudência da Suprema Corte que deu corpo e realidade a este princípio; e o mérito corresponde a seu presidente, John Marshall (...) cujas sentenças formaram um *corpus* imponente, que teve grande influência no desenvolvimento do direito americano”.

Isso significa que, acima de tudo, a Suprema Corte assume o papel de um Tribunal da Federação. Essa questão fica claramente explicada em Tocqueville:

No momento em que a Constituição federal foi elaborada, já havia nos Estados Unidos treze cortes de justiça julgando sem apelação. Hoje são vinte e quatro. Como admitir que um Estado possa subsistir se suas leis fundamentais podem ser aplicadas de vinte e quatro maneiras diferentes ao mesmo tempo? (...) Os legisladores da América convieram pois em criar um poder judiciário federal, para aplicar as leis da União e decidir certas questões de interesse geral, que foram previamente definidas com cuidado. Todo poder judiciário da União foi concentrado num só tribunal, chamado corte suprema dos Estados Unidos. Mas, para facilitar a tramitação das causas, foram-lhe agregados tribunais inferiores, encarregados de julgar causas pouco importantes ou estatuir, em primeira instância, sobre contestações mais graves.²⁴⁹

Tocqueville anota, também, a sensível diferença que existe entre o modelo judicial norte-americano e aquele que se pratica na Europa, procurando indicar como em um regime de garantias das liberdades – portanto, de efetivo poder limitado – há uma certa tendência no sentido da ampliação dos poderes dos tribunais:

Em todas as nações civilizadas da Europa, o governo sempre mostrou grande aversão em deixar a justiça ordinária decidir as questões que interessavam a ele. Essa aversão é, naturalmente, maior quando o governo é mais absoluto. Ao contrário, à medida que aumenta a liberdade, o círculo das atribuições dos tribunais vai sempre se ampliando, mas nenhuma naco européia ainda pensou que qualquer questão judicial, independente de sua origem, pudesse ser deixada aos juízes de direito comum.²⁵⁰

Em arremate, o autor esclarece, ainda, quais funções são desempenhadas pela Corte, tendo como pano de fundo o exercício constante da afirmação da Constituição. *In verbis*:

²⁴⁹Cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Livro 1. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 159.

²⁵⁰ Cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. op., cit., pp. 168/169.

Nas mãos dos sete juízes federais repousam incessantemente a paz, a prosperidade, a própria existência da União. Sem eles, a Constituição é obra morta; é a eles que recorre o Poder Executivo para resistir às intromissões do corpo legislativo; a legislatura, para se defender das empreitadas do poder executivo; a União para se fazer obedecer pelos Estados; os Estados, para repelir as pretensões exageradas da União; o interesse público contra o interesse privado; o espírito de conservação contra a instabilidade democrática. Seu poder é imenso, mas é um poder de opinião. *Eles são onipotentes enquanto povo aceitar e obedecer a lei; nada podem quando ele a despreza.* Ora, a força de opinião é a mais difícil de empregar, porque é impossível dizer exatamente onde estão seus limites. Costuma ser tão perigoso ficar aquém deles, quanto ultrapassá-los.²⁵¹

Todo esse poder conferido ao Judiciário não se apresenta isento de problemas. Se era necessária a criação de um mecanismo de controle dos pré-compromissos constitucionais, também é certo que os limites dessa atividade de controle passam a gerar certa discussão. No livro de Christopher Wolfe, *The rise of modern judicial review*, o autor coloca com precisão as transformações que ocorreram no Judiciário, ou melhor, no exercício do *judicial review*, alertando que, com o passar dos anos, o papel desempenhado pela Suprema Corte foi significativamente alterado, de modo que – de intérprete privilegiado da Constituição – o Tribunal passou a agir como uma variante do Poder Legislativo.

3.4.2 O debate sobre a decisão no âmbito da teoria do direito: o caso Posner-Dworkin

O livro de Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, apresenta questões interessantes e que atingem diretamente aquilo que estamos tratando neste trabalho. Foi publicado em 1999 como resultado de um ciclo de palestras proferido por

²⁵¹ Cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. op., cit., pp. 169/170.

Posner em 1997, cuja temática girava em torno do ensaio de Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, que, naquele ano, completava seu centenário de publicação.²⁵² O autor reescreveu e reorganizou os textos das palestras, incluiu trechos novos e respondeu a algumas críticas que lhe foram apresentadas. O livro é resultado de todo esse processo. Apresenta-se como uma manifesto pragmaticista no direito: afirma-se nele que os métodos de investigação e decisão do direito não devem ser tributários de uma teoria moral “metafísica”, mas, sim, devem ser buscados pragmaticamente, no seio das ciências sociais e do senso comum.

Explicando melhor: os juízes – ou qualquer outro tomador de decisões no âmbito do direito – quando se veem diante de casos que não encontram uma resposta simples a partir das fontes corriqueiras de orientação (Constituição, Leis, precedentes) “nada podem fazer além de recorrer a noções derivadas da condução dos negócios públicos, dos valores profissionais e pessoais, da intuição e da opinião”.²⁵³ Essa seria, segundo o autor, uma abordagem mais condizente com aquilo que efetivamente se passa no âmbito das práticas decisórias no direito. Seria uma perspectiva mais profissional e menos teórica de aproximação do fenômeno jurídico.²⁵⁴

Partindo desse pressuposto, os argumentos críticos do texto são dirigidos a um alvo definido: aqueles autores aos quais Posner nomeia como “juristas acadêmicos” e que, de alguma forma, estabelecem uma aproximação entre a filosofia do direito e a filosofia moral ou, melhor ainda, colocam a teoria jurídica para dentro da teoria moral. Os alvos privilegiados

²⁵² Cf. HOLMES, Oliver Wendell. *The Path of Law*. Kindle Book: Public Domain, 1897. O texto é um programa de uma teoria pragmática do direito, que fez história sob o epíteto “realismo jurídico”. É nele que se encontra a frase de Holmes que entraria definitivamente para a posteridade: *The prophecies of what the courts to do in fact, are what I mean by the law*. HOLMES, Oliver Wendell. Idem, Ibidem, pos. 58.

²⁵³ Cf. POSNER, Richard A. op. cit., p. VIII.

²⁵⁴ Para conhecer os detalhes da proposta “profissionalista” de Posner, ver: POSNER, Richard A. op., cit., pp. 291 e segs.

de Posner (os “juristas acadêmicos”) são os seguintes: Ronald Dworkin, Charles Fried, Anthony Kronman, John Noonan e Martha Nussbaum.

De todos esses nomes, o de Ronald Dworkin certamente é aquele que aparece com maior frequência diante de sua artilharia pragmaticista. A concepção de moral que perpassa a obra de Dworkin é constantemente atacada por Posner. Na verdade, uma de suas pretensões básicas é realizar uma desmistificação do direito para libertá-lo das amarras de qualquer teoria moral. Nas palavras de Posner: “a filosofia moral não tem nada a oferecer aos juízes e aos estudiosos do direito no que se refere à atividade judicial ou à formulação de doutrinas jusfilosóficas ou jurídicas”.²⁵⁵

O jurista da escola de Chicago segue adiante para dizer que tanto a filosofia moral quanto “algumas de suas primas-irmãs, como a jusfilosofia e a teoria constitucional, são impotentes para resolver questões jurídicas concretas”.²⁵⁶ Para justificar sua afirmação, Posner recorre a um argumento, por assim dizer, “empírico”. Relembra um julgamento da Suprema Corte estadunidense no interior do qual se discutiam leis que proibiam o suicídio assistido por médicos (uma questão que tem como pano de fundo um acalorado debate moral). Nesse caso, um grupo de filósofos morais submeteram à apreciação da Corte um memorial de *amici curiae*. Este memorial teria sido, ainda seguindo a argumentação de Posner, ignorado solenemente pelos juízes daquele Tribunal. *In verbis*: “os juízes ficam com um pé atrás quando se procura convencê-los a usar a teoria moral ou constitucional para decidirem as demandas”.²⁵⁷

²⁵⁵ POSNER, Richard A. op., cit., p. IX.

²⁵⁶ Idem, *Ibidem*.

²⁵⁷ POSNER, Richard A. op., cit., p. XII. De se consignar que Ronald Dworkin menciona o mesmo caso em seu *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 71 e segs.

Note-se que a verdadeira pretensão de Posner é postular a inviabilidade da Teoria do Direito. Sua intenção, portanto, é metateórica: analisar as condições pelas quais se considera impossível ou, neste caso, o melhor seria dizer, inútil e despendioso, o esforço teórico no direito. Não que, em seu livro, não se faça algum tipo de “teoria jurídica”. Aliás, como bem enfatizará Dworkin em um de seus textos de resposta a Posner, a postura deste último é sempre também teórica e, em certo sentido, “metafísica”. De todo modo, sua proposta de abordagem do direito não é teórica em um sentido filosófico, mas, sim, em um sentido sociológico: não possui uma matriz filosófico-reflexiva; trata-se de um referencial sociológico-descritivo. No fundo, portanto, o argumento de Posner apresenta-se como uma crítica das posturas que procuram pensar o direito a partir da filosofia para realizar uma defesa das análises sociológicas sobre o direito. No caso, da sua peculiar análise sociológica do direito.

Em um texto de 1997, Dworkin escreveu sobre alguns pontos destacados por Posner no livro que comentei acima. Na verdade, os argumentos enfrentados por Dworkin já haviam aparecido em um livro anterior do autor, chamado *Para Além do Direito (Overcoming Law)*. O texto de Dworkin ao qual me refiro foi incorporado ao livro *A justiça de Toga*, em capítulo intitulado *O Elogio da Teoria*.²⁵⁸ Nesse texto, Dworkin afirma que a postura teórica – em sentido filosófico – não apenas é possível como também inevitável. Como já me referi acima, para Dworkin, Posner também faz teoria do direito no sentido mesmo sentido em que ele a critica.

O grande atrativo da proposta de Posner é, sem dúvida nenhuma, seu apelo prático. No modo como constrói seu argumento, a sua aparentemente, despreziosa teoria parece dar notas de grande utilidade e adequação aos problemas contemporâneos do direito.

²⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga...* cit., pp. 71 e segs.

Porém, se olhada mais de perto, essa sua análise esconde uma série de elementos que comprometem toda a argumentação.

O primeiro destes pontos, certamente, é a sua pretensa assepsia moral. Numa estratégia que não é exatamente nova (Kelsen, por exemplo, já havia argumentado de forma parecida para criticar a concepção kantiana de moral e defender a sua tese da separação entre o juízo moral e o juízo jurídico), Posner se afirma como um “relativista moral moderado”. Ele critica as concepções universalistas sobre o conteúdo dos conceitos morais, mas, ao mesmo tempo, não se diz pronto para aceitar as teses dos relativistas radicais, que pregam um ceticismo completo no que tange à possibilidade do conhecimento das formas morais. Para ele, é possível ao investigador mapear certo conjunto de crenças e sentimentos que compõem a dimensão moral de uma determinada e específica comunidade de indivíduos. Mas, por outro lado, seria impossível universalizar o conteúdo conhecido dentro daquelas condições específicas de modo a aplicar suas normas em outro local, diferente daquele em que tais conteúdos tiveram origem.

Para ele, no momento de decidir, mais importante do que o juiz conhecer tais conteúdos morais (por exemplo, qual o valor da democracia no seio de uma comunidade; o que significa a cláusula de igual respeito; ou se é compatível com a Constituição uma lei que proíbe o suicídio assistido por médicos), é ele ter o domínio instrumental das questões econômicas, políticas e sociais envolvidas na questão. É preciso que ele tenha um domínio, com máxima previsibilidade possível, sobre as consequências geradas por sua decisão, tendo sempre como guia a adoção da medida que traga maior benefício ou uma melhora nas condições gerais observadas pelas pessoas envolvidas no caso.

Desse modo, Posner faz uma admoestação a Dworkin, dizendo que sua preocupação, quase realista, com os conceitos morais acaba por desvencilhá-lo dessas questões consequencialistas, produzindo, assim, um tipo de teoria da decisão que desconsidera totalmente as condições reais que determinam *in concreto* o direito.

Em sua avassaladora resposta, Dworkin inicia argumentando que sua abordagem teórica difere substancialmente da descrição oferecida por Posner. Sua proposta não se desenha a partir de uma emaranhado de conceitos morais e jurídicos abstratos. O argumento moral não é construído pelos juízes apenas nos casos limítrofes, de decisões “difíceis”. Na verdade, qualquer interpretação jurídica implica uma argumentação moral. Em sua proposta, Dworkin afirma que conceitos como os de democracia, liberdade, igualdade, devido processo legal etc., são conceitos jurídicos que estão impregnados pela moralidade política e que, no momento em que são discutidos judicialmente, eles são, necessariamente, interpretados. Nesse sentido, a sua proposta teórica é interpretativa e construtivista. Melhor seria dizer, quem interpreta o direito deve fazê-lo de modo a construir argumentos que se ajustem, de melhor forma, às práticas jurídicas da comunidade política. Nessa medida, sua abordagem teórica “alega que há princípios de tal modo inseridos em nossa prática jurídica que, quando os aplicamos ao caso em questão, eles dão (ou não) o direito”²⁵⁹ à parte que o reivindica. Vale dizer: “justificamos as alegações jurídicas ao demonstrar que os princípios que as sustentam também oferecem a melhor justificação de uma prática jurídica mais geral na área do direito em que se situa o caso”.²⁶⁰

Por certo, haverá discordância com relação a qual conjunto de princípios oferece a melhor solução para o caso. Mas essa discordância, antes de ser o retrato da

²⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga...* cit., p. 74.

²⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga...* cit., p. 75.

improcedência da tese é, ela mesma, o que a torna mais atraente (para usar uma expressão dworkiniana). A controvérsia sobre esse conjunto de princípios – que é uma questão moral – será resolvida a partir do confronto dos vários argumentos lançados para o caso, sendo que prevalecerá aquele que, de forma mais responsável, demonstrar o melhor ajuste às práticas jurídicas.

Na mesma linha, a questão a respeito do consequencialismo deve ser colocada em devidos termos. Na verdade, Dworkin afirma que também sua proposta é consequencialista. Mas o é em um sentido diferente daquele retratado por Posner. Nos termos propalados por Dworkin, sua proposta é consequencial no seguinte sentido: “cada argumento jurídico interpretativo tem por finalidade assegurar um estado de coisas que, de acordo com princípios incorporados à nossa prática, seja superior às alternativas”.²⁶¹

Por fim, a proposta de Posner, com toda a sua aparente indiferença às questões morais, acaba sendo portadora de uma certa concepção de moralidade: aquela que se verifica no utilitarismo. No fundo, o debate sobre os conteúdos morais dos conceitos jurídicos é inescapável. Do mesmo modo que a reflexão teórica também o é. E isso por um motivo muito simples: todo aquele que estiver comprometido com alguma ambição de igualdade e democracia terá melhor sucesso se enveredar pelos caminhos da teoria. Nas palavras do próprio Dworkin:

Nossas divisões são de natureza cultural, étnica, política e moral. Não obstante, aspiramos viver juntos e iguais, e parece crucial para essa ambição que também aspiremos que os princípios que nos governam nos tratem como iguais. (...) Só poderemos perseguir essa indispensável ambição se tentarmos, sempre que necessário, nos colocar em um plano elevado [vale dizer: teórico, acrescentei] nossas decisões coletivas, inclusive em nossas decisões judiciais, de modo a pôr à prova nosso progresso em tal direção. Devemos nos incumbir

²⁶¹ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga...* cit., p. 89.

desse dever soberano se pretendemos alcançar um Estado de Direito que não seja apenas instrumento de avanço econômico e paz social, mas um símbolo e espelho da igual consideração pública, que nos dá o direito de afirmar a comunidade.²⁶²

²⁶² DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga...* cit., p. 105-106.

CAPÍTULO IV – ESTRUTURAS BASAIS DA DECISÃO E A SUA RELAÇÃO COM O PROBLEMA DA MORAL

4.1 Considerações Preparatórias

A recuperação dos elementos históricos descritos no capítulo antecedente nos permite elencar algumas descobertas importantes:

Em primeiro lugar, deve ter ficado claro que a grande cisão entre direito público e direito privado que ocorre no âmbito do estilo de vida jurídico romano-canônico, principalmente nas culturas ligadas aos países do continente europeu, acaba por levar a uma consequência direta para o modo de se lidar com as questões relativas à decisão jurídica. O que, talvez, se mostre de maneira mais evidente, diz respeito à dificuldade de se situar o agente estatal que decide as questões jurídicas como um verdadeiro agente moral que, como tal, está também implicado na decisão que exara.

Isso porque, tende-se a pensar que, no momento da decisão o órgão julgador se apresentaria como um *tertium*, externo à situação jurídica que aprecia, e, nessa condição, emitiria o seu juízo decisório. Essa é uma imagem que pôde ser construída porque, a grande tradição de estudos científicos e metodológicos sobre o direito, no âmbito do estilo de vida romano-canônico, tem um largo enraizamento naquilo que, nesse ambiente, é chamado de direito privado. Trata-se de uma imagem que se articula a partir de um espaço de experiência no interior do qual o conflito a ser decidido é algo particular que poderia ser resolvido – se não houve o estado – através de mecanismos de justiça privada. Entretanto, o monopólio estatal da força e da distribuição da justiça traz para a solução da questão um terceiro, neutro com relação ao conflito que teve origem particular – e que colocará, assim, um fim nessa questão a partir da emissão de uma decisão imparcial.

Todavia, se olharmos para uma relação daquilo que, neste estilo de vida jurídico se chama direito público, veremos que – conforme afirmamos no primeiro capítulo desta pesquisa – o agente decisor articulará questões que tocam ou estão diretamente ligadas a questões políticas basais que sustentam o convívio comunitário. Usando uma linguagem da teoria da justiça, podemos dizer que uma decisão no âmbito do direito público interfere ou atinge diretamente, expectativas e projetos a respeito daquilo que se entende por uma vida boa.

Assim, surge uma questão que – no mais das vezes – aparece não explicitamente tematizada no âmbito das teorias da decisão que se desenvolvem nesse ambiente cultural: o que faz o decisor nos casos em que se enfrentam questões de direito público? Existe espaço para que este afirme a sua concepção – pessoal – de vida boa? Se a resposta for afirmativa, o que seria, então essa “vida boa” que se discute nesse âmbito público? A somatória dos vários projetos de vida boa que se apresenta da reunião de todo corpo ou “organização” judicial?

Por outro lado, há também uma exploração da experiência estadunidense da formação do problema da decisão imbricada com a problemática da *judicial review*. Mostramos como que, de alguma forma, nesse estilo de vida jurídico ocorre um debate, mais direto e efetivo, a respeito desse caráter definitivamente político-moral que se encontra subjacente à atividade decisória. Não que isso seja – sempre e em todas as formulações teóricas – claramente assumido. Todavia, há uma série de indícios culturais, subjacentes, que se apresentam na dimensão do *underlying* que nos permitem concluir que essa colocação do julgador, fora de um horizonte de ação moral, é praticamente reduzida.

Esse horizonte, ou espaço de ação, compõe – a partir de mútuas migrações de culturas – o lugar no qual se situa o agente que decide as questões jurídicas no âmbito do Constitucionalismo Contemporâneo. Atinge-se, assim, o objetivo central da tese: apresentar o lugar no qual se situa aquele que decide as questões jurídicas. Um lugar que não é escolhido mas, sim, aberto pela historicidade que lhe constitui enquanto agente moral.

De fato, é importante sempre assinalar que esta investigação não se pretende como uma teoria da decisão jurídica. A pretensão, destacada desde o início, era a de apresentar e mostrar de que lugar a partir do qual o agente que decide questões jurídicas fala e onde se move. Onde ele se situa. Para isso, a questão da história e o problema da recuperação do sentido pela historicidade do agente foi colocada em primeiro plano pela análise.

Também é de se ressaltar que a resposta apresentada não pressupõe a necessidade de se situar o decisor em um lugar onde ele não se encontra situado; ao contrário, aquilo que fizemos até aqui e que, no presente capítulo pretendemos aclarar ainda mais, diz respeito a trazer à luz o *tecido básico*, o lugar no interior do qual ele, desde-sempre, já está situado. O que se pretende aqui é apenas descrever e mostrar o lugar onde ele desde-já-sempre se encontra. O lugar da história no direito.

4.2. Estruturas basais da decisão jurídica: o *a priori compartilhado* e sua manifestação na experiência dos Princípios Constitucionais

Portanto, não se pretende responder a intrincada questão: *como se controla o órgão que decide?* Essa resposta este trabalho não pode dar. Mas, todavia, o que esta investigação pode e quer mostrar é que este órgão – o julgador – encontra-se situado em um âmbito de contextos e significados que o abrangem e não o contrário. Portanto, não há discricionariedade ou espaço para escolhas livres do julgador no momento de decidir um caso

jurídico. Há um espaço cultural que o atravessa em virtude de sua radical condição histórica. Um espaço que o atinge de tal forma que o leva, necessariamente, a prestar tributos à Tradição que o vincula.

Esse espaço basal, essa dimensão que sustenta a decisão, pode ser mostrada a partir do modo como Lenio Streck vem procurando aclarar as questões em torno do conceito de princípio no direito. Dizendo de melhor maneira, a recuperação desse tecido básico – do *apriori* compartilhado, da dimensão subjacente ao discurso lógico – pode ter a sua manifestação, por assim dizer, apofântica, no âmbito dos princípios.

Streck afirma que os princípios são a “transcendência das regras”. Essa afirmação conduz à necessária conclusão de que não há regras – legítimas – que não estejam, desde logo, suportadas por princípios. Por outro lado, a afirmação dessa “transcendência” principiológica também está a indicar que, no momento em que se argumenta com princípios, está-se a revelar elementos que são percebidos a partir da abertura desse espaço basal no interior do qual se sustenta toda decisão jurídica.

As menções aos princípios, que fizemos anteriormente, obrigam-nos a analisar com mais pormenores a questão procurando apontar para a sua vinculação com o trabalho. Importante anotar, por exemplo, que as afirmações anteriores não estão a tratar dos velhos *princípios gerais do direito* que, no direito brasileiro, assumem a condição de determinação legislativa, sendo expressamente estabelecidos como critérios de solução para as “lacunas” do ordenamento no Artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ao lado da analogia e dos costumes. Isso é um sintoma! Na verdade, o senso comum teórico dos juristas trata do problema como se estivéssemos, ainda, sob a égide da metodologia novecentista que operava com um sistema em que os princípios gerais eram

chamados para atuar nos casos em que o modelo de regras não fosse suficiente para resolver os problemas da realidade.²⁶³ Não deixa de ser sugestivo o fato de que este tipo de estratégia legislativa tenha sido utilizada, pela primeira vez, nos Códigos dos oitocentos. Tais códigos tinham uma feição nitidamente privatista. Mas, o mais emblemático é que esses velhos axiomas – que foram chamados no século XIX de Princípios Gerais do Direito – continuam a ser aplicados em pleno Constitucionalismo Contemporâneo, como se houvesse apenas uma mera continuidade entre a nova Constituição e o regime jurídico anterior.

Portanto, é preciso ter presente que no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo os princípios assumem uma dimensão normativa de base. Vale dizer: não podem mais ser tidos como meros instrumentos para solucionar um problema derivado de uma lacuna na lei ou do ordenamento jurídico. Na verdade, em nosso contexto atual, os princípios constitucionais apresentam-se como constituidores da normatividade que emerge na concretude dos casos que devem ser resolvidos pelo judiciário. É esse o significado do profundo vínculo que existe entre decisão judicial e o conceito de princípio (algo que aparece claramente nas obras de Josef Esser e Ronald Dworkin).

Tudo isso, ao fim e ao cabo, quer dizer o seguinte: toda e qualquer decisão jurídica só será correta (ou, na expressão utilizada em *Verdade e Consenso*, adequada à Constituição), na medida em que dela seja possível extrair um princípio. Vale dizer, uma decisão judicial – hermeneuticamente correta – se sustenta em uma comunidade de princípios.²⁶⁴

²⁶³ Cf. *Verdade e Consenso*. op. cit., p. 173.

²⁶⁴ Nesse sentido, Cf. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio*. op. cit., cap. 4.

Com efeito, essa afirmação tem implicações sérias. Talvez a principal delas seja o fato de que, quando, em 1988, (re)fundamos nossa sociedade e instituímos um regime democrático, fizemos nascer, concomitantemente, uma comunidade política recheada de princípios com fortes conteúdos de moralidade. Chamamos isso de cooriginariedade entre o Direito e a Moral: o espaço em que se forma o discurso jurídico é, desde-já-sempre, tomado por um espectro de uma moral pública. Essa cooriginariedade entre Direito e Moral vem sendo mencionada em Dworkin como *interconexão* que, ao final, são conceitos similares.

Na verdade, em obras como *A Justiça de Toga*, Dworkin afirma que o direito seria um ramo (*branch*) da moral, no sentido de ser, este último, uma espécie de especialização do discurso moral. O importante é assinalar que essa “especialização” não pode ser pensada como algo que acontece *a posteriori* mas é, sim, da ordem do *a priori*. Isso significa que se trata “o direito como um segmento da moral, não como algo separado dela. Entendemos a teoria política desta forma: como parte da moral compreendida em termos gerais, porém diferenciadas, com sua substância específica, uma vez que aplicável a estruturas institucionais distintas”.²⁶⁵

Portanto, a moral de uma comunidade política tal qual descrevemos no texto deve ser pensada nesse contexto: de uma composição jurídica que desde sempre sofre os influxos dessa moralidade, mas não está a serviço de uma crença pessoal ou da representação subjetiva que uma consciência isolada possui da sociedade. Essa moralidade é instalada no espaço público sendo, por isso, desde sempre uma moral compartilhada.²⁶⁶

²⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga...* cit., p. 51.

²⁶⁶ Sobre o processo de “secularização” da política Cf. KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e Crise. Uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

De algum modo, toda decisão jurídica tem o dever (no sentido do *have a duty*, de Dworkin) de refletir esses princípios. Apenas a título ilustrativo, podemos dizer que a igualdade, o Estado de Direito, o Republicanismo, entre outros, compõem esse espectro principiológico que, desde logo, transcende o discurso jurídico baseado em critérios universalizantes-objetificadores próprios das teorias jurídicas que vêem o direito como um modelo de regras (como o são, no fundo, as teorias que acreditam na função acessória dos princípios, como argumentos para colmatação de lacunas). A garantia do direito fundamental à resposta correta depende intrinsecamente da compreensão desse fenômeno.²⁶⁷

Para ilustrar melhor essa questão, tomaremos como referência uma discussão contemporânea que permeia a obra de Luigi Ferrajoli.

4.3 Decisão jurídica, *a priori* compartilhado e moral no exemplo privilegiado de uma discussão com Luigi Ferrajoli

Em trabalho recente²⁶⁸, Ferrajoli toca o âmago da discussão atual sobre o problema do constitucionalismo e da vinculação jurídica das Constituições e, conseqüentemente, da existência, ou não, de um espaço de discricionariedade no interior do qual a decisão possa se movimentar. Neste trabalho, o autor aponta para o fato de que a profusão de novas teorias jurídicas que procuraram dar conta dessa nova experiência constitucional terminou por criar dois grandes modelos de análise que englobam as mais

²⁶⁷ Há vários trabalhos que retratam a experiência das pesquisas desenvolvidas no PPG em Direito da UNISINOS-RS, no âmbito do *Dasein* – núcleo de estudos hermenêuticos, todas encampano essa preocupação com a decisão jurídica. Nesse sentido, vale referir à obra de Maurício Ramires, na qual o autor faz uma percuciente análise do modo como se articulam os precedentes judiciais na operacionalidade jurídica brasileira. Também com base no referencial da hermenêutica filosófica, Ramires encontra o espaço correto para realizar a crítica do modo como os juízes se valem desse manancial jurisprudencial para estabelecer suas decisões Cf. RAMIRES, Maurício. *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: _____; Lenio Luiz Streck; André Karam Trindade. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo – Um debate com Luigi Ferrajoli*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2012, passim.

diversas posições: há, de um lado, um *constitucionalismo principialista* e, de outro, um *constitucionalismo garantista*.

No interior do conceito *constitucionalismo principialista*, Ferrajoli encaixa as mais variadas posições que compõem os chamados *pós-positivismo e neoconstitucionalismo*. Nos termos por ele propostos, todas essas posições partilham da ideia de que a novidade representada pela juridicidade das Constituições do Pós-Guerra deve ser entendida como uma superação do positivismo jurídico – que pregava uma separação exclusiva entre direito e moral e descrevia o direito como um simples sistema de regras, deixando de lado outros padrões normativos, como é o caso dos princípios – em favor de um modelo teórico que reconheça uma necessária conexão entre direito e moral e que reconheça um papel privilegiado dos princípios na formação concreta do direito. Esse tipo de posição teórica acarreta um modelo de fundamentação do direito tendencialmente “jusnaturalista” ou “ético-objetivista”.

De outra banda, o *constitucionalismo garantista* – que é a proposta teórica defendida por Ferrajoli – afirma que o *novum* desse movimento constitucionalista vivenciado pelas democracias do segundo Pós-Guerra só pode ser apreendido em sua plenitude se ele for entendido como um aperfeiçoamento do positivismo jurídico. Afirma que, como a questão da democracia está no cerne desse debate, é preciso reconhecer que há uma relação interna e imanente entre positivismo e democracia, de modo que o melhoramento que esse novo modelo constitucional agregou ao positivismo foi o fato de que os dispositivos guardadores de direitos fundamentais passaram a possibilitar uma submissão conteudística por parte dos demais poderes – inclusive a legislação – à Constituição: além do “quem” e do “como”, que já eram uma preocupação das manifestações posteriores do positivismo jurídico, o

constitucionalismo garantista apresenta um modelo de positivismo que prescreve também uma adequação do “que”, vale dizer, dos conteúdos veiculados pela legislação.

A posição de Ferrajoli, nesse sentido, pode ser capitulada como uma espécie de *iluminismo constitucional*, uma vez que há inúmeros traços que aproximam seu *constitucionalismo garantista* de elementos teóricos e práticos que compunham o painel teórico-cultural do *iluminismo* dentre os quais, *v.g.*, podemos citar:

i) a tese da separação entre direito e moral²⁶⁹, no interior da qual esta última é quase que identificada ou com algum tipo de elemento religioso de fundo (a moral católica, como aparece na p. 16); ou ainda, uma moral secularizada – ou laica – que, à moda da filosofia moderna, é entendida como expressão de uma subjetividade isolada – ou solipsista, como diria Lenio Streck. Nesse sentido, qualquer influência da moral sobre o direito deve ser, taxativamente, repudiada.

ii) Por outro lado, há um certo proceder argumentativo nos termos de uma *filosofia da história*, dentro do qual o conteúdo regulatório presente na ideia de *progresso* condiciona a tessitura do texto. Isso fica claro tanto no modo como o autor expressa a defesa de sua proposta teórica (que aparece como um aperfeiçoamento ou reforço – em um sentido

²⁶⁹ De se notar que, no ambiente cultural da modernidade, existe uma luta constante – que vem desde Hobbes – no sentido de afirmar uma separação entre moral e política. Com efeito, a modernidade é marcada por um processo que procurou justificar os atos de governo e de imposição da força física pelo poder político fora do contexto teológico que, no medievo, dava sustentabilidade à política, a partir da unidade representada pelo poder da igreja católica. Os movimentos reformistas no interior da doutrina católico-cristã, a constante eclosão de guerras civis religiosas e o posterior surgimento dos Estados Nacionais levaram à formação de outros contextos de justificação do poder político, que procuravam se desvincular das justificativas teológicas/ontológicas de até então. Portanto, a moral de uma comunidade política deve ser pensada nesse contexto. Todavia, as teses iluministas foram mais radicais e reconheceram – em toda e qualquer representação da moral – algum tipo de elemento irracional que deveria ser combatido pela Razão. Nossa posição, contudo procura se afastar desse radicalismo iluminista. Ao contrário, perfilamos a tese de que uma composição jurídica desde sempre sofre os influxos da moralidade (que é aquilo que lhe confere legitimidade), mas essa moralidade, justamente por ser moral, não está a serviço de uma crença pessoal ou da representação subjetiva que uma consciência isolada possui da sociedade. Essa moralidade é instalada no espaço público sendo, por isso, desde sempre uma moral compartilhada.

claramente *evolutivo/progressivo* – do *positivismo jurídico*), quanto na sua descrição *evolutiva* do Estado (que, em outra obra, é apresentada no sentido de uma sucessão histórica entre o chamado *Estado Jurisdicional*, predominante na transição do medievo para a modernidade; passando pelo *Estado legal*, que tem seu apogeu no século XIX, pelo *Estado social burocrático* do entre guerras, até chegar ao *Estado Constitucional contemporâneo*)²⁷⁰. Há, nessas duas manifestações, *o exemplar sentido ético do iluminismo: a crença de que o progresso, como motor da história, faz com que – sem embargo dos revezes ao longo do caminho – a humanidade evolua, melhore, inclusive em termos de aperfeiçoamento de teorias.*

Feita essa devida contextualização, é preciso dizer, ainda, que o jusfilósofo pretende oferecer um *confrontamento* crítico entre duas posições apresentadas anteriormente, quais sejam, o *constitucionalismo principialista* e o *constitucionalismo garantista*, deixando claro os riscos democráticos e jurídicos criados pelas teses que compõem o ambiente do *constitucionalismo principialista*.

O enfrentamento das duas posições se dá a partir da análise, desde o ponto de vista do *constitucionalismo garantista*, dos três principais elementos teóricos do *constitucionalismo principialista*:

- i) A conexão necessária entre Direito e Moral;
- ii) A distinção entre Regras e Princípios;
- iii) A Ponderação como modelo privilegiado de aplicação do direito.

²⁷⁰ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Principia Juris*. Teoria del diritto e della democrazia. Roma: Editori Laterza, 2007, 2 v., pp. 83 e segs.

Na catalogação das posições teóricas que expressam o núcleo definidor do *constitucionalismo principialista*, Ferrajoli cita autores como Robert Alexy, Manuel Atienza e Ronald Dworkin. Por certo que, no momento em que unifica posições teóricas tão díspares entre si, Ferrajoli cria um problema para a crítica que pretende efetuar: ela pode estar apontada para o alvo errado. No caso, isso fica muito evidente com relação a Ronald Dworkin. Isso porque, dos elementos elencados acima – que, nos termos propostos no texto, compõem a ossatura do *constitucionalismo principialista* –, Dworkin só participa, com muitas ressalvas, do segundo: a distinção entre regras e princípios. No que tange ao problema da “conexão entre direito e moral”, há uma distância oceânica a separar a proposta de Robert Alexy, por exemplo, daquela defendida por Dworkin na sua propalada *leitura moral da Constituição*²⁷¹. Quanto à ponderação, deve-se ter presente que, em nenhum momento de sua obra, o jusfilósofo estadunidense chegou a promovê-la como procedimento para solução de uma colisão entre princípios para resolução dos casos jurídicos.

Diante disso, parece correto afirmar que a crítica de Ferrajoli acerta em cheio as propostas teóricas que, de um modo ou de outro, estão em diálogo com Robert Alexy. Seja porque defendem um modelo de complementação entre o direito e a moral (na terminologia da teoria da argumentação alexyana: uma relação de complementariedade entre o discurso prático especial, que é o direito, e o discurso prático geral, que é a moral), seja porque reconhecem na ponderação um procedimento útil para solução daquilo que, com base na

²⁷¹ Em virtude dos limites deste trabalho, não é possível abordar todas as nuances que separam a ideia de interrelação entre direito e moral de Dworkin (tal como aparece expressa, com maior refinação, em *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, em especial a introdução) da tese da complementariedade entre direito e moral, como quer Robert Alexy (de modo emblemático, essa questão está descrita em *La institucionalización de la justicia*. Granada: Editorial Comares, 2005). Para um aprofundamento dessa questão, ver: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, em especial o pós-posfácio; e TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, em especial o item 4.

Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy, se nomeia como *colisão de princípios*. No entanto, dispara muito longe contra as teses centrais que compõem o argumento dworkiniano.

Aliás, em última análise, é possível afirmar até que existem pontos de contato entre a proposta de Dworkin e aquela defendida por Ferrajoli. Isso porque, tanto o *juízo de substancialidade* a que o *constitucionalismo garantista* submete a lei, quanto a *leitura moral da constituição* asseverada pela teoria integrativa dworkiniana, apresentam uma defesa dos direitos da minoria e apresentam, também, uma solução similar para o aparente embate entre democracia (governo da maioria) e direitos fundamentais (garantias das minorias).

Nessa medida, há que se perguntar: será que, diante de uma análise cuidadosa, a obra de Dworkin poderá continuar a figurar como objeto da crítica efetuada pelo *constitucionalismo garantista*?

É preciso ter presente, também, que as críticas de Ronald Dworkin, no que é seguido por Lenio Streck, ao positivismo jurídico, não representam – de nenhuma maneira – a assunção de pressupostos jusnaturalistas de adequação ou correção do direito pela moral. No caso de Dworkin, que, diferentemente da teoria alexyana – que possui um corte explicitamente analítico –, propõe uma teoria *construtivista*, edificada a partir da descoberta de que o *direito é um fenômeno interpretativo*, a defesa que se faz é de que a interpretação do direito depende de uma *leitura moral*²⁷². Ressalta-se: Não se afirma que esta leitura moral fará uma “correção” do direito vigente, mas, ao contrário, é ela que sustenta a interpretação, vale dizer, ela é o “lugar” de onde a interpretação jurídica tem sua origem. Daí que, em sua proposta de uma Teoria da Decisão – que pressupõe um rompimento com o positivismo jurídico –, Lenio Streck, a partir desse ponto de partida dworkiniano, e somadas as

²⁷² Cf. DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade. A Leitura Moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

contribuições da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, afirme que há, entre direito e moral, uma relação de *cooriginariedade*.

Tampouco, em tais posições, existe a aderência ao procedimento da ponderação como fórmula privilegiada de aplicação do direito. Isso porque elas apontam para o caráter rigorosamente interpretativo da experiência jurídica, algo que traz consigo determinadas consequências, que não estão presentes nas teorias argumentativistas/principialistas em sentido *lato*²⁷³.

No item seguinte, procuraremos desenvolver essas questões com mais vagar. Nossa análise ficará restrita ao juízo de *substancialidade*, vale dizer, àquele atinente ao controle dos conteúdos da produção legislativa, no modo como defendido pelo *constitucionalismo garantista*.

A pergunta guia dessa investigação quer saber como é possível que esse *juízo de substancialidade da lei* (e, em última análise, dos demais atos do poder público) possa ser feito de uma forma neutra, a partir de um ponto situado do “lado de fora” da *leitura moral*. Queremos saber quais são as “condições de possibilidade” desse juízo de substancialidade da lei e, ao final, afirmamos que esse juízo só é possível nos termos de uma leitura moral da Constituição.

²⁷³ É importante notar que há uma diferença entre argumentação e interpretação. A teoria de Dworkin, embora use recorrentemente o termo *argumento*, é uma teoria *interpretativa* e não *argumentativa*, vale dizer, Dworkin não pode ser considerado um teórico da Teoria da Argumentação. Essa sutileza não passou despercebida por Paul Ricoeur que no texto *interpretação e/ou argumentação* demonstra que diferentemente da teoria de Robert Alexy, que possui a característica de reivindicar para a prática argumentativa geral a qualidade de *Begründung*, ou seja, de fundamentação, Ronald Dworkin está muito mais interessado no horizonte político-ético no qual se desdobra a prática interpretativa do direito. Para ele, afirma Ricoeur, “o direito é inseparável de uma teoria política substantiva. É esse interesse último que, afinal, o afasta de uma teoria formal da argumentação jurídica” (RICOEUR, Paul. *Interpretação e/ou Argumentação*. In: *O Justo*. Vol. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 153/173.

Noutras palavras, como é possível interpretar a garantia da presunção de inocência, por exemplo, sem que nessa interpretação – que partilhará conceitos pré-compartilhados que compõem nossa cultura jurídica – se dê um debate sobre as “valorações” (morais) que permeiam o momento mais decisivo dessa concreção substancial, que é sua adequação a um caso apresentado?

4.3.1 O elemento hermenêutico do direito e a explicitação das estruturas basais da decisão

Do que foi dito acima, fica claro que Ferrajoli desfere um duro golpe naquelas posições teórico-filosóficas que ele classifica como sendo parte do *constitucionalismo principialista*. Afirma que todos os autores defensores desse principialismo constitucional estão associados, de algum modo, a um modelo jusnaturalista ou ético objetivista de fundamentação do direito. Demonstra como a reivindicação de uma conexão (necessária) entre direito e moral pode nos colocar em um rumo não democrático, que acabaria por desembocar num tipo extremamente pernicioso de dogmatismo moral; que a distinção entre regras e princípios, no modo como vem sendo realizada, enfraquece o papel normativo das constituições e, portanto, da hierarquia das fontes; e que estes fatores, associados ao modelo ponderativo de aplicação do direito, levam ao ativismo judicial e ao enfraquecimento da submissão dos juízes à lei, colocando em xeque as fontes de legitimação da jurisdição.

Na resposta de seu *constitucionalismo garantista*, Ferrajoli defende a tese de que o constitucionalismo (jurídico) só pode ser entendido como um aperfeiçoamento – ou um reforço – do positivismo jurídico. Positivismo esse que o autor define como sendo a tradição teórica que identifica como direito apenas aquele que é posto pela autoridade do Estado. Não

reconhece, assim, nenhuma instância superior transcendente (seja de ordem cosmológica ou teológica) que lhe conforme o sentido. Rechaça a tese da conexão entre direito e moral defendida pelo *constitucionalismo principialista*, reafirmando a tese da separação. Essa defesa, para ele, é necessária na medida em que a tese da conexão pretende impor, a todos, valores morais de pessoas ou grupos, sob o pretexto de que estes valores seriam “objetivos”, “verdadeiros” ou “reais”. Revela-se, assim, uma “intolerância para com as opiniões morais dissidentes”. E isso é assim tanto para os defensores de uma ética católica – que o autor julga como mais coerente – quanto para aqueles que defendem uma ética objetivista laica, que estaria ancorada em um tipo de cognitivismo moral. Nesse sentido, a defesa da tese da separação entre o direito e a moral seria uma necessidade democrática. Nas palavras de Ferrajoli: “a negação do cognitivismo ético e a defesa da separação entre direito e moral, que conformam o pressuposto do constitucionalismo garantista, são, portanto, o fundamento e, ao mesmo tempo, a principal garantia do pluralismo moral e do multiculturalismo, isto é, da convivência pacífica das muitas culturas que convivem em uma mesma sociedade”.

Esse o teor da crítica. Passemos, então, ao entendimento da posição teórica do autor. Na descrição do que seja o seu *constitucionalismo garantista*, Ferrajoli anota o seguinte:

Como *teoria do direito*, o constitucionalismo positivista ou garantista é uma teoria que tematiza a divergência entre o *dever ser* (constitucional) e o *ser* (legislativo) do direito. Em relação à teoria paleo-positivista, o constitucionalismo garantista caracteriza-se pela distinção e virtual divergência entre *validade e vigência*, uma vez que admite a existência de normas vigentes porque em conformidade com as normas procedimentais sobre sua formação e, todavia, *inválidas porque incompatíveis* com as normas *substanciais* sobre a sua produção [grifei].²⁷⁴

²⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo Principialista e Constitucionalismo Garantista*, p. 11.

Fica claro, portanto, que o reforço ou aperfeiçoamento do constitucionalismo positivista com relação ao paleo-positivismo está representado por esse *juízo de substancialidade* que a jurisdição constitucional deve fazer para identificar o direito constitucionalmente *ilegítimo*. Para Ferrajoli, essa substancialidade constitucional – plasmada em maior medida nos direitos fundamentais – não admite, nem no nível de um *modelo de direito*; nem no nível de uma *teoria do direito*; nem no nível de uma *filosofia ou teoria política* uma “conexão entre direito e moral”. Pelo contrário, equivale a um limite ao poder dos juízes e ao seu arbítrio moral e, também, a um limite ao poder dos legisladores e à sua invasão na vida moral das pessoas.

Nesse caso, não há qualquer reparo à sua descrição. Isso no caso de aceitarmos a definição de “moral” como algo que depende do arbítrio do sujeito – no caso, do juiz. Assumindo tal definição, então, realmente, seria um retrocesso reconhecermos algum tipo de vínculo entre o direito e a moral. Aliás, é exatamente esse nosso entendimento: o de que o grande desafio da contemporaneidade é conseguir construir anteparos para a atividade judicante²⁷⁵ (não no sentido de “reduzir” ou “mitigar” o poder dos juízes e sua independência funcional, mas, sim, com o intuito de aferir um maior grau de legitimidade democrática para as decisões judiciais) no interior daquilo que Lenio Streck vem chamando de uma Teoria da Decisão, garantidora de um direito fundamental de todo cidadão que é o de obter respostas adequadas à Constituição. Portanto, se o sentido dessa conexão entre direito e moral depende do subjetivismo do juiz – como ocorre na maioria das manifestações do constitucionalismo principialista –, ela deve, de plano, ser rechaçada. Todavia, nem toda tese que reivindica uma cooriginariedade entre direito e moral (como acontece nos textos de Lenio Streck) ou uma

²⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

interconexão (no termo proposto, recentemente, por Ronald Dworkin) defende esse tipo subjetivista de moral, decorrente de um cognitivismo ético.

Ou seja, para além dessa serôdia em torno da questão – se a moral depende de uma mera descrição dos fatos morais que acontecem na “realidade”, independentemente do sujeito; ou se a moral é fruto da própria subjetividade –, afirma-se uma teoria interpretativa (do direito e da moral). Neste caso, a *compreensão* do que seja moral – abstrata ou concretamente considerada – é fruto de uma disputa (ou controvérsia, diria Dworkin) sobre qual a melhor interpretação, *substancial*, para “valores” como “democracia”, “presunção de inocência”, “liberdade”, etc.

Nesse sentido, temos a seguinte passagem de Dworkin:

Em minha opinião, o argumento jurídico é um argumento típica e completamente moral. Os juristas devem decidir qual desses conjuntos coerentes de princípios *oferece a melhor justificação* da prática jurídica como um todo (...).²⁷⁶

Nota-se, pelo trecho acima transcrito, que a questão da vinculação entre o direito e a moral não está associada a um parâmetro de correção transcendente, mas, ao contrário, remete-nos a uma imanência interpretativa que deve posicionar o argumento construído pela interpretação do direito constitucional no interior da melhor justificação para a prática jurídica como um todo.

Mas não é apenas isso. A interconexão, como quer Dworkin, entre direito e moral também repercute na própria concepção de “teoria”. Com efeito, para o jusfilósofo, mesmo no plano da teoria não é adequado falar em pura *descrição*, como se fosse possível

²⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*, op. cit., p. 205.

conquistar um ponto arquimediano a partir do qual o teórico se colocaria, de forma neutra, a tratar dos conceitos jurídicos ou políticos. Para Dworkin, também os juízos *descritivos* (teóricos) e *valorativos* (morais) estão em estado de interrelação. Isso fica claro quando o autor assevera que:

Conceitos de liberdade, democracia, etc. funcionam, no pensamento e no discurso comuns, como conceitos interpretativos de *valor*: seu sentido descritivo é contestado, e a contestação gira em torno de qual especificação de um sentido descritivo melhor apreende ou melhor dá conta desse valor. O significado descritivo não pode ser removido da força valorativa porque o primeiro depende do segundo desse modo particular. É claro que um filósofo ou cidadão podem insistir que, afinal de contas, não há valor na democracia, na liberdade, na igualdade ou na legalidade. Mas ele não pode defender esse ponto de vista simplesmente escolhendo uma entre as muitas versões questionadas da liberdade, por exemplo, e em seguida insistir que a liberdade entendida dessa maneira não tem valor. Ele deve afirmar não apenas que a liberdade é inútil nos termos de determinada concepção, mas que ela é inútil nos termos da melhor concepção defensável, e esse é um empreendimento muito mais ambicioso, que não separa os sentidos descritivo e valorativo, mas tira partido da inter-relação entre eles.²⁷⁷

Portanto, a teoria do direito de Dworkin se apresenta com uma preocupação fundamental de base: dar conta da controvérsia que inevitavelmente existe no momento da interpretação desses conceitos abstratos, de modo que a “melhor” interpretação possa aparecer como tal. Como o “melhor” dessa interpretação implica “valoração”, o argumento construído a partir dela será posicionado, necessariamente, em um horizonte moral.

É nesse ponto que se instala a seguinte dúvida: quando Ferrajoli reconhece a existência de um *juízo de substancialidade* da lei em face da Constituição (a tematização da divergência entre o “dever ser” constitucional e o “ser” do direito legislado), esse

²⁷⁷ Ibid., p. 212-3.

reconhecimento não carrega consigo, necessariamente, um debate moral acerca dos conteúdos dos conceitos abstratos previstos no texto constitucional?

Um juízo substancial sobre o que seja, *in concreto*, a garantia da presunção de inocência – para ficar apenas neste exemplo – reivindica esse tipo de debate moral, bem na linha do que defende Dworkin, naquilo que ele considera uma *leitura moral da Constituição*, ou no modo como é discutido por Lenio Streck, de uma resposta adequada à Constituição.

O que se quer dizer é: essa dimensão moral da interpretação jurídica nada mais faz do que tornar explícita, na superfície do discurso, a dimensão de experiências que compartilhamos no âmbito do tecido básico, na dimensão pré-reflexiva que está subjacente à relação sujeito-objeto. Portanto, a explicitação desses elementos interpretativos – ou, como diríamos de melhor maneira, elementos hermenêutico – do direito é que nos permite dar resposta aos problemas jurídicos. É o que permite que a decisão jurídica seja pronunciada.

Tomemos um caso exemplar para ilustrar essa afirmação. Em nossa exposição, procuraremos submetê-lo à avaliação tanto do *constitucionalismo garantista* (de Ferrajoli), quanto da teoria integrativa (de Dworkin, especificada na Teoria da Decisão de Lenio Streck).

4.3.2 A exploração da discussão anterior no contexto de um caso concreto: a questão da inconstitucionalidade da LC 135/2010

Entre o ano de 2009 e o ano de 2010, criou-se um sentimento generalizado no Brasil de que os cargos públicos eletivos – principalmente os destinados ao preenchimento

das vagas que compõem o Congresso Nacional – estavam constantemente assujeitados por candidatos com conhecidas e contumazes passagens pelos tribunais, respondendo por processos de crimes graves, como evasão de divisas, lavagem de dinheiro, peculato e outros crimes contra a administração pública (muitos com condenação inclusive em grau de revisão, ou seja, em segundo grau de jurisdição), e que, ainda assim, continuavam a ser eleitos.²⁷⁸ Essa situação gerou um sentimento de indignação por boa parte da população brasileira, uma vez que essa convivência espúria do sistema político com agentes públicos respondendo a vários processos judiciais e com grandes indícios de má conduta na administração da coisa pública acarretava/acarreta um descrédito das instituições democráticas. Tornou-se lugar comum, tanto nos veículos de opinião da grande mídia, quanto em alguns setores da comunidade jurídica, dizer que essa situação afrontava os ditames de moralidade administrativa e que, portanto, haveria por parte do congresso a necessidade de se criar uma legislação que desse efetivo cumprimento a essa regra constitucional (prevista no art. 37, *caput*, da CF/1988²⁷⁹).

Para explicar melhor a situação, convém esclarecer algumas nuances do sistema processual brasileiro e sua relação com o princípio da presunção de inocência. De início, cabe lembrar que as democracias modernas se constituíram sob a égide do princípio da

²⁷⁸ Apenas a título de curiosidade, é importante lembrar que, em 2008, a AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros) promoveu uma ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), que é um mecanismo do controle concentrado de constitucionalidade previsto no art. 102, § 1º da CF/1988, pedindo para que fossem levados em conta como critérios para a aferição da elegibilidade dos candidatos a cargos eletivos os antecedentes criminais e possíveis ações de improbidade administrativa em curso. Esse pedido aconteceu em 2008, nas vésperas das eleições municipais, e suscitou um grande debate. Na oportunidade, o STF decidiu que o pedido não poderia ser procedente uma vez que era contrário à presunção de inocência garantida pela Constituição (para uma análise aprofundada do conteúdo dessa decisão Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009, p. 547 e segs.). Ocorre que, em 2009, mesmo depois da decisão do Supremo em sentido contrário, o tema continuou na pauta política do país e acabou chegando, pela via da iniciativa popular, ao Congresso Nacional brasileiro, na forma de Projeto de Lei Complementar. Em junho de 2010, o congresso aprovou o projeto, dando origem à Lei Complementar n. 135/2010, que originou o imbróglia jurídico retratado no texto.

²⁷⁹ Teor do artigo 37, *Caput* da CF/1988: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

presunção de inocência. Trata-se de uma garantia constitucional que impede que o Estado submeta o indivíduo à sua força – aplicando-lhe algum tipo de pena que lhe restrinja direitos, seja esse direito a liberdade de ir e vir, seja esse direito o de votar e ser votado – sem que antes esse uso da força física por parte do Estado esteja legitimado pelo estrito cumprimento do devido processo legal. No caso brasileiro, para efeitos de decretação definitiva da condenação (condição para legitimar a aplicação da pena por parte do Estado, ressalvados, evidentemente, os casos em que a lei estabelece legitimamente a necessidade das prisões cautelares), a Constituição exige que sejam esgotadas todas as instâncias recursais previstas em nosso sistema processual (é essa a presunção de inocência, prevista no artigo 5º, inciso LVII²⁸⁰ da CF/1988).

Setores da sociedade brasileira entenderam, contudo, que essa garantia constitucional criou uma sensação geral de impunidade que beneficiava alguns atores do cenário político, que – usando de meios arditos na administração pública – conseguiam levar adiante seus processos, postergando ao máximo sua condenação. Era necessário, portanto, rever quais seriam os critérios jurídicos para determinação desse “esgotamento das vias recursais” exigido pela garantia da presunção de inocência. Assim, afirmam alguns, no caso específico dos agentes públicos ocupantes de cargos eletivos, a garantia da presunção de inocência representava um atentado à moralidade necessária para lidar com a coisa pública, pois a possibilidade de recursos aos tribunais superiores prolongava demais o desfecho do processo, sendo que, na grande maioria dos casos, no momento da efetiva condenação, acabava-se por ter que se decretar extinta a punibilidade em virtude de ter transcorrido o prazo da prescrição *in concreto*. Isso tudo, somados os sucessivos escândalos noticiados pela imprensa de casos de corrupção envolvendo ministros de estado, deputados federais e

²⁸⁰ Eis o texto do inciso LVII do art. 5º da CF/1988: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

senadores da república (conhecido como o famigerado caso dos “mensalões”, que envolveu membros de praticamente todos os partidos políticos do país), abriu espaço para que fosse defendida uma alteração da lei eleitoral para que esses desvios de conduta pudessem ser devidamente coibidos. Ou seja, a necessidade de “moralizar o processo político” impunha a consagração de uma legislação que se mostrasse apta à consecução de tal desiderato.

Em 2010, então, em pleno ano eleitoral, essa lei de “moralização do processo político” foi promulgada pelo legislativo brasileiro com a “chancela democrática” de ter sido criada mediante proposta de Iniciativa Popular, um dos mecanismos de democracia semi-direta previstos pela Constituição de 1988 (art. 61, § 2º CF/1988).

Com efeito, a Lei Complementar n. 135/2010, conhecida como “lei da ficha limpa” – numa alusão ao fato de que, a partir dela, apenas cidadãos com bons antecedentes judiciais é que poderiam ser votados para ocupação dos cargos públicos eletivos – instituiu novas regras para o processo eleitoral, que retiravam dos cidadãos brasileiros a possibilidade de serem eleitos, caso houvesse contra eles *decisão de órgão colegiado* (de segunda instância), *mesmo que ainda lhes restasse recurso para os tribunais superiores*. De se notar que, conforme foi assinalado anteriormente, pela sistemática do direito brasileiro, mesmo com condenação em um órgão colegiado de segunda instância, ainda será possível interpor recurso dessa decisão – desde que atenda a uma série de requisitos previstos pela lei processual – a tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça), o que, em tese, cria a expectativa de que a condenação possa ser revista, gerando, portanto, incerteza quanto ao resultado final do processo. Portanto, como a Constituição exige, para efeitos de presunção de inocência, que só pode ser considerado culpado aquele que teve sua condenação determinada por decisão da qual não caiba mais recurso, os candidatos que, atendidos os requisitos, consigam levar seus processos até esses tribunais superiores, ainda não podem ser

considerados condenados/culpados. Portanto, não sendo considerados condenados, não seria possível aplicar-lhes todos os efeitos da decisão condenatória. Desse modo, não poderiam eles ser considerados inelegíveis.

A despeito disso, a Lei Complementar n. 135/2010 considera que são inelegíveis os cidadãos que tiverem contra si condenações determinadas por órgãos colegiados, ainda que dessa decisão caiba recurso aos tribunais superiores. Há, portanto, uma virtual inconstitucionalidade, na medida em que, conforme dito acima, a garantia constitucional da presunção de inocência exige o esgotamento de *todas as vias recursais* para se considerar como definitiva a condenação. Ocorre que parcela da comunidade jurídica brasileira argumenta que a lei cumpre outra determinação constitucional – tão importante quanto a da presunção de inocência – que é a garantia da moralidade na administração pública, prevista pelo artigo 37, *caput*, da Constituição de 1988. Os partidários dessa tese afirmam, ainda, que o direito à moralidade da administração pública é de caráter social, enquanto que a presunção de inocência representa uma garantia individual e, no conflito entre o interesse social e o individual, o primeiro é que deve prevalecer.²⁸¹

²⁸¹ Essa a posição assentada pelo Min. Carlos Aires Britto em voto proferido no RE 633703-MG. Na verdade, além da virtual inconstitucionalidade da Lei n. 135/2010, pela afronta à garantia da presunção de inocência, há outras inconstitucionalidades que podem ser a ela atribuídas. No caso do recurso no qual o Min. Aires Britto proferiu seu voto, o que se questionava era uma afronta ao art. 16 da CF/1988, que determina que lei que altera regras do processo eleitoral só pode ser aplicada às eleições depois de um ano de sua entrada em vigor. No caso, a lei foi aprovada em 2010 e teve sua aplicação determinada por alguns órgãos da Justiça Eleitoral já nas eleições de 2010. Ofendeu, portanto, a regra da anterioridade anual presente no art. 16. No julgamento do citado Recurso Extraordinário, o STF excluiu a aplicação da lei às eleições de 2010. Porém, não houve pronunciamento da Corte com relação à inconstitucionalidade da lei por afrontar a garantia da presunção de inocência. A questão encontra-se, portanto, em aberto. Todavia, já no julgamento desse recurso extraordinário, alguns ministros indicaram a forma como votariam caso o objeto de análise fosse a constitucionalidade da lei em tese – e não sua aplicação às eleições de 2010, como era o caso. O Min. Aires Britto foi um destes: sua posição vai no sentido de que a garantia dos direitos individuais não pode esvaziar a efetividade dos direitos sociais. Portanto, na interpretação por ele construída, a restrição à garantia de presunção de inocência se justifica em face do interesse maior, de cunho social, de moralização do processo político. Resta saber se essa construção permanece de pé diante da leitura moral da Constituição.

Diante disso, cabe perguntar: em sendo a Constituição o parâmetro material da legislação (ou seja, como afirma Ferrajoli, a Constituição determina o “dever ser” da legislatura), como seria possível resolver esse problema, se tanto a presunção de inocência quanto a moralidade administrativa estão “positivadas” na Constituição?

Note-se que, se a referida Lei Complementar pretendesse tão somente moralizar o processo político, sem nenhum respaldo no texto da Constituição, a questão seria de simples solução: bastaria impor a garantia da presunção de inocência contra esse tipo circunstancial de moralismo ventilado pela lei. Todavia, tanto quanto a presunção de inocência, também a moralidade está prevista expressamente pela Constituição, sendo considerada um dever a ser cumprido por todo e qualquer agente público.

Claro que, para os adeptos do *constitucionalismo principialista* que acreditam na fórmula da ponderação, caberia sempre apostar na saída de afirmar que, no caso apresentado, existe uma colisão entre o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII) com o princípio da moralidade da administração pública (art. 37, *caput*). De toda sorte, o problema da ponderação é muito bem identificado por Ferrajoli e, neste ponto, concordamos com a crítica feita pelo mestre.

Aliás, conforme afirma Dworkin, a tentativa de se encontrar um procedimento prévio (*a priori*), que nos permita encontrar uma decisão adequada para casos constitucionais como esse, é uma empresa fadada ao fracasso. Nos termos assinalados pelo jusfilósofo estadunidense, “não conseguiremos encontrar uma fórmula para garantir que todos os juízes

cheguem à mesma resposta em processos constitucionais complexos, inéditos ou importantes”

282

Mas, se não há a possibilidade de se recorrer a esse tipo de estratégia para solução do problema – até porque, em última análise, a ponderação é uma fórmula artificial que, no modo como vem sendo utilizada em países como o Brasil, tem servido para justificar decisões dispares sob o mesmo caso concreto ²⁸³ –, por qual caminho passa a solução dessa questão? Ou seja, a chamada lei da ficha limpa está ou não de acordo com a Constituição brasileira de 1988?

Pensamos que a resposta a esta questão passa pela seguinte afirmação: é preciso avaliar os argumentos que são apresentados pela comunidade política, submetê-los à crítica e posicionar-se diante daquele que reflete – a partir de uma leitura moral – a resposta mais adequada à Constituição. Sendo mais claro, é preciso construir – a partir de um processo de interpretação das práticas jurídicas – o argumento que mostre a Constituição em sua melhor luz. Como afirma Dworkin, num contexto de análise críticas das decisões judiciais: é ingênuo tentar coibir os vícios das más decisões através de um procedimento universal a ser seguido por todos os juízes no momento em que decidem os casos constitucionais (jurisdição

²⁸² Cf. DWORKIN, *Direito da Liberdade*, op. cit., p. 132.

²⁸³ Na 4ª Ed. de *Verdade e Consenso* (Saraiva, 2011), Lenio Streck escreve uma longa introdução procurando apontar para o ambiente no qual o livro e, no limite, toda sua obra deve ser lida. Nela, o autor apresenta aquilo que ele chama de recepções equivocadas realizadas pelo pensamento constitucional brasileiro que, diante de uma constituição normativa sem uma Teoria da Constituição adequada, foi obrigado a importar teorias produzidas por outras culturas. Muitas vezes essas teorias acabam sendo adaptadas ao ambiente cultural brasileiro, produzindo resultados patológicos. Uma dessas recepções equivocadas refere-se, exatamente, à ponderação proposta por Alexy. Na versão *à brasileira da ponderação*, pondera-se sem critérios. Não se aplica a fórmula quanto-tanto, criada por Alexy justamente para conferir racionalidade ao procedimento utilizado pelo Tribunal Constitucional Alemão. Resultado disso é uma jurisprudência constitucional que, muitas vezes, se apresenta em estado de fragmentação, vindo a ocorrer situações interessantíssimas, como casos em que, num mesmo julgamento, ministros diferentes, fundamentando sua posição na ponderação, chegaram a resultados totalmente diferentes. Este caso é descrito por Lenio Streck na terceira edição da mesma obra, pp. 533 e segs.

constitucional). “O vício das más decisões está nos maus argumentos e nas más convicções; tudo o que podemos fazer contra elas é apontar como e onde os argumentos estão falhos”²⁸⁴.

É interessante anotar que Dworkin não exige uma correspondência desses argumentos ou convicções com uma espécie de “moral absoluta”, passível de ser conhecida por um sujeito privilegiado (cognitivismo ético). O princípio anterior que deve moldar a interpretação construída pela jurisdição (constitucional – acrescentei) é a *integridade*. Essa exigência de integridade é manifestada por Dworkin em várias dimensões. Destacamos aqui duas dessas dimensões, lembradas pelo autor no livro em que defende explicitamente a leitura moral da constituição.

Numa primeira dimensão, a integridade exige que “a decisão judicial seja determinada por princípios, não por acordos, estratégias ou acomodações políticas”²⁸⁵. Nota-se, portanto, que, já de saída, a preocupação de Dworkin é com o Estado de Direito e com a democracia, na medida em que uma questão de princípio, neste caso, representa uma blindagem contra consequencialismos episódicos, manifestados em questões com “necessidade imediata de solução” e que produzem, no mais das vezes, profundo impacto no clamor popular. Vale dizer: a decisão deve apresentar argumentos que representem da melhor forma o *direito da comunidade política*, e não o direito conforme uma natureza imutável que, de forma transcendente, condiciona o direito humano histórico e imperfeito; nem um “direito” que atenda pragmaticamente ao interesse temporário de setores da sociedade.

A segunda dimensão da integridade, segundo Dworkin, diz respeito a uma aplicação vertical: “se um juiz afirma que um determinado direito à liberdade é fundamental,

²⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade...* cit., p. 132.

²⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade...* cit., p. 133.

deve demonstrar que sua afirmação é coerente com todos os precedentes e com as principais estruturas do nosso arranjo constitucional”²⁸⁶. Isso significa que, na construção de sua interpretação, a jurisdição (constitucional) não pode simplesmente compor seus argumentos de acordo com a aquilo que seus membros pensam ser melhor (num sentido de uma moral subjetiva) para a sociedade, nem tampouco devem justificar sua interpretação numa essência absoluta ao tipo das posturas jusnaturalistas. Na construção de sua interpretação, a jurisdição deve, sim, justificar sua interpretação de modo a demonstrar que ela é a melhor (num sentido moral) no contexto do modelo constitucional vigente. Complementando essa exigência vertical – de ajuste da interpretação da melhor maneira possível ao arranjo constitucional da comunidade política –, há um ajuste de ordem horizontal: “um juiz que aplica um princípio deve dar plena importância a esse princípio nos outros pleitos que decide ou endossa”²⁸⁷.

Não é outra a posição que Lenio Streck defende a partir da sua proposta de uma Teoria da Decisão Judicial. Segundo o jusfilósofo brasileiro, é preciso ter presente que a intersecção entre direito e moral (ou sua cooriginariedade) vem à tona a partir de Dworkin,

²⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade...* cit., p. 133.

²⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade...* cit., p. 133. No que atina a essa dimensão horizontal da integridade é importante anotar que há uma série de particularidades – principalmente no que toca à modificação dos precedentes – que mereceriam ser abordadas com vagar. Todavia, esse particular não faz parte dos objetivos do texto, que está mais preocupado em colocar em questão o problema do juízo de substancialidade proposto pelo constitucionalismo garantista na perspectiva de saber se, de alguma forma, também ele não reivindica um horizonte moral para solução de casos concretos. Todavia, há importantes obras que tratam com cuidado do problema da “aplicação” dessa integridade horizontal. Problema particularmente inquietante nesse esfera temática é aquele que se afigura a partir de uma constatação apressada de que essa necessidade de recursividade das decisões – das próprias e das demais esferas que compõem a estrutura judiciária – poderia levar a um “continuismo histórico” ou a um excessivo conservadorismo judicial. Todavia, essa preocupação é apenas aparente. Com efeito, conforme anota Francisco Borges Motta – em obra que revela um crítica contundente ao chamado “protagonismo judicial” – assevera o seguinte sobre o problema da alteração das decisões passadas: “a integridade obviamente convive com a possibilidade (melhor dito: *necessidade*) de alteração das decisões (concepções) anteriores, e esclarece que aí não estará em jogo um escolha entre “história” e “justiça”. Neste fio, uma decisão judicial que “quebre” (corretamente) um precedente, estará apenas realizando uma ‘conciliação entre as considerações que em geral se combinam em qualquer cálculo de direito político’, e isso na exata medida medida de que a decisão judicial nada mais faz do que tornar efetivos direitos políticos já existentes. Não há nada ‘surpreendente’ aqui. Sucede simplesmente que as circunstâncias variam e os princípios mudam de peso no tempo. (...) De mais a mais, na medida em que se difunda – e aí a doutrina entra em cena – que determinado veredicto é um erro, a sua reinterpretção não só se fará oportuna, como necessária” (MOTTA, Francisco J. Borges. *Levando o Direito a Sério*. Um crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 123).

não pela defesa de moralismos ou de jusnaturalismos, mas em virtude da identificação em sua teoria de uma “responsabilidade política de cada juiz/intérprete/aplicador, obrigando-o (*has a duty*) a obedecer a integridade do direito, evitando que as decisões se baseiem em raciocínios *ad hoc* (teleológicos, de moralidade ou de política)”²⁸⁸. O autor brasileiro é ainda mais enfático nesse sentido ao asseverar o seguinte:

Quando Dworkin diz que o juiz deve decidir lançando mão de argumentos de princípio e não de políticas, não é porque esses princípios sejam ou estejam elaborados previamente, à disposição da “comunidade jurídica” como enunciados assertóricos ou categorias (significantes primordiais-fundantes). Na verdade, quando sustenta essa necessidade, apenas aponta para os limites que devem haver no ato de aplicação judicial (por isso, ao direito não importa as convicções pessoais/morais do juiz acerca da política, sociedade, esportes, etc; ele deve decidir por princípios). É preciso compreender que essa “blindagem” contra discricionarismos é uma defesa candente da democracia.²⁸⁹

Veja-se, portanto, que tal qual o juízo de substancialidade da lei, o argumento de princípios de Dworkin – assentado em uma leitura moral da constituição – também estabelece uma defesa candente, nas palavras de Streck, da democracia. Também há uma defesa intransigente da efetividade dos direitos fundamentais contra injunções episódicas das maiorias parlamentares. Então, a divergência que se apresenta mesmo é com relação ao papel da moral. Quanto a esse aspecto, cabe retomar a pergunta: é realmente possível que esse juízo de substancialidade (ou de materialidade) da constitucionalidade da lei seja feito sem que haja um enfrentamento dos juízos morais que tensionam essa interpretação?

No caso em análise, o que temos? Quantas são as possíveis posições em torno da presunção de inocência? Há quem entenda que essa garantia constitucional não pode ser

²⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso...* cit., p. 446.

²⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso...* cit., p. 446.

maculada em virtude de um raciocínio pragmático que pretende remediar uma situação circunstancial da vida política brasileira. Por outro lado, há também os que defendam que essa presunção precisa ser mitigada, pois, no momento em que foi dada oportunidade de recurso de um primeiro julgamento e, em sede de apelação a um órgão colegiado, a condenação foi mantida, seria um exagero aguardar o julgamento de um último recurso aos tribunais superiores. A simples revisão pelo órgão colegiado de instância inferior já seria o suficiente para cumprir o que exige a garantia de presunção de inocência. Há, ainda, o entendimento que defende a inelegibilidade de candidatos com condenações emitidas por órgãos colegiados, uma vez que se objetiva com isso dar vazão ao “princípio” constitucional da moralidade administrativa, que é um direito coletivo e que deve prevalecer diante do direito individual que cada candidato tem de ser presumido inocente até o efetivo trânsito em julgado da condenação.

O próprio Ferrajoli reconhece essa questão quando afirma que não é possível negar que “no exercício da discricionariedade interpretativa gerada pela indeterminação da linguagem legal, o intérprete é, frequentemente, orientado por escolhas de caráter moral”²⁹⁰.

A grande questão que parece fugir da esfera de preocupações do mestre italiano é que exatamente esse fator leva, não a uma possibilidade discricionária do intérprete, mas à necessidade de haver uma justificação coerente com relação às práticas jurídicas. Ou seja, justamente porque há uma intersecção ou cooriginariedade entre direito e moral é que é possível controlar os sentidos produzidos no momento da decisão.

Ora, de todas essas posições, apenas uma irá determinar efetivamente o sentido jurídico que irá prevalecer. Podemos aceitar qualquer uma delas como legítima?

²⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo Principialista e Constitucionalismo Garantista*, p. 14.

Evidentemente, não! Mas, então, qual delas é a mais correta? Qual delas é a melhor no contexto do arranjo constitucional brasileiro? A resposta a essas perguntas depende, necessariamente, de uma leitura moral que coloque todas essas posições num ambiente de tensão, controvertido.

Parece-nos que, neste caso, a questão é saber em que circunstâncias e de que modo um direito individual como a presunção de inocência pode ser restringido. Esse “quando” e “como” deverá aparecer a partir de uma interpretação das práticas jurídico-constitucionais presentes no direito brasileiro. Com relação ao problema apresentado (a constitucionalidade da Lei Complementar n. 135/2010), se os motivos determinantes da restrição apresentada pela lei não estiver autorizada por esse modelo institucional – como nos parece ser o caso –, a segunda questão – o como restringir – sequer precisa ser respondida. De fato, a restrição impingida pela referida lei não pode ser justificada – em nenhuma perspectiva – no contexto do nosso modelo constitucional.

Em primeiro lugar, o motivo determinante para restringir a presunção de inocência é baseado em um típico argumento de exceção que atenta frontalmente contra os princípios edificadores de um Estado de Direito. Ora, um problema circunstancial de funcionamento do sistema político é apontado como um caso que coloca em xeque toda a ordem pública e que, por isso, precisa de uma resposta legislativa que restabeleça a ordem perdida. A questão é que o restabelecimento da ordem, no caso, acarreta a suspensão do direito. Fica muito claro, portanto, o paradoxo apontado por Giorgio Agambem em seu *Estado de Exceção*: sob o pretexto de fazer cumprir uma lei, suspende-se o cumprimento do Direito.²⁹¹ Uma situação de necessidade reivindica a suspensão da execução de um direito, com o pretexto de salvar o próprio direito, com o restabelecimento da ordem. Esse caminho é

²⁹¹ Cf. AGAMBEM, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2003, p. 65 e segs.

perigoso, tortuoso e sem volta... Por mais que seja execrável vivenciar diuturnamente a recondução de pessoas de duvidosa conduta com relação à coisa pública, sua exclusão do processo político deve ser feita no contexto das regras democráticas (através do sufrágio e dos meios legais de condenação e ilegitimidade). Suspender o direito de presunção de inocência em virtude da “necessidade” de moralizar o processo político é abrir um perigoso espaço na institucionalidade, a partir do qual emergem figuras típicas de um Estado de Exceção.

Por outro lado, também o argumento de que o direito social à moralidade administrativa deve sobrepor-se ao direito individual à presunção de inocência pode ser afastado por não ser o que melhor se adequa à nossa prática político-jurídica. Ora, além de estar assentado na – falsa – ideia de colisão entre princípios, esse argumento repristina a perigosa tese de que o coletivo é mais importante do que o individual, que era moda nas primeiras décadas do século XX. Despiciendo lembrar que esse tipo de argumento estava presente em muitos elementos das “visões de mundo” totalitárias que compuseram os anos de chumbo da primeira metade do século passado. Portanto, essa imposição *prima facie* de direitos sociais sobre direitos individuais constitui um gravíssimo risco à democracia, além de ser um atentado contra os direitos fundamentais.

Corroborando a afirmação de que os direitos fundamentais – como, no caso a presunção de inocência – devem prevalecer frente a argumentos que procuram sufocá-los a partir da argüição de *topois argumentativos* do tipo o “coletivo prevalece sobre o individual” ou, o que dá no mesmo, o “interesse público é superior ao privado”, temos a densa pesquisa realizada por Georges Abboud que tem como foco a destruição do mito do interesse público sobre o privado. Importante destacarmos aqui as seguintes conclusões apontadas por Abboud como resultado de sua pesquisa:

VII. A fórmula que postula a necessária e incontestável primazia do interesse público sobre o particular é uma simplificação errônea e freqüente do problema que existe entre o interesse público e os direitos fundamentais. Os direitos fundamentais são essencialmente direitos contra o Poder Público (Estado). A própria existência dos direitos fundamentais seria colocada em risco, caso fosse admitida qualquer restrição contra eles, sob o argumento de que tal restrição traria benefício geral para a maioria da sociedade ou então para o próprio governo, ou ainda a preservação do interesse público.

VIII. A primazia dos direitos fundamentais sobre o interesse público configura a premissa fundamental para a caracterização do Estado Constitucional. Assim, caso fosse admitida a restrição de direito fundamental com fundamento na suposta primazia do interesse público, de uma única vez, seriam esvaziadas as duas principais funções dos direitos fundamentais: (i) oponibilidade contra o poder público; e (ii) proteção do cidadão contra formação de eventuais maiorias, ou da atuação do governamental supostamente embasada na vontade da maioria²⁹².

Encerrando essa questão, resta-nos ainda um argumento do tipo horizontal – tal qual apresentado na descrição de Dworkin. Com efeito, como ressaltado na nota n. 15 *infra*, em 2008, o STF julgou a ADPF n. 144, que tinha como objetivo vetar as candidaturas de cidadãos que tivessem seu passado contaminado por processos criminais ou de improbidade administrativa, ainda em curso no judiciário. No julgamento, o Supremo afirmou que a pretensão formulada na referida ação atentava contra a presunção de inocência, julgando improcedente o pedido. Lenio Streck, inclusive, faz uso desse julgamento para ilustrar o que pode ser considerada uma resposta adequada à Constituição.

Nos termos do autor:

Por maioria de votos, o STF decidiu que o princípio da presunção da inocência não dava azo a outra interpretação que não a de que o critério final era, efetivamente, o trânsito em julgado de sentença condenatória. Vê-se, assim, que, não obstante os argumentos de

²⁹² ABOUD, Georges. O Mito da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado: A Dimensão Constitucional dos Direitos Fundamentais e os Requisitos Necessários para se Autorizar Restrição a Direitos Fundamentais. In: *Revista dos Tribunais*, n. 907, conclusões principais.

política (e de moral) utilizados pela Associação dos Magistrados Brasileiros, com apoio na expressiva maioria da imprensa, o STF esgrimiu decisão contrária, exatamente com fundamento em argumentos de princípio (presunção da inocência).²⁹³

Por uma questão de integridade “horizontal”, o STF não pode deixar de considerar como relevante esse precedente em futuros julgamentos a que a referida lei será submetida. É preciso lembrar, com Maurício Ramires, que “o precedente judicial adquire um papel decisivo na tarefa da continuidade da tradição e da integridade do direito. Sua influência e seu campo gravitacional serão tão mais fortes quanto maior for seu vetor de concretização de princípios constitucionais”²⁹⁴. É interessante notar que o mesmo autor afirma mais adiante que, nessa atração exercida pelo precedente, o órgão judicial não pode se deixar levar por um simples precedente isolado em sua fundamentação. É necessário que a pesquisa pela jurisprudência “possa dar ao juiz um quadro da totalidade da prática jurídica estabelecida até então”²⁹⁵. De se notar que, nos últimos anos, o tema da presunção de inocência tem ganhado destaque nos julgamentos do STF. No Plenário, firmou-se o posicionamento de que *é inconstitucional a chamada execução antecipada da pena*, tendo sido apontada uma possível inconstitucionalidade (não-recepção) do art. 637 do CPP, que vedava a atribuição de efeitos suspensivos aos recursos extraordinários interpostos em matéria criminal. Nesse caso, o relator, Min. Eros Grau, entendeu estar configurada verdadeira execução antecipada da pena, muito embora o acusado já houvesse passado por duas condenações sucessivas (no juízo singular e no órgão colegiado na segunda instância)²⁹⁶. Tudo em homenagem à garantia da presunção de inocência. Ora, também a suspensão de direitos políticos tem caráter de pena! Assim sendo, é evidente que impor tal restrição antes do trânsito em julgado da condenação

²⁹³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso...* cit., p. 547.

²⁹⁴ RAMIRES, Maurício. *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 103/104.

²⁹⁵ RAMIRES, Maurício. *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro...* cit., p. 104.

²⁹⁶ Cf. HC 84.078, J. em 5/2/2009

representa afronta à presunção de inocência. Portanto, não restam dúvidas de que – por uma questão de integridade horizontal – a afirmação da presunção de inocência deva prevalecer no julgamento da constitucionalidade da lei complementar n. 135/2010.

Fica claro, portanto, que, no caso, há uma gravíssima ofensa à presunção de inocência. Todavia, a interpretação lançada acima não poderia ser realizada se não estivesse fundada em uma controvérsia de fundo moral sobre o que significa – substancialmente – a presunção de inocência.

Em suma, fica evidenciado que a tese da leitura moral da constituição – capitaneada por Dworkin e que reverbera na teoria da decisão judicial de Lenio Streck – não se apresenta como uma afirmação de uma ética objetivista ou como uma defesa de um transcendente direito natural que funcione como “regulador” do direito positivo. Também não está em caso a defesa de uma postura ativista do judiciário, que deve expor suas razões de decidir de modo a apresentá-las da melhor forma possível no contexto institucional da comunidade política. Por último, deve-se ter presente que a tese da leitura moral pressupõe que exista controvérsia em torno da interpretação que se faz dos direitos previstos pela Constituição. Não se apresenta, portanto, como defensora de um absolutismo moral. Apenas diz que essa controvérsia exige uma avaliação dos melhores argumentos em torno da interpretação desses direitos e que a avaliação desses argumentos é uma avaliação moral.

No que tange à crítica de Ferrajoli às teses que defendem a conexão necessária entre direito e moral no âmbito do constitucionalismo jurídico atual, ela permanece, em grande parte, válida se entendermos por moral a imposição acrítica das convicções pessoais de um sujeito ou à descrição “objetiva” de um padrão único e transcendente de correção do direito positivo. Todavia, em um sentido interpretativo – no modo como retratado no decorrer

do texto –, fica muito claro que da decisão sobre os casos em que se discutem os direitos fundamentais (substanciais) previstos nas Constituições emerge, necessariamente, um embate, uma controvérsia ou uma disputa entre argumentos que espelham a moralidade da comunidade política. O “vencedor” dessa controvérsia será o argumento que resistir ao debate público que, inevitavelmente, permeia a aplicação desse tipo de dispositivo constitucional, demonstrando que, a partir dele, as práticas jurídicas permanecem compreendidas em sua integridade.

Sem embargo da posição defendida na presente tese, é certo que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento, no julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578, no sentido da constitucionalidade da Lei Complementar n. 135/2010. Nosso entendimento, contudo, se mantém no sentido de que, tal disposição normativa ofende a Constituição pelos motivos lançados nos parágrafos anteriores. Por certo, a decisão do Pretório Excelso foi pautada, neste caso, por questões ligadas mais ao clamor popular que cercava a questão do que propriamente por critérios de juridicidade. Ou seja, houve aqui um afastamento daquilo que, subterraneamente, deveria condicionar o lugar de fala dos ministros. Desse modo, ressaltamos aqui a posição da Suprema Corte, no sentido da constitucionalidade da lei da ficha limpa, reservando-nos ao direito de manifestar nossa posição, no plano teórico, em sentido contrário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em quatro etapas distintas de análise, a presente pesquisa procurou explorar a experiência jurídica – mormente aquela que se desenvolve no interior da modernidade política – procurando encontrar, dentro daquilo que foi produzido pela ciência do direito, indicadores e indícios que nos permitissem apresentar e descrever as estruturas basais que oferecem acomodação às decisões judiciais.

A exploração dessa cultura jurídica teve lugar a partir da análise daquilo que foi produzido pelo conhecimento jurídico em termos de *ciência dogmática do direito* e, também, de uma *teoria geral do direito*. Neste último caso, o exemplo privilegiado foi o de Hans Kelsen.

Depois de depurado todo o esforço de pesquisa, conclui-se que essas estruturas basais se apresentam como o contexto, a situação ou o enquadramento teórico a partir do qual se assenta a decisão. Trata-se de um espaço em que as configurações culturais e morais se cruzam e que, para serem explicitadas necessitam do recurso a instrumentos teóricos como é o caso do conceito de *princípios constitucionais*.

Em largas linhas, os principais resultados do trabalho podem ser resumidos nos seguintes pontos:

1. A presente pesquisa teve como proposta investigar as *condições sob as quais se assenta uma decisão judicial* para dar conta daquilo que acontece e está implicado no

momento em que uma questão jurídica é decidida. Para isso, o fenômeno da decisão judicial foi tomado como objeto da análise tendo em vista descobrir aquilo que o sustenta e que está pressuposto na atividade do agente decisor.

2. O encontro com esse tecido básico que sustenta a decisão jurídica teve que explorar os problemas que derivam da recuperação histórica do sentido. Nesse aspecto, a pesquisa perseguiu o vínculo que existe entre história e direito ou, mais precisamente, história e decisão, partindo da radicalização da ideia de historicidade do intérprete-decisor.

3. A pressuposição desse *a priori* compartilhado, desse tecido básico, dessa razão hermenêutica, desse imaginário que compõe o horizonte dos estilos de vida que configuram a cultura ocidental, levou-nos a compor ferramentas de pesquisa que permitissem explorar fenômenos que estivessem para além da experiência imediata. Nesse sentido, a investigação realizou a construção de um quadro referencial ou de uma moldura teórica no interior da qual interagem a hermenêutica produzida no século XX complementada pelo elemento epistemológico da história dos conceitos e da metaforologia.

A finalidade desse “aparelho de pesquisa” foi a de criar condições para explorar, de forma adequada, aquilo que aqui chamamos de “estruturas basais da decisão jurídica”.

4. O conceito de “estruturas basais”, fundamental para a pesquisa, quer significar um lugar, uma dimensão ou um espaço no interior do qual as decisões jurídicas acontecem. Esse lugar é composto pelo cruzamento migratório de vários produtos culturais que compõem o aparato dos dois estilos de vida jurídicos (Rothacker) que compõem a tradição jurídica ocidental. Questões como a bipolaridade universal-particular; dedução-indução; direito-moral, entre outras, compõem esse universo amorfo, pré-reflexivo, que

queremos apresentar. Ademais, há uma série de configurações conceituais que essas experiências culturais produzem e que compõem, igualmente, a dimensão dessa estrutura basal das decisões. A necessidade de recuperação desse sentido pela historicidade do intérprete nos levou diretamente para dentro do problema da história.

5. Nesse aspecto a pesquisa se guiou, primeiro, pela hermenêutica tal qual esta se apresenta configurada no século XX a partir das obras de Heidegger e Gadamer. De Heidegger, a pesquisa retira o modo absolutamente novo de se lidar com o problema da história graças à sua operação de desepistemologização da filosofia” com a superação da relação sujeito-objeto a partir da descoberta do caráter auto-interpretativo do *Dasein*. Além disso, o teorema da diferença ontológica possibilita uma forma positiva de se relacionar com o passado, a partir de um modelo de pensamento em que o passado é chamado a co-filosofar com a filosofia atuante.

Por outro lado, a contribuição gadameriana tem lugar a partir da afirmação do caráter metateórico ou transdisciplinar de sua hermenêutica filosófica. Sem ter o caráter de fundamento ou, tampouco, de método para as ciências do espírito, a hermenêutica filosófica oferece uma espécie de cabedal comum para o universo das ciências históricas e sociais. Assim, a importância da hermenêutica filosófica para a presente pesquisa apresenta-se na constatação realizada por Gumbrecht, que afirma que a história dos conceitos – um dos referências deste trabalho – não poderia existir fora do chão hermenêutico.

De todo modo, o trabalho concluiu que as pretensões de Gadamer com a sua hermenêutica são filosóficas. Portanto, é preciso saber explorar as consequências da diferenciação entre filosofia e ciência na perspectiva de se pensar de forma adequada o

relacionamento entre esses níveis: o nível ontológico-fundamental da filosofia e o nível propriamente empírico, das ciências.

Assim, podemos dizer que *Verdade e Método*, a obra máxima do filósofo, antes de qualquer coisa, é elaborado contendo em seu núcleo uma intenção filosófica: com ele Gadamer não quer apresentar um conjunto de cânones para a interpretação de textos, nem tampouco construir uma nova fundamentação para as assim chamadas ciências do espírito. Pelo contrário, como o próprio filósofo reconhece no Prefácio à segunda edição: interessa para ele perguntar como é possível a compreensão. No desenrolar dessa pergunta Gadamer não se interessa por aquilo que devemos ou queremos fazer nesse momento compreensivo, mas sim por aquilo que, *para além do nosso querer e dever acontece quando compreendemos*. Nessa medida, a investigação realizada em *Verdade e Método* pretende rastrear e mostrar aquilo que é comum a toda maneira de compreender, não estando em jogo o que cada campo específico das chamadas disciplinas hermenêuticas, ou seja, o Direito, a Teologia e a Literatura, produz em termos de procedimentos específicos para seu desenvolvimento teórico e técnico, mas sim aquilo que independentemente do campo em que se situe, acontece quando compreendemos.

6. Nesse sentido, a história dos conceitos e a metaforologia foram utilizadas por esta pesquisa como estratégias, na falta de uma melhor palavra, epistemológicas para buscar a recuperação do sentido histórico bem como possibilitar a sua explicitação de uma forma metodologicamente consistente.

Assim, a história dos conceitos, principalmente a partir da obra de seu principal artífice, Reinhart Koselleck, foi aqui utilizada com a intenção de possibilitar um acesso mais

adequado aos fenômenos históricos-jurídicos. O eixo metodológico: espaço de experiência e horizonte de expectativas; sincronia e diacronia, é uma constante em toda a reflexão.

Desse modo, em primeiro lugar, é preciso se libertar das interpretações finalísticas (*teleológicas*). Elas aparecem na tradição que se constrói a partir do iluminismo moderno em torno das chamadas *filosofias da história*. Se manifestam tanto em concepções socialistas – como em Marx que encarava a história como uma sucessão de modos de produção que teria como fim (*telos*) o *comunismo* pleno e a libertação das potencialidades máximas dos indivíduos –; quanto em concepções liberais, como no caso de Kant que – a partir de sua idéia de *progresso* – entendia que a realidade européia caminhava para uma progressiva internacionalização universalista (problema do cosmopolitismo) na perspectiva da paz perpétua (o *télos* da filosofia da história kantiana). Para além dos problemas internos de cada uma destas teorias, a questão que nos preocupa – e que desde já recusamos – é o determinismo presente em ambas as concepções e a inexorável dificuldade de se pensar o problema da liberdade em cada uma delas. Todo determinismo nos faz recair em um naturalismo dogmático uma vez que, sem a possibilidade da liberdade, desaparece também a possibilidade do questionamento e as coisas passam a ser aceitas como naturais. Precisamos pensar uma teoria da história que nos garanta o possível enquanto possível e não simplesmente como uma realidade que pode vir a acontecer.

Essa possibilidade teórica nos vem de Reinhart Koselleck e da construção de uma *semântica dos tempos históricos*. Segundo Koselleck, o que está no centro das discussões teóricas sobre a história não são questões referentes ao modo como os fatos efetivamente aconteceram, mas sim como os sujeitos históricos perceberam – em determinadas épocas – algo como um *tempo histórico*. Esse tempo histórico indica que há um conjunto de ações humanas que acontecem não a partir das determinações temporais compreendidas de maneira

física ou astronômica (tempo da natureza), mas de acordo com certas esferas sociais historicamente saturadas.

A tese de Koselleck é que a modernidade alterou radicalmente o espaço de experiência produzindo um tipo de história que conduzia a um único e delimitado horizonte de expectativa (trata-se do futuro pensado a partir do passado, daí porque *futuro passado*). Isso se dá do seguinte modo: No contexto da baixa idade média – entre os séculos XVI e XVII – o modo como o tempo histórico se manifestava poderia ser apresentado a partir da seguinte máxima: *historie magistra vitae* (a história é a mestra/professora da vida). Ou seja, o espaço de experiência era composto de tal forma que – desde os políticos maquiavélicos, até os letrados cristãos – pensavam a história a partir de seu caráter pedagógico, isto é, os erros do passado devem ser evitados no futuro e, os acertos, repetidos. O horizonte de expectativas, por outro lado, permanecia relativamente aberto na medida em que esse futuro não era absolutamente determinado pelas “lições da história”. Dito de outro modo, o futuro não é o “lugar” do historiador, ou do filósofo da política. O futuro é o “lugar” dos profetas e da escatologia católica. Isso significa que o presente é pensando a partir desta dupla tensão: de um lado o passado que condiciona a vida a partir de seu caráter pedagógico; de outro o futuro que se mantém obscuro pelo temor/certeza da chegada do juízo final. Ocorre que os profetas erraram, sucessivamente, suas previsões acerca do fim total. Numa época de guerras, o início de cada conflito era tido como um prelúdio do juízo final. Apesar disso o mundo não acabava. Pelo contrário, a engenharia do Estado Absolutista conseguiu por fim às guerras civis religiosas. Posteriormente, o surgimento do Estado liberal impôs limites ao poder político assegurando as regras de livre mercado. Campo extremamente propício para fertilização da idéia de progresso.

7. Por outro lado, a metaforologia de Blumenberg é importante para aclarar algumas questões acerca do problema que é decisivo para a ideia de estruturas basais das decisões: o *a priori compartilhado*, a dimensão pré-reflexiva, antepredicativa ou, como quer o autor, o *iter* entre mito e logos.

As metáforas de que fala Blumenberg devem ser pensadas a partir de dois modos distintos de manifestação: podem apresentar-se como *metáforas rudimentares* ou como *metáforas absolutas*.

As *metáforas absolutas* referem-se ao âmbito do indizível, do *inconceitualizável*, ou seja, no momento em que as capacidades de apreensão conceitual falham, apelamos para um processo de transferência de sentidos – que estão disponíveis no subterrâneo da linguagem – para nos referirmos a esses fenômenos. Como essas metáforas assumem a condição de fundamentalidade, seriam elas metáforas absolutas. Essas metáforas absolutas permitiriam ao investigador penetrar em certos campos desconhecidos das culturas passadas. Campos estes que ficavam fora das análises que privilegiam o discurso puramente conceitual. *A verdade*, *o mundo*, *a existência*, entre outras, seriam temas que estariam situados no campo da metaforologia. No caso da verdade, por exemplo, as respostas oferecidas por cada tempo histórico à pergunta: o que é a verdade?, passavam por estratégias de transferência de sentido que não diziam conceitualmente o que a verdade é, mas a representavam a partir de uma transferência de sentido: “a verdade é a luz”; ou ainda, “a verdade é a natureza nua” etc..

Para nossa investigação, as propostas da metaforologia foram importantes para chamar a atenção para aspectos não examinados explicitamente quando se trata de um discurso meramente logocêntrico sobre a história. Não tanto as metáforas em si, mas a

dimensão ou o espaço reflexivo que a proposta de Blumenberg abre para as ciências compreensivas: esta a principal contribuição de seu método para o nosso trabalho.

8. Nessa medida, a pesquisa procurou apresentar o modo como os estilos de vida jurídicos do *common law* e romano-canônico retratam o problema da decisão jurídica. Tradicionalmente, essa formulação aparece no âmbito de alguma polaridade: *universal* e *particular*, *lei* e *caso*, *direito* e *fato*, no âmbito do estilo romano-canônico; e um eixo mais *indutivista*, mas aberto argumentativamente e que se deixa penetrar em maior medida pela história no ambiente da *common law*.

9. Esse fator ressaltado no item acima revela-se, inclusive, pelos diferentes estilos de abordagem que utilizamos para dar conta de cada uma dessas experiências. No caso do estilo de vida romano-canônico, a descrição foi mais fechada, ligada a estratégias técnicas como o dogma da subsunção. Há uma impressão difusa aqui de que podemos contar o que ocorre com a decisão jurídica nesse momento sem recorrer à história. Já no caso do *common law*, em contrapartida, a referência às questões históricas é inexorável. No caso, a dificuldade está, exatamente, em conseguir descrever elementos com um mínimo de universalidade para evitar que a argumentação se perca em uma análise micro-histórica vazia e infrutífera.

10. Igualmente importante consignar, a título de conclusão, que a nossa pesquisa identificou um movimento persistente do privatismo no âmbito do estilo de vida romano-canônico. Isso condiciona espaço de experiência e horizonte de expectativa de forma muito clara. De fato, A história da ciência do direito durante muito tempo foi a história da ciência do direito privado. Até o final do século XVIII e o início do século XIX, os estudos dos juristas universitários giravam em torno do centro gravitacional do direito privado. Todas

as discussões e técnicas que foram criadas para solucionar os problemas jurídicos partiram, portanto, dessa centralidade exercida pelo direito privado. Grandes escolas do cânone jurídico, como é o caso da Escola Histórica ou da Ciência das Pandectas, eram movimentos universitários que estavam envolvidos com o enfrentamento dos problemas de direito privado.

11. Até o século XIX os estudos jurídicos sobre aquilo que, posteriormente, será nomeado direito público eram insignificantes. O que não quer dizer que não houvesse juristas que, desde o século XV, se ocupassem de temas de direito público. O que queremos aqui mencionar é que aquilo que hoje se menciona como ciência do direito teve o seu ponto de partida determinado pelo direito privado e que essa centralização perdurou por séculos.

12. Os estudos de juristas que se detiveram sobre a análise das questões típicas do *jus publicum* no tempo anterior aos novecentos estavam vinculados, de algum modo, com a filosofia política. Com efeito, autores como Hugo Grotius e Burlamaqui – que escreveram grandes tratados de temas ligados ao direito público na época – enraizavam suas obras no espaço de experiência aberto pelas teorias jusnaturalistas da modernidade. Outros autores que igualmente produziram uma série de textos sobre a mesma temática não eram, propriamente, juristas. Eram eruditos letrados, teólogos ou filósofos. Nesse tempo, há quase que uma identificação do direito público com os temas do jusnaturalismo moderno, que se colocava na condição de uma espécie de “herdeiro” daquilo que era conhecido, ao tempo do Império Romano, como *jus gentium*.

13. No século XIX, começaram a aparecer estudos e tratados que, inspirados nas conquistas dos métodos do direito privado, estabeleceram uma ciência do direito público. Jellinek, na Alemanha e Carrè de Malberg, na França, talvez sejam os autores mais comentados dessa época de aurora da ciência do direito público. De qualquer forma, a questão

é que boa parte das construções teóricas que enfrentaram a questão da decisão jurídica foram pensadas tendo como eixo gravitacional os problemas exarados das relações jurídicas de direito privado. Manuais influentes como é o caso do de Karl Larenz – embora sejam citados com frequência por alguns constitucionalistas brasileiros – são inteiramente dedicados aos problemas de direito privado.

E ainda é preciso lembrar que o desenvolvimento dessa “ciência do direito público” no contexto do direito continental, ou, poderíamos dizer, romano-canônico, deu-se a partir do direito administrativo. É um tipo de reflexão que, com Maurizio Fioravanti poderíamos chamar de estatalista.

14. De se observar, portanto, que o estilo de vida jurídico observado na cultura anglófona não contempla a diferenciação rígida que se faz entre o direito público e o direito privado. Merryman destaca que a usual diferenciação entre direito público e direito privado, herdada dos juristas romanos e que aparece no início de todos os livros didáticos sobre teoria do direito, não se apresenta como uma preocupação dos juristas do *common Law*. As questões de direito constitucional ou sobre a administração pública são investigadas do mesmo modo que se trabalha com outras disciplinas jurídicas. Ademais, o “direito público” estadunidense sempre se desenvolveu tendo como ponto de estofo o Direito Constitucional e não o direito administrativo, como ocorreu nos países do continente europeu. Voltaremos a isso mais adiante. Mas, ainda nessa primeira aproximação, fazem-se necessários alguns esclarecimentos em torno do problema da decisão no contexto dessa dicotomização entre o público e o privado.

15. É sabido que a teoria de Friedrich Müller, que nos legou a forma mais bem acabada de diferenciação entre texto da norma e norma, se propõe como pós-positivista:

supera o conceito de norma do positivismo jurídico e dá resposta a um problema que o positivismo deixa em aberto, a saber, a questão da interpretação do direito através da concretização da norma. Todavia, há um outro elemento de ruptura que pode ser observado na obra do professor alemão. Sua teoria se pretende, também, como pós-privatista. Vale dizer, superadora das questões tradicionais que o direito privado cunhou para retratar os problemas metodológicos do direito.

16. Essas são questões importantes e que geram consequências para o entendimento do nosso tema: compreender de forma adequada o espaço a partir do qual as questões jurídicas são decididas. Isso porque, na tradição do direito privado, os séculos de preparação científica somados à herança de sua origem medieval, criaram uma técnica conceitual asséptica que, aparentemente, exclui de seus problemas questões de filosofia moral. Dizemos aqui “aparentemente” porque essa exclusão, na verdade, é uma ficção. Na verdade, no momento da decisão jurídica o agente jurisdicional sempre está envolvido com um problema de filosofia moral. Não porque, como pensam autores como Luigi Ferrajoli, estaria o julgador sujeito às suas concepções subjetivas a respeito da moralidade. Pelo contrário, o grande problema de filosofia moral que existe na questão da decisão diz respeito à tensão – pressuposta – que aparece de forma, digamos, circundante para o juiz que a profere. Vale dizer, o decisor está submetido à avaliação de conceitos profundamente complexos e controvertidos por serem conceitos morais. Para exemplificar, podemos pensar nos conceitos de *imparcialidade*, *equanimidade*, *igualdade*, *democracia* etc.. Conceitos estes que tensionam, inclusive, a resolução de problemas de direito privado. A assepsia que, aparentemente, reveste a técnica do direito privado é, portanto, ilusória.

17. Por outro lado, no ambiente do continente europeu – ou do estilo de vida românico-canônico – observa-se, no desenrolar do século XX, o desenvolvimento de dois tipos

distintos de análise do problema jurídico, mas que, em seus desdobramentos, vão desaguar em soluções similares para o problema da decisão: a idéia de que o órgão decisor possui um espaço, controlado racionalmente por uma fórmula racional (ponderação) ou por uma moldura semântica, no interior do qual pode fazer escolhas.

18. Essas questões serão tratadas de um modo diferente em face do modo como cada uma delas dará tratamento ao problema do método. No âmbito do Direito essa situação pode ser facilmente visualizada. Não é de hoje que a proficiência do jurista sobre determinado ramo do direito exige conhecimentos e técnicas específicas. Isso responde a diversos fatores que podem ser de modo genérico explicados pelo grau de complexidade da sociedade contemporânea, a exigir uma carga de regulamentação que atinge especificidades que antes ficavam fora do direito, e pelo próprio desenvolvimento da disciplina jurídica em questão que, no contexto atual, produz um volume imenso de publicações que acabam por contribuir para um endurecimento da linguagem de modo que se torna cada vez mais difícil a visualização de um cabedal conceitual comum, que abarque todo o “mundo jurídico”. Desse modo, é cada vez mais corriqueira a figura do especialista em Direito Tributário, ou em Direito Constitucional, ou em Direito Processual, etc., que domina as especificidades mais profundas de sua disciplina mas que, ao mesmo tempo, tem dificuldades para lidar com questões que envolvem os fundamentos mais abrangentes do fenômeno jurídico. Vale dizer, torna-se cada vez mais complicada a instauração de uma via de acesso que apanhe o direito em uma dimensão global na perspectiva de uma espécie de Teoria Geral.

A discussão sobre o método possui essa finalidade. Ela pode se apresentar de duas maneiras distintas:

a) na configuração e explicitação de uma teoria geral do direito que possibilite o acesso (conhecimento) ao fenômeno jurídico e à explicação dele;

b) na constituição de uma dogmática do direito ou, na expressão de Larenz, de uma “*ciência dogmática do direito*”, que possui como objeto a análise da apreciação judicial de casos, possibilitando, assim, a solução de questões jurídicas.²⁹⁷

No primeiro caso, intenciona-se a constituição de uma ciência do direito, no sentido descrito no item precedente deste trabalho a partir da obra de Kelsen. No segundo, a intencionalidade do jurista está direcionada para a *solução de questões jurídicas no contexto e com base em um ordenamento jurídico determinado*.

19. Essa diferenciação coincide, a princípio, com a diferença destacada por Lenio Streck entre os tipos de positivismos que encontramos no âmbito do pensamento jurídico: o exegético e o normativista. No que tange ao problema da decisão, o positivismo exegético simplesmente elimina o caráter problemático que existe no momento interpretativo, o cruzamento dos elementos basais que as configurações conceituais e morais impõem ao órgão decisor. Por outro lado, o positivismo normativista abre espaço para uma concepção volitiva de decisão que acarreta certo decisionismo decisório. Em ambos os casos, a estrutura basal da decisão jurídica é colocada de lado em favor de um elemento epistemológico qualquer: a fundação de uma teoria geral ou a construção do método adequado para solucionar os casos jurídicos.

20. Por outro lado, a breve recomposição histórica que fazemos a respeito da interpretação da Constituição americana e, conseqüentemente, o problema de decisão que existe em torno da experiência da *judicial review*, permite-nos perceber coisas importantes: de

²⁹⁷ Cf. Karl LARENZ. *Metodologia da Ciência do Direito*. cit., prefácio pp. XXI e XXII.

um lado que, em comparação com o desenvolvimento teórico que se apresenta no contexto do continente europeu, cuja aderência sempre se mantém ligada ao direito privado, o problema interpretativo na experiência estadunidense criou-se e foi desenvolvido em meio à interpretação constitucional, algo que pudemos constatar a partir de autores como Christopher Wolfe.

21. Deve ter ficado claro, portanto, que a grande cisão entre direito público e direito privado que ocorre no âmbito do estilo de vida jurídico romano-canônico, principalmente nas culturas ligadas aos países do continente europeu, acaba por levar a uma consequência direta para o modo de se lidar com as questões relativas à decisão jurídica. O que, talvez, se mostre de maneira mais evidente, diz respeito à dificuldade de se situar o agente estatal que decide as questões jurídicas como um verdadeiro agente moral que, como tal, está também implicado na decisão que exara.

22. Isso porque tende-se a pensar que, no momento da decisão, o órgão julgador se apresentaria como um *tertium*, externo à situação jurídica que aprecia, e, nessa condição, emitiria o seu juízo decisório. Essa é uma imagem que pôde ser construída porque, a grande tradição de estudos científicos e metodológicos sobre o direito, no âmbito do estilo de vida romano-canônico, tem um largo enraizamento naquilo que, nesse ambiente, é chamado de direito privado. Trata-se de uma imagem que se articula a partir de um espaço de experiência no interior do qual o conflito a ser decidido é algo particular que poderia ser resolvido – se não houvesse o estado – através de mecanismos de justiça privada. Entretanto, o monopólio estatal da força e da distribuição da justiça traz para a solução da questão um terceiro, neutro com relação ao conflito que teve origem particular – e que colocará, assim, um fim nessa questão a partir da emissão de uma decisão imparcial.

23. Todavia, se olharmos para uma relação daquilo que, neste estilo de vida jurídico se chama direito público, veremos que – conforme afirmamos no primeiro capítulo desta pesquisa – o agente decisor articulará questões que tocam ou estão diretamente ligadas a questões políticas basais que sustentam o convívio comunitário. Usando uma linguagem da teoria da justiça, podemos dizer que uma decisão no âmbito do direito público interfere ou atinge diretamente, expectativas e projetos a respeito daquilo que se entende por uma vida boa.

24. Assim, surge uma questão que – no mais das vezes – aparece não explicitamente tematizada no âmbito das teorias da decisão que se desenvolvem nesse ambiente cultural: o que faz o decisor nos casos em que se enfrentam questões de direito público? Existe espaço para que este afirme a sua concepção – pessoal – de vida boa? Se a resposta for afirmativa, o que seria, então essa “vida boa” que se discute nesse âmbito público? A somatória dos vários projetos de vida boa que se apresenta da reunião de todo corpo ou “organização” judicial?

25. Por outro lado, há também uma exploração da experiência estadunidense da formação do problema da decisão imbricada com a problemática da *judicial review*. Mostramos como, de alguma forma, nesse estilo de vida jurídico ocorre um debate, mais direto e efetivo, a respeito desse caráter definitivamente político-moral que se encontra subjacente à atividade decisória. Não que isso seja – sempre e em todas as formulações teóricas – claramente assumido. Todavia, há uma série de indícios culturais, subjacentes, que se apresentam na dimensão do *underlying* que nos permitem concluir que essa colocação do julgador, fora de um horizonte de ação moral, é praticamente reduzida.

26. Esse horizonte, ou espaço de ação, compõe – a partir de mutuas migrações de culturas – o lugar no qual se situa o agente que decide as questões jurídicas no âmbito do Constitucionalismo Contemporâneo. Atinge-se, assim, o objetivo central da tese: apresentar o lugar no qual se situa aquele que decide as questões jurídicas. Um lugar que não é escolhido mas, sim, aberto pela historicidade que lhe constitui enquanto agente moral.

27. Assim, se falamos em substância, em controle material de constitucionalidade ou, ainda, em conteúdos dos direitos fundamentais, necessariamente enveredamos no âmbito da moral e das configurações que compartilhamos enquanto comunidade – Não a moral deformada pelo espelho da subjetividade, mas a moral que constitui os fundamentos da comunidade política.

Por fim, cabe encerrar tais reflexões com um pensamento de Gadamer que cabe perfeitamente no contexto apresentado nessas conclusões:

Nós também, com nossas histórias – como com cada uma de nossas decisões de vida prática – colaboramos na construção de uma comunidade baseada no que tem sentido para nós, naquilo que nos parece o bom, o melhor, o justo. Com estas grandes palavras me sinto quase herdeiro de seu legado, apenas hoje conservado, e, todavia, entendo que todos deveríamos, ser plenamente conscientes do progressivo agravamento das tensões, da desordem crescente, do realizar o mal e do realizar o errôneo, dirigir nosso olhar compreensivo ao que todos temos em comum e reconhecermos no outro o melhor que em nós mesmos. Nunca deveríamos renunciar a inserir as duras realidades da história, sempre e de novo, em nossas possibilidades humanas.²⁹⁸

²⁹⁸ Gadamer, Hans-Georg. Koselleck, Reinhart. *Historia e Hermenêutica...* cit., p. 106.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *O mito da supremacia do interesse público sobre o privado - A dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais*, in *Revista dos Tribunais*, n. 907, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDERSON, Benedict. *Comunidades Imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BERMAN, Harold. *Direito e Revolução: A formação da tradição jurídica medieval*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

BETTI, Emilio. *Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade. Para uma Teoria Geral da Política*. 7 ed. Rio de Janeiro, 1999.

_____. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. A Jurisprudencialização da Constituição. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito – II. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISISNOS. N. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BLUMENBERG, Hans. *Paradigmas para uma Metaforologia*. Madrid: Trotta, 2003.

CAENEGEM, R. C. Van. *Legal History. A European perspective*, London: Hambledon Press, 1991.

_____. *Uma introdução histórica ao Direito Privado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Judges, Legislators & Professors. Chapters in European Legal History*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

_____. *European Law in the Past and the Future*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de La Ciencia Juridica Europea*, Madrid: Tecnos, 1996.

CARNAP, Rudolf. *Empiricism, Semantics, and Ontology*. Texto disponível em: http://www.philosophy.ru/library/carnap/02_eng.html>, acesso em 29.10.2010.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *O Direito da Liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Curso de Introdução Ao Estudo do Direito*. Coimbra: Sebenta, 1976.

_____. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

_____. Escola da exegese, In: *Digesta*, v. 2, Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

_____. *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto Global da Crise da Filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra editora, 2003.

CATTONI, Marcelo. *Constitucionalismo e História do Direito*. Belo Horizonte: Pergamum, 2011.

_____. *Processo Constitucional*. 2 ed. Belo Horizonte: Pergamum, 2013.

CORDEIRO, António Menezes. *Teoria geral do direito civil*, v. 1, 3.a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

DAVID, René e JAUFFRET-SPINOSI, Camile. *Les grans systèmes de droi contemporains*, 9.^a ed., Paris: Précis, Dalloz, 1988.

D'AGOSTINI, Franca. *Analíticos e Continentais*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

DE WAELHENS, Alphonse. Sobre uma Hermenêutica da Hermenêutica. In: *Hermenêutica e Epistemologia: Os 50 anos de Verdade e Método*. Ernildo Stein e Lenio Streck (orgs.). Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.

DILTHEY, Wilhelm, *Introdução às Ciências Humanas*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ESSER, Josef. *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: _____; Lenio Luiz Streck; André Karam Trindade. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo – Um debate com Luigi Ferrajoli*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2012.

FIORAVANTI, Maurizio. Estado y Constitución. In: *El Estado Moderno en Europa: Instituciones y derecho*. Maurizio Fioravanti (Ed.). Madrid: Trotta, 2004.

_____. *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2003

FRANK, Jerome. *La influencia del Derecho Europeo Continental en El 'common law'*, Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1957.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método*. Salamanca: Sígueme, 2007.

_____. *Verdade e Método II. Complementos e Índice*. Petrópolis: Vozes, 2004.

_____. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Petrópolis: Vozes, 2006.

_____. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Vol. II, Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Filosofia Crítica e Razão Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006

GORDLEY, James. *Common law v. civil law: una distinzione che va scomparendo?*, *in Scritti in onore di Rodolfo Sacco: la comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, t. I, Milano: Giuffrè Editore, 1994.

GUMBRECHT, Hans Ulrich. *Graciosidade e Estagnação*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012.

HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*, Buenos Aires, Editorial Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007.

_____. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: *Dimensões da dignidade* Ingo Wolfgang Sarlet (org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HEIDEGGER, Martin. *Ser y Tiempo*. Trad. Jorge Eduardo Rivera. Madrid: Trotta, 2006.

_____. O Tempo da Imagem do Mundo. In: *Caminhos da Floresta*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

_____. A Constituição Onto-Teo-Lógica da Metafísica. In: *Conferencias e Escritos Filosóficos*. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

_____. Tempo e Ser. In: *Conferências e Escritos Filosóficos*. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

_____. *Interpretaciones Fenomenológicas sobre Aristóteles. Indicación de la situación hermenéutica*. Madrid: Trotta, 2002.

_____. *Hermeneutica de la Faticidad*. Texto disponível em www.heideggeriana.com.ar/hermeneutica/indice.htm. Acessado em 27 de julho de 2007.

_____. *Os Conceitos Fundamentais da Metafísica: Mundo – Finitude – Solidão*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

HOBBSAWN, Eric. *Interesting Times. A Twentieth-Century Life*. Nova York: Pantheon Books, 2002.

IHERING, Rudolf von. *O Espírito do Direito Romano*. Vol. III. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

_____. *A Finalidade do Direito*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2002.

JESTAEDT, Mathias. *El positivismo jurídico aplicado al Tribunal Constitucional Alemán. El poder del guardián y la impotencia del señor de la Constitución. In La ponderación en el Derecho*. Eduardo MONTEALEGRE (org.). Bogotá: Universidade Externado, 2008.

JÖRS, Paul. KUNKEL, Wolfgang. *Derecho Privado Romano*, Barcelona: Editorial Labor, 1937.

KAUFMANN, Arthur. *Analogía e Naturaleza de la Cosa*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1956.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

_____. *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*. Madrid: Editorial Reus, 2009.

KOSELLECK, Reinhart. GADAMER, Hans-Georg. *Historia e Hermenêutica*. Barcelona – Buenos Aires – Mexico: Paidós, 1997.

_____. *Futuro Passado. Contribuição à Semântica dos Tempos Históricos*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência: Análise de uma Recepção*. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LÓPEZ, Frederico Fernández-Crehuet. *La perspectiva del sistema en la obra y vida de Friedrich Carl von Savigny*. Granada: Editorial Comares, 2008.

LOSANO, Mário. *Os Grandes Sistemas Jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Sistema e estrutura no direito*, v. 1 e 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MERYMANN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition*. 3 ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.

OVALLE FAVELA, José. *Estudios de Derecho Procesal*, México: Universidad Autónoma de México, 1981.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. 4 tomos. Campinas: Bookseller, 2000.

POSNER, Richard. *A Problemática da Teoria Moral e Jurídica*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Coimbra: Almedina, n. 1.2, p. 28. Ver ainda: Miguel Nogueira Brito. Sobre a distinção entre direito público e direito privado. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, v. I, Lisboa: Faculdade da Universidade de Lisboa, 2010.

PUNTEL, Lorenz. *Estrutura e Ser. Um quadro referencial teórico para um filosofia sistemática*. São Leopoldo: Unisinos, 2008.

RAPP, Friedrich. *Método*. In Hermann Krings, Hans Michael Baumgarten e Christoph Wild. *Conceptos Fundamentales de Filosofía*. Tomo II. Barcelona: Herder, 1978.

RIPERT, Georges. *O Regime Democrático e do Direito Civil Moderno*. São Paulo: Saraiva e Livraria Acadêmica, 1937.

ROTHACKER, Erich. *Problemas de Antropología Cultural*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1957.

_____. *Filosofía de la Historia*. Madrid: Pegaso, 1951.

SCHAPP, Jan. *Problemas Fundamentais da Metodologia Jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1985.

SCHNEEWIND, J. B. *La invención de la Autonomia: Una historia de la filosofia moral*. Mexico: Fondo de Cultura Económico, Kindle Edition.

SCHÜTZ, Alfred. *La construcción significativa del mundo social. Introducción a La sociologia comprensiva*. Barcelona: Paidós, 1999.

_____. LUCKMANN, Thomas. *The Structures of the Life-world*. Vol. I e II, Evanston: Northwestern University Press, 1973.

STEIN, Ernildo. *Pensar e Errar: Um ajuste com Heidegger*. Ijuí: Unijuí, 2011.

_____. *A Caminho de uma Fundamentação Pós-Metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.

_____. *As Ilusões da Transparência: Dificuldades com o conceito de mundo da vida*. Ijuí: Unijuí, 2012.

_____. *Introdução ao Pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: Edipucrs, 2002.

_____. *Pensar é Pensar a Diferença. Filosofia e Conhecimento Empírico*. Ijuí, Unijuí, 2002.

_____. *Diferença e Metafísica. Ensaio sobre a desconstrução*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

_____. *Sobre a Verdade. Lições Preliminares ao parágrafo 44 de Ser e Tempo*. Ijuí: Unijuí, 2006.

_____. Gadamer e a Consumação da Hermenêutica. In: *Hermenêutica e Epistemologia: Os 50 anos de Verdade e Método*. Ernildo Stein e Lenio Streck (orgs.). Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.

_____. Da Fenomenologia Hermenêutica à Hermenêutica filosófica. In: *Veritas*, vol. 47, n. 1, Porto Alegre, março 2002.

_____. *A Questão do Método na Filosofia*. 3ª. ed., Porto Alegre: Movimento, 1983.

_____. *Crítica da Ideologia e Racionalidade*. Porto Alegre: Movimento, 1986.

_____. *Antropologia Filosófica: Questões Epistemológicas*. Ijuí: Unijuí, 2009.

_____. *Exercícios de Fenomenologia*. Ijuí: Unijuí, 2004.

_____. *Racionalidade e Existência. O ambiente hermenêutico e as ciências humanas*. 2 ed. Ijuí: Unijuí, 2008.

STEGMÜLLER, Wolfgang. *A Filosofia Contemporânea*, Vol.I e II. São Paulo: EPU, 1977.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *O que é isto – Decido conforme a minha consciência?* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?* In: *Revista Novos Estudos Jurídicos*, vol. 15 n.1, pp. 158-173/jan-abr 2010.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAYLOR, Charles. *A Era Secular*. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. ABBOUD, Georges. CARNIO, Henrique Garbelini. *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VETÖ, Miklos. *O Nascimento da Vontade*. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia Jurídica e Ensino do Direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade. Fundamentos da sociologia compreensiva*. Vol. II. São Paulo: Editora UNB, 2004.

WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review. From constitutional interpretation to judge-made law*. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.