

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

MATHEUS ALVES DA ROCHA

**INTERPRETAÇÃO E DECISÃO JUDICIAL NA TRADIÇÃO HERMENÊUTICA
BRASILEIRA: UMA COMPREENSÃO A PARTIR DO *IN CLARIS CESSAT
INTERPRETATIO***

**SÃO LEOPOLDO – RS
2025**

MATHEUS ALVES DA ROCHA

**INTERPRETAÇÃO E DECISÃO JUDICIAL NA TRADIÇÃO HERMENÊUTICA
BRASILEIRA: Uma compreensão a partir do *in claris cessat interpretatio***

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo-RS

2025

R672i

Rocha, Matheus Alves da

Interpretação e decisão judicial na tradição hermenêutica brasileira:
uma compreensão a partir do *in claris cessat interpretatio*. / Matheus
Alves da Rocha -- 2025.

170 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos
Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2025.

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.

1. Hermenêutica (Direito). 2. Tradição jurídica. 3. Formalismo
interpretativo. 4. Decisão judicial - Interpretação. I. Título. II. Streck,
Lenio Luiz.

CDU 340.132(81)

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

A dissertação intitulada: “**INTERPRETAÇÃO E DECISÃO JUDICIAL NA TRADIÇÃO HERMENÊUTICA BRASILEIRA: Uma compreensão a partir do in claris cessat interpretatio**”, elaborada pelo mestrando **Matheus Alves da Rocha**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 16 de junho de 2025.



Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck _____ *Participação por Webconferência*

Membro externo: Dr. Rafael Tomaz de Oliveira _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. José Rodrigo Rodriguez _____ *Participação por Webconferência*

AGRADECIMENTOS À CAPES

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

AGRADECIMENTOS

Um caminho nunca é percorrido sozinho, não há conquista que possa ser reivindicada de forma isolada, somos resultado de um conjunto de esforços coletivos. Eu tenho consciência do quanto sou grato às muitas pessoas que estiveram comigo nessa caminhada. Dedico esse espaço para mencionar algumas delas.

Antes de tudo, agradeço a Deus pelo caminho que venho trilhando ao longo dessa vida.

Meu mais sincero agradecimento a meus pais, Rogelma e Raimundo, que juntos uniram esforços para conceder ao filho oportunidades que nunca tiveram.

À minha avó Maria, que no auge de seus 86 anos continua mostrando a força que amor tem.

À minha amada noiva Rosy, que em anos de relacionamento nunca deixou de me apoiar na vida acadêmica.

Ao meu primo, Thiago Rocha, que desde sempre foi minha inspiração para seguir na pesquisa científica.

Aos meus amigos de Sobral-CE que me nutrem de energia e esperança.

Aos companheiros do grupo de estudos *Dasein* (Núcleo de Estudos Hermenêuticos) da Unisinos-RS, em especial à Luísa Giuliani, Gilberto Morbach, Luã Jung, Isadora Ferreira, Josenilson Rodrigues, Clarissa Tassinari e Vinicius Quarelli.

Ao meu eterno orientador e professor Lenio Luiz Streck, um exemplo de honestidade, sabedoria e intelectualidade.

Agradeço a interlocução com alguns professores, como Gerson Neves Pinto, Luis Rosenfield, Pablo Castro Miozzo, José Rodrigo Rodriguez e Rafael Tomaz de Oliveira.

§203 A língua é um labirinto de caminhos. Você vem de um lado, e se sente por dentro; você vem de outro lado para o mesmo lugar, e já não se sente mais por dentro.¹

Eu sou pessoa
A palavra pessoa hoje não soa bem
Pouco me importa

Não você não me impediu de ser feliz
Nunca jamais bateu a porta em meu nariz
Ninguém é gente
Nordeste é uma ficção
Nordeste nunca houve
Não eu não sou do lugar
Dos esquecidos
Não sou da nação
Dos condenados
Não sou do sertão
Dos ofendidos
Você sabe bem²

¹ WITTGENSTEIN, LUDWIG. **Investigações filosóficas.** Tradução Marcos G. Montagnoli. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 114.

² BELCHIOR, Antônio Carlos. Conheço o meu lugar. In: **2 é demais.** Wea Music, 1996. Faixa 15. CD

RESUMO

Partindo de um tema clássico abordado na hermenêutica jurídica, essa dissertação buscou analisar o problema do *in claris cessat interpretatio*, que pode ser traduzido na possibilidade de textos serem interpretados de forma literal. Das diversas teorias do direito que foram desenvolvidas a partir do movimento de codificação, é perceptível que a liberdade do intérprete e a tensão entre compreensão/interpretação alteraram-se sensivelmente. Este trabalho busca investigar a tradição jurídica brasileira, especificamente no que concerne à hermenêutica jurídica desenvolvida por autores nacionais, acerca do problema da interpretação formal e seus limites. A pesquisa terá como recorte quatro autores brasileiros, representativos de diferentes contextos teóricos e políticos: Francisco de Paula Baptista, Carlos Maximiliano, Alípio Silveira e Lenio Luiz Streck. À luz da fenomenologia hermenêutica, reconstruo suas teses para identificar continuidades e rupturas no entendimento da subjetividade judicial. Entender o passado para melhor compreender o presente é um ponto crucial neste trabalho. Como contribuição, o estudo explica como a tradição brasileira poderá contribuir para discussões acerca do Neoconstitucionalismo, na crítica à “Cultura de Precedentes” inaugurada pelo Código de Processo Civil de 2015, e quando se trata sobre o Realismo Jurídico à brasileira ou a Jurisprudencialização do direito. Portanto, há uma dupla finalidade nesta pesquisa: melhor compreender os autores que impactaram na hermenêutica jurídica nacional e caminhar para uma melhor resposta acerca da relação entre texto e intérprete.

Palavras-chave: Tradição jurídica; Hermenêutica; Formalismo interpretativo; Compreensão

ABSTRACT

The present dissertation sought to analyze the problem of *in claris cessat interpretatio*, which can be translated into the possibility of texts being interpreted literally. A review of the various theories of law that have emerged since the codification movement reveals significant shifts in the freedom of the interpreter and the tension between understanding/interpretation. This work investigates the Brazilian legal tradition, with a focus on the legal hermeneutics developed by some authors, particularly in the context of formal interpretation and its limits. The research will concentrate on four Brazilian authors, representative of different theoretical and political contexts: Francisco de Paula Baptista, Carlos Maximiliano, Alípio Silveira, and Lenio Luiz Streck. Utilizing the tenets of hermeneutic phenomenology, a methodological framework is employed to deconstruct their theses, thereby facilitating the identification of continuities and ruptures in the conceptualization of judicial subjectivity. It is imperative to acknowledge that a fundamental aspect of this work is the necessity of comprehending the past in order to facilitate a more profound understanding of the present. The present study offers a contribution to the existing discourse on Neoconstitutionalism by exploring the potential of Brazilian tradition to inform discussions on the subject. This exploration encompasses the critique of the “Culture of Precedents”, that was inaugurated by the 2015 Code of Civil Procedure, as well as the Brazilian Legal Realism or the Jurisprudentialization of law. Therefore, the objective of this research is twofold: first, to enhance comprehension of the authors who have exerted influence on Brazilian legal hermeneutics; and second, to advance towards a more nuanced understanding of the relationship between text and interpreter.

Keywords: Legal tradition; Hermeneutics; Interpretive formalism; Understanding.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O TEMA DO <i>IN CLARIS CESSAT INTERPRETATIO</i> NAS DISCUSSÕES CONTEMPORÂNEAS DO DIREITO.....	14
1.1 NEOCONSTITUCIONALISMO E A DIFERENCIADA ENTRE TEXTO E NORMA	18
1.2 DAS SÚMULAS VINCULANTES E “CULTURA DE PRECEDENTES”	25
1.3 REALISMO JURÍDICO E CETICISMO NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS: QUANTO VALE UM TEXTO?	30
2 HERMENÊUTICA JURÍDICA NO BRASIL DO SÉCULO XIX SOB A ÓTICA DE UM PERNAMBUCANO.....	35
2.1 FRANCISCO DE PAULA BAPTISTA E SEU <i>COMPÊNDIO DE HERMENÊUTICA JURÍDICA</i>	35
2.2 SOB INFLUÊNCIAS DO DIREITO NATURAL E DO RACIONALISMO ILUMINISTA	43
2.3 A LUTA POR UM JUDICIÁRIO INDEPENDENTE E DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS NO SÉCULO XIX.....	55
3 CARLOS MAXIMILIANO – O MODELO CLÁSSICO DE HERMENÊUTICA JURÍDICA NO SÉCULO XX	59
3.1 A HERMENÊUTICA METODOLÓGICA E A ATIVIDADE CIENTÍFICA DO INTÉRPRETE	59
3.2 NATURALISMO JURÍDICO NO BRASIL DO SÉCULO XX E A INFLUÊNCIA DO EVOLUCIONISMO NA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL	73
3.3 ESCOLA HISTÓRICA DO DIREITO, JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS E HERMENÊUTICA ROMÂNTICA EM MAXIMILIANO	81
4 PASSOS EM DIREÇÃO AO REALISMO JURÍDICO COM ALÍPIO SILVEIRA	90
4.1 A HERMENÊUTICA JURÍDICA EM ALIPIO SILVEIRA: ANTIFORMALISMO E DIMENSÃO AXIOLÓGICA DOS VALORES NA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL	91
4.2 ANTIFORMALISMO NA DOUTRINA JURÍDICA BRASILEIRA.....	100
4.3 REALISMO JURÍDICO E A LÓGICA DO RAZOÁVEL.....	110
4.3.1 Roscoe Pound	113

4.3.2 Recansés Siches	118
5. LENIO STRECK E O NOVO PARADIGMA FILOSÓFICO NO DIREITO BRASILEIRO	124
5.1 A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO E A VIRADA ONTOLOGICO- LINGUÍSTICA NA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA	124
5.2 TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO, (IN)EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DIREITO PRODUZIDO PELOS TRIBUNAIS	136
5.3 HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E A RELAÇÃO TEXTO-INTÉRPRETE..	146
CONCLUSÃO.....	157
REFERÊNCIAS.....	160

INTRODUÇÃO

O estudo do direito sempre esteve às voltas com a interpretação textual. Nesse sentido, Hans-Georg Gadamer destaca o exemplo da hermenêutica jurídica como um caso especial de compreensão dos textos, partindo da tensão originária entre disposição normativa geral e caso particular analisado pelo jurista³. Existe uma longa tradição de estudiosos do direito que desenvolveram teses sobre a interpretação de textos normativos; nomes conhecidos, que repercutem em todas as salas de aula da graduação e pós-graduação na área jurídica: Friedrich Carl von Savigny, Rudolf von Ihering, Emilio Betti, Friedrich Müller, Ronald Dworkin... A lista de nomes recorrentemente lembrados é grande. Mas este trabalho não está preocupado, em primeiro plano, com tais nomes consagrados pela tradição.

A hermenêutica jurídica é um importante campo do direito, sendo uma disciplina obrigatória na grade curricular dos cursos de bacharelado em todo o Brasil. Desde o século XIX, ainda sob o governo imperial, existe uma produção jurídica brasileira sobre as regras de interpretação das normas, resultando em diversas obras que dialogam e se tensionam acerca de como o magistrado deve se portar frente à lei. Em diferentes momentos históricos, é possível observar mudanças na produção doutrinária brasileira referentes à hermenêutica jurídica.

O que este estudo propõe é trazer luz à teoria brasileira sobre a hermenêutica jurídica. Como destacam Rubens Glezer, Christian Lynch e Oscar Vilhena Vieira em obra coletiva: “Temos 200 anos de teoria constitucional brasileira relegadas a *status* de curiosidades.”⁴ A hermenêutica jurídica desenvolvida por pensadores brasileiros é vista como mero *copia e cola* das teorias estrangeiras. A maioria dos livros que tratam sobre o assunto se debruçam sobre as clássicas escolas da Exegese Francesa, Escola Histórica, Jurisprudência dos Interesses, Escola do Direito Livro, Realismo jurídico estadunidense, entre outras. Contudo, deixam de citar o que foi produzido aqui, ou quando o fazem, é com o intuito de ressaltar a exportação de teorias alienígenas.

Dar conta de documentar toda a história da bibliografia brasileira que trata sobre hermenêutica jurídica seria uma tarefa, praticamente, impossível para as pretensões deste trabalho. Meu objetivo consiste em explorar alguns juristas que me parecem essenciais e paradigmáticos na produção acadêmica brasileira, tanto pelo impacto que causaram em seus

³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método.** Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1. p. 473.

⁴ GLEZER, Rubens; LYNCH, Christian; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). **Teoria Constitucional Brasileira:** 200 anos de disputas. 1. ed. Avaré: Contracorrente, 2024. p. 13.

contextos, como pela longevidade que suas obras tomaram no debate público. A (re)construção da tradição hermenêutica no Brasil será feita, nesta dissertação, a partir da revisão de quatro autores principais: Francisco de Paula Baptista, Carlos Maximiliano, Alípio Silveira e Lenio Luiz Streck. Cada uma dessas figuras, como procurei demonstrar ao leitor, marcou sua época e representou um paradigma de pensamento sobre a interpretação dos textos jurídicos.

Como fio condutor de minha análise utilizei um ponto em comum acerca dos quatro autores citados: Como cada um deles entende o papel do intérprete na decisão judicial? Para responder a esta pergunta, investigo o entendimento desses pensadores acerca de um tema clássico da hermenêutica jurídica ocidental, que é a questão do *in claris cessat interpretatio*. Este brocado latino foi, como dito, um fio condutor que me levou a investigar cada um destes doutrinadores e o que cada tradição brasileira tem a dizer sobre o papel daquele que prolatava a decisão judicial.

Como um dos temas primordiais da hermenêutica é discutir quais são os limites da interpretação judicial, a ideia do formalismo interpretativo posto em discussão me pareceu um ponto de partida frutífero para estudar as diferentes perspectivas na teoria jurídica brasileira. Como destacou Brian Z. Tamanaha na obra *Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging* (2010), a relação entre formalistas e realistas pode não ser tão clara como pensamos, na medida em que é comum que os críticos criem “espantalhos” de seus alvos para desenvolver seus próprios escritos. Então, tratar um autor como Carlos Maximiliano, indicando-o meramente pelo rótulo de positivista, não nos diz muita coisa acerca de sua teoria da interpretação da norma. É preciso voltar aos textos do próprio jurista para uma melhor compreensão.

Partimos do jurista Francisco de Paula Baptista, para analisar o que grandes autores brasileiros escreveram sobre a interpretação judicial da lei, com um foco principal no brocado latino *in claris cessat interpretatio*, defendido no século XIX pelo professor pernambucano em seu *Compendio de Hermenêutica Jurídica para uso das Faculdades de Direito do Brazil*. Essa expressão, em tradução livre, quer dizer: “a interpretação cessa quando há clareza”. Posteriormente a Paula Baptista, esse tema é abordado por todos os pensadores que elenco como os pilares do meu trabalho, cada um desenvolvendo suas críticas a partir de determinadas perspectivas, mas pensando como seria o melhor cenário para o sistema jurídico brasileiro.

Diante desse exemplo, e tendo em perspectiva a formação histórica de uma cultura hermenêutico-jurídica brasileira, a presente pesquisa buscar enfrentar as seguintes perguntas:

- (1) Como se deu o desenvolvimento da hermenêutica jurídica brasileira em relação ao papel do intérprete e, particularmente, à decisão judicial?

(2) Como esses autores brasileiros dialogaram acerca do brocado *in claris cessat interpretatio*, quais críticas foram formuladas e quais eram seus argumentos?

(3) Um texto normativo pode ser diretamente aplicado ao caso concreto, prescindindo de interpretação? O que a tradição jurídica brasileira tem a dizer sobre o tema?

Como é possível observar, o tema de minha pesquisa permeia o pensamento jurídico brasileiro que se desenvolveu no último século e meio, em relação à interpretação judicial. Porém, detengo minha análise à produção bibliográfica de quatro autores, de diferentes períodos históricos, que me parecem centrais para a compreender as mudanças no pensamento brasileiro sobre a hermenêutica jurídica.

O caminho foi percorrido da seguinte forma: a partir do “método”⁵ fenomenológico-hermenêutico de matriz heideggeriana, busquei investigar os autores, não como meros reprodutores de teorias estrangeiras, mas dirigi-me “às coisas mesmas”. Isso envolve um engajamento com os autores trabalhados e suas teorias, identificando suas estruturas e coerência interna, revolvendo seus respectivos chãos linguísticos e localizando suas teses e argumentos em suas devidas tradições – reconstruindo, com rigor e fidelidade interpretativa, os argumentos nos termos próprios desta pesquisa. Investigar a formação da hermenêutica jurídica no Brasil é, de certa forma, investigar a nossa própria formação enquanto juristas imersos em uma linguagem histórica.

Ou seja, procurei investigar as teorias hermenêuticas como produções autênticas e marcadas por uma historicidade inerente ao intérprete, destacando quais foram as influências e o contexto político-jurídico que permeou os professores no desenvolvimento de suas obras. Além de analisar as obras de cada autor, busquei contextualizá-los com o pensamento da época, mostrando as influências filosóficas que os permeavam. No mais, trouxe alguns pontos de divergência doutrinária que enfrentaram ao longo das décadas.

Analisei os principais livros e artigos de cada um dos autores citados, seja através de acesso à biblioteca da Unisinos-RS, onde cursei meu mestrado, ou adquirindo obras através de livrarias especializadas em raridades. Em meu trabalho, destaco o que esses pensadores desenvolveram na tradição brasileira, com o intuito de deixar claro que há produção jurídica inovadora, não se tratando de mera importação acrítica de teorias jurídicas. Destacar esses

⁵ A palavra método está entre aspas por este autor compartilhar uma visão heideggeriana de oposição aos métodos clássicos das ciências naturais, sendo inviável a mera reprodução destes nos estudos das humanidades. Nos dizeres de Ermílio Stein, com Martin Heidegger a historicidade deixa de ser tratada como um método nas ciências humanas, ela designa a maneira com que o existente se relaciona com os existentes. O investigador não é visto como um ser a-histórico, na medida em que só pode empreender a abertura como o conhecimento porque aquilo que investiga é, também, um acontecimento histórico. Trata-se da pertença do intérprete ao seu objeto. Em: STEIN, Ermílio. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p. 45.

autores brasileiros em seus contextos é essencial para que possamos entender melhor como se desenvolveu a relação do magistrado com o sistema jurídico brasileiro. Juristas, que podem parecer simplórios, pouco explorados pela dogmática brasileira, esboçam diferentes perspectivas em momentos históricos, adotando teorias textualista/jusnaturalista, metodológica, axiológica ou fenomenológica.

1 O TEMA DO *IN CLARIS CESSAT INTERPRETATIO* NAS DISCUSSÕES CONTEMPORÂNEAS DO DIREITO

O que gera a aporia é que o equitativo é o justo, porém não o justo conforme à lei, mas uma retificação do justo com amparo na lei. A causa disto é que toda lei é universal; porém, a respeito de algumas coisas, não é possível exprimir-se corretamente em termos universais. Então, naquelas coisas nas quais é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazer isso de modo correto, a lei abrange o que vale na maior parte das vezes, não ignorando o erro cometido. Não por isso está menos correta: o erro, pois, não reside na lei, tampouco no legislador, mas na natureza da coisa, pois a matéria das ações é bem de tal tipo. Quando, assim, a lei se pronuncia em termos universais, mas a situação evolue em direção a algo que viola o universal na medida em que o legislador deixa algo de lado e errou ao se pronunciar de modo absoluto, é então correto retificar o que está inadequado, o que o próprio legislador declararia se estivesse presente aqui e, que se tivesse sabido, teria posto na legislação.⁶

A história da Hermenêutica pode ser contada desde, pelo menos, a partir do século XVII⁷, quando foi pela primeira vez nomeada como *arte da interpretação* e disciplina voltada à produção de técnicas interpretativas. Contudo, a preocupação com a interpretação de textos e outros símbolos remonta aos gregos, passando pela escolástica, até ter na palavra Hermenêutica uma referência em arcabouço de técnicas, preocupadas em esclarecer os sentidos de algo fruto da cultura humana. A figura de Hermes, como o deus grego responsável pela descoberta da linguagem e da escrita pela humanidade, tem significado central na etimologia da palavra *hermeneuien*, representando aquele que traduz o que não está acessível à inteligência humana. Hermes estava encarregado de mediar a comunicação entre deuses e homens, mas, afinal, soube-se apenas o que Hermes disse sobre o que os deuses disseram.

Seria possível um acesso direto à linguagem dos deuses? Reformulando essa pergunta para o Direito, seria possível o acesso imediato ao significado dos textos? Lenio Streck traz uma pergunta a mais: “se fosse possível esse ‘acesso direto’, que utilidade isso teria para os homens, que, definitivamente, não são deuses?”⁸

O uso mais antigo da palavra *Hermenêutica* refere-se aos princípios de interpretação teológicos, quando se tornou necessário a interpretação adequada dos textos sagrados. É na obra de Johann Conrad Dannhauer, chamada *Hermeneutica sacre sive methodus exponendarum*

⁶ ZINGANO, Marco. *Aristoteles: Ethica Nicomachea v1-15: tratado da justiça* / tradução e comentário de Marco Zingano; texto grego de Susemihl e Apelt (Leipzig, 1912). São Paulo: Odysseus, 2017.

⁷ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. UNISINOS. p. 23.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Apresentação: Eros Roberto Grau. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 451.

sacrarum litterarum de 1654⁹, que o termo *hermenêutica* é utilizado pela primeira vez na modernidade. A arte da interpretação também possui uma longa tradição em estudos filológicos e literários.

O Direito sempre esteve às voltas com a interpretação textual. Hans-Georg Gadamer destaca o exemplo da hermenêutica jurídica como um caso especial de compreensão dos textos, partindo da tensão originária entre disposição normativa geral e caso particular analisado pelo jurista¹⁰. Os textos ocupam um lugar central na atividade do jurista, pois a atividade envolve um contato com o passado e uma intermediação entre a generalidade da norma e o particular do caso concreto.

Conforme ressalta Paulo Grossi, cabia à figura do princípio *dizer a lei* na baixa idade média. *Lex* esta que não representava um conjunto sistemático de textos, mas um universo de produção normativa, que poderia ser conhecida a partir do costume popular, pela produção legislativa ou pela produção do princípio¹¹. A *interpretatio* é o primeiro ato de tradução das leis esparsas à aplicação no caso concreto:

Nestes termos, a tarefa de traduzir, ou seja, conceitos de trazer para o presente e para a língua dos presentes, o que disseram os antigos, é a primeira providência a ser tomada para tornar compreensíveis velhas leis. Esse traduzir *sentença-sentido* das leis (ou dos textos) constitui a primeira função dos juristas nos anos de tratava-se nascimento da "ciência do direito" universitária na Baixa Idade Média Européia, da qual somos herdeiros. De fato, é sob a denominação de *interpretatio* que se processa o desenvolvimento em meio da doutrina ou dogmática jurídica.¹²

A ideia de *dizer a lei* ou traduzir a norma para o caso concreto permaneceu viva na tradição jurídica ocidental, principalmente após os movimentos codificadores a partir do século XIX. No Brasil, durante o período monárquico, o jurista pernambucano Francisco de Paula Baptista (1811-1881) representa o ponto inicial da produção bibliográfica brasileira sobre hermenêutica jurídica. O intuito dos capítulos seguintes é analisar o que grandes autores brasileiros escreveram sobre interpretação judicial da lei, com um foco principal no brocardo

⁹ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 44.

¹⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2015. v. 1 p. 473.

¹¹ “As coisas são bem diferentes na nossa cultura medieval, na qual pouco importa quem a produz, ao passo que é muito mais importante o que a regra deve ser na essência para elevar-se a lex, ou seja, o que importam são seus conteúdos. As leges podem ser produzidas por uma pluralidade de sujeitos políticos: o *populus*, a *plebs*, o *senatus*, o *princeps*, a *civitas*, qualquer comunidade dotada de autonomia; falar-se-á tranquilamente de *lex scripta* ou *non scripta* [...]” GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. Tradução de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 168.

¹² LOPES, José Reinaldo de Lima. Da Interpretatio à interpretação: um percurso histórico e teórico. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 39, 2018. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.88593>. p. 5.

latino *in claris cessat interpretatio*, defendido no século XIX pelo autor pernambucano em seu *Compendio de Hermenêutica Jurídica para uso das Faculdades de Direito do Brazil* (1855). Essa expressão, em tradução livre, quer dizer: “a interpretação cessa quando há clareza”.

Qual é a importância do axioma para a história da interpretação jurídica? O que está por trás da frase? Pensando os dias de hoje, como ela reflete alguns problemas que a teoria da interpretação das normas ainda enfrenta?

É difícil precisar com exatidão a origem da expressão, que embora tenha se tornado conhecida em latim, não aparenta ter gênese no direito romano, como afirma Carlos Maximiliano¹³. Há um ensinamento de Paulo, jurista romano citado no *Digesto*, que afirma algo similar: *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quoestio* – “Quando nas palavras não existe ambiguidade, não se deve admitir pesquisa acerca da vontade ou intenção”.

Corroborando com Maximiliano, Túlio Alberto Álvarez afirma que não fazia parte da cultura romana pregar como regra uma interpretação unicamente literal:

Aunque no pueda precisarse su origen remoto con absoluta exactitud e identidad, podría comenzar el desmontaje de lo figurado mencionando que no puede señalarse una paternidad quiritoria en el aforismo. En efecto, el mismo no aparece expresamente en el texto sacramental del derecho romano; me refiero a su ausencia en el Digesto, específicamente el Liber L, en el que se trabaja “De verborum significatione” y “De diversis regulis iuris antiqui”; justo en la finalización de tan magna obra. Inclusive puedo establecer alguna contradicción con citas indubitadas contenidas en el mismo, como aquella en la que Ulpiano advierte que, aunque sea manifiesta la claridad del edicto del pretor, no debe descuidarse la interpretación respectiva¹⁴

O mais provável é que o brocado latino tenha sido formulado para a interpretação de disposições de última vontade, ou seja, na interpretação de testamentos. Maximiliano reforça a ideia: “Quem abra o *Digesto*, logo observa que a máxima de Paulo só se refere a testamentos, revela um respeito, talvez exagerado, pela última vontade.”¹⁵ O *Corpus juris civilis* que data do século VI d.C tem uma grande importância para a cultura jurídica do ocidente¹⁶, sendo uma grande preocupação à época, pois era uma segurança no cumprimento dos contratos celebrados

¹³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 38.

¹⁴ ÁLVAREZ, T. A. *In claris non fit interpretatio: ¿Puede considerarse este brocado un parámetro de interpretación constitucional?* Revista de la Facultad de Derecho, n. 74, 2021. Disponível em: <https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/rfderecho/article/view/4973>. Acesso em: 19 sep. 2024.

¹⁵ Op. cit., p. 38.

¹⁶ Como reapareceu o texto de Justiniano no Ocidente é ainda uma questão disputada entre os historiadores. Alguns atribuem o fato ao interesse da Cúria Pontifícia em restabelecer a herança imperial da Sé Romana. Sabe-se que na Itália do século VI, reconquistada por Justiniano, vigorara o direito romano recolhido no *Código*, no *Digesto*, nas *Novellae* e *Instituta*. Consta que tal extensão de vigência havia sido feita a pedido do papa Virgílio em 554 (decretada pelo imperador pela pragmática sanctio pro petitione Vigili). LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 111

entre os cidadãos. Não se buscava a intencionalidade do contratante, mas aquilo que estava expresso literalmente no pacto.

Foi na Escolástica, segundo Maximiliano, em que houve uma degeneração do Direito, a partir do momento em que os magistrados estavam mais preocupados com as produções doutrinárias produzidas pelos glosadores, homens que compilavam interpretações da lei, do que com o próprio texto legal. Surge, então, uma reação ao monopólio dos glosadores e um apelo ao texto legal. “Foi sob a influência desta reação necessária que abrolharam os aforismos conservadores: *In claris non fit interpretatio. – Lex clara non indiget interpretatione. – In claris non admittitur voluntatis quoestio.*”¹⁷

A brocardo vai ganhar nova força no século XVIII, com a Escola da Exegese Francesa e o Código Napoleônico, que trouxe em seu artigo 4º a proibição do magistrado de deixar de julgar um caso em razão de obscuridade da lei

A partir de 1800 la ley tiende a concebirse como la forma exclusiva de producción del derecho y... la interpretación queda reducida a una labor puramente intelectiva de descubrimiento del único sentido correcto de la norma. Por consiguiente, si el significado de la norma no ofrecía dudas, la búsqueda cesaba con la mera lectura del texto. En puridad in claris non fit interpretatio equivalía a postular una interpretación declarativa frente a cualquier intento de corrección extensiva o restrictiva¹⁸

A existência de normas claras deve afastar o ato interpretativo do magistrado? Qual é o alcance da interpretação? Ela ocorre de forma situacional ou está o magistrado sempre às voltas com o processo interpretativo? A tradição jurídica brasileira, desde Francisco de Paula Baptista, passando por Carlos Maximiliano, Alípio Silveira e Lenio Luiz Streck, trouxe diferentes respostas a como se constrói uma decisão judicial. Todos eles passaram pela questão do *in claris cessat interpretatio*.

As questões suscitadas pelo *in claris cessat interpretatio* podem ser observadas até hoje, visto que o ato de interpretar textos e suas consequências no Direito estão longe de representar um consenso na doutrina e jurisprudência. Alguns pontos de discussão atuais me parecem relevantes no que tocam o tema:

- a) Quando discutimos o Neoconstitucionalismo, juntamente com a ideia de texto constitucional e sua efetividade;

¹⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 39.

¹⁸ PRIETO SANCHÍS, L., **Ideología o interpretación jurídica**, Editorial Tecnos. Madrid, 1993, *op cit* MIRAUT MARTÍN, Laura. **Reflexiones en torno a la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos**. Anuario de Filosofía del Derecho, n. 19, p. 377-399, 2002. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10553/119009>. p. 381.

- b) A “cultura de precedentes” (supostamente) inaugurada pelo Código de Processo Civil de 2015 no Brasil e a figura das Súmulas Vinculantes.
- c) A *jurisprudencialização* do Direito ou, em outros termos, a disseminação do realismo jurídico na cultura jurídica brasileira.

Abordo brevemente cada um desses temas, no intuito de demonstrar a relevância ainda atual do tema da interpretação e sua dispensa em “casos claros”. Esse esforço tem como intenção destacar, para além da atualidade da discussão acerca da clareza dos textos jurídicos, os limites da atividade interpretativa do magistrado. Pontos que me parecem fundamentais até hoje, na moderna discussão sobre aplicação do Direito e criação do Direito.

1.1 NEOCONSTITUCIONALISMO E A DIFERENCIACÃO ENTRE TEXTO E NORMA

A expressão *Estado Pós-moderno* é cunhada por Jacques Chevallier para designar as diversas mudanças que passou a figura do Estado na organização da sociedade, principalmente a partir segunda metade do século XX. Apesar das diferenças de configuração estatal, a depender da região do globo, a partir deste século e mormente após às duas grandes guerras mundiais, o Estado apenas se expandiu em importância e impacto social. Antes visto com uma concepção liberal, de garantia das liberdades e da segurança em sociedade, o Estado passou a ter características de intervenção cada vez mais profundas em sociedade.

Contudo, apesar da guinada do Estado Social na segunda metade do século XX, esse movimento não passou incólume até os dias de hoje. Chevallier identifica crises nesse sistema:

O movimento aparentemente irresistível e irreversível de expansão estatal foi superado no último quarto do século XX, pela influência de duas dinâmicas, uma interna, outra externa, que se conjugaram: de um lado, influências diversas vão pesar no sentido de uma reavaliação da relação Estado/sociedade; de outro, a internacionalização vai tomar novas formas ao longo dos anos 1990, contribuindo para minar certas posições conquistadas pelo Estado.¹⁹

Essas transformações, de acordo com Chevallier, impactaram diretamente o âmbito jurídico. Pelo menos desde Hans Kelsen é possível identificar o Estado como uma entidade jurídica, inseparável do conceito de Direito. A ideia de ordenamento normativo é, desde a criação dos Estados, uma expressão absoluta do racional em uma dada sociedade. O autor afirma que a normatividade jurídica se tornou, assim, vetor da racionalidade social: “é racional aquilo que é conforme as normas jurídicas, em virtude do postulado segundo o qual as normas,

¹⁹ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno** = L’Étatpost-moderne. Prefácio de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 29.

elas próprias, são racionais.”²⁰ A sociedade repousa confiança absoluta na instituição do Direito como ordenador de condutas em comunidade.

Com o florescimento dos direitos sociais e sua posterior crise, o Direito moderno teve suas fundações abaladas. O Estado intervencionista, em um primeiro momento, requereu do Direito uma série de mudanças e adaptações no seu caráter liberal.

Um direito novo, então, apareceu, um direito “intervencionista” (N. LUHMAN), concebido como um instrumento de ação nas mãos do Estado, colocado a serviço da realização de políticas públicas e visando não mais a enquadrar os comportamentos, mas a atingir certos objetivos e a produzir determinados efeitos econômicos e sociais; enquanto o direito moderno “de tipo formal” garantia a autonomia dos atores sociais, esse direito novo, “de tipo material” e “de tipo reflexivo”, manifestará “concepções regulatórias”, buscando agir sobre os equilíbrios sociais.²¹

A realização de políticas públicas previstas na legislação forçou a comunidade jurídica a desenvolver algumas novas teses acerca do novo tipo de teoria constitucional que germinava na sociedade ocidental. Um novo movimento se disseminou na Europa, que posteriormente chegou no Brasil. As cartas constitucionais passaram a prever normas principiológicas em seus textos, algumas vezes trazendo um catálogo de princípios de ordem liberal e social.

Neste contexto, o direito constitucional toma novas matizes, sendo alçada a verdadeira disciplina estruturante do ordenamento jurídico. A Constituição passa a ter um papel central na organização estatal e na consolidação de direitos em sociedade. Até o século XIX, as constituições operavam em uma lógica ligada ao Estado Burguês, de caráter apenas liberal e não previa objetivos a serem alcançados pelos Estados. Com o Estado Social, afirma Bonavides, a Constituição passa a ter um papel mais “adaptativo e estabilizador de sancionar, mediante a legalidade ou juridicidade, todas as transformações já feitas ou transcorridas no âmbito da sociedade.”²²

Com o fim das duas grandes guerras e a derrocada dos regimes totalitários, a Europa se viu às voltas com um problema em suas mãos: Como pôde o Direito permitir tantas barbaridades? O sistema jurídico falhou. O que fazer dele daqui em diante? Pensou-se que a solução seria romper com o positivismo formalista, culpando-o pela rigidez nas interpretações legais que permitiram genocídios. Surge uma onda de pensadores que vão estruturar uma teoria, hoje conhecida como *neoconstitucionalismo*, que busca dar conta das mudanças inauguradas pelas novas cartas constitucionais. É possível dividir as propostas do *neoconstitucionalismo* em

²⁰ Ibid., p. 120.

²¹ Ibid., p. 121.

²² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 172.

três: a) Novos textos constitucionais; b) Nova Teoria da Constituição; e c) Nova Postura Jurisprudencial.²³

Falar em *neoconstitucionalismo* é ir além de um modelo liberal de Constituição, mas uma transição para um Estado provedor, que se preocupa também em manter as bases de uma democracia e com o bem estar social do povo. No Brasil isso é fácil de ser observado: antes da Constituição de 1988, o país passou por 21 anos de regime autoritário, onde garantias individuais eram limitadas por decretos legais. O que se tinha era uma mentalidade de apego à política liberal, sendo apenas com o advento de Constituinte e a redemocratização que direitos sociais hoje importantíssimos foram levados a sério, como o Sistema Único de Saúde.

O movimento chamado de *neoconstitucionalismo* pode ser entendido como uma teoria que busca dar conta das mudanças ocorridas no âmbito político e jurídico, onde as cartas constitucionais tomaram primazia no ordenamento jurídico e incorporaram valores morais ao seu texto. Na linha do que afirma Miguel Carbonell:

El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas "materiales" o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos.

Además, estas constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sobre todo por la profundidad y el grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos.²⁴

O que nos interessa para este trabalho é destacar as críticas realizadas pela doutrina *neoconstitucionalista* acerca da concepção positivista do Direito, fundadas na ideia de que positivismo jurídico identifica lei à norma jurídica. Ou seja, os defensores da nova corrente defendem que o positivismo legalista – aquele que afirma a possibilidade de se interpretar o ordenamento jurídico baseado em uma significação literal do texto jurídico – foi responsável por todo atraso e barbáries cometidas nas duas grandes guerras mundiais e pelas ascensão dos regimes totalitários do século XX.

Dois são os problemas identificados por Abboud e Oliveira acerca do *neoconstitucionalismo*:

²³ Miguel Carbonell *apud* STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 Verbetes Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos. p. 249.

²⁴ CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Eds.). **El canon neoconstitucional**. España: Trotta, 2010. p. 161-162.

primeiro, o diagnóstico equivocado de que o principal problema do direito no período imediatamente anterior à 1945 dizia respeito ao formalismo derivado de uma concepção jurídica baseada em um legicentrismo que apartou os problemas jurídicos das questões ligadas à justificação filosófica do direito, da ética e da justiça; segundo, a descrição do protagonismo judiciário como uma consequência da “descoberta” europeia da supremacia judicial dos estadunidenses, esconde aquilo que pode ser considerado o principal elemento relacionado à questão separação de poderes: a pretensão de limitação do exercício do poder político.²⁵

O que se buscou foi uma proposta que superasse o positivismo jurídico tradicional, apostando muito na criação judicial do Direito por parte do magistrado, o que dá ao intérprete uma grande dose de liberdade. Apenas no final da década de 1990 o termo começou a ser utilizado e difundido. Um dos pilares do *neoconstitucionalismo* é uma aposta na discricionariedade judicial. Sendo comum, a partir de então, a frase de que “O juiz boca da lei morreu, nasce agora o juiz dos princípios”, em que a interpretação é elástica e essencialmente dada pelos tribunais.

No Brasil, a proposta chegou a partir de uma concretização dos direitos constitucionais por via do judiciário, um direito constitucional da efetividade. De acordo com Lenio Streck, um dos grandes problemas da recepção brasileira do *neoconstitucionalismo* foi a equiparação de princípios a valores.

Tem-se visto que, sob a bandeira “neoconstitucionalista”, defendem-se, ao mesmo tempo, um Direito constitucional da efetividade; um Direito assombrado pela ponderação de valores (de princípios, de regras e até mesmo de interesses); uma concretização ad hoc da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo “neo” em diversas ocasiões, como neoprocessualismo e neopositivismo. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o Direito justo (vide, nesse sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual). Eis o equívoco de quem quer transformar o Direito em um valor ou em valores. Fazer isso é a forma mais sofisticada de negá-lo. Transformar o Direito em valor ou aderir à tese de que princípios são valores é tornar o Direito em um ato de vontade, embora a referência a valores, no plano filosófico, deveria remeter sempre a uma questão externa ao sujeito-intérprete.²⁶

Para Streck, valores possuem uma densidade conceitual fluida, que permitem ao magistrado investigar de forma subjetiva uma ordem moral e que pode não estar abarcada pelo

²⁵ ABBOUD, Georges; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Neoconstitucionalismo: vale a pena acreditar? *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 7, n. 12, p. 196–214, 2020. Disponível em: <https://abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/116>. Acesso em: 23 jul. 2024. p. 197.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: 50 Verbetes Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos – Letramento. p. 250.

texto constitucional. Princípios, em uma leitura hermenêutica adequada, são diferentes, pois agem como limitadores interpretativos e definidores de relações jurídicas.

A ponderação passa a ocupar lugar de destaque nos julgados do Supremo Tribunal Federal brasileiro. A aposta em ponderação de princípios e uma aposta no ativismo judicial resultou em uma postura subjetivista de muitos tribunais no mundo, o que não é diferente no Brasil. Desde a Constituição de 1988, onde há um catálogo extenso de direitos individuais e coletivos, o constituinte assumiu o ônus de resgatar o Brasil de muitas mazelas sociais e promover objetivos que visam combater desigualdades sociais e regionais. Para os *neoconstitucionalistas*, ficou a cargo do judiciário a concretização destes objetivos, mesmo que exista uma lacuna legislativa que possa dar conta de definir as políticas públicas de forma pormenorizada.

Essa postura, caracterizada pela crença de que cabe ao judiciário ser um motor da história, é causadora de diversos problemas e mazelas em uma democracia que se propõe estável. Luis Roberto Barroso, atualmente presidente do Supremo Tribunal Federal e um dos principais nomes dessa corrente teórica no Brasil, escreveu um artigo que afirma o papel da Suprema Corte brasileira como detentora dos papéis de *Contramajoritária, Representativa e Iluminista* na sociedade. Neste artigo, o Ministro Luis Roberto Barroso afirma que a linha entre o Direito e a Política é tênue, e afirma que a decisão judicial, entendida nos dias de hoje sob a égide das novas constituições, deve abandonar o antigo formalismo, que entendia a decisão judicial como um processo neutro:

Já no plano da aplicação do Direito, sua separação da política é tida como possível e desejável. Tal pretensão se realiza, sobretudo, por mecanismos destinados a evitar a ingerência do poder político sobre a atuação judicial. Para blindar a atuação judicial da influência imprópria da política, a cultura jurídica tradicional sempre se utilizou de dois grandes instrumentos: a independência do Judiciário em relação aos órgãos propriamente políticos de governo; e a vinculação ao Direito, pela qual juízes e tribunais têm sua atuação determinada pela Constituição, pelas leis e pelas categorias convencionais próprias da teoria e da técnica jurídicas. Essa separação entre Direito e política é potencializada por uma visão tradicional e formalista do fenômeno jurídico. Nela se cultivam crenças como a da neutralidade científica, da completude do Direito e a da interpretação judicial como um processo puramente mecânico de concretização das normas jurídicas, em valorações estritamente técnicas. Tal perspectiva esteve sob fogo cerrado ao longo de boa parte do século passado, tendo sido criticada por tratar questões políticas como se fossem linguísticas, e por ocultar escolhas entre diferentes possibilidades interpretativas por trás do discurso da única solução possível.²⁷

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171–2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 20 set. 2024. p. 19.

Luis Roberto Barroso representa o que ficou conhecida como *doutrina da efetividade constitucional*. O autor sustenta que a Constituição de 1988 significa um marco da história jurídica brasileira, depois de um longo período de inefetividade das normas. Influenciado por autores como Konrad Hesse e Raymundo Faoro, Barroso sustenta que antes de 1988 houve uma pré-história constitucional, marcada por elites econômicas que não permitiram a concretização dos objetivos constitucionais desde 1824. Lynch e Mendonça elaboraram críticas às teorias de base da doutrina da efetividade, em razão de um esquecimento da história constitucional brasileira e uma suposta inefetividade das instituições criadas pelas Constituições anteriores²⁸.

Ao invés de uma superação do paradigma positivista, em busca de uma maior racionalidade na interpretação e no controle do poder, o *neoconstitucionalismo* fortaleceu sobremaneira o judiciário. Acontece que autores como Écio Oto, Susanna Pozzolo, Prieto Sanchís, Sastre Ariza, Paolo Comanducci e Ricardo Guastini imaginaram o *neoconstitucionalismo* como um pós-positivismo. Contudo, o paradigma que propuseram superar foi apenas aquele positivismo exegético, ou, como afirma Luigi Ferrajoli, o *paleojuspositivismo*²⁹.

Em nome de uma interpretação que possa comportar as mudanças sociais e as novas constituições garantidoras de direitos, autores *neoconstitucionalistas* acabaram abrindo espaço para um decisionismo e um critério muito amplo de liberdade do magistrado frente ao texto normativo. Aqui, é evidente a expressão contrária ao *in claris cessat interpretatio*, já que valores como Justiça, Equidade, Efetividade tomam conta da hermenêutica jurídica marcada por princípios.

Importante deixar registrado que essas posturas não superam, efetivamente, os diversos positivismos jurídicos, que em maior ou menor medida acabam conferindo ao magistrado uma margem de discricionariedade judicial. Não é diminuindo a força do texto normativo que poderemos ter decisões judiciais com maior segurança jurídica. A grande crítica feita por Ronald Dworkin na década de sessenta^{30 31} denuncia o que o positivismo de autores como H. L. A. Hart fracassava ao abrir uma margem de discricionariedade na decisão judicial.

²⁸ LYNCH, Christian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 942–973, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/25654>. Acesso em: 28 set. 2024. p. 994-1002.

²⁹ STRECK, L. L. O Constitucionalismo no Brasil e a necessidade da insurgência do novo: de como o neoconstitucionalismo não supera o positivismo. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 11–28, 2013. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/23>. Acesso em: 20 set. 2024. p. 12.

³⁰ DWORKIN, Ronald M. The model of rules. *University of Chicago Law Review*, v. 35, n. 1, p. 14-46. 1967. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol35/iss1/3>. Acesso em: 3 jul. 2024.

³¹ DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Belknap, 1995.

Em um artigo bastante conhecido, o professor Lenio Streck desmistifica a crença de que o positivismo jurídico está identificado com uma interpretação literal do texto, pois, *aplicar a letra da lei não é uma atitude positivista*³². Hans Kelsen, um autor conhecido como um positivista *hardcore*, também não pode ser enquadrado na tese de que o positivismo jurídico pugna um apego cego à lei. Ao contrário, mesmo Kelsen (de forma similar a H.L.A Hart), afirma que a legislação possui vagueza em algumas situações e caberá ao juiz complementá-la com certa dose de liberdade.

Parece-me nítido que a discussão acerca do *in claris cessat interpretatio* toca em pontos importantes sobre como entendemos o papel dos magistrados frente aos novos textos constitucionais. Quais são os limites do texto e o quanto ele vincula na decisão judicial?

Seguindo as lições de Hans-Georg Gadamer, Lenio Streck defende a tese de que o ato de compreensão envolve, necessariamente, um ato de interpretação e aplicação. A lição que o autor expõe em *Verdade e Método* chamada *applicatio*. A tradição hermenêutica antes de Gadamer dividia o contato com os textos na forma de *subtilitas intelligendi* (compreensão), *subtilitas explicandi* (interpretação) e, com o pietismo, *subtilitas applicandi* (aplicação). Três momentos que seriam característicos do ato comprensivo³³. Gadamer pugna por uma recolocação desta ordem em um processo unitário; compreender é interpretar e é, também, aplicação.

Com ajuda da hermenêutica filosófica, Lenio Streck incorpora no Brasil os cânones da virada ontológico-linguística e reafirma a impossibilidade de deixar a interpretação ausente no ato de compreender. Contudo, esses atos conjuntos estão inseridos em um todo linguístico que é a *tradição*, que sob eles exerce uma influência, não podendo mais ser defensável uma visão que vá para o objetivismo em busca de essências ou um subjetivismo que assujeite a lei ao intérprete. Aquilo que Ernildo Stein defende: a hermenêutica como uma terceira cadeira, que se põe entre subjetivismo e objetivismo, “é uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem”³⁴.

Penso que um estudo sobre a história da hermenêutica jurídica brasileira é de suma importância para refletirmos sobre as diversas teorias da interpretação. A relevância dessa discussão é importante até os dias de hoje, visto que o termo *in claris cessat interpretatio* ainda

³² STRECK, L. L. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158–173, 2010. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em: 20 set. 2024.

³³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2015. v. 1. p. 459.

³⁴ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 48.

é utilizado pelos tribunais brasileiros. Em pesquisas, encontrei exemplos de utilização no TRF-1³⁵ e no STJ³⁶. Artifício que, ainda hoje, utiliza-se como fundamentação de decisão judicial. A questão da interpretação e seus limites é um dos pontos principais de estudo da hermenêutica jurídica e filosófica, sendo premente desenvolvermos estudos de como o juiz “acessa o Direito” ou como o “Direito é expresso na norma”.

1.2 DAS SÚMULAS VINCULANTES E “CULTURA DE PRECEDENTES”

Introduzidas pela Emenda Constitucional 45 de 2004, as súmulas vinculantes estão presentes no artigo 103-A da Constituição Federal³⁷. A mudança constitucional ocorre em um contexto de Reforma do Judiciário, quando já se observava o aumento exponencial de demandas judiciais que chegavam ao Supremo Tribunal Federal. O objetivo das súmulas está exposto claramente no § 1º do artigo 103-A: “A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública...”.

Houve um claro motivo pragmático de desafogar a corte constitucional brasileira de controvérsias interpretativas sobre a lei, criando-se a possibilidade de fixação do sentido interpretado pelo Supremo Tribunal Federal³⁸. Alguns autores sustentaram que a instituição das súmulas vinculantes estaria ligada à tradição de *stare decisis* e de precedentes do *common law* anglo-saxão. Contudo, para autores como Georges Abboud, as súmulas vinculantes mais se assemelham aos assentos portugueses³⁹.

³⁵ BRASIL. TRF 1. AC 0005898-49.2008.4.01.4300, Juiz Federal Leão Aparecido Alves, TRF1 - Quinta Turma, e-DJF1 27/11/2015. p. 1168.

³⁶ BRASIL. STJ. Recurso Especial nº 1.387.683 - DF (2013/0007525-9). Relator: Ministro Sidnei Beneti. Acórdão, 6 de agosto de 2013. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300075259&dt_publicacao=20/03/2014. Acesso em 10 de agosto de 2024.

³⁷ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

³⁸ LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 5.

³⁹ ABBOUD, Georges. **Constituição Federal Comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 811.

As súmulas vinculantes são alvo de muitas críticas por boa parte da doutrina jurídica brasileira. Aqui, meu foco será nas críticas de cunho hermenêutico do instituto, visto que há uma cristalização de sentido por parte da corte constitucional e uma verdadeira vinculação dos tribunais inferiores e administração pública a uma intepretação *autêntica* da norma jurídica.

Ocorre que na aplicação do direito judicial, parcela do pensamento jurídico é refratária ao acesso hermenêutico ao direito, acreditando que a função do jurista ainda é a de descobrir um sentido que está velado na vontade da lei. Dessa forma, equivocadamente se comprehende o STF como único intérprete autêntico da Constituição Federal ao emitir a súmula vinculante, tornando o conteúdo sumular em ponto de chegada, quando na realidade, a súmula por diversas vezes é elemento estruturante do argumento das partes para formação da decisão.

Essa visão tradicional é refratária ao acesso hermenêutico, porque ignora que o direito deve ser concretizado em cada caso concreto e não apenas através de uma subsunção de fatos a previsões normativas, dessa maneira, passa-se a acreditar que a súmula vinculante, uma vez editada, resolveria diversos casos idênticos, mediante um simples silogismo⁴⁰

A introdução das súmulas vinculantes ao ordenamento jurídico brasileiro não se manteve sozinha. Com o Código de Processo Civil de 2015, alguns autores sustentaram que estava sendo introduzida no país uma “cultura de precedentes”, com objetivo de estabilizar a jurisprudência brasileira. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero representam um grupo de juristas que defendem como salutar para a jurisdição brasileira a adoção de certos conceitos do *common law*. Com o Código de Processo Civil de 2015, firmou-se uma tentativa de estabilização da jurisprudência brasileira a partir dos artigos 926 e 927⁴¹.

Dado que o material legislativo, o texto normativo, é naturalmente poroso e comporta diversas interpretações, caberia aos Tribunais Superiores (STF e STJ) a fixação de interpretações vinculativas às demais cortes e juízes de primeiro grau. Essa seria uma saída para evitar uma insegurança jurídica gestada pelo formalismo exegético.

⁴⁰ ABOUD, Georges. **Constituição Federal Comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 820.

⁴¹ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Os precedentes cobrem não só o campo da interpretação integrativa, mas também o da interpretação em geral- se de um modo geral os textos jurídicos são equivocos e as normas são vagas (daí a dupla indeterminação do direito), então é forçoso reconhecer que todo e qualquer ato interpretativa enfrenta problemas de equivocidade⁴².

E continuam, ainda na mesma página:

A jurisprudência é produto do trabalho das Cortes de Justiça - isto é, dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais. A função dessas Cortes não formar precedentes - é prolatar decisões justas e, em sendo o caso, efetivá-las adequada e tempestivamente. As Cortes de Justiça são Cortes de controle e de jurisprudência interpretam e aplicam o Direito, controlando o trabalho realizado pelos juízes d primeiro grau, e produzem jurisprudência. Ao julgar os casos, porém, essas Corte evidenciam possíveis soluções para os problemas interpretativos nesses encerrado⁴³.

Aqui parece existir uma nítida cisão no papel jurisdicional. As cortes superiores, sim, interpretam as normas constitucionais e infraconstitucionais. O restante do aparato judiciário estará obrigado a aplicar as decisões fruto de controvérsia, devendo decidir com *justiça*. As cortes superiores existem “para interpretar o direito constitucional (STF) e o direito federal (STJ), outorgando adequado sentido aos textos, e para orientar a interpretação dos demais órgãos do Poder Judiciário e da sociedade civil”⁴⁴. São cortes de precedentes, finaliza os autores.

O Ministro Edson Fachin corrobora com o entendimento de parte da doutrina sobre a adoção do CPC/2015 por teorias tradicionais do *common law*. Ao prolatar seu voto no RE 655265 / DF, o Ministro afirma:

Reforça essa conclusão a leitura do novo Código de Processo Civil e da doutrina especializada. Acerca deste ponto lembra o citado professor que o artigo 926 traça importante diretriz para o Judiciário, de cujo caput retira-se: “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Ainda há em seus parágrafos duas orientações que reforçam a adoção da teoria do *stare decisis* por nosso sistema: “(os Tribunais) editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante” (§1º, art. 926, CPC) e que ao editá-los “devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (§2º, art. 926, CPC)⁴⁵.

O ministro chega a citar Marinoni, Arenhart e Mitidiero em sua decisão, demonstrando o quanto forte é a influência desses autores nos tribunais brasileiros. A solução para uniformizar a jurisprudência partirá de dois pilares principais: As súmulas vinculantes e o “sistema de

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 150.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 150.

⁴⁴ Ibid., p. 151.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 655265 / DF - Distrito Federal. Recurso Extraordinário. Relator: Ministro Luiz Fux. Redator do acórdão: Ministro Edson Fachin. Julgamento em 13 de abril de 2016. Publicado em 05 de agosto de 2016. Órgão julgador: Tribunal Pleno. p. 7.

precedentes”. As cortes superiores produzirão enunciados em forma de texto, com caráter genérico, que vinculará os tribunais inferiores, produzindo uma lógica de órgãos que emitem *interpretações autênticas da norma*.

O professor Lenio Streck é um ferrenho crítico a esta – suposta – “cultura de precedentes” que os autores propõem implantar no Brasil. Para o autor gaúcho, há uma série de problemas na ideia de precedentes que são criados para o futuro através de teses genéricas. Há um problema metodológico, assentado na ideia de que é possível aplicar um texto sem interpretá-lo. Há um equívoco da doutrina brasileira em achar que um precedente deve ser formado através de uma autoridade imposta pelo tribunal, ao invés de exercer sua força pela fundamentação jurídica. E, por fim, há um engano em concluir que o CPC de 2015 pretendia instituir uma “cultura de precedentes” no Brasil⁴⁶.

No Brasil, parte da doutrina — e acima já se viu uma amostra — pensa assim: já que, como está, não dá mais, o melhor a fazer é delegar para o STF e o STJ o poder de fixar as teses, que servirão de precedentes. Minhas críticas continuam com a mesma matriz que sempre lidei: juiz não constrói leis. Não produz Direito. Nem o STF ou o STJ produzem Direito. Mas isso não significa que o juiz ou tribunal não realizem ato de interpretação na aplicação do Direito⁴⁷.

Se os textos são *naturalmente indeterminados*, como afirma a doutrina majoritária que apoia os precedentes à brasileira, o que garante que com enunciados formulados por Tribunais Superiores a jurisprudência será pacificada? Não são, os precedentes, também textos jurídicos? Nesse sentido, pugnado pelos autores Marinoni, Arenhart e Mitidiero, os precedentes judiciais nada se diferenciam dos textos legislativos produzidos pelo Congresso Nacional.

Nesta discussão o que mais me interessa é pontuar a primeira das críticas trazidas pelo professor Lenio Streck: a cisão entre interpretação e aplicação do Direito quando falamos sobre a lógica dos precedentes. Um precedente ou uma Súmula vinculante desobrigará um tribunal inferior a interpretar? Incidiria, aqui, o brocardo *in claris cessat interpretatio?*

O professor Lenio Streck toca nesse assunto, por sua teoria estar em constante contato com os postulados de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer:

Parece que falta, na análise feita pelos autores em tela, uma dose de wirkungsgeschichtliches Bewußtsein (consciência da história efetual). Sendo mais claro: trata-se de não desprezar ou deflacionar a responsabilidade histórica que é reconhecer que "existir é interpretar". Do contrário, corremos o risco de reproduzir o que há de pior nas tradições que ainda constituem internamente a sociedade. Daí a

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica:** O Sentido da Vinculação no CPC/2015. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 14.

⁴⁷ Ibid., p. 18.

diferença entre pré-compreensões autênticas, enquanto condições de possibilidade de avanço na construção histórica de sentido, e meros pré-conceitos arraigados, inautênticos, que obstaculizam, não apenas o co-nhecer, mas o pensar, obstruindo o aprendizado histórico de construção do sentido da verdade, mas também do justo, do correto e mesmo do belo em sociedade⁴⁸

A adoção de súmulas vinculantes e a popularização cada vez maior da “cultura de precedentes” na comunidade jurídica brasileira representam a adoção de um caminho perigoso para a hermenêutica jurídica. Digo isto, então, tomando como exemplo os *assentos* portugueses, alvo de críticas ferrenhas por Castanheira Neves e que possuem uma similaridade com o que se passa no Brasil. Uma tentativa de *entificação* dos sentidos nos textos, uma busca por uma objetividade formalista da jurisprudência, separando questões de fato e questões de direito (como se fosse possível realizar tal divisão).

Georges Abboud⁴⁹ e Lenio Streck⁵⁰ já denunciam a tentativa de tornar as decisões judiciais cada vez mais mecânicas, sob o argumento de que o Judiciário brasileiro está abarrotado e precisa ter maior eficiência. Mas eficiência em nome de quê? Castanheira Neves afirma que existe dois tipos de *certezas* que podem ser buscadas em um processo hermenêutico frente ao texto normativo. O primeiro tipo é aquele fruto de uma “pré-determinação do normativo jurídico, que possibilita o seu conhecimento *certus* e postula um esquema de aplicação do direito que permite previsibilidade e, porventura, o cálculo”⁵¹. Um segundo sentido será construído de forma não contraditória como o ideal de *justiça*; é uma certeza buscada no sentido de uma “estabilização histórico-cultural”, uma busca por racionalidade de construção intersubjetiva da jurisprudência a partir de fundamentação e não de imposição⁵².

A escolha de parte da doutrina e do judiciário é claramente pelo primeiro tipo de certeza, o que fragiliza o Direito e coloca em xeque o processo interpretativo do magistrado frente ao caso concreto. Nesta quadra da história, a adoção de súmulas e precedentes que intentem estabilizar a jurisprudência a partir de enunciados genéricos, com o dever de aplicação por parte dos tribunais inferiores, me parece uma clara repristinação do *in claris cessat interpretatio*. Desta vez quem fixa o sentido do texto são as chamadas “Cortes de vértice”.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica:** O Sentido da Vinculação no CPC/2015. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 72.

⁴⁹ ABOUD, Georges. **Constituição Federal Comentada.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 822.

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 369.

⁵¹ CASTANHEIRA NEVES, A. **O instituto dos ‘assentos’ e a função jurídica dos supremos tribunais.** Coimbra: Coimbra Ed, 1983. p. 36-37.

⁵² Ibid., p. 38.

1.3 REALISMO JURÍDICO E CETICISMO NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS: QUANTO VALE UM TEXTO?

Os séculos XVIII e XIX foram profícuos na expansão das ciências naturais e grandes avanços científicos se deram em muitas áreas. Todo o movimento iluminista marcou uma virada no pensamento ocidental a partir de novas tendências de pensamento. A Física newtoniana impulsionou o conhecimento científico e o modo do ocidente ver os fenômenos naturais. Na Biologia, a teoria darwiniana redefiniu paradigmas de como o ser humano entendia a vida. Essas mudanças avassaladoras impactaram também as Ciências Humanas que, em um ímpeto de também dar respostas à sociedade, emularam alguns dos métodos científicos próprios das Ciências Naturais.

A Filosofia e outros ramos do conhecimento que têm como “objeto” de estudo o ser humano e sua interação em sociedade passaram a experimentar uma nova visão de entender os fenômenos. O empirismo é um dos aspectos desse novo modo de entender o mundo. Autores como Hobbes, Locke e Hume tratam a percepção sensorial como a grande pedra de toque da mente humana que, através de estímulos externos, traduz o que entende por meio da linguagem⁵³. Essa visão considerada *naturalista* chega ao Direito a partir de uma crítica ao jusnaturalismo e à possibilidade de que os textos normativos possam representar uma instância racional legítima de ordenação em sociedade. O que importa é analisar condutas, movimento, resultado.

O naturalismo na filosofia do direito, portanto, será algo muito diverso do jusnaturalismo, ou seja, de teorias sobre direito natural. Também não pode ser assimilado ao positivismo jurídico, especialmente ao positivismo do século vinte, que será, como veremos, em sua maior parte, uma linhagem teórica oposta ao naturalismo e ao realismo. O que unifica as concepções filosóficas naturalistas é a adesão a um método de construção do conhecimento contínuo ao método científico, cujo caso paradigmático de sucesso encontra-se nas “ciências naturais”⁵⁴.

Contra a metafísica jusnaturalista e o formalismo positivista, surge uma corrente jurídica denominada de realismo jurídico. Não será possível, nestas poucas linhas, explorar a fundo as diversas vicissitudes desse movimento, mas procuro demonstrar alguns traços essenciais desta corrente e quais características interessam para o desenvolvimento da pesquisa.

⁵³ JUNG, Luã Nogueira. **Verdade e Interpretação:** hermenêutica filosófica como alternativa ao naturalismo e ao relativismo. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2021. p. 28.

⁵⁴ REIS, L. S. Realismo Jurídico. Em: MURATA, Daniel Peixoto; MORBACH, Gilberto (Org.). **Curso de Filosofia do Direito Contemporânea**. São Paulo: Dialética, 2024. p. 113.

De acordo com Lenio Streck, o realismo jurídico – em sua versão estadunidense e escandinava – pode ser identificado a partir de algumas características:

Afirmam que juízes exercem uma atividade criativa sobre o Direito;
Assumem uma atitude científica direcionada à observação dos fatos sociais;
Criticam os conceitos jurídicos tradicionais e as normas entendidas em sentido tradicional, e advogam que essas últimas nada mais seriam que “profecias” a indicar o que os tribunais provavelmente irão fazer [...]⁵⁵.

Em suma, essa corrente jurídica defende que as normas textuais positivadas pelo legislador representam apenas previsões de como os juízes vão decidir o caso concreto. No final das contas a norma jurídica surge apenas na sentença judicial e é através dela que podemos identificar o Direito. Tudo quanto existe antes da sentença são predições que influenciam a tomada de decisão, mas não constituem o cerne da norma.

As teses realistas ligadas ao direito compartilham uma premissa epistemológica de que a interpretação judicial é desprovida da capacidade de chegar à alguma possibilidade de objetividade. Estão ligadas à uma concepção empirista de verdade, pois o que importa é aquilo que está no mundo. As Ciências Humanas fariam parte de um “mundo interno”, ou seja, partem da premissa de que os enunciados jurídicos não têm referência na realidade. E, para que possamos comprovar determinada proposição, é preciso ela seja comprovada através de fatos externos possíveis de captação pelos sentidos humanos⁵⁶. O que acontece no “mundo interno” do sujeito é tido como apenas expressão subjetiva e de pouca científicidade.

Uma das principais bandeiras do realismo jurídico de autores como Alf Ross, Olivecrona e Oliver Wendell Holmes é uma oposição ferrenha a qualquer argumento metafísico no direito. O que importa são os fatos brutos, analisados de forma pretensamente neutra; trata-se de uma concepção fisicalista da realidade. Não é à toa que a máxima do realismo jurídico é: “O direito é aquilo que os tribunais dizem que é”, o direito nasce através do pronunciamento judicial. É uma vertente da teoria do direito que professa uma *antiteoria*, visto que seria impossível um raciocínio jurídico alcançar algum conhecimento “faticamente demonstrável”.

Devemos lembrar que desde Descartes as qualidades físicas dos objetos têm sido consideradas absolutamente objetivas e, portanto, invulneráveis à subjetividade. As qualidades físicas, por não dependerem em nada da subjetividade, podem ser

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 Verbetes Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos - Letramento. p. 377.

⁵⁶ MICHELON JR., Cláudio Fortunato. **Aceitação e Objetividade**: Uma Comparaçāo entre as Teses de Hart e do Positivismo Precedente sobre a Linguagem e o Conhecimento do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 63.

compreendidas tanto por homens que vivem em nosso planeta como por um astronauta de um planeta distante. As qualidades não-físicas que atribuímos as coisas são meramente subjetivas e não fazem parte do mundo real. Para o Realismo Escandinavo, as afirmações sobre entidades e qualidades não-físicas não dizem nada sobre o mundo em que nos vivemos e, por esta razão, os termos e enunciados jurídicos dizem nada sobre o mundo⁵⁷.

Uma das críticas mais famosas ao realismo jurídico foi desferida por H. L. A. Hart em seu *The Concept of Law* (1961), em que o autor britânico dedica o capítulo VII para falar sobre o ceticismo quanto às normas jurídicas. Hart afirma que todo sistema jurídico deixa um campo vasto de liberdade para que autoridades exerçam um poder discricionário quando estiverem diante de uma norma de textura aberta, ou seja, quando não há uma possibilidade de aplicação imediata do dispositivo legal ao caso concreto analisado. Contudo, o positivista discordará da visão realista quanto ao peso de influência destas normas, irá afirmar que há um ceticismo quanto à vinculação que as autoridades estão submetidas ao ordenamento jurídico⁵⁸.

Hart afirma que é absurdo dizer que existem apenas decisões tomadas por tribunais, negando que o texto normativo exerce algum tipo de coação à decisão das autoridades. Há uma incoerência gigante no realismo jurídico ao afirmar que o direito é apenas a representação daquilo que é emitido pelo tribunal. Como explicaria as normas jurídicas que fundamentam a própria existência das cortes judiciais? Existe direito antes da sentença judicial, se não, o que dá legitimidade ao judiciário? A partir da ideia de *norma de reconhecimento*, o autor britânico vai sustentar que normas jurídicas não servem, em um Estado, apenas para prever como as cortes vão decidir, mas para servirem, também, como verdade padrões de comportamento socialmente aceitos⁵⁹.

Há, aí, um dilema segundo Hart: ou estamos diante de um sistema jurídico em que há um “paraíso dos conceitos”, e toda interpretação poderá ocorrer por subsunção, através de um formalismo; ou não existem, de maneira alguma, normas anteriores aos julgamentos proferidos pelas cortes de justiça. Para esclarecer o absurdo defendido pelo realismo jurídico, o autor

⁵⁷ MICHELON JR., Cláudio Fortunato. **Aceitação e Objetividade:** Uma Comparaçāo entre as Teses de Hart e do Positivismo Precedente sobre a Linguagem e o Conhecimento do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 86.

⁵⁸ “It may seem strange that the contention that rules have a central place in the structure of a legal system could ever be seriously doubted. Yet ‘rule-scepticism’, or the claim that talk of rules is a myth, cloaking the truth that law consists simply of the decisions of courts and the prediction of them, can make a powerful appeal to a lawyer’s candour.” HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 1997. p. 136.

⁵⁹ “Yet, even if we suppose the denial that there are rules and the assertion that what are called rules are merely predictions of the decisions of courts to be limited in this way, there is one sense, at least, in which it is obviously false. For it cannot be doubted that at any rate in relation to some spheres of conduct in a modern state individuals do exhibit the whole range of conduct and attitudes which we have called the internal point of view. Laws function in their lives not merely as habits or the basis for predicting the decisions of courts or the actions of other officials, but as accepted legal standards of behaviour.” HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 1997. p. 137.

utiliza o exemplo dos jogos em que não há uma pessoa específica escolhida para marcar os pontos.

[...] for unlike the players' statements as to the score, the scorer's determinations are given, by secondary rules, a status which renders them unchallengeable. In this sense it is true that for the purposes of the game 'the score is what the scorer says it is. But it is important to see that the scoring rule remains what it was before and it is the scorer's duty to apply it as best he can. 'The score is what the scorer says it is' would be false if it meant that there was no rule for scoring save what the scorer in his discretion chose to apply. There might indeed be a game with such a rule, and some amusement might be found in playing it if the scorer's discretion were exercised with some regularity; but it would be a different game. We may call such a game the game of 'scorer's discretion'⁶⁰.

Por mais que a responsabilidade de decisão esteja nas mãos da autoridade que proferirá a sentença, isso não indica a inexistência de regras que fundamentam a própria prática judicial e que existem na base do Estado. Há, aqui, um elemento de legitimidade por trás das normas jurídicas, sintetizado na ideia de *regra de reconhecimento*, como práticas habitualmente adotadas por uma sociedade. As críticas de Hart são importantes para ressaltar que o Direito tem uma autonomia frente às decisões judiciais: há algo anterior que fundamenta a própria atividade jurisdicional.

Se, no atual quadro da história jurídica, já consideramos superada e ultrapassada a visão do “juiz boca da lei”, típica do exegesmo francês, o que representam hoje os textos jurídicos? Com o neoconstitucionalismo e a “doutrina da efetividade” dos textos constitucionais, apoiado no poder hipertrofiado do Judiciário, é, no mínimo, alarmante o quanto há uma aversão a qualquer nível de formalismo na interpretação do texto normativo. Até 2015, antes de entrar em vigor o (novo) Código de Processo Civil, o diploma de 1973 trazia que o juiz era livre para apreciar as provas dos autos contanto que indicasse os motivos da decisão. As marcas de um judiciário que exerce o poder de julgar com exacerbada liberdade ainda continuam em território pátrio.

Lenio Streck, há muito, vem denunciando o ceticismo de parte da doutrina e judiciário quanto às normas jurídicas, quanto aos textos. O que nos leva diretamente a um decisionismo e caminho de mãos dadas com o realismo jurídico:

De efetivo, é preciso dizer, de pronto, que o Direito não é aquilo que os tribunais dizem que é, como se estivéssemos a sufragar a velha tese do realismo norte-americano. Só que não é bem assim, ou, melhor dizendo, não pode ser assim. Com efeito, o Direito é algo bem mais complexo do que o produto da consciência-de-si-do-pensamento-pensante (*Selbstgewissheit des denkenden Denken*), que caracteriza a

⁶⁰ Ibid., p. 142.

(ultrapassada) filosofia da consciência, como se o sujeito assujeitasse o objeto, como explicitado no item 1.2.3.4. O ato interpretativo não é produto nem da objetividade plenipotenciária do texto e tampouco de uma atitude solipsista do intérprete: o paradigma do Estado Democrático de Direito está assentado na intersubjetividade⁶¹.

O ceticismo interpretativo é filho da concepção fisicalista de mundo. Quando alguns juristas defendem a imposição dos precedentes judiciais como uma limitação interpretativa, sob – falso – pretexto de diminuir o número de recursos judiciais, está-se buscando suprimir aquilo que é inescapável nas Ciências Humanas: a interpretação. Nessa linha, recorro ao mestre de Marburgo:

Aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à casualidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar o mais obstinada e consequentemente possível a opinião do texto - até que este, finalmente, já não possa ser ouvido e perca sua suposta compreensão. Quem quer compreender um texto, em princípio, disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si⁶².

A discussão sobre quanto um texto pode se impor na interpretação judicial parece ainda não estar totalmente superada. Quando abordo o *in claris cessat interpretatio* na literatura jurídica brasileira, busco, além de tudo, ressaltar a atualidade do tema e a urgência de que a doutrina discuta seriamente a responsabilidade na decisão judicial. Em razão disso, busquei ressaltar que discussões promovidas atualmente acerca do Neoconstitucionalismo, da “Cultura de precedentes” no Brasil e das influências do Realismo Jurídico na teoria do Direito têm total pertinência com o tema do *in claris* e como foi tratado ao longo dos anos por autores brasileiros.

No próximo capítulo abordarei os quatro autores que entendo importantes para a tradição jurídica brasileira. Ao destacar os conceitos que cada jurista desses defendeu acerca da interpretação judicial, busco evidenciar que há, na produção nacional, uma preocupação em lidar com problemas brasileiros. As especificidades de uma vasta produção legislativa, principalmente pós-Constituição de 1988, podem representar um desafio às atuais gerações de estudantes; porém, há sempre a possibilidade de buscar respostas, ou mesmo esclarecimentos, naqueles que produziram antes de nós.

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 298.

⁶² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método. Vol. I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2015. p. 405.

2 HERMENÊUTICA JURÍDICA NO BRASIL DO SÉCULO XIX SOB A ÓTICA DE UM PERNAMBUCANO

Uma herança paradoxal e contraditória é esta do positivismo jurídico. De um lado recebe do jusracionalismo moderno a formação axiomática, transmitida junto com a ideia de legislação e código. De outro lado, recebe a concepção voluntarista de lei, histórica e positiva. Assim, ao contrário da ciência empírica, atém-se ao método dedutivo do século XVIII e afasta-se da verificação. A verificação a que se propõe não pode ser outra senão constatar quais as leis promulgadas e em vigor, uma verificação documental. Abandona-se a referência ao sistema prudencial que vigorara na escolástica medieval. O positivismo associa-se, pois, a um método dedutivista que tem sua origem em dois fenômenos modernos interligados: soberania do Estado nacional e o movimento codificador”⁶³.

2.1 FRANCISCO DE PAULA BAPTISTA E SEU *COMPÊNDIO DE HERMENÊUTICA JURÍDICA*

As primeiras faculdades de direito brasileiras foram implementadas apenas em 1827, com os cursos jurídicos de Olinda-PE e de São Paulo-SP, fato que foi corroborado pela independência brasileira frente ao Império Português, em 1822, e pela primeira Constituição brasileira, de 1824. Havia a necessidade de criar um corpo burocrático para o Estado brasileiro, daí a necessidade de emular os cursos jurídicos europeus. O currículo estava baseado em alguns preceitos: “[...] herdavam elas uns hábitos intelectuais vindos das reformas ilustradas: a crença no direito natural racional, certa inclinação a formas centralizadas de governo, o gosto por regras uniformizadoras.”⁶⁴

Os cursos eram administrados pelo Império, que exercia o monopólio estatal e o controle do ensino praticado nas instituições. O currículo era definido também por ato estatal, além da nomeação de professores, que ocorria pelo Ministério. Manuais e compêndios, tipos de obras mais comuns daquele período, eram aprovadas também por via estatal. Nos últimos anos de ensino, já ao final do curso, havia uma ênfase na “prática jurídica” dos bacharéis:

a) "teoria do processo judicial", na qual deveriam aprender os fundamentos da "ordo judiciorum", ou forma e ordem do processo, (b) exercícios práticos de petição e argumentação forense, pelos quais dominariam todas as formas de atos e formalidades legais e judiciais, e (c) técnicas hermenêuticas de interpretação e aplicação do direito nos casos particulares. Essas três áreas de treinamento haviam sido previamente determinadas do mesmo modo em 1772, quando os estatutos da Universidade de

⁶³ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história:** lições introdutórias. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

⁶⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. **História da justiça e do processo no Brasil do século XIX.** 1. ed. Curitiba: Juruá, 2017. p. 157.

Coimbra haviam sido renovados sob uma perspectiva ilustrada durante o principado pombalino⁶⁵.

Interessante notar que o estudo das técnicas hermenêuticas ocupava um lugar importante na vida acadêmica daqueles alunos, principalmente em relação à sua prática forense, que seria exercida dali em diante. Os manuais e compêndios utilizados seguiam a tradição portuguesa de Coimbra, e os escritos eram praticamente todos de autores de além-mar. Depois de formadas as primeiras turmas de direito no Brasil, por volta da segunda metade do século XIX, começaram a ser publicadas as primeiras obras.

Das produções bibliográficas mais relevantes, pode-se destacar: *Apontamentos sobre as formalidades do processo civil* (1858), de Pimenta Bueno; *Praxe forense* (1850), de Antonio Moraes Carvalho; e *Compendio de teoria e prática do processo civil* (1855), de Paula Baptista. Importante destacar que, na falta de um Código de Processo Civil positivado pelo Estado, os livros de prática forense serviam como uma espécie de lei processual secundária, como uma fonte indireta de Direito bastante utilizada nos tribunais⁶⁶.

As bibliografias produzidas à época eram do tipo compêndios, anotações, comentários, o que denunciava a ainda incipiente produção acadêmica de juristas que davam seus primeiros passos para formar um corpo de livros nacionais na área jurídica.

Um dos pais fundadores do processo civil brasileiro é Francisco de Paula Baptista, autor de duas obras clássicas: *Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil Comparado com o Comercial* (1855) e *Compêndio de Hermenêutica Jurídica* (1860). A segunda obra será a que mais nos interessa para este escrito, dado que o autor desenvolveu alguns pensamentos importantes na teoria da decisão judicial que, até hoje, são comentados e discutidos pela dogmática crítica.

Nascido em 04 de fevereiro de 1811, Francisco de Paula Baptista é natural de Recife-PE. Desde muito jovem, demonstrou uma inteligência fora do comum, ingressando em 1829 na Faculdade de Direito de Olinda e trilhando carreira exemplar junto de seus mestres:

Ingressando no curso das ciências jurídicas e sociais com honra, destacou-se pela oratória e pela lógica de seu discurso, possível influência advinda dos anos na Congregação Neri, demonstrando durante os anos que se seguiram ser exímio estudante, destacando-se dos demais e conquistando aprovação plena e merecidos prêmios, recebendo o grau de bacharel em ciências sociais e jurídicas no ano de 1833⁶⁷.

⁶⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. **História da justiça e do processo no Brasil do século XIX**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2017. p. 158.

⁶⁶ Ibid., p. 161.

⁶⁷ SOUZA, Simone de Oliveira. **Francisco de Paula Baptista - Vida e Obra: Contributo às bases científicas**

O estudioso causou um grande impacto na literatura jurídica brasileira, além de ter lecionado por 46 anos na Faculdade de Direito de Olinda, sendo professor de juristas como Clóvis Beviláqua, Adolpho Cirne e Teixeira de Freitas. O seu *Compendio de Hermenêutica jurídica* tornou-se livro oficial nas faculdades de Direito do país à época, que, como dito anteriormente, ofereciam uma disciplina própria ao final do curso sobre prática jurídica. Escrevia sob um forte influxo do direito romano e das influências da Igreja Católica.

O *Compendio de Hermenêutica jurídica*, de Paula Baptista, alcançou um grande sucesso na comunidade jurídica brasileira. Sua forma clara e direta em escrever sobre a interpretação jurídica, sem perder o caráter erudito, tornou-o um clássico do Direito Processual brasileiro. De acordo com Pedro Dutra, a obra de Baptista se torna unânime no pensamento jurídico nacional até a obra de Carlos Maximiliano, na segunda década do século XX⁶⁸.

Ao tratar especificamente sobre sua obra de Hermenêutica jurídica, assim Paula Baptista conceituava o instituto: “Hermenêutica jurídica é o sistema de regras para interpretação das leis”⁶⁹. Destacava a importância de se estudar, cientificamente, a interpretação jurídica: “A sua importância e autoridade é immensa, e deriva do interesse publico, que exige, que as leis tenhão applicação fiel ao pensamento do legislador. *Bona est lex, si quis ea legitime utatur*”⁷⁰. Além disso, questão importante trazida por Paula Baptista é o intuito da interpretação, que deverá sempre perquirir pelo sentido que buscou dar o legislador. Daí o conhecido brocardo romano invocado pelo autor: “*Interpretatio cessât in Claris. Quando verba sunt clara, non admittitur mentis interpretatio.*”⁷¹

Em tradução livre do latim: quando a lei é clara, não há interpretação. Ou: quando palavras são claras, não se admite uma interpretação mental. Paula Baptista entendia que dar liberdade ao magistrado para interpretar seria torná-lo semelhante ao legislador; seria admitir uma doutrina vaga e absoluta. O autor não admitia a possibilidade de delegar ao magistrado a formação/criação de normas na sociedade. Paula Baptista chega a admitir que “todo escripto acompanha a condição natural de dever ser entendido segundo o pensamento do autor”⁷²,

do processo. 2019. Dissertação (Mestrado em Sociologia do Direito). Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2019.

⁶⁸ DUTRA, Pedro. **Literatura jurídica no Império** [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Singular, 2021. p. 38.

⁶⁹ PAULA BAPTISTA, Francisco. **Compêndio de hermeneutica jurídica:** para uso das faculdades de direito do Império. 1872. p. 361.

⁷⁰ Ibid., p. 362.

⁷¹ Ibid., p. 369.

⁷² PAULA BAPTISTA, Francisco. **Compêndio de hermeneutica jurídica:** para uso das faculdades de direito do Império. 1872. p. 370.

negando a possibilidade, ainda, de que seria necessário um exercício de interpretação do magistrado em todos os casos.

Apesar da defesa pela aplicabilidade da lei clara, isso não quer dizer que o autor propunha uma extinção completa do ato de interpretar. Há, em Paula Baptista, a divisão entre interpretação *autêntica* – aquela que é emanada do legislador –, e interpretação *doutrinal* – aquela que é elaborada por juízes, administradores e dos jurisconsultos que fazem apenas interpretação consultiva ou instrutiva. A interpretação autêntica tem o caráter de ser modificativa quanto ao conteúdo legal, podendo alterar o texto normativo. Já a interpretação doutrinal não: há a mera exposição do pensamento da lei.

Inclusive, para Paula Baptista, o magistrado deve ter o dever de interpretar quando o caso analisado permitir, e a aplicação da lei não puder ser realizada de forma clara. Esperar que o legislador legisasse sobre todos os assuntos seria o mesmo que contar as estrelas do céu, afirma o autor.

E, portanto, de interesse público, que os juízes tenham o direito, e mesmo o dever de interpretar (art. 4º do Cod. civ. franc.) Isto posto, por uma exquisita anomalia viviam os nossos juízes de 1ª instância a encomendar constantemente o Governo com consultas sobre pontos de direito, cuja decisão notoriamente lhes competia, prejudicando, assim, as partes com decisões tardias, até que a circular de 7 de Fevereiro de 1856 veio por termo á este abuso⁷³.

O Brasil da segunda década do século XIX mantinha o Judiciário muito vinculado ao poder Executivo e Legislativo, não havia uma separação nítida entre esses três poderes no exercício do poder. Este fato é evidente ao observarmos a menção de Paula Baptista à norma circular de 7 de fevereiro de 1856. Na vigência do *poder moderador* nas mãos do monarca, foi expedido uma circular elaborada por Joaquim de Nabuco em que atestava a prerrogativa do Poder Executivo em expedir decretos, instruções e regulamentos que orientassem a boa execução das leis no território nacional, tudo pautado no artigo 102 da Constituição do Império⁷⁴.

Paula Baptista elenca o que chama de *elementos de interpretação*. Devido às leis serem frutos da razão social, condensadas pelo legislador através da criação textual, é necessário atenção a três coisas essenciais: “palavras, pensamentos e exacta conformidade destes

⁷³ Ibid., p. 372.

⁷⁴ LEAL, Aurelino. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2014. p. 125.

pensamentos com a razão natural, justiça, ordem e bem geral, inseparáveis de todas as associações humanas.”⁷⁵

Já os elementos de interpretação são: grammatical, lógico e científico. “O primeiro diz respeito á forma exterior da lei, sua letra; o segundo e terceiro dizem respeito á sua força intima, seu espirito.”⁷⁶ Baptista afirma que Savigny propôs os métodos histórico e sistemático, mas ambos estariam contidos no método científico como uma melhor denominação.

O método grammatical tem como objeto a própria palavra enquanto estrutura do texto normativo:

a lingoagem da lei: sua influencia está na construcçao textual, e nas diversas accepções das palavras, gramma-tical, usual, juridica, geral ou particular, propria ou impropria, ampliativa, taxativa, ou exemplificativa, imperativa ou facultativa etc.⁷⁷

Já o método lógico teria como objeto o pensamento, não diretamente as palavras expostas no texto. Aqui, o foco está no raciocínio e análise que o intérprete utiliza para decompor o pensamento da lei. O método é utilizado no sentido de entender a ordem das disposições legais, a distribuição de matérias e a redação da lei como um todo, em seu caráter sistemático. Servirá, inclusive, para explicar as contradições da lei e conciliar as lacunas com as demais disposições normativas buscando, um todo harmônico⁷⁸.

O método científico, proposto por Paula Baptista emprestará ao método lógico as premissas e os dados necessários para chegar à conclusão buscada pelo intérprete, qual seja: investigar a vontade do legislador. É importante que fique claro: para o jurista pernambucano, a vontade do legislador geralmente vai estar expressa de forma literal no texto normativo, por isso a defesa do *in claris cessat interpretatio*. O intérprete sempre deverá ter como objetivo a vontade legislativa; porém, partir para uma interpretação que fuja dos moldes legais só ocorrerá em casos excepcionais de obscuridade ou lacuna. Daí a importância dos métodos interpretativos.

Assevera-se que o intérprete deve fugir do sentido anormal do texto, visto que a interpretação da lei sempre buscará o sentido correto e objetivo. Para fugir da anormalidade, afirma o autor que caberá abster-se:

⁷⁵ PAULA BAPTISTA, Francisco. **Compêndio de hermeneutica jurídica**: para uso das faculdades de direito do Império. 1872. p. 378.

⁷⁶ Ibid., p. 378.

⁷⁷ Ibid., p. 379.

⁷⁸ Ibid., p. 380.

1º, o que attribue á lei algum absurdo, que fere a razão natural; 2º que enerva o sentido da lei ao ponto de ficar illusoria, sendo que é tão defectivo o sen-tido, que a deixa ficar sem efecto, como o que não fa-la produzir efecto, senão em hypotheses tão gra-tuitas, que o legislador evidentemente não teria feito uma lei para preveni-las; 3º, attribue-lhe superfluidades fa-la contradictoria e destructiva de si mesma, etc.

Quanto aos deveres de abstenção, Paula Baptista afirma que a aplicação da lei nunca poderá ferir a “razão natural”⁷⁹. Aqui o autor elenca que existem valores como justiça, honestidade e previdência, que não seriam possíveis estar dissociados da lei. Portanto, não há possibilidade de aplicação normativa que resulte em um ato absurdo ou imoral: *Interpretatio illa sumenda, quae absurdum evitetur*. Não há palavras supérfluas na legislação, afirma o jurista. Além disso, não existe contradição entre os textos normativos; não é admissível que o sistema não esteja em pleno equilíbrio.

Paula Baptista afirma que os três elementos interpretativos estarão sempre presentes na atividade judicial; porém um deles pode prevalecer sobre os demais de tal forma que sejam os outros quase desnecessários. As palavras e suas significações poderão determinar o sentido da lei; quando insuficientes, entra em jogo a lógica para determinação do sentido.

De qualquer modo que os tres elementos se combinem, o certo, é: 1º, que o pensamento da lei em todo o caso é, que é a lei; 2º, conseguintemente, que em pôr as palavras em harmonia com o pensamento é, que consiste toda a interpretação regular; 3º se, para conseguir este fim, bastão as noções naturaes e regulares das palavras, tanto melhor; 4º, se não bastão, deve-se recorrer a influencia do pensamento, cuja verdade e exactidão não devem ser sacrificadas ás imperfeições e inconsequencias da linguagem; 5º, por conseguinte, que somente as palavras é, que são susceptiveis de rectificação e modificaçao para exprimirem mais ou menos, do que naturalmente sôão; 6º, finalmente no conhecimento do espirito das leis é que consiste a verdadeira sciencia do jurisconsulto⁸⁰.

É citada a Lei de 18 de agosto de 1789, em seu §11, conhecida historicamente como Lei da Boa Razão. Como ficou claro até agora, Paula Baptista defendeu que a interpretação do magistrado acontece apenas em casos excepcionais; portanto, dedica parte de seu *Compendio de hermenêutica jurídica* para estabelecer limites e técnicas que deverão ser seguidas pelo intérprete ao estar diante de uma lei obscura ou uma lacuna no ordenamento.

O autor menciona que haverá necessidade de interpretação em algumas situações:

A necessidade de interpretar uma lei pôde nascer: 1º, de defeitos em sua redacção, resultando d'ahi obscuridade e equivoco em seu sentido; 2º, da concisão habitual e inevitável, com que são escriptas todas as leis, nascendo d'ahi duvidas não em seu

⁷⁹ PAULA BAPTISTA, Francisco. **Compêndio de hermeneutica jurídica**: para uso das faculdades de direito do Império. 1872. p. 381.

⁸⁰ Ibid., p. 384.

sentido directo, mas em sua conformidade ou não conformidade com os diversos casos ocorrentes cumprindo, então, salvar incoherencias e contradicções virtuaes de seu espirito com suas palavras; 3º, de seu silencio⁸¹.

Os defeitos de redação podem ser erros de ortografia, interposição de palavras ou concordâncias gramaticais. Além de erros *formais*, seriam considerados defeitos de redação o uso de expressões indeterminadas⁸² e impróprias⁸³.

Quanto à obscuridade ou ambiguidade da lei, o magistrado deve ater-se, principalmente, ao significado gramatical e à razão da lei, devendo evitar ao máximo extrapolar o sentido dado pelo legislador. Um dos artifícios pode ser a comparação entre leis, em que há utilização da mesma expressão em outro texto, de forma mais clara e evidente.

O interprete tem ainda á sua disposição, se o caso o exigir, comparar a parte obscura da lei com outras leis anteriores e análogas pela justa razão de que o legislador deveria tel as em consideração na occasião de fazer a lei, para evitar incoherencias e contradicções, que desdissem de seu caracter, e também com outras leis posteriores, que lhe não forem contrarias⁸⁴.

Paula Baptista também afirma que epígrafes, preâmbulos, trabalhos preparatórios e documentos que possam identificar as motivações do legislador são de grande valia para o magistrado entender as disposições obscuras e duvidosas.

Se nada disso for suficiente, então, para que o intérprete possa ter certeza sobre o sentido que aquela lei atribui ao caso concreto, haverá um último socorro:

Para o caso, em que a lei fôr susceptível de diversos sentidos, e duvidar-se qual delles seja o verdadeiro, sem haver uma razão superior, que decida, restará por ultimo recorrer á certas regras auxiliares, para, segundo a apreciação do resultado de cada uma das diferentes interpretações, adoptar-se, d'entre os sentidos possiveis, 1º, o que fôr mais conforme á letra da lei (1) ; 2º, á natureza e importância do negocio, de que se tratar (2) ; 3º, no direito commun o mais conforme á equidade (3) ; 4º, nas leis criminaes o mais humano (4) ; e, para dizer tudo de uma só vez, o que possa trazer menor mal (5)⁸⁵.

⁸¹ PAULA BAPTISTA, Francisco. **Compêndio de hermeneutica jurídica**: para uso das faculdades de direito do Império. 1872. p. 402.

⁸² Aqui, Paula Baptista conceitua indeterminação como uma palavra que tem sentidos dúbios ou empregada de modo vago. O tenta ser didático ao dar o exemplo do Art. 89 do Decreto de 25 de Novembro de 1850, que determinava o processo de exceção de suspeição e afirmava a necessidade de “ouvir as partes”. Contudo, essa partes seriam as partes do processo (autor e réu)? Ou o suspeitador e o juiz suspeito?

⁸³ Ocorrerá quando uma palavra comunicar algo diferente do *sentido direto da lei*. Por exemplo: “nenhum habitante poderá neste município ter animais soltos nas vilas e povoados”. Pergunta-se, caso alguma pessoa esteja do município apenas de passagem, essa lei se aplicará?

⁸⁴ Op. cit., p. 409.

⁸⁵ PAULA BAPTISTA, Francisco. **Compêndio de hermeneutica jurídica**: para uso das faculdades de direito do Império. 1872. p. 414.

São regras que tratam de uma investigação pela vontade do legislador, assumindo uma tentativa de aproximação, de probabilidade. O legislador deverá ser entendido como um ser justo e humano (praticamente angelical), que sempre estará na melhor razão. Deverá o magistrado evitar transgressões e abusos.

Em nenhum caso, porém, é permitido negar execução ou alterar o sentido de uma lei clara por ser a sua letra rigorosa, dura e desarrezoada, e não se lhe poder atribuir um motivo justo e razoável; por quanto a ignorância dos verdadeiros motivos da lei não fala decahir de sua força e autoridade, e por muito que o interprete presuma de si, deverá convencer-se de que, neste caso, a falta é antes sua, do que do legislador⁸⁶.

A todo momento o autor reforma a ideia de que *uma lei clara não precisará ser interpretada*. O conceito de interpretação de Paula Baptista é, evidentemente, diferente do que autores contemporâneos sustentam como hermenêutica jurídica. O autor pernambucano defende que há um sentido dado no texto normativo, que precisará apenas ser extraído pelo magistrado e aplicado ao caso em um exercício mecânico, quase que braçal e palpável na produção da decisão jurídica. As amarras judiciais são grandes e os motivos – ou parte deles – serão abordados no próximo tópico deste trabalho.

Nos casos novos, visto que a lei não poderá abranger toda a contingência humana em sociedade, será aplicada a analogia: “A extensão da lei neste caso funda-se, não tanto na vontade do legislador deduzida de suas palavras (*mente legis*), como na harmonia orgânica do direito positivo com o científico.”⁸⁷ Outro meio é o paralelismo, quando são utilizados termos e pensamentos de outra lei mais precisa e completa para desobscurecer uma lei que causa dúvidas; porém essas leis devem ser semelhantes em sentido de justiça, equidade e bem público. Infrutíferos os últimos dois meios, poderá o intérprete lançar mão dos usos e costumes reconhecidos em sociedade⁸⁸.

Nos casos em que o magistrado se vê na obrigação de investigar o sentido da lei e tem dúvidas sobre sua aplicabilidade, haverá o fenômeno da interpretação. Nesse caso existe três possibilidades de resultado: uma interpretação extensiva, uma restritiva e uma declarativa⁸⁹. A extensiva significa que o intérprete aplica a determinado caso um texto que, apesar de não ser

⁸⁶ Ibid., p. 418.

⁸⁷ Ibid., p. 425.

⁸⁸ Neste caso: “A missão do interprete limita-se, então, a certificar-se da existência do uso, isto é, se realmente existe uma série de actos individuais constantes, uniformes, e públicos, como manifestações da convicção commun de alguma idéia de direito., moralidade, ou licita e geral conveniência, da qual o uso seja a ultima e viva expressão.” PAULA BAPTISTA, Francisco. **Compêndio de hermeneutica jurídica:** para uso das faculdades de direito do Império. 1872. p. 430.

⁸⁹ Ibid., p. 433.

compatível em relação à significação das palavras, está incluído no espírito da lei. A restritiva acontece quando o intérprete recusa a aplicação de dada lei que, embora esteja condizente nas palavras, o espírito legal informa uma outra decisão. Já a declarativa vem à tona quando há explicitação, simplesmente, do sentido do texto a ser aplicado ao caso⁹⁰.

Já ao final da obra, Paula Baptista ressalta que a jurisprudência produzida pelos tribunais poderá ser de valia para a interpretação da lei: “Esta interpretação é aquella, que indica o sentido, que tem sido dado á lei por algum uso regularmente constituido, formando jurisprudência.”⁹¹ A interpretação jurisprudencial nasce, primeiro, de uma interpretação doutrinal e depois, por uma repetição de uso em arrestos ou atos judiciais, se consolida no tempo. Para que tenha condição de força de lei, é necessário que as decisões sejam:

1º, sejão conformes á boa razão; 2º, não contrastem alguma lei viva e expressa; 3º, se reproduzão sempre com o mesmo caracter de uniformidade por espaço de cem annos. Desprovida de qualquer destas condições, é livre ao interprete recorrer a interpretação doutrinai, e procurar o sentido da lei na letra e no espirito d'ella.

No cerne de todas essas possibilidades está a preponderância da vontade do legislador, que deverá sempre pairar como mote central da interpretação jurídica do magistrado.

2.2 SOB INFLUÊNCIAS DO DIREITO NATURAL E DO RACIONALISMO ILUMINISTA

Dois pontos me parecem centrais para tentar explicar o contexto teórico e político que Francisco de Paula Baptista estava inserido: a influência da ideia de Direito Natural e as Reformas Pombalinas do século XVIII. Entendo que esses dois elementos são decisivos para entender melhor o que Paula Baptista desejou defender ao elevar o *in claris cessat interpretatio* como uma das vigas principais de sua teoria hermenêutica.

Para entendermos bem o que consistia o ordenamento jurídico brasileiro antes das Reformas, é preciso esclarecer como estava o estado da arte do sistema normativo no período anterior à Constituição de 1824. Além da influência que as Reformas Pombalinas e o jusnaturalismo moderno exerciam nos juristas brasileiros do século XIX, a autonomia do direito não decorria diretamente da existência de leis próprias, mas da regulação local e da capacidade de autoridades pontuais em preencher lacunas jurídicas, resultando em uma abertura para a

⁹⁰ “Assim, a extensiva, como que faz crer, que existem mais pensamentos, do que palavras: a restrictive menos pensamentos, do que palavras; a declarativa. esclarece simplesmente o texto enunciado por uma forma obscura, ambígua ou equivoca; mas todas ellas têm por fim a applicação racional da lei.” Ibid., p. 434.

⁹¹ Ibid., p. 441.

indeterminação na aplicação das normas⁹².

Havia, na sociedade europeia medieval, um universo de fontes legislativas. O Direito não estava sistematizado; aqueles que habitavam as comunidades conviviam com um emaranhado de normas que estavam esparsas na cultura, afirma Hespanha. O direito comum temporal (doutrina de tradição romanística, que incorpora uma quantidade imensa de textos escritos em latim guardados em bibliotecas universitárias e tribunais europeus), o direito canônico (regulava matérias espirituais) e direito dos reinos (representativo da vontade de alguns soberanos locais) – tudo isso formava um contexto de grande pluralismo jurídico.

A ideia de codificações como o modo por excelência de criar direitos e obrigações é um fenômeno recente na história da civilização humana: remonta ao final do século XVIII e inicio do século XIX. Principalmente na França – o berço do movimento Iluminista – o caminho para uma racionalização da vida pública, por meio de códigos, é levado adiante e influencia países como a Itália e a Alemanha. De acordo com Bobbio, os pensadores iluministas procuraram, no rompimento com o *Ancien Régime*, expurgar as normas de caráter consuetudinário e esparsas no tempo, para criar uma codificação de cunho racionalista, que reverberasse um método científico na produção legislativa⁹³. Produzir códigos seria um método de tornar o Direito simples, claro e acessível.

Antonio Padoa Schioppa afirma que o século XVIII passa, marcadamente, por uma crise de certeza quanto ao direito. De um lado, tem-se o direito comum do medievo com suas fontes a aparatos de doutrina. De outro, um grande número de autores que pugnam por uma maior determinabilidade nas fontes jurídicas: “Surge pela primeira vez a convicção de que a sociedade pode ser transformada segundo um projeto orgânico e racional; que é tarefa do Estado realizar esse projeto;”⁹⁴ Esse projeto deverá ser executado pelo Legislativo, a casa do povo e de maior representação popular de massa. Os códigos são os sistemas que unificarão as leis em tomos organizados racionalmente por matéria, dando ordens e estabelecendo parâmetros de decisão. Continua o autor:

Um aspecto central dessa fase histórica é constituído pela superação definitiva do sistema do direito comum, que, como sabemos, predominava no continente havia quase sete séculos. Em particular na Áustria e na França, entre o final do século XVIII e o início do XIX, chega-se à codificação do direito privado, do direito penal, dos dois processos: setores fundamentais do ordenamento que anteriormente estavam

⁹² HESPANHA, Antônio Manuel. Direito Comum e Direito Colonial: porque existe e em que consiste um direito colonial brasileiro. *Panóptica*, ano 1, n. 3, nov. 2006, p. 95.

⁹³ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Compilado por Nello Morra; tradução de Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022.

⁹⁴ SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do direito na Europa**: da Idade Média à Idade Contemporânea. Tradução Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite; São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 279.

reservados ao jogo intrincado dos costumes, dos direitos locais e do direito comum são agora sistematizados de forma clara e orgânica em algumas poucas leis exaustivas, em verdadeiros códigos, pensados ex novo e escritos na língua do país. O mais importante, os códigos substituem totalmente as fontes anteriores, ou seja, não são mais (ao contrário dos regulamentos dos soberanos medievais e modernos) passíveis de ser complementados pelas outras fontes do direito: os advogados e os juízes devem necessariamente extrair dos códigos e apenas deles as regras para a defesa, para a acusação e para a decisão dos casos⁹⁵.

Em oposição ao jusnaturalismo clássico, nos séculos XVII e XVIII, há o fortalecimento de um jusnaturalismo moderno, que é marcadamente racionalista e de viés individualista. Opondo-se ao animal político que falava Aristóteles na Grécia antiga e aos conceitos organicistas que reinavam na Idade Média, representativos da escolástica, surge o modelo de Direito racional, que busca uma estabilização social e a pacificação através da lei como forma e novo paradigma na Europa.

A sociedade passa a ser formada por indivíduos isolados, que possuem direitos naturais à liberdade, à propriedade, à felicidade, mas que vivem em comunidade através de uma submissão contratual. Daí a importância de autores contratualistas como Thomas Hobbes (1588-1679) e John Locke (1632-1704).

O comunitarismo clássico e a natural sociabilidade dos homens já não são mais os pressupostos da filosofia política e jurídica. Assim, a nova ética cada vez mais abandona a pesquisa de fins substantivos gerais, comuns e universais: de uma ética das virtudes (clássica) progressivamente se muda para uma ética dos deveres, do cumprimento de regras, de obediência a procedimentos⁹⁶.

O Direito passa a ser entendido através de um viés mais proceduralista, como afirma o professor José Reinaldo. O poder político não é mais justificado apenas por bons propósitos de justiça ou em deveres religiosos, mas tem como objetivo a pacificação social e o crescimento econômico do reinado. Para isso, o jusnaturalismo moderno deu preferência aos códigos, para maior segurança: “Jusnaturalismo racionalista e Iluminismo são duas correntes que con no espírito de clareza e sistematização a impulsionar o movimento de codificação do direito.”⁹⁷

O Jusnaturalismo racionalista e o Iluminismo andaram de mãos dadas no século XVIII, impulsionando a codificação como uma nova forma de organização do sistema jurídico e do Estado: “Reflete um desejo de ordem, de hierarquia e de concentração legislativa no poder

⁹⁵ Ibid., p. 280.

⁹⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história:** lições introdutórias. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 176.

⁹⁷ Ibid., p. 203.

central, no Estado. Nestes termos, ela contraria os costumes e a tradição.”⁹⁸ O primeiro tema a ser abordado nas faculdades de direito é o Direito Natural. Há um consenso de que é necessário o estudo dos princípios que embasam a prática jurídica, para que se exerça devidamente a profissão de advogado.

Como afirma o professor Reinaldo de Lima Lopes, havia, como forças naquela época, dois tipos de jusnaturalismo em disputa: “Uma versão laica, racionalista e ilustrada existia ao lado de uma versão teísta e religiosa, que adotara da modernidade o racionalismo sistemático.”⁹⁹ Há, aqui, uma versão liberal e outra conservadora que estiveram em embate na formação do pensamento jurídico brasileiro. Contudo, resultante deste embate, houve a predominância de um *voluntarismo* em ambas. O que conta é a vontade do legislador – seja essa vontade fruto de uma razão divina ou fruto de uma razão humana soberana.

Esse voluntarismo é destacado quando se compara o direito natural do início do século XIX com o direito natural clássico, antigo, tardo-medieval ou mesmo protomoderno (como o de Hugo Grócio). Para este jusnaturalismo clássico não se trata de descobrir uma vontade soberana da qual tudo procede, mas de perceber nas situações da ação qual a resposta mais adequada às estruturas (formas) das coisas, ou melhor, qual a melhor ação para responder ao conflito compreendido em termos pró prios. O que se vê, de maneira geral, é que os juristas do início do século XIX são claramente voluntaristas, mesmo quando se inclinam para um direito na cura, de fundo religioso ou conservador¹⁰⁰.

O professor José Reinaldo cita o exemplo de Diogo Antônio Feijó (1784-1843), padre e político brasileiro que ocupou o cargo de Ministro da Justiça em 1831:

Como um homem responsável pela Justiça, a pasta do governo que cuida da segurança e das soluções de controvérsias, que gerencia a máquina judiciária, percebe as funções legais? Mesmo não sendo ele jurista no sentido estrito,¹ foi ministro da Justiça e seus discursos são reflexo de um voluntarismo comparado por scus adversários à tirania. "Como governo livre é aquele em que as leis imperam, eu as farei executar mui restrita e religiosamente, sejam quais forem os clamores que possam resultar de sua pontual execução" (Caldeira, 1999:78), diz ele em carta na qual aceita (impondo condições) o Ministério da Justiça em julho de 1831. E a lei, lembre-se nesta altura, é fruto de uma assembléia representativa do “coletivo da nação”¹⁰¹.

Essa combinação de respeito inabalável à vontade do legislador e com uma marcante

⁹⁸ Ibid., p. 203.

⁹⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Iluminismo e jusnaturalismo no ideário dos juristas da primeira metade do século XIX. In: JANCSÓ, István (Org.). **Brasil: Formação do Estado e da Nação**. São Paulo: Hucitec; Ed. Unijuí; Fapesp, 2003. p. 204.

¹⁰⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. Iluminismo e jusnaturalismo no ideário dos juristas da primeira metade do século XIX. In: JANCSÓ, István (org.). **Brasil: Formação do Estado e da Nação**. São Paulo: Hucitec; Ed. Unijuí; Fapesp, 2003. p. 212.

¹⁰¹ Ibid., p. 213.

característica de impessoalidade é o oposto daquilo que exista no Antigo Regime, do *ius commune* e das normas eclesiásticas. Continua o professor José Reinaldo destacando a importância do pensamento de Ahrens, autor belga jusnaturalista que divulgava as ideias de Kant, combinando ideias que pugnavam por uma razão soberana e um estudo empírico do comportamento humano em sua natureza.

O direito natural é clemente para “julgar” as leis, para interpretá-las, para fazê-las, e tem especial importância, diz Ahrens, no direito penal e no direito público (já que o direito público “não é mais do que a aplicação dos princípios da justiça à organização do Estado). A escola histórica (de Puchta e Savigny) teve apenas o duplo mérito de ter ressaltado a importância do elemento histórico na ciência do direito e do Estado e de ter procurado a fonte do direito acima da vontade individual, no ser moral e coletivo da nação (Ahrens, 1875:51). E essas idéias todas devem terminar na fonte última de tudo, Deus.

Ahrens aprova para contestar já a doutrina de Darwin (o evolucionismo) para fazer uma profissão de fé no criacionismo (segundo ele, a doutrina de Darwin já estava desmentida e não passava de hipótese). Ahrens, autor muito lido no Brasil, é uma curiosa, se bem que ambígua combinação de apriorismo kantiano, historicismo e religião.

No século XVII, quando a onda jusracialista estava em alta, Portugal passou, de certa forma, ileso às mudanças no pensamento europeu. Este fato se deu em razão da presença dos jesuítas e a influência deste grupo sobre o sistema educacional português¹⁰². Havia uma censura dos livros considerados subversivos pela ordem jesuíta, sendo banidos pelo Tribunal do Santo Ofício, ainda influente à época, o que tornou difícil a popularização das reformas no jusnaturalismo clássico.

A capilarização das novas correntes apenas chega em Portugal com as reformas pretendidas por Marquês de Pombal, com a expulsão dos jesuítas em 1759. As duas grandes reformas da segunda metade do século XVIII em terras lusitanas são bastante influenciadas por essa nova corrente jusracialista: a Lei da Boa Razão, de 1769, e os novos Estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772¹⁰³.

No Brasil, as reformas no jusnaturalismo vão ser introduzidas por Tomás Antônio Gonzaga¹⁰⁴. Formado na universidade de Coimbra, este português veio a ser ouvidor-geral no Brasil, posteriormente ocupando outros cargos públicos de prestígio. Com os primeiros cursos de Direito no Brasil, em 1827, já havia sido debatida no parlamento a necessidade de se trazer como 1ª cadeira do curso o Direito Natural, baseado nos ensinamentos produzidos em Coimbra.

¹⁰² PESSO, Ariel Engel. **Escravidão no Brasil Império**: a fundamentação teórica nas faculdades de direito do século XIX. São Paulo: Almedina, 2023. p. 104.

¹⁰³ Ibid., p. 105.

¹⁰⁴ Ibid., p. 106.

Tanto nos debates ocorridos em 1823, quanto nos ocorridos em 1826-1827, os parlamentares concordavam com a necessidade de uma cadeira de Direito Natural – preferencialmente como a 1^a cadeira do curso jurídico, como havia sido instituído na Universidade de Coimbra em 1772, local onde a maioria dos bacharéis em Direito que tomaram parte nas discussões havia se formado.¹⁰⁵

O Direito pré-codificações, quer o comum, quer o eclesiástico, era de origem quase que exclusivamente doutrinal¹⁰⁶. Para a solução de problemas, a autoridade partia do caso e buscava argumentos que pudessem ser reconhecidos por todos, através de várias visões antagônicas possíveis, que remetiam ao senso comum em sociedade. Havia a imposição de que as soluções jurídicas atendessem à opinião comum, geralmente abrindo chance para uma grande instabilidade decisória e uma ampla margem de liberdade.

A incerteza do direito não é igualmente boa ou má para todos. Normalmente, serve os mais poderosos, os que têm capacidade de influenciar, de subordinar, de sustentar com um litígio durante anos em tribunal ou, pura e simplesmente, de se estribarem no parecer de um letrado por sua conta para desobedecerem ao direito estabelecido. É, por isso, com este espírito que devemos ler as queixas, frequentes no Brasil ou em Portugal, sobre em incerteza do direito e liberdade dos juristas (ou juízes) na sua interpretação. Disso se queixam normalmente dos mais fracos ou, por outro razões, os funcionários mais zelosos do interesse da coroa¹⁰⁷.

Com a complexificação do sistema econômico, que transacionava do feudalismo do medievo para uma forma mercantilista de troca de mercadorias, houve a necessidade de uma maior clareza no sistema normativo. As transações comerciais, as disposições de última vontade e os atos governamentais precisavam gozar de uma certa previsibilidade para que a economia local pudesse avançar sem grandes incertezas quanto aos contratos e às liberdades individuais. O Direito comum consistia em uma constelação gigantesca de ordens, cuja aplicação sempre dependeria do caso concreto. Daí a importância das codificações para os juristas do século XVII e XVIII.

Nessa esteira de abandono dos cânones normativos do Antigo Regime, em Portugal, houve início da Reformas Pombalinas, que resultaram na Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1789. As reformas promovidas pelo Império Português pretendiam muito mais do que impor um novo tipo de fonte normativa ao Direito exercido em seu território: buscaram reformar as bases do pensamento jurídico lusitano de forma profunda. António Manuel Hespanha aborda o tema da Lei da Boa Razão ao refletir sobre o tema através da ideia de *regra de reconhecimento*

¹⁰⁵ Ibid., p. 110.

¹⁰⁶ HESPANHA, Antônio Manuel. Direito Comum e Direito Colonial: porque existe e em que consiste um direito colonial brasileiro. *Panóptica*, ano 1, n. 3, nov. 2006, p. 98.

¹⁰⁷ HESPANHA, Antônio Manuel. Direito Comum e Direito Colonial: porque existe e em que consiste um direito colonial brasileiro. *Panóptica*, ano 1, n. 3, nov. 2006, p. 99.

de H. L. A. Hart.

Para Hespanha, entender o Direito é entender como os próprios juristas compreendem sua prática através de uma ótica interna; ou seja, não basta analisarmos os movimentos históricos que ocorreram no Brasil Colônia e no Brasil Império sem observarmos como os juristas da época entendiam esses processos.

Seria impensável inverter tudo isto de um golpe legislativo; sobretudo de um golpe legislativo. A solução adoptada foi então esta: substituir um corpo doutrinai condizente com as aspirações jurídicas modernas ao corpo doutrinal tradicional, este respondendo a uma temática que correspondia à situação eco nómica, social e cultural da Baixa Idade Média. O novo corpo doutrinal era a produção dogmática dos juristas alemães através da qual o velho direito romano-justiniano tinha sido uma veü mais adaptado, desta vez às necessidades das sociedades burgue sas em desenvolvimento acelerado no Centro da Europa. Tal sistema dogmático e normativo fora originariamente designado por usus modernus pandectarum (uso moderno das Pandectas) ou seja, dos textos do direito romano); mas agora, com a naturalização progressiva da mundividência burguesa, fora decorado com uma denominação mais prestigiada, a de “direito natural”,¹⁰⁸.

A Coroa Portuguesa fomentou uma produção doutrinária que defendesse um tipo de interpretação que estivesse o mais próximo da literalidade, podendo, eventualmente, o intérprete socorrer-se de princípios do jusnaturalismo moderno. Inclusive, cabia à Casa de Suplicação (espécie de tribunal recursal, semelhante ao Supremo Tribunal de Justiça que existe no Brasil) expedir assentos de jurisprudência que deveriam obrigatoriamente ser seguidos pelos magistrados. Assim ordenava o artigo primeiro:

Mando, que os Glosas do Chanceler da Casa da Suplicação nele determinadas se observem, e pratiquem inviolavelmente, e sem controvérsia, ampliação, ou restrição nos dois casos seguintes: Primeiro quando a decisão da Carta, ou Sentença, que houver de passar pela Chancelaria, for expressamente contraria às Ordенаções, e às Leis destes Meus Reinos: segundo quando a sobredita decisão for contra Direito expresso com erro do referido Direito per si mesmo notório¹⁰⁹.

A modernização do direito ficou a cargo do legislativo. Os representantes do povo no parlamento passaram a ser vistos como aqueles que iriam adaptar a legislação às mudanças culturais de uma sociedade. O apego à literalidade da lei vai sustentar uma exigência de que juízes tenham uma postura restrita, recorrendo-se sempre à aplicação direta da norma e aos princípios naturais do Direito. Os juristas puderam desenvolver uma doutrina que buscava a

¹⁰⁸ HESPANHA, António Manuel. **A história do direito na história social**. Lisboa: Livros Horizonte, 1978. p. 75.

¹⁰⁹ SILVA, António Delgado da. **Collecção da Legislação Portugueza desde a ultima compilação das Ordenações**. Lisboa: Typ. Maigrense, 1825-1830. 6 v. fol.

vontade legislativa em primeiro lugar. Apesar do impacto das reformas impostas pelo Estado Português, o objeto do direito foi sendo modificado pela própria prática – em uma perspectiva interna – dos próprios doutrinadores.

A grande reviravolta das Reformas Pombalinas, como destaca Bustamante¹¹⁰ (através de uma leitura advinda de Hespanha), é uma autêntica revolução doutrinária/dogmática no Direito nacional. Em vez do apego tradicional ao “direito romano”, passou-se a exigir uma interpretação pautada no material normativo fruto do “direito natural” exposto no texto legislativo. Em casos de obscuridade, deverá o intérprete recorrer ao mesmo “direito natural”.

Os Assentos da Casa de Suplicacões ocupam um lugar central:

§4 Mando, que a Disposição dele estabeleça a praxe inviolável de julgar sem alteração alguma, qualquer que ela seja; E que os Assentos já estabelecidos, que tenho determinado, que sejam publicados, e os que se estabelecerem daqui em diante sobre as interpretações das Leis; constituam Leis inalteráveis para sempre se observarem como tais debaixo das penas abaixas estabelecidas.

§5º Mando, que a Disposição dele estabeleça a praxe inviolável de julgar sem alteração alguma, qualquer que ela seja; E que os Assentos já estabelecidos, que tenho determinado, que sejam publicados, e os que se estabelecerem daqui em diante sobre as interpretações das Leis; constituam Leis inalteráveis para sempre se observarem como tais debaixo das penas abaixas estabelecidas.¹¹¹

A proibição de interpretações realizadas por juízes lembra os postulados de Paula Baptista, em razão do *in claris cessat interpretatio*. A interpretação é vista com maus olhos, como um ato de insubordinação e quase que detestável na grande maioria dos casos. A produção doutrinária luso-brasileira garantiu o sucesso da Lei da Boa Razão e a modernização do Direito através dos códigos. A lei lusitana procurou instituir uma interpretação vinculativa (autêntica) das leis nacionais; com isso, o objetivo de certeza quanto à aplicação do direito tomou forma. Os juristas deixam de procurar interpretar as normas esparsas do Antigo Regime para concentrar esforços na sistematização da interpretação voltada aos códigos da época.

O fortalecimento do direito moderno, calcado sob a égide dos códigos, se deu, então, em dois aspectos: de um lado, afirma-se o primado incondicional da lei e que a hermenêutica jurídica deve sempre se ater à literalidade do texto; em segundo lugar, a ideia de que o sistema normativo possui uma plenitude lógica, na qual a própria integração das lacunas normativas deve ser socorrida pelo espírito ou vontade do legislador, mesmo que não expressa diretamente.

¹¹⁰ DA ROSA BUSTAMANTE, T. A “Lei da Boa Razão” e a cultura jurídica oitocentista: prolegômeno para uma proposta de compreensão da cultura jurídica brasileira contemporânea à luz do pensamento de Antônio Manuel Hespanha. *Revista Estudos Filosóficos UFSJ*, São João Del-Rey, n. 14, 2017. Disponível em: <http://www.seer.ufsj.edu.br/estudosfilosoficos/article/view/2077>. Acesso em: 22 ago. 2024. p. 12.

¹¹¹ SILVA, António Delgado da. *Collecção da Legislação Portugueza desde a ultima compilação das Ordенаções*. Lisboa: Typ. Maigrense, 1825-1830. 6 v. fol.

Hespanha destaca que a doutrina jurídica da época teve um importante papel nessa mudança de *regra de reconhecimento*, no sentido hartiano, com o abandono cada vez maior do Direito praticado no Antigo Regime – que era esparso e plurívoco – para a prática deste novo Direito codificado, que privilegiava a segurança das relações privadas.

Após a outorga da Constituição Brasileira de 1824, nos primeiros passos do Brasil como um país independente da Coroa Portuguesa, houve a necessidade de reformular o Direito praticado em território nacional. Em busca de uma maior segurança nas relações privadas, chega até aqui um processo de modernização da legislação:

No início da vida independente já se reconhecem no direito alguns clementos bem delineados e modernos (em oposição ao direito comum tardo-médieval): (1) o direito é um conjunto de normas, das quais a primeira é a lei, comando ou ordem do soberano e de caráter geral; (2) este conjunto é sistema, um todo integrado e hierarquizado, que se entende completo e coerente de princípios universais; (3) a legislação deve estar acima dos costumes e pode sobrepor-se a eles e revogá-los. Boa parte da modernização havia sido estimulada no período pombalino pelas duas medidas complementares: a consolidação de um sistema unitário de fontes do direito (Lei da Boa Razão de 1769) e a reforma do ensino jurídico em Coimbra (1762)¹¹².

Aqueles que conduziram a independência brasileira tiveram formação acadêmica em Coimbra, trazendo de lá muitas influências para a gênese do sistema jurídico pátrio. Como afirma Hespanha, houve, na Europa, um movimento que buscou uma maior formalização do Direito por meio de medidas legislativas. Em Portugal, a influência das Reformas Pombalinas e, consequentemente, da Lei da Boa Razão, de 1769, impactaram como os juristas brasileiros passaram a entender o material legislativo¹¹³.

O Código Napoleônico (1804) também influenciou fortemente as demais codificações na Europa e, posteriormente, na América. Tratando-se de um grande marco histórico na legislação francesa, estipulava que a lei deveria ser interpretada em sua acepção literal. Assim dispunha o código: “O juiz que se recusar a julgar sob pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei poderá ser processado como réu de denegação de justiça.”¹¹⁴.

Além disso, em caso de omissão da lei, o magistrado deverá complementar a lei com princípios e analogia que estejam dentro do próprio sistema legal. Essa é uma das premissas que vão embasar aquilo que Bobbio e outros autores vão chamar de positivismo exegético. O

¹¹² LOPES, José Reinaldo de Lima. Iluminismo e jusnaturalismo no ideário dos juristas da primeira metade do século XIX. In: JANCSÓ, István (org.). **Brasil: Formação do Estado e da Nação**. São Paulo: Hucitec; Ed. Unijuí; Fapesp, 2003. p. 199.

¹¹³ HESPANHA, António Manuel. **A história do direito na história social**. Lisboa: Livros Horizonte, 1978. p. 73.

¹¹⁴ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022. p. 90.

que fazer, então, quando o texto normativo não puder ser enquadrado diretamente ao caso analisado? Nesses casos – que devem ser a exceção – recorre-se à produção dos doutos e à jurisprudência, que auxiliariam a suavizar o poder de inovação dos juízes.

Na França nasce um movimento que ficará conhecido como Escola da Exegese, escola importante que propunha uma interpretação unicamente literal do texto normativo por parte dos magistrados. Esse conjunto de ideias é importante ao analisarmos a teoria hermenêutica de Paula Baptista, em razão de ser possível traçar paralelos claros com a prática da exegese francesa nos ensinamentos do jurista brasileiro. De acordo com Bobbio, estão entre as causas do surgimento da Escola da Exegese: a codificação, a mentalidade dos juristas de viés autoritário, doutrina da separação dos poderes, a busca incessante pela certeza do direito e as pressões exercidas pelo regime napoleônico¹¹⁵.

Os Códigos, para a Escola da Exegese, representavam o caminho mais curto e objetivo na resolução dos conflitos sociais. Se não resolvessem absolutamente todas as situações, ao menos a grande maioria delas – os ganhos sociais já seriam gigantescos. As fontes do direito não poderiam se perder em outras que não a letra da lei, sob pena de deixar a sociedade refém de uma discricionariedade judicial.

Quanto ao argumento de autoridade, estava incrustada a vontade do Legislador (o grande depositário dos anseios sociais), representativa de uma soberana lá posta, acessível a todos por meio dos códigos. Bobbio cita o parecer formulado pelo Tribunal de Apelação de Rouen sobre o discurso de Portalis¹¹⁶, que foi distribuído aos juízes e se intitulava *Do uso e do abuso do espírito filosófico durante o século XVIII*. Nele, Portalis criticava os dogmas do racionalismo iluminista, principalmente em relação à aversão dos iluministas às tradições e normas consuetudinárias. O parecer do tribunal afirmava:

Este discurso parece conceder espaço demais para o juiz. Não há necessidade de recordar, de provocar, por assim dizer, as inter pretações, os comentadores, as jurisprudências locais. Estes flagelos destruidores da lei, que primeiro a enfraquecem, em seguida a minam pouco a pouco e terminam por usurpar-lhe os direitos, reaparecerão muito rapidamente. Pobre da época em que, como no passado, se buscará menos o que diz a lei, mais o que a ela se faz dizer! Em que a opinião de um homem [...] terá a mesma autoridade da lei! Em que um erro cometido por alguém, e sucessivamente adotado pelos demais, tornar-se-á a verdade! Em que uma série de preconceitos reunidos por compiladores, cegos ou servis, violentará a consciência dos juízes e sufocará a voz do legislador¹¹⁷.

¹¹⁵ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022. p. 95-96.

¹¹⁶ Portalis foi um dos responsáveis na elaboração do Código Napoleônico de 1804.

¹¹⁷ R. Saleilles, “Le code civil et la méthode historique”, in *Le livre du centenaire*, vol. 1, p. 102, apud BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022. p. 96.

A doutrina da separação dos poderes também é um dos fundamentos da Escola da Exegese, deixando claro que o papel do magistrado não está na criação do direito, mas apenas na reprodução da norma legislada e aplicação ao caso concreto. A certeza do Direito a ser aplicado é outro dos argumentos utilizados, visto que uma codificação seria o método ideal para deixar as leis claras, objetivas e de fácil acesso aos cidadãos, evitando quaisquer surpresas interpretativas.

Como último dos motivos citados por Bobbio, destaca-se a pressão política exercida pelo regime napoleônico. Os centros de ensino superior foram radicalmente alterados e reformados, com o intuito de execrar qualquer tipo de ensinamento que fugisse da leitura explícita do texto normativo.

Margarida Maria Lacombe Camargo, ao abordar a Escola da Exegese em sua obra, afirma que o movimento privilegiou a interpretação gramatical do texto legal como forma de aprisionar a interpretação do texto. O Antigo Regime deveria ser deixado para trás, junto de suas normas dispersas no tempo: “Qualquer poder, além daquele que verifica o conteúdo expresso da lei, transforma-se em arbítrio.”¹¹⁸ O jusracionalismo do século XVIII, concretizado e sistematizado nos códigos de leis, dá os primeiros passos do positivismo jurídico que florescerá na Europa dos séculos seguintes.

É expressiva a grande fé no legislador e uma, tal qual, enorme desconfiança nos magistrados – fruto de sua época, ainda muito influenciada pela Revolução Francesa e pela necessidade de certezas decisórias quanto ao direito. A interpretação só deveria ser possível em casos específicos, quando o texto da lei apresentasse lacunas lógicas ou gramaticais.

Como mencionado, Paula Baptista rejeitou diretamente os ensinamentos de Savigny – teórico já bastante conhecido, que auxiliava a interpretação jurídica através de seus clássicos cânones interpretativos: gramatical, lógico, histórico e sistemático. Para Paula Baptista, esses métodos de Savigny trariam uma grande incerteza na hermenêutica do texto normativo, pois poderiam permitir ao intérprete sair dos contornos literais do código¹¹⁹.

A influência iluminista em Paula Baptista é clara¹²⁰: um apego ao texto legal e a defesa de um legislador universal é a marca do autor brasileiro. São fortes as críticas a Savigny em algumas passagens de sua obra, ao contrapor a ideia do jurista alemão sobre interpretação:

¹¹⁸ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 62.

¹¹⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. História do direito: ciência, interpretação e tradição. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 54, p. 3-25, abr. 2024. p. 21.

¹²⁰ MIOZZO, P. C. Fundamentos dos Conceitos de Hermenêutica Jurídica e de Interpretação em Carlos

E' verdade que á todo o escripto acompanha a condição natural de dever ser entendido segundo o pensamento de seu autor; mas d'ahi se não segue, que em todo o escripto se dê a necessidade de tornar esta condição effectiva pelo acto positivo da interpretação; pelo que, se a Savigny pareceo singular o caber interpretação somente nos casos accidentaes de obscuridade nas leis, á mim parece mais que extraordinário, o não poder haver uma só lei, se quer, clara e-precisa em relação aos factos sujeitos ao seu dominio, de modo que não seja preciso interpreta-la¹²¹.

Savigny era uma voz em contraposição ao *in claris cessat interpretatio*:

Mesmo a doutrina de Savigny, relevante onde não havia códigos modernos, sugeria métodos equivalentes aos consagrados: o grammatical, o lógico, o histórico e o sistemático. O histórico inseria a lei na tradição, temperando as inovações subjetivas de um intérprete mais ousado, e a sistemática faria a ligação do dispositivo ao todo do ordenamento. Savigny voltase, porém, contra a ideia de que as leis claras não precisavam de interpretação, o interpretatio cessat in claris (§ 132, 2 do Concílio de Cefalônia). Para ele, toda lei carecia de interpretação. Era talvez uma maneira de assegurar a permanência dos juristas no comando da doutrina, acima da lei, vez que na Alemanha faltavam códigos, e se usava ainda o corpus do direito romano. Além disso, o jurista alemão tomava “interpretar” por “compreender” – algo em voga e em discussão no seu ambiente cultural romântico. Essas características ajudaram provavelmente a divulgar sua teoria no Brasil, que viveu por todo o século XIX sem código civil. A doutrina (o Professorenrecht) teria, portanto, um papel muito relevante por aquí¹²².

É, portanto, possível estabelecer que Paula Baptista sofreu influência do jusnaturalismo da Escola Exegética Francesa ao desenvolver sua obra sobre hermenêutica jurídica. O apego ao nível da sintaxe linguística como definidora dos sentidos, aliada ao anseio por uma maior certeza do direito, resulta em uma confiança – quase divina – na racionalidade do legislador ao elaborar o código. Isso se dá em um momento histórico onde as ciências naturais, como a Física, Química e Matemática, alcançam resultados extraordinários, enquanto as ciências ditas humanas se veem com os mesmos problemas filosóficos e epistemológicos. Resultado disso é uma sensação de insegurança nas humanidades, pelo fato de a produção de conhecimento “científico” se dar de uma forma completamente diferente.

A busca por uma razão natural do legislador é marca da teoria do jurista pernambucano; portanto existe um elemento de jusnaturalismo, também, na concepção de Paula Baptista. O Direito Natural – ideia ainda muito fortemente influenciada pela tradição portuguesa e ligação com a Igreja Católica – é sustentado pela predominância do racionalidade

Maximiliano. **Cadernos Do Programa De Pós-Graduação Em Direito**, Porto Alegre, v. 11, n. 3, 2017. <https://doi.org/10.22456/2317-8558.66650>

¹²¹ PAULA BAPTISTA, Francisco. **Compêndio de hermeneutica jurídica**: para uso das faculdades de direito do Império. 1872. p. 370.

¹²² LOPES, José Reinaldo de Lima. História do direito: ciência, interpretação e tradição. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 54, p. 3-25, abr. 2024. p. 20-21.

e espiritualidade condensadas no texto normativo. Convém mencionar que a Constituição brasileira de 1824 teve fortes influências do jusnaturalismo, que estava em grande popularização no século XVIII.

A Lei da Boa Razão portuguesa e as influências juracionalistas em Francisco de Paula Baptista me parecem evidentes na construção de sua teoria hermenêutica para o Direito brasileiro. Marcadamente, também, a desconfiança na interpretação do magistrado e na necessidade de que o texto legal fosse reproduzido de forma fiel, sob a égide de uma completude lógica do ordenamento jurídico.

Neste contexto, surge a produção acadêmica brasileira sobre hermenêutica jurídica, com ares autoritários e de forte concentração na figura do Monarca e do Parlamento. Contudo, apesar do sucesso da obra de Paula Baptista em âmbito nacional, houve críticas produzidas na Universidade de São Paulo que podem ser de interesse para esclarecer a existência de verdadeiras disputas doutrinárias entre autores que primeiro desbravaram a dogmática jurídica brasileira com suas obras pioneiras.

2.3 A LUTA POR UM JUDICIÁRIO INDEPENDENTE E DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS NO SÉCULO XIX

O período histórico entre a Constituição de 1824 e a de 1891 marca uma luta do Judiciário brasileiro em prol de uma maior autonomia¹²³. Como destacam Continentino e Val, diversos políticos brasileiros que participaram da Constituinte de 1823 (que restou dissolvida por D. Pedro I) apontavam a falta de credibilidade nos magistrados brasileiros. A falta de imparcialidade, atos de corrupção e decisões com fins políticos eram algumas das alegações que manchavam a imagem do Poder Judiciário no século XIX.

Na primeira carta pós-independência brasileira o papel do magistrado foi relegado a um papel secundário, como consta no Título 6º, que trata “Dos Juizes, e Tribunaes de Justiça.” Apesar de o artigo 151 prever que: “O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quais terão logar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Códigos determinarem.”¹²⁴, na prática havia uma grande subordinação ao Executivo. O artigo

¹²³ CONTINENTINO, Marcelo Casseb; VAL, Marcelo Ribeiro do. Da aplicação à interpretação: história do Judiciário no Brasil oitocentista. **Suprema – Revista de Estudos Constitucionais**, Distrito Federal, Brasil, v. 4, n. 2, p. 201–245, 2024. DOI: 10.53798/suprema.2024.v4.n2.a405. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/405>. Acesso em: 21 abr. 2025.

¹²⁴ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 10 abr. 2025.

154 afirmava que os magistrados poderiam ser suspensos por ato do imperador: “Art. 154. O Imperador poderá suspendel-os por queixas contra elles feitas, precedendo audiencia dos mesmos Juizes, informação necessaria, e ouvido o Conselho de Estado [...].”¹²⁵

Quanto à decisão judicial, a Constituição de 1824 era clara em seu artigo 152: “Os Jurados pronunciam sobre o facto, e os Juizes applicam a Lei.” Não se falava, no texto constitucional, em interpretação legal, salvo quando se tratava das competências do Legislativo, que possuía a prerrogativa da interpretação autêntica do texto, legal conforme o artigo 15 da então carta constitucional¹²⁶. Essa limitação ao poder do Judiciário causou uma série de discussões acerca da doutrina da separação dos poderes, na medida em que o Executivo ainda exercia um forte predomínio sobre todos os outros, principalmente por conta do Poder Moderador.

Pimenta Bueno, um dos mais importantes juristas do período monárquico brasileiro, afirmou que é a missão do Judiciário: “[...] a de distribuji exacta justiça, não tendo por norma senão a lei, e só a lei ou o direito.”¹²⁷ Cabe ao juiz aplicar a lei produzida pelo legislador. Mesmo que Pimenta Bueno defendia a autonomia do Judiciário monárquico, a atuação judicial estará limitada à mera aplicação. Quanto à interpretação, caberia, como afirma o texto constitucional, ao Legislativo:

Interpretar a lei por via de autoridade ou via legislativa, por medida geral, abstracta ou autentica, termos que são equivalentes, é determinar legitima e competentemente qual o verdadeiro sentido ou disposição que a lei encerra, e que deve ser observada sem mais duvida ou hesitação, é em summa estabelecer o direito. *Esta interpretação pertence essencial e exclusivamente ao poder legislativo, não só pela determinação expressa e categorica do artigo constitucional que desenvolvenios e do Acto Add., art. 25, como pela natureza de nosso governo, divisão e limites dos poderes políticos.* Sem duvida que quando isso não fosse mais que expresso, ainda assim mesmo resultaria dos princípios constitucionaes como uma consequencia e necessidade indeclinável¹²⁸ (grifo meu).

A ideia de atuação do juiz em Pimenta Bueno esteve em conformidade com os postulados de Paula Baptista, ou seja, uma maior contenção judicial frente ao texto da lei. A máxima de que *textos claros não precisam ser interpretados* já vigorava no autor. Só posteriormente algumas correntes dissidentes passariam a levantar voz para defender os

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral: VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as. Em: BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil de 25 de março de 1824**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 10 abr. 2025

¹²⁷ BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito publico brazileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve & C., 1857. p. 329.

¹²⁸ Ibid., p. 69.

postulados de Savigny e a necessidade de um processo interpretativo dentro da atividade judicial.

Por outro lado, em franca divergência doutrinária, Antônio Joaquim Ribas, que se formou pela Faculdade de direito de São Paulo, onde lecionou as disciplinas de História, Economia Política, Direito Administrativo, Direito Público, Direito Civil e Direito Eclesiástico, representou voz contrária. Foi deputado provincial em várias legislaturas, desde 1849, até mudar-se para o Rio de Janeiro, onde passou a exercer a função de advogado.

Também conhecido como Conselheiro Ribas, foi uma figura importante na produção bibliográfica brasileira, escrevendo obras como *Curso de Direito Civil brasileiro* (1865), *Direito Administrativo Brasileiro* (1866) e *Da Posse e das Ações Possessórias Segundo o Direito Pátrio Comparado com o Direito Romano e Canônico* (1901). É como civilista que Ribas se torna famoso na história do pensamento jurídico brasileiro. Em sua segunda versão de *Curso de Direito civil brasileiro* (1880), o autor traz disposições sobre interpretação legal, em seu capítulo V chamado *Da interpretação das Leis Civis*.

Ribas discorre sobre algumas regras da hermenêutica jurídica e, em determinados pontos, discorda frontalmente de Paula Baptista, resultando em uma interessante divergência doutrinal entre dois grandes da produção jurídica brasileira¹²⁹. Ao tratar sobre a recepção das teorias de Savigny no Brasil, afirma o professor José Reinaldo:

Propondo a idéia de que todas as leis, mesmo as aparentemente mais claras, precisavam de interpretação, Savigny mudava o conceito mesmo de interpretação. Assemelhava-o ao de compreensão. Interpretar era, até então, esclarecer, tornar claro o que era difícil. Com Savigny interpretar passa a significar muito mais: significa apreender o sentido. Por isso para ele qualquer manifestação do espírito, e qualquer lei, precisa ser interpretada: simplesmente porque precisa ser compreendida. Os juristas não aderiram unanimemente a essa nova perspectiva. No Brasil Paula Baptista, do Recife, e Antônio Joaquim Ribas, de São Paulo, divergiram: o primeiro mantinha a idéia de que interpretar era esclarecer, enquanto o segundo, professor de direito civil e influenciado por Savigny, sustentava a teoria ampliada.¹³⁰

Ribas vai contrariar diretamente os ensinamentos de Paula Baptista sobre o *in claris*:

Cumpre ao jurisconsulto assemelhar-se o pensamento da lei, e para chegar a este fim torna-se indispensável que elle o reconstrua; é a esta reconstrução que se denomina interpretação. Não se estende, pois, a interpretação somente às leis obscuras ou

¹²⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. História do direito - ciência, interpretação e tradição. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 54, p. 3–25, 2024. DOI: 10.22456/0104-6594.139911. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/139911>. Acesso em: 25 ago. 2024. p. 21.

¹³⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. Da Interpretatio à interpretação: um percurso histórico e teórico. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 39, 2018. DOI: 10.22456/0104-6594.88593. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/88593>. Acesso em: 25 ago. 2024. p. 17-18.

defeituosas, posto que nestas seja de maior importancia, e sim tambem ás leis mais claras e isentas de controvérsia¹³¹.

Baptista e Ribas partem de conceitos interpretativos distintos. Para Ribas, a interpretação consiste em uma atividade contingencial na atividade do intérprete; não é um ato que irá, necessariamente, resultar em uma sobreposição à lei – aqui entendida como a vontade do legislador.

Nem se deve receiar que, assim considerada, transponha a interpretação os seus limites proprios, e invada a esphera da formação do direito; porquanto, o interprete não pôde modificar de modo algum o pensamento do legislador, e deve limitar-se a compreende-lo tal como elle existio na mente que o engendrou. A doutrina oposta, que limita a interpretação ás leis obscuras, silenciosas ou duvidosas para restingir ou ampliar o proprio pensamento dellas, é que ameaça de invasão a esphera da formação do direito, como depois se verá clamente¹³².

O autor cita diretamente Savigny para fundamentar suas afirmações. Considera, assim como Paula Baptista, que existem interpretações autênticas – aquelas emanadas do poder incumbido de formular a lei e interpretações privadas – que advêm da interpretação individual de cada jurista¹³³.

Ribas afirma que caberá apenas ao legislativo fazer a interpretação autêntica (obrigatória) do texto legal. Defende que uma disposição que afirmasse a possibilidade de outra autoridade expressar uma interpretação pela via da autoridade seria contrária ao direito nacional posto no artigo 15, inciso XII da Constituição Federal de 1824. Embora seja atribuição do Poder Executivo: “XII. Expedir os Decretos, Instruções, e Regulamentos adequados á boa execução das Leis.”, de acordo com Ribas, apenas o Legislativo tem o papel autêntico de interpretação.

Ao citar os elementos da interpretação, Ribas cita:

Considerando a interpretação das leis em relação aos seus elementos, costumão os jurisconsultos dividil-a em grammatical e logiea; Savigny a estes dous elementos acrescenta o historico e systematico, que o Sr. Paula Baptista reune sob a denominação de - scientifico¹³⁴.

É outro ponto em que o autor diverge de Paula Baptista e aceita as ideias de Savigny. Porém, Ribas sustenta o cerne da hermenêutica de Paula Baptista ao afirmar que, a todo

¹³¹ RIBAS, Antonio Joaquim. **Curso de direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Garnier, 1880. p. 283.

¹³² Ibid., p. 284.

¹³³ Ibid., p. 285.

¹³⁴ RIBAS, Antonio Joaquim. **Curso de direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Garnier, 1880. p. 291.

momento, o jurista deverá estar preocupado em reproduzir o fiel sentido da lei, aquele pretendido pelo legislador.

O jurisconsulto pôde rectificar a expressão da lei pelo seu pensamento, restringindo, ou ampliando aquella, quando for defeituosa por impropriedade, ou por indeterminação, isto é, quando não encerrar um pensamento completo, ou quando o seu sentido directo estiver em contradição com o verdadeiro pensamento da lei; mas, pretender rectificar este mesmo pensamento, tomando por typo a idéa que ella deveria exprimir, é collocar-se o interprete acima do legislador; não é interpretar, é legislar¹³⁵.

Tanto Ribas, quanto Paula Baptista, estão preocupados em dar estabilidade ao direito legislado, buscam dar aplicabilidade às produções do parlamento como verdadeiras expressões da norma. Acontece que partem de ideias distintas sobre interpretação e como ela se dá na hermenêutica jurídica. Com a teoria de Savigny, Ribas vai defender a ideia de que interpretar as leis não se resume aos mandamentos obscuros, mas caberá sempre que for preciso buscar o *sentido da lei*. Interpretar não significa uma atitude de esclarecer aquilo que está encoberto, que está abstrato ou de difícil acepção, mas interpretar torna-se sinônimo de compreensão das ciências humanas¹³⁶.

Ao decorrer do século XIX o espaço para a atuação interpretativa do Poder Judiciário irá aumentar, até culminar com a nova Constituição de 1891 que trouxe uma grande inovação no sistema de separação de poderes. As influências francesas vão abrir espaço para as estadunidenses, dando lugar a um desenho institucional brasileiro marcadamente jurisdicista capitaneado por Rui Barbosa.

3 CARLOS MAXIMILIANO – O MODELO CLÁSSICO DE HERMENÊUTICA JURÍDICA NO SÉCULO XX

Aplicar uma regra de direito é discernir e expressar concretamente o que ela abstratamente propõe. Isto mesmo pôde apresentar a maior facilidade, como estar eriçado de dificuldades. O engenho e a retidão do juizo (diagnóstico jurídico) que deve aplicar a régra, exerce também grande influência, mas a dificuldade ou a facilidade objetiva dessa aplicação, determina-o a própria régra, segundo suas disposições estejam ligadas a critérios mais ou menos, difíceis de se reconhecer¹³⁷.

3.1 A HERMENÊUTICA METODOLÓGICA E A ATIVIDADE CIENTÍFICA DO INTÉRPRETE

¹³⁵ Ibid., p. 294.

¹³⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Da Interpretatio à interpretação: um percurso histórico e teórico. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 39, 2018. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/88593>. Acesso em: 25 ago. 2024. p. 17

¹³⁷ JHERING, Rudolf Von. **O espírito do direito romano:** nas diversas fases de seu desenvolvimento. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. p. 46.

Carlos Maximiliano foi um jurista de notável sucesso em sua carreira, além de ter produzido obras que marcaram a bibliografia jurídica brasileira e são relevantes até hoje. Nascido em São Jerônimo, província do Rio Grande do Sul, em 1873, Maximiliano cursou Humanidades em Porto Alegre e obteve formação em Ciências Jurídicas e Sociais na Escola de Direito de Belo Horizonte. Tornou-se bacharel em 1898 e advogou em várias comarcas do Rio Grande do Sul, chegando mesmo a patrocinar causas junto ao Supremo Tribunal Federal durante trinta e seis anos.

Paralelamente à sua atuação como jurista, também exerceu funções políticas, sendo eleito Deputado Federal nos períodos de 1911-1914 e 1919-1923 por seu estado natal. Atuou como Ministro da pasta da Justiça e Negócios Interiores no governo federal de Wenceslau Braz Pereira Gomes.

Em 1932, foi nomeado Consultor-Geral da República por decreto de 4 de novembro e, além disso, por decreto de 14 do mesmo mês, passou também a exercer o cargo de Consultor Jurídico do Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Posteriormente, foi nomeado para o alto cargo de Procurador-Geral da República por decreto de 2 de agosto de 1934, exercendo-o até 3 de maio de 1936. Convidado pelo então presidente Getúlio Vargas, aceitou o cargo de Ministro da Corte Suprema, sendo nomeado por decreto de 22 de abril de 1936 e tomando posse no dia 4 de maio seguinte.

Para alguns, o autor foi um positivista convicto. Afonso Arinos, citado por José Reinaldo de Lima Lopes, afirmou que:

[...] as posições assumidas por Carlos Maximiliano na Câmara Federal opostas às de seu pai, Afrânio Melo Franco, em questões importantes: Maximiliano votou contra a suspensão do banimento da família imperial, e opôs-se também à regulamentação e limitação das horas de trabalho de menores, aprendizes e mulheres alegando que se tratava de interferência inconstitucional na liberdade de contratar. Foi também contrário ao projeto de lei que mandava os estados aplicarem numa Caixa de Assistência valores das heranças jacentes que lhes eram destinadas. As posições indicam um positivista crédulo na sobrevivência dos mais aptos e na ditadura dos mais sábios, e reticente quanto às liberdades civis¹³⁸.

Maximiliano escreveu obras que representam cânones do Direito Constitucional e da Hermenêutica Jurídica até os dias atuais, entre elas: *Comentários à Constituição Brasileira de 1891* (3v., 1918), *Hermenêutica e aplicação do Direito* (1925)¹³⁹ e *Comentários à Constituição*

¹³⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Naturalismo jurídico no pensamento brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014. Livro eletrônico. 7083 posições. p. 4027.

¹³⁹ Esta obra foi para sua 23^a edição em 2022, representando marco na produção hermenêutica brasileira.

Brasileira (3v. 1954). Neste trabalho, iremos nos deter, prioritariamente, aos escritos do autor referentes à interpretação jurídica e ao papel do magistrado na decisão judicial. O autor faleceu em 2 de janeiro de 1960, no Rio de Janeiro, sendo homenageado pelo Supremo Tribunal Federal.

Para Maximiliano, a Hermenêutica jurídica “tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.”¹⁴⁰ Enquanto o texto normativo fixa termos gerais, regras gerais, consolida princípios, a linguagem legislativa é naturalmente ampla e não desce às minúcias, afirma o autor. Portanto, o trabalho do intérprete é: “descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão [...] é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.”¹⁴¹

Para Maximiliano, a Hermenêutica é a disciplina que fornece os métodos necessários para que ocorra a interpretação da norma. O jurista não poderia confundir os dois institutos. Interpretar, portanto, seria a aplicação dos métodos hermenêuticos (ou dos princípios gerais da hermenêutica). “A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar.”¹⁴²

A Interpretação, como as artes em geral, possui a sua técnica, os meios para chegar aos fins colimados. Foi orientada por princípios e regras que se desenvolveu e aperfeiçoou à medida que evolreu a sociedade e desabrocharam as doutrinas jurídicas. A arte ficou subordinada, em seu desenvolvimento progressivo, a uma ciência geral, o Direito obediente, por sua vez, aos postulados da Sociologia; e a outra, especial, a Hermenêutica. Esta se aproveita das conclusões da Filosofia Jurídica; com o auxílio delas fixa novos processos de interpretação; enfeixa-os num sistema, e, assim areja com um sopro de saudável modernismo a arte, rejuvenescendo-a, aperfeiçoando-a, de modo que se conserve à altura do seu século, como elemento de progresso, propulsor da cultura profissional, auxiliar prestimosa dos pioneiros da civilização¹⁴³.

O autor deixa evidenciada a ligação do Direito com a Sociologia, relação em que aquele se desenvolve a partir de postulados fornecidos por esta. As ideias de avanço, de desenvolvimento e de evolução estão muito presentes na obra de Maximiliano – expressões comumente utilizadas em ciências naturais como a Biologia e a Química, mas que se tornaram importantes na Sociologia do século XX.

A aplicação do direito consistiria em uma atividade de enquadramento de uma norma jurídica a um caso concreto analisado: “tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar

¹⁴⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 13.

¹⁴¹ Ibid., p. 13.

¹⁴² Ibid., p. 14.

¹⁴³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 14.

juridicamente um interesse humano.”¹⁴⁴ Para Maximiliano, interpretação, compreensão e aplicação ocorrem em momentos distintos na atividade do intérprete¹⁴⁵. A aplicação é composta por algumas etapas, de acordo com o autor:

A adaptação de um preceito ao caso concreto pressupõe: a) a Crítica, a fim de apurar a autenticidade e, em seguida, a constitucionalidade da lei, regulamento ou ato jurídico; b) a Interpretação, a fim de descobrir o sentido e o alcance do texto; c) o suprimento das lacunas, com o auxílio da analogia e dos princípios gerais do Direito; d) o exame das questões possíveis sobre ab-rogação, ou simples derrogação de preceitos, bem como acerca da autoridade das disposições expressas, relativamente ao espaço e ao tempo

A atividade do intérprete é realizada por etapas, metodologicamente definidas pelo estudo da Hermenêutica jurídica. É importante notar que Maximiliano destaca, como um primeiro movimento, a apuração de constitucionalidade do dispositivo legal. Em outra citação, fica clara a divisão em etapas da decisão judicial:

A Aplicação não prescinde da Hermenêutica: a primeira pressupõe a segunda, como a medicação a diagnose. *Em erro também incorre quem confunde as duas disciplinas: uma, a Hermenêutica, tem um só objeto – a lei; a outra, dois – o Direito, no sentido objetivo, e o fato.* Aquela é um meio para atingir a esta; é um momento da atividade do aplicador do Direito. *Pode a última ser o estudo preferido do teórico; a primeira, a Aplicação, revela o adaptador da doutrina à prática, da ciência à realidade: o verdadeiro jurisconsulto*¹⁴⁶ (grifo meu).

Ao conceituar o ato de *interpretar*, Maximiliano afirma: “Interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão.”¹⁴⁷ Interpreta-se tudo, segundo o autor – inclusive o silêncio. Quanto à importância da dimensão subjetiva do intérprete, afirma Maximiliano que o exegeta executa uma verdadeira arte guiada por seus preceitos científicos: “porém, não dispensa o coeficiente pessoal, o valor subjetivo; não reduz a um autômato o investigador esclarecido.”¹⁴⁸ Além disso, afirma que a “Hermenêutica o capítulo menos seguro, mais impreciso da ciência do Direito; porque partilha da sorte da linguagem.”

¹⁴⁴ Ibid., p. 19.

¹⁴⁵ Importante mencionar que Maximiliano já havia falecido quando da publicação de *Verdade e Método* de Hans-Georg Gadamer. Na obra, um dos pontos centrais do mestre de Marburgo é criticar a cisão nos momentos de interpretar e aplicar um texto normativo (seja jurídico ou teológico). Para mais, ver: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 459-505.

¹⁴⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 20.

¹⁴⁷ Ibid., p. 21.

¹⁴⁸ Ibid., p. 22.

Essas breves passagens nos dizem coisas interessantes sobre a visão que Maximiliano tinha sobre a relação intérprete-linguagem. O autor parte da premissa que a linguagem é naturalmente vazada, ambígua e comporta um sem-número de possibilidades. A atividade legislativa não seria capaz de *colocar em texto* toda a complexidade do Direito, como se este pairasse no ar e fosse apreendido por aquele que *põe o direito*.

Aqui já podemos notar, também, um grande ponto de separação conceitual e metodológica entre Carlos Maximiliano e Francisco de Paula Baptista. Para aquele, nunca haverá mera reprodução do texto normativo ao caso concreto: “A interpretação colima a clareza; porém não existe medida para determinar com precisão matemática o alcance de um texto.”¹⁴⁹

Maximiliano elabora críticas direcionadas diretamente à figura de Paula Baptista. Uma delas é o empreendimento de buscar a “vontade do legislador” na interpretação da norma. O sentido do texto legal não deve depender de um psicologismo, que se mostra impossível de ser realizado na prática, tendo em vista toda uma coletividade de pensamentos em uma casa parlamentar, além da dificuldade em se dimensionar as influências políticas, econômicas e morais que sofrem os deputados e senadores ao votarem um texto. “Se fôssemos, a rigor, buscar a intenção ocasional, precípua do legislador, o encontrariam visando horizonte estreito, um conjunto de fatos concretos bastante limitado.”¹⁵⁰ A interpretação é antes sociológica do que psicológica, afirma o autor gaúcho.

Reducir a interpretação à procura do intento do legislador é, na verdade, confundir o todo com a parte; seria útil, embora nem sempre realizável, aquela descoberta; constitui um dos elementos da Hermenêutica; mas, não o único; nem sequer o principal e o mais profícuo; existem outros, e de maior valia. Serve de base, como adiante se há de mostrar, ao processo histórico, de menor eficiência que o sistemático e o teleológico¹⁵¹. Em resumo: sob qualquer dos seus aspectos, a interpretação é antes sociológica do que individual. Vai caindo em vertiginoso descrédito a doutrina oposta, que se empenha em descobrir e revelar a vontade, a intenção, o pensamento do legislador. Despreza os postulados da Psicologia moderna, reduz, em demasia, o campo da Hermenêutica, assenta antes em ficções do que em verdades demonstráveis, força a pesquisas quase sempre inúteis e, em regra, não atinge a certeza colimada¹⁵².

Outra crítica de Maximiliano à doutrina de Paula Baptista é acerca dos limites da interpretação literal – ou grammatical – do texto normativo. Se um texto sofre influências históricas e sociais, não há o que se falar em uma aplicação da norma omissa de interpretação.

¹⁴⁹ Ibid., p. 22.

¹⁵⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 32.

¹⁵¹ Ibid., p. 35.

¹⁵² Ibid., p. 36.

Maximiliano se mostra um crítico ferrenho ao *Interpretatio cessat in claris* defendido por Paula Baptista no século XIX.

A nenhum jurista ficaria bem repetir hoje as definições de Richeri e Paula Batista. Os domínios da Hermenêutica se não estendem só aos textos defeituosos; jamais se limitam ao invólucro verbal: o objetivo daquela disciplina é descobrir o conteúdo da norma, o sentido e o alcance das expressões do Direito. Obscuras ou claras, deficientes ou perfeitas, ambíguas ou isentas de controvérsia, todas as frases jurídicas aparecem aos modernos como suscetíveis de interpretação¹⁵³.

Trata-se de uma nova concepção do fenômeno interpretativo, segundo a qual a lei não é mais vista como estanque, parada no tempo, mas como um organismo vivo e sujeito às contingências da história. O juiz não é um mero reproduutor da lei – é isso que Maximiliano aborda quando trata de aplicação do texto legal ao caso concreto. Para o autor gaúcho, o próprio conceito de clareza é relativo, obscuro e de impossível concretização: “Basta, às vezes, passar do exame superficial para o rigoroso, sobretudo se jogar com o elemento histórico, o sistemático e os valores jurídico-sociais; logo se verificará ser menos translúcida a forma do que se julgava a princípio”¹⁵⁴.

Que é lei clara? É aquela cujo sentido é expresso pela letra do texto. Para saber se isto acontece, é força procurar conhecer o sentido, isto é, interpretar. A verificação da clareza, portanto, ao invés de dispensar a exegese, implica-a, pressupõe o uso preliminar da mesma. Para se concluir que não existe atrás de um texto claro uma intenção efetiva desnaturalizada por expressões impróprias, é necessário realizar prévio labor interpretativo. Demais, se às vezes à primeira vista se acha translúcido um dispositivo, é pura impressão pessoal, contingente, sem base sólida. Basta recordar que o texto da regra geral quase nunca deixa de pressentir a existência de exceções; logo o alcance de um artigo de lei se avalia confrontando-o com outros, isto é, com aplicar o processo sistemático de interpretação (grifo meu)¹⁵⁵.

Maximiliano destaca a contradição exposta nas palavras do professor Paula Baptista: como afirmar que uma lei é clara sem, sequer, interpretá-la? Partem, portanto, os dois autores de paradigmas completamente distintos quanto à possibilidade de interpretação dos textos jurídicos.

O juiz pode ser representado como um ator de teatro que interpreta as ordens direcionadas pelo dramaturgo, este análogo à figura do legislador. Não se trata de uma relação fria, de mera reprodução mecânica, mas de uma interpretação e aplicação que deverá estar ciente de uma circularidade hermenêutica: o todo se comprehende pela parte, e a parte,

¹⁵³ Ibid., p. 40.

¹⁵⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 40.

¹⁵⁵ Ibid., p. 41.

novamente, é compreendida pelo todo.

Sempre existirá um grau de subjetividade do juiz na aplicação do Direito, mas isso não quer dizer uma discricionariedade nem arbitrariedade na aplicação da norma: “Não o consideram autômato; e, sim, árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social.”¹⁵⁶

Maximiliano ressalta o quanto ultrapassado são os métodos de exegese que buscam descobrir os objetivos colimados pelo legislador, afirmando que tais técnicas são comumente conhecidas como *escolásticas* e *dogmáticas*. A busca pelo sentido dado pelo criador é apenas um dos meios de se alcançar o sentido da norma: “o erro consiste em generalizar o processo, fazer do que é simplesmente um dentre muitos recursos da Hermenêutica – o objetivo único, o alvo geral; confundir o meio com o fim.”¹⁵⁷ Esta herança, defendida por autores como Francisco de Paula e Antonio Joaquim Ribas, é fruto de um uso excessivo do Direito Romano, um apego aos aspectos meramente formais do texto:

a redução do aplicador dos Códigos a uma espécie de autômato, enquadrado em regras precisas e cheias de minúcias, em uma geometria pretensiosa, obcecado pela arte, enganadora, dos silogismos forçados, interpretando hoje um texto como se vivesse há cem anos, imobilizado, indiferente ao progresso, conforme os ditames da escola tradicional¹⁵⁸.

A escolástica, de acordo com Maximiliano, foi abandonada com o desenvolvimento da Hermenêutica e o refinamento interpretativo dos juristas, em um tom evidente de defesa à evolução da Hermenêutica jurídica. Afirma o autor:

Os que disfarçam a sua conformidade com a doutrina da evolução e, sobretudo, os que aderem à mesma em tom sincero e franco realizam cada dia obra de justiça, de ciência, de progresso; amoldam-se às necessidades da prática; ante a impossibilidade de alterar com intervalos breves os textos positivos, seguem vereda segura: plasmado o Direito em uma forma ampla, útil, adaptam-no, pela interpretação, às exigências sociais imprevistas, às variações sucessivas do meio.

Maximiliano utiliza conceitos caros às ciências naturais, em um linguajar que remete às ciências lógicas e empíricas. Deixa claro que há uma adaptação da hermenêutica jurídica a um Direito mais complexo, que demanda uma interpretação dinâmica e atenta às vicissitudes sociais de uma sociedade que se industrializa e se complexifica.

Sobre o papel do magistrado na criação do Direito, Maximiliano afirma que faz parte,

¹⁵⁶ Ibid., p. 66.

¹⁵⁷ Ibid., p. 52.

¹⁵⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 52.

naturalmente, da própria atividade jurisdicional, a investigação do sentido do Direito e, portanto, haverá situações em que o intérprete aperfeiçoará o próprio texto legislado.

Embora o princípio da divisão dos poderes, observado sem restrições, o que, aliás, se não pratica em país nenhum, extinga o antigo papel criador do Direito, atribuído à jurisprudência; o dever de decidir os litígios, sejam quais forem as deficiências da lei escrita, força a magistratura a reivindicar, em parte, a sua velha competência e assim tornar-se, de fato, uma dilatadora e aperfeiçoadora das normas rígidas¹⁵⁹.

O autor gaúcho faz uma defesa de meio termo entre uma interpretação rígida (escolástica ou dogmática) e uma interpretação totalmente livre do magistrado. A citação é longa, mas extremamente útil para que o leitor possa compreender em que chão teórico pisava Maximiliano:

Assim como o sistema primitivo de interpretação teve denominações várias, sem se lhe alterar sensivelmente a essência (processo tradicional, psicológico; dogmático; escolástico), assim também a orientação contemporânea ostenta ora este, ora aquele dístico, indicador apenas do predomínio de um motivo propulsor da exegese no sentido de adaptar a norma imutável à vida real. Chamam teleológico ao processo que dirige a interpretação conforme o fim colimado pelo dispositivo, ou pelo Direito em geral; tem como corifeus dois professores belgas, Paul Vander Eycken e Edmond Picard, embora Rudolf von Jhering deva, talvez, ser considerado o mestre por excelência, verdadeiro chefe da escola. Apelidam de sociológico o sistema que obriga o juiz a aplicar o texto de acordo com as necessidades da sociedade contemporânea, a olhar menos para o passado do que para o futuro, a tornar-se umobreiro, inconsciente ou consciente, do progresso. Levado esse processo até às últimas consequências, vai ter ao Direito Livre, à Libre Recherche dos franceses e belgas; à Freie Rechtsfindung dos tudoscos. Entretanto, o elemento moderado, conservador, se detém em um meio-termo discreto, tira todas as deduções exigidas pelo meio social, porém compatíveis com a letra da lei; evita os exageros dos revolucionários, mas também se não conforma com a imobilidade emperrada, produto lógico da dogmática. A escola sociológica, dotada por Josef Kohler, na Alemanha, Francesco Degni e Nicolao Coviello, na Itália, e C. A. Reuterskioeld, na Suécia, pode considerar-se, quando muito, um ramo, prolongamento algo indistinto, da doutrina hodierna, que ao impulso inicial de Vico e Savigny veio progredindo e vencendo o tradicionalismo, até atingir a concepção relativamente moderada, porém já adiantadíssima, do evolucionismo na Sociologia, no Direito geral, e especialmente no campo da Hermenêutica.

Há a defesa de uma concepção moderada, uma hermenêutica que se propõe sociológica, mas que não chega a defender os cânones da Escola do Direito Livre¹⁶⁰, pois seriam demasiadamente revolucionários. O processo de interpretação, apesar de atento às mudanças sociais e orientado pelo contexto do caso concreto, *não resulta em uma criação do Direito por*

¹⁵⁹ Ibid., p. 55.

¹⁶⁰ A Escola do Direito Livre foi um movimento que nasce no início do século XX que se mostrava insurgente ao formalismo jurídico, defendia que o magistrado possui o dever de buscar uma evolução do Direito, não se atendo apenas ao texto normativo. Toda interpretação judicial é, também, uma atividade criadora do Direito. São autores representativos desse movimento Eugen Ehrlich e Hermann Kantorowicz. Para mais, ver: MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito:** de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014.

parte do magistrado:

Na verdade, o magistrado não formula o Direito, interpreta-o apenas; e esta função ainda é exercida somente quando surge a dúvida, sobre a exegese, em um caso forense. Nem o juiz expõe o seu pensamento por meio de disposição geral e referente ao futuro, como o Pretor em Roma; nem sequer se pronuncia em parecer solicitado por algum dos outros poderes constitucionais. Assim se pensa em todos os países cultos¹⁶¹.

Sendo o magistrado obrigado a sentenciar, como informava os artigos 4º e 5º, do Código Civil de 1916¹⁶², mesmo diante de lacuna ou obscuridade linguística, haveria de deduzir a norma jurídica (não a criar)¹⁶³. Ainda sobre a Escola do Direito Livre (também chamada pelo autor de *revolucionária*), Maximiliano insiste em sua posição de manter um meio-termo entre o rigor da interpretação meramente gramatical e da irrestrita liberdade do magistrado:

A doutrina revolucionária olha demasiado para o foro íntimo, quando deveria, como os moderados e a escola histórico-evolutiva, tomar por ponto de partida a lei, interpretada e compreendida não somente à luz dos preceitos lógicos, mas também de acordo com as ideias, aspirações e interesses legítimos da coletividade¹⁶⁴.

Além de criticar a visão radical de autores como Kantorowicz, Maximiliano afirma que os preceitos desta Escola revolucionária não se encaixam nos moldes do Estado brasileiro de divisão de poderes e regime de freios e contrapesos. “Em geral, a função do juiz, quanto aos textos, é dilatar, completar e compreender; porém não alterar, corrigir, substituir.”¹⁶⁵

Surge uma interessante questão quando Maximiliano dispõe sobre interpretação autêntica e doutrinal. A interpretação autêntica é aquela emanada pelo próprio órgão que criou o texto normativo. A doutrinal seria aquela fruto de uma liberdade interpretativa sem coação hierárquica. Para o autor, a interpretação autêntica presta um verdadeiro desserviço à Hermenêutica: “Opera-se a exegese autêntica, em regra, por meio de disposição geral, e, ainda que defeituosa, injusta, em desacordo com o verdadeiro espírito do texto primitivo, prevalece enquanto não a revoga o Poder Legislativo.”¹⁶⁶ Uma regra de interpretação emanada pelo

¹⁶¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 65-66.

¹⁶² Art. 4. A lei só se revoga, ou derroga por outra lei; mas a disposição especial não revoga a geral, nem a geral revoga a especial, senão quando a ela, ou ao seu assunto, ser referir, alternando-a explícita ou implicitamente. Art. 5. Ninguém se excusa, alegando ignorar, a lei; nem com o silencio, a obscuridade, ou a indecisão dela se exime o juiz de sentenciar, ou despachar. Em BRASIL. Código Civil Brasileiro de 1916. **Decreto nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3071.htm. Acesso em: 5 dez. 2024.

¹⁶³ COSTA, Dilvanir José da. **Curso de hermenêutica jurídica: doutrina e jurisprudência**. 4. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017. p. 133.

¹⁶⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 79.

¹⁶⁵ Ibid., p. 83.

¹⁶⁶ Ibid., p. 93.

Legislativo, ao fim e ao cabo, será apenas uma nova regra que será, novamente, interpretada. A empresa de emanar uma norma meramente explicativa é impossível, visto que tudo passa pela interpretação.

Não há propriamente interpretação autêntica; se o Poder Legislativo declara o sentido e alcance de um texto, o seu ato, embora reprodutivo e explicativo de outro anterior, é uma verdadeira norma jurídica, e só por isso tem força obrigatória, ainda que ofereça exegese incorreta, em desacordo com os preceitos basilares da Hermenêutica¹⁶⁷.

Não há como enrijecer os contornos de uma interpretação textual com outro texto. Essa questão faz lembrar a atual crítica elaborada pelo professor Lenio Streck à “cultura dos precedentes”, que parte da doutrina brasileira vem, ardorosamente, defendendo atualmente. Caberia às “Cortes de Vértice” fixar interpretações de normas, e aos tribunais inferiores restaria a mera aplicação desses precedentes. Trata-se de uma verdadeira interpretação autêntica forçada pelos colegiados dos tribunais superiores¹⁶⁸.

Sobre os processos de interpretação, Maximiliano afirma que o ato interpretativo é um só, embora se fracione em diversos momentos. Cita que há o elemento gramatical (ou filológico) e o elemento lógico, que será dividido em *lógico propriamente dito* e *social*. “A diferença entre os dois principais elementos, ou processos, consiste em que um só se preocupa com a letra do dispositivo; o outro, com o espírito da norma em apreço.”¹⁶⁹ Já destaquei as ressalvas que o autor tinha acerca da precariedade da interpretação gramatical; mais importante agora é destacar o *processo lógico*.

O Processo Lógico propriamente dito consiste em procurar descobrir o sentido e o alcance de expressões do Direito sem o auxílio de nenhum elemento exterior, com aplicar ao dispositivo em apreço um conjunto de regras tradicionais e precisas, tomadas de empréstimo à Lógica geral. Pretende do simples estudo das normas em si, ou em conjunto, por meio do raciocínio dedutivo, obter a interpretação correta¹⁷⁰.

A segurança jurídica da norma, objetivo central das legislações codificadas, pode ser mais eficazmente assegurado por meio dos princípios cristalizados nas normas jurídicas do que pela mera literalidade dos textos legais. “Deve, portanto, o pensamento prevalecer sobre a letra, a ideia valer mais do que o seu invólucro verbal”.

O processo interpretativo de natureza sociológica, já discutido anteriormente, expressa

¹⁶⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 95.

¹⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica: O Sentido da Vinculação no CPC/2015**. Salvador: JusPODIVM, 2021.

¹⁶⁹ Op. cit., p. 109.

¹⁷⁰ Ibid., p. 121.

a preocupação de Maximiliano com os contextos de aplicação do Direito. O intérprete, nesse cenário, deve evitar a *ossificação* da norma, compreendendo que o Direito acompanha a dinâmica social, respondendo às transformações históricas e às novas demandas. O juiz, nesse sentido, figura como agente central, atuando como mediador sensível às mudanças sociais que impactam o ordenamento jurídico.

Para Maximiliano, o Direito configura-se como uma ciência. Dito isto, o ato interpretativo deve, necessariamente, estar orientado por uma finalidade – uma racionalidade *teleológica*. A norma jurídica não se exaure em sua forma, mas projeta-se na realização de valores jurídicos e sociais que lhe conferem sentido prático e legitimidade.

O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi regida¹⁷¹ (grito meu).

Essa finalidade na norma não é estática, nem imutável; ao contrário, varia conforme o contexto social. A hermenêutica jurídica, nesse sentido, deve inspirar-se nos mesmos ideais das ciências, buscando princípios gerais e universais que lhes confiram maior objetividade e consistência. “O dogma tradicional da vontade foi substituído pelo dogma histórico-evolutivo do escopo, o arbítrio indomável do indivíduo, pelo fim eminentemente humano do instituto”.¹⁷²

Ao magistrado é conferida, portanto, a prerrogativa de suprir as lacunas do ordenamento jurídico, conforme dispunha o artigo 5º do Código Civil de 1916. Essa função interpretativa extrapola a mera subsunção da norma ao fato, exigindo uma postura ativa, fundamentada no compromisso com os fins sociais e éticos do Direito.

Citando Raymond Saleilles, Maximiliano reforça que o Direito é uma ciência social e, como tal, deve buscar na Sociologia os elementos essenciais para a formulação de seus princípios: “As mudanças econômicas e sociais constituem o fundo e a razão de ser de toda a evolução jurídica; e o Direito é feito para traduzir em disposições positivas e imperativas toda a evolução social.”¹⁷³ Dessa forma, a subjetividade do intérprete é disciplinada por um esforço racional e científico de compreensão do social. O bem comum, nesse horizonte, constitui o verdadeiro objeto da norma jurídica e deve orientar a atividade interpretativa.

Ao discutir a relação entre o sistema jurídico e o sistema ético, Maximiliano enfatiza

¹⁷¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 150.

¹⁷² Ibid., p. 152.

¹⁷³ Ibid., p. 157.

a necessária subordinação da legalidade aos valores éticos fundamentais:

A órbita do Direito e a da Moral são concêntricas; e o raio da última é o mais longo: muita coisa fulminada pela ética é tolerada pelas leis; por outro lado, tudo o que os textos exigem ou protegem está de acordo com o senso moral médio da coletividade. Em resumo: não pode haver Direito contra a Moral, embora nem todos os ditames desta encontrem sanção nos códigos. Por isso, leis positivas, usos, costumes e atos jurídicos interpretam-se de acordo com a ética; exegese contrária a esta jamais prevalecerá. Cumpre dilatar ou restringir o sentido do texto, a fim de que este não contravenha os princípios da Moral.

A influência da moral no Direito manifesta-se por meio do aspecto sociológico da norma jurídica, uma vez que esta reflete, de forma dinâmica, as aspirações coletivas de bem de uma determinada comunidade histórica. Como pontua Maximiliano: “Se é certo que o Direito não impõe a Moral, não é menos verdadeiro que se opõe ao imoral.”¹⁷⁴ Assim, a norma jurídica possui um fim ético, orientado por uma moralidade coletiva que, segundo o autor, está no cerne da própria racionalidade jurídica. “Incumbe ao hermeneuta seguir o curso da consciência moral, que se modifica dia a dia, no seio de um mesmo povo”¹⁷⁵.

A atividade interpretativa, por sua vez, não é homogênea: ela se adapta ao ramo do Direito a que se aplica¹⁷⁶. Nesse sentido, Maximiliano desenvolveu, de forma sistemática, conselhos interpretativos voltados especificamente à interpretação constitucional. Em suas obras *Hermenêutica e Aplicação do Direito* e *Comentários à Constituição*¹⁷⁷, o autor formula dezoito cânones hermenêuticos dirigidos ao intérprete constitucional, os quais detalham princípios metodológicos e éticos que devem orientar a leitura e aplicação do texto constitucional.

I. O Código fundamental tanto prevê no presente como prepara o futuro. Por isso ao invés de se ater a uma técnica interpretativa exigente e estreita, procura-se atingir um sentido que torna efetivos e eficientes os grandes princípios de governo, e não o que os contrarie ou reduza a inocuidade;

II. Forte é a presunção da constitucionalidade de um ato ou de uma interpretação, quando datam de grande número de anos, sobretudo se foram contemporâneos da época em que a lei fundamental foi votada. *Minime sunt mutanda, quo interpretationem certam semper habuerunt*

III. Todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo; portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou a

¹⁷⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 158.

¹⁷⁵ Ibid., p. 159.

¹⁷⁶ Ibid., p. 281.

¹⁷⁷ AYDOS, Elena de Lemos Pinto. Hermenêutica e Interpretação: Um Estudo dos Cânones de Carlos Maximiliano. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito –UFRGS**, Porto Alegre, v. 4, n. 7, 2014. DOI: <https://doi.org/10.22456/2317-8558.50818>.

inconstitucionalidade, em geral, não estão acima de toda dúvida razoável, interpretasse e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o Poder Público. Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato de autoridade. *Oportet ut res plus valeat quam pereat.*

IV. Sempre que for possível sem fazer demasiada violência às palavras, interprete-se a linguagem da lei com reservas tais que se torne constitucional a medida que ela institui, ou disciplina

V. A constitucionalidade não pode decorrer só dos motivos da lei. Se o parlamento agiu por motivos reprovados ou incompatíveis com o espírito do Código supremo, porém a lei não é, no texto, contrária ao estatuto básico, o tribunal abstém-se de a condenar

VI. Existe a inconstitucionalidade formal alegável em todos os países e decorrente do fato de não ter o projeto de lei percorrido os trâmites regulares até a publicação respectiva; e a intrínseca ou substancial, relativa à incompatibilidade entre o estatuto ordinário e o supremo, da qual os tribunais brasileiros, argentinos, mexicanos e norte-americanos tomam conhecimento, porém não pode ser ventilada nos pretórios europeus, em geral

VII. Embora as expressões nas leis supremas sejam, mais do que nas ordinárias, vazadas em linguagem técnica, nem por isso entenderão aquelas como escritas em estilo arrevesado e difícil, inacessível à maioria, e, sim, em termos claros, precisos. Não se resolve contra a letra expressa da Constituição, baseado no elemento histórico ou no chamado Direito natural. Cumpre-se o que ressalta dos termos da norma suprema, salvo o caso de forte presunção em contrário: às vezes o próprio contexto oferece fundamento para o restringir, distender ou, simplesmente, determinar

VIII. O elemento histórico auxilia a exegese do Código básico, mantida a cautela de só atribuir aos debates no seio da Constituinte o valor relativo que se deve dar, em geral, aos *trabalhos parlamentares*

IX. Quando a nova Constituição mantém, em alguns dos seus artigos, a mesma linguagem da antiga, presume-se que se pretendeu não mudar a lei nesse particular, e a outra continua em vigor, isto é, aplica-se à atual a interpretação aceita para a anterior. O texto do Código fundamental do Império e os respectivos comentários facilitam a exegese do estatuto republicano, assim como o Direito inglês é invocado pelos publicistas dos Estados Unidos. Ainda mais: os direitos assegurados pela Constituição antiga prevalecem, na vigência da nova, nos pontos em que esta não revogou aquela

X. A Constituição aplica-se aos casos modernos, não previstos pelos que a elaboraram. Faz-se mister supor que os homens incumbidos da nobre tarefa “de distribuir os poderes emanados da soberania popular e de estabelecer preceitos para a perpétua segurança dos direitos da pessoa e da propriedade tiveram a sabedoria de adaptar a sua linguagem às emergências futuras, tanto como às presentes; de sorte que as palavras apropriadas ao estado então existente da comunidade e ao mesmo tempo capazes de ser ampliadas de modo que abranjam outras relações mais extensas não devem ser afinal restringidas ao seu mais óbvio e imediato sentido, se, de acordo com o objetivo geral dos autores e os verdadeiros princípios do contexto, podem elas ser estendidas a diferentes relações e circunstâncias criadas por um estado aperfeiçoado da sociedade”

XI. Quando a Constituição confere poder geral ou prescreve dever franqueia também, implicitamente, todos os poderes particulares, necessários para o exercício de um, ou cumprimento do outro

XII. Quando o estatuto fundamental define as circunstâncias em que um direito pode ser exercido, ou uma pena aplicada, esta especificação importa proibir implicitamente qualquer interferência legislativa para sujeitar o exercício do direito a condições novas

ou estender a outros casos a penalidade

XIII. A prática constitucional longa e uniformemente aceita pelo Poder Legislativo, ou pelo Executivo, tem mais valor para o intérprete do que as especulações engenhosas dos espíritos concentrados

XIV. Interpretam-se estritamente os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição. Assim se entendem os que favorecem algumas profissões, classes, ou indivíduos, excluem outros, estabelecem incompatibilidades, asseguram prerrogativas, ou cerciam, embora temporariamente, a liberdade, ou as garantias da propriedade. Na dúvida, siga-se a regra geral

XV. Aplica-se à exegese constitucional o processo sistemático de Hermenêutica, e também o teleológico, assegurada ao último a preponderância. Nesse terreno consideram-se ainda de alta valia a jurisprudência, sobretudo a da Corte Suprema; os precedentes parlamentares; os fatores sociais e a apreciação do resultado, a *Werturteil*, dos tudoscos

XVI. O brocado – *inclusio unius alterius est exclusio*, como todo argumento a contrario, exige, talvez, ainda maior e mais discreta reserva da parte de quem o empregue no Direito Constitucional, do que se reclama em se tratando de Direito Privado. Nem sempre o fato de se mencionar um caso determinado obrigará a excluir todos os outros; nem tampouco a negativa a respeito de uma hipótese particular implicará a afirmativa tocante às demais

XVII. A Constituição é a lei suprema do país; contra a sua letra, ou espírito, não prevalecem resoluções dos poderes federais, constituições, decretos ou sentenças federais, nem tratados, ou quaisquer outros atos diplomáticos

XVIII. Interpretação autêntica do texto constitucional só se obtém pelo processo estabelecido, no art. 217 de 1946, isto é, por meio de emenda ao estatuto básico. Nem sequer um ato da assembleia que elaborou a Constituição ou a respectiva reforma teria o valor de exegese obrigatória¹⁷⁸

Os preceitos elencados por Maximiliano sintetizam, de modo representativo, sua doutrina hermenêutica. Entre eles, destaca-se o combate ao formalismo excessivo da interpretação puramente gramatical, bem como a valorização dos elementos sociológico e teleológico no processo interpretativo do texto constitucional. Impressiona a extensão da influência de Maximiliano sobre juristas contemporâneos, cujas obras, muitas vezes, ecoam seus princípios. No artigo de Elena de Lemos Pinto Aydos, observa-se uma sistematização dos cânones da interpretação constitucional elaborados por Maximiliano, evidenciando como esses fundamentos são retomados por autores posteriores, como Celso Ribeiro Bastos e Luís Roberto Barroso¹⁷⁹.

Concluída a exposição dos principais pontos da teoria hermenêutica de Maximiliano, o próximo tópico se dedicará à análise do contexto teórico no qual o autor desenvolveu suas

¹⁷⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 285-290.

¹⁷⁹ AYDOS, Elena de Lemos Pinto. Hermenêutica e Interpretação: Um Estudo dos Cânones de Carlos Maximiliano. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFRGS**, Porto Alegre, v. 4, n. 7, 2014. DOI: <https://doi.org/10.22456/2317-8558.50818>. p. 43-58.

teses centrais. O objetivo será mapear alguns dos principais autores e ideias que influenciaram o pensamento jurídico brasileiro nas últimas décadas do século XIX e no início do século XX. Para isso, o conceito de naturalismo jurídico será adotado como eixo central da discussão.

3.2 NATURALISMO JURÍDICO NO BRASIL DO SÉCULO XX E A INFLUÊNCIA DO EVOLUCIONISMO NA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL

Na transição do século XIX para o XX, o Brasil presencia a Proclamação da República e a promulgação da primeira Constituição republicana de sua história. Entre as transformações mais significativas, destacam-se a adoção dos modelos norte-americanos de federalismo e presidencialismo, além da incorporação do controle judicial de constitucionalidade, inspirada na Suprema Corte dos Estados Unidos. Soma-se à isso a ruptura simbólica e institucional com a Igreja Católica, que marca a consolidação de um estado laico – movimento este representativo das novas diretrizes ideológicas da ordem republicana. O liberalismo político e econômico triunfa como paradigma organizador da nova ordem, evidenciando a necessidade de um mercado livre e dinâmico. No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro ainda permanecia fortemente atrelado às estruturas da monarquia, sustentando um sistema jurídico de bases continentais, com uma organização judiciária nos moldes do Velho Continente, herdeira do processo penal inquisitorial romano-canônico¹⁸⁰.

Essa tensão entre passado e presente, entre o legado monárquico e os ideais republicanos, é retratada com finesse literária no romance *Esaú e Jacó*, de Machado de Assis. A metáfora dos irmãos Pedro e Paulo, cujos respectivos retratos de Luís XVI e Robespierre simbolizam a dualidade entre tradição e revolução, ilustra o embate ideológico que permeava o período¹⁸¹.

As ideias do positivismo – tanto em sua vertente francesa quanto sob a forma do evolucionismo social, de autores como Auguste Comte e Herbert Spencer – exerceiram influência na transição do Brasil monárquico para o regime republicano. No Rio Grande do Sul, por exemplo, a Constituição estadual nos moldes do *castilhismo*, instituiu um modelo de forte centralização do poder no Executivo, refletindo o ideário positivista de racionalização e modernização do Estado. Havia um impulso claro em direção à eficiência administrativa, à

¹⁸⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história:** lições introdutórias. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 400.

¹⁸¹ ASSIS, Machado de. **Esaú e Jacó.** Introdução e notas de Hélio Guimarães. 1. ed. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2012.

tecnocracia e à centralização decisória como instrumentos de superação do que se percebia como os entraves do regime imperial.

A Monarquia passou a ser representada por muitos setores como símbolo do atraso, da preservação de privilégios e castradora de liberdades. Em contrapartida, o espírito republicano nascia sob o signo da ruptura com o Antigo Regime, buscando emular modelos de transição institucional inspirados nas revoluções francesa e estadunidense. Não à toa, *A Marseilha* era entoada nas ruas como símbolo de uma república nascente que desejava se apresentar como revolucionária e regeneradora¹⁸².

A crise do Império brasileiro intensificou-se a partir da década de 1870, alimentada por um processo de transformação que, além de político, foi profundamente intelectual. Como observa Angela Alonso, os movimentos daquele período não podem ser compreendidos apenas como reflexo da recepção passiva de ideias europeias no Brasil. É necessário considerar, também, a dinâmica interna das forças políticas e econômicas, que se reorganizavam diante da fragilidade do regime monárquico e das tensões sociais em expansão¹⁸³.

A derrocada da política imperial somou-se a um processo de modernização incompleto das instituições e da própria sociedade brasileira. A abolição do tráfico negreiro (Lei Eusébio de Queirós, 1850), a ascensão de uma nova sociabilidade urbana, o crescimento das classes médias alfabetizadas, bem como a ampliação do acesso aos livros, jornais e ao ensino superior, proporcionaram uma maior circulação de ideias e uma verdadeira “dilatação das possibilidades de manifestação pública de opiniões”¹⁸⁴. As camadas até então marginalizadas encontraram meios de vocalizar suas demandas, ampliando a tensão entre os defensores da ordem vigente e os partidários das reformas liberais e republicanas. A crítica ao modelo monárquico ganhou vigor e substância política, assumindo os contornos de uma pressão popular por mudanças estruturais.

As inovações científicas oriundas do século XIX exerceiram profunda influência sobre as chamadas “ciências humanas”. A Biologia, a Química, a Física e a Matemática passaram a ser vistas como modelos paradigmáticos de conhecimento, baseados em observação empírica e validação lógica. Esse novo ideal de ciência, fundado na objetividade e na previsibilidade, enfraqueceu significativamente o prestígio das construções teóricas pautadas em razão prática ou fundamentos metafísicos. No campo jurídico, esse contexto se traduziu no impulso pelas

¹⁸² CARVALHO, José Murilo de. **A formação das almas:** o imaginário da República no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. p. 26.

¹⁸³ ALONSO, Angela. **Idéias em movimento:** a geração 1870 na crise do Brasil-Império. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 97.

¹⁸⁴ Ibid., p. 98.

codificações e na busca por segurança jurídica, por meio de sistemas normativos que conferissem previsibilidade às decisões judiciais.

O jusnaturalismo, sobretudo em sua versão clássica e metafísica, passou a ser alvo de crescente desconfiança. Autores como Thomas Hobbes, David Hume e John Austin se tornaram referências centrais na crítica à ideia de um direito fundado em valores transcendentais. A moral foi progressivamente dissociada da estrutura normativa estatal e relegada ao âmbito do foro íntimo ou da tradição filosófica, sendo expurgada dos debates públicos e jurídicos com base no argumento de que não apresentava critérios objetivos e verificáveis.

Já no século XX, esse movimento alcança um novo patamar com a formação do chamado Círculo de Viena, grupo de pensadores neopositivistas como Otto Neurath e Rudolf Carnap, que defendiam uma concepção científica de mundo orientada exclusivamente pela observação empírica e pela lógica formal. Qualquer discurso que não pudesse ser verificado empiricamente era considerado destituído de sentido — inclusive a metafísica, a ética e a teologia.

Inspirados por essa perspectiva, diversos juristas passaram a emular, no Direito, os métodos das ciências naturais. A busca por neutralidade, rigor metodológico e “pureza” conceitual passou a orientar uma parcela relevante da doutrina jurídica. No Brasil, o professor José Reinaldo de Lima Lopes destaca como essa racionalidade científica foi incorporada pela tradição jurídica nacional, moldando uma visão sociológica do Direito em que as relações jurídicas são tratadas como fatos empíricos, desprovidos de conteúdo valorativo intrínseco. Essa concepção terá consequências importantes para a dogmática jurídica brasileira e para a concepção do papel dos juristas e magistrados no processo de aplicação da norma.

A evidente existência do direito poderia ser tratada como tudo mais que existia como algo ou um “mundo lá fora”, fora do sujeito cognoscente. A assimilação do direito aos objetos naturais colocava para os juristas novos desafios percebidos em duas dimensões: a do objeto e a do método¹⁸⁵.

Os direitos e os fenômenos naturais passavam a ser vistos através de uma forte semelhança de natureza, daí a necessidade de aplicar os métodos dedutivo e indutivo à investigação jurídica. A metodologia das ciências naturais, onde há uma predominância do empirismo, deveria ser a abordagem principal para a fixação dos princípios gerais do Direito, ao contrário do que buscava o jusnaturalismo que se pautava em uma fundamentação moral.

O naturalismo jurídico no Brasil toma forma ao passo que grupos de liberais ensaiam

¹⁸⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Naturalismo jurídico no pensamento brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014. Livro eletrônico. 7083 posições. p. 1806.

as críticas mais ferrenhas aos valores monárquicos. A tônica é de debates sobre a marginalização da política na mão do Partido Conservador, a “falsificação” do sistema eleitoral no Império e exigências por mudanças no esquema de acesso ao poder. Os liberais atacavam o Poder Moderador, sob o argumento de que a concentração de poder nas mãos do imperador destruía o sistema representativo e a voz do povo era constantemente ignorada¹⁸⁶. Portanto, junto de uma renovação intelectual no campo acadêmico e literário, houve um movimento político que representava a substituição de velhas práticas de monopólio da política estatal.

Quanto ao objeto, o Direito passa a ser visto como um fenômeno social empírico, analisado pela ótica da Sociologia. Toda organização social possui uma lógica de ordenamento, regras próprias que regem as relações individuais e coletivas [...] “Isso seria percebido como um fato, um fato observável, um fato inelutável, um dado, e, esperava-se, um dado cujas regularidades observadas poderiam ser expressas em leis naturais.”¹⁸⁷ Quanto ao método de análise, haveria um distanciamento de discussões de cunho metafísico, que propunham uma visão normativa do fenômeno jurídico. O método seria o positivo: analisar as formas de cooperação social possíveis e existentes.

Enquanto o jusnaturalismo dependia de um conhecimento formado pela filosofia moral, no naturalismo a questão principal seria o método de análise das relações jurídicas. Autores como Auguste Comte e Herbert Spencer representaram influências marcantes no pensamento jurídico brasileiro nas primeiras décadas do século XX. Entre os juristas, Pedro Lessa, Clovis Beviláqua e Silvio Romero se destacaram como intelectuais públicos e obtiveram prestígio no cenário doméstico. Inclusive, este último chegou a dizer em sua banca examinadora de doutorado (faziam parte Belfort, Paula Baptista e Coelho Rodrigues) que a metafísica não mais existia (estava morta) e que todos deveriam estudar mais¹⁸⁸.

A Escola de Recife representou o grande centro de disseminação das ideias naturalistas no Direito brasileiro, principalmente a partir de 1870. No afã de renovação da teoria filosófica brasileira, Tobias Barreto e Silvio Romero tiveram destaque na cena jurídica nacional de circulação de ideias. Houve uma tentativa de superação do jusnaturalismo e do conceitualismo a partir das filosofias de Auguste Comte e Herbert Spencer; este último teve especial destaque na difusão do naturalismo como novo paradigma nas ciências humanas. Além disso, nessa época, houve o surgimento do Partido Republicano no Brasil e o impacto causado pela Guerra

¹⁸⁶ ALONSO, Angela. **Idéias em movimento:** a geração 1870 na crise do Brasil-Império. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 167.

¹⁸⁷ Op. cit., p. 1808.

¹⁸⁸ CHACON, Vamireh. **Formação das ciências sociais no Brasil (Da Escola do Recife ao Código Civil).** 2. ed. Brasília: Paralelo 15, 2008. p. 199.

Franco-Prussiana. Este marco temporal é relevante para demarcar o desenvolvimento de teorias que se contrapunham ao ecletismo de base francesa¹⁸⁹.

O movimento naturalista se contrapunha ao formalismo jurídico de autores como Francisco de Paula Baptista:

O movimento teórico “naturalista” (ou “cientificista”) se estabeleceu como a tentativa de assimilar o direito a uma ciência empírica da sociedade, contraposta ao formalismo jurídico que orientava o liberalismo político brasileiro. Inspirados principalmente na filosofia de Herbert Spencer, os intelectuais desse movimento – que toma corpo no final do século XIX até as primeiras décadas do século XX e teve como principais nomes Tobias Barreto, Sílvio Romero, Pedro Lessa e João Arruda –, foram responsáveis por deitar as bases da Teoria do Direito no contexto de transição do Império para a República¹⁹⁰.

As ideias do naturalismo e do positivismo vão dar sustentação, em alguns momentos, às reivindicações a favor da abolição da escravatura, de uma economia de mercado liberal e contra os privilégios da Monarquia no Brasil. O Partido Liberal brasileiro vai contar com intelectuais influentes que utilizarão o discurso de modernização do Estado brasileiro para atacar pautas do Antigo Regime. O fortalecimento do cientificismo não passa, apenas, por uma revolução epistemológica na filosofia e no direito, mas tem reverberação no campo político através de um enfrentamento do *status quo* da elite monárquica.

Foi através de Spencer que a expressão “evolução” se tornou popular, enquanto Darwin se mostrava reticente em relação a ela, preferindo utilizar os seus próprios termos, como “seleção natural”¹⁹¹. A ideia de “**evolução social**”, proposta por Spencer, foi particularmente importante na formação do pensamento filosófico brasileiro nas últimas décadas do século XIX e nas primeiras do século XX. Carlos Maximiliano, em sua obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, cita, em diversos trechos, passagens que remetem a um processo evolutivo da sociedade e atribui ao magistrado o papel de acompanhar e interpretar essas transformações. Como exemplo, ao tratar da (ir)relevância de investigar os motivos do legislador ao criar o texto normativo, Maximiliano afirma:

Parece oportuno declarar, sem refolhos, não constituir privilégio dos adeptos da filosofia positiva contemporânea o combate ao sistema que se empenha na pesquisa

¹⁸⁹ DÓRIA, Carlos Alberto. **Cadências e decadências do Brasil: o futuro da nação à sombra de Darwin, Haeckel e Spencer**. 2007. Tese (Doutorado em Sociologia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2007.

¹⁹⁰ ROSENFIELD, Luis. **Transformações do pensamento constitucional brasileiro: a história intelectual dos juristas da Era Vargas (1930-1945)**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2019. p. 55.

¹⁹¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Naturalismo jurídico no pensamento brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014. Livro eletrônico. 7083 posições. p. 2310.

da vontade do prolator de uma norma jurídica. De fato, comunistas e spenceristas oferecem um fundamento mais, para repelir a concepção estreita da exegese; porém não ficam isolados no seu modo de compreender a Hermenêutica.¹⁹²

O evolucionismo desenvolvido por autores como Darwin, Haeckel e Spencer, é utilizado como uma instância de validação científica e, além disso, política da sociedade brasileira na transição para o Estado República.

[...] chegamos ao momento em que positivismo e evolucionismo são as doutrinas que também podem ser tomadas em oposição ao nacionalismo conservador do Império escravista que se expressou através das páginas da *RHGB* (Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro). As novas idéias, tendo como eixo principal de referência Comte e Spencer, visavam encaminhar o país para o trabalho livre e um regime político mais representativo.¹⁹³

Como afirma Doria, a obra de Herbert Spencer ganha tanta visibilidade que passa a ser “considerada à maneira de uma ‘summa científica’ em substituição ao sistema teológico, com o objetivo de apoiar a intelecção de todos os fenômenos em noções derivadas da física, da química e da biologia.”¹⁹⁴

Em *Hermenêutica e aplicação do Direito*, Maximiliano cita Spencer em momentos importantes ao tratar sobre a interpretação judicial:

A lei não brota do cérebro do seu elaborador, completa, perfeita, como um ato de vontade independente, espontâneo. Em primeiro lugar, a própria vontade humana é condicionada, determinada; livre na aparência apenas. O indivíduo inclina-se, num ou outro sentido, de acordo com o seu temperamento, produto do meio, da hereditariedade e da educação. Crê exprimir o que pensa; mas esse próprio pensamento é socializado, é condicionado pelas relações sociais e exprime uma comunidade de propósitos.

[...]

“São rítmicos os movimentos todos, inclusive os sociais e o das doutrinas que a estes acompanham”¹⁹⁵.

A frase final é de Herbert Spencer, encontrada na obra *Justice* (1893), em que o autor faz uma longa investigação sobre as origens biológicas do conceito de Justiça para a sociedade humana. Há uma vasta produção bibliográfica de Spencer, na qual ele procurou estabelecer um

¹⁹² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 31.

¹⁹³ DÓRIA, Carlos Alberto. **Cadências e decadências do Brasil: o futuro da nação à sombra de Darwin, Haeckel e Spencer**. 2007. Tese (Doutorado em Sociologia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2007. p. 54.

¹⁹⁴ DÓRIA, Carlos Alberto. **Cadências e decadências do Brasil: o futuro da nação à sombra de Darwin, Haeckel e Spencer**. 2007. Tese (Doutorado em Sociologia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2007. p. 188.

¹⁹⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 28.

*Sistema de filosofia sintética*¹⁹⁶, como afirma o professor José Reinaldo. O cerne do spencerismo, assimilado em países como o Brasil, é a ideia de que há um caminho de progresso, de evolução, inerente a todas as sociedades humanas, considerado como um caminho natural, cuja compreensão advém da física e da biologia. A lei da evolução é um fato que “se aplica indistintamente aos seres vivos e às sociedades; é também nesse plano que se situa a lei da seleção natural, formulada nos termos do entendimento do *Princípio da População*, de Malthus.”¹⁹⁷

O grande impacto que as ciências naturais tiveram na modernidade reverberou no Direito. A pluralidade entre diferentes fontes jurídicas — como o direito comum, o direito eclesiástico e o direito dos príncipes — ocasionava um estado de incerteza quanto às relações sociais. No século XIX, com a formação dos Estados nacionais e territoriais europeus, tornou-se necessário fortalecer a vigência de um Direito nacional, fruto da autoridade estatal¹⁹⁸. O despretigio dos juristas era crescente frente aos avanços das ciências — daí o surgimento de um amplo movimento de codificação, como na França e na Áustria. O jusnaturalismo era visto como não científico e de cunho idealista. A nova ciência do Direito deveria ser descritiva e explicativa quanto aos fenômenos jurídicos.

No Brasil da Primeira República, tentou-se modelar o Direito conforme as disciplinas que mais gozavam de prestígio: a biologia ou a história natural. As descobertas de Charles Darwin, no âmbito da investigação biológica, revolucionaram o modo de pensar da modernidade. O jusnaturalismo passou a ser tratado com cada vez mais desdém, como é perceptível pelas críticas de Silvio Romero em sua obra *A philosophia no Brasil* (1878), em que o autor tece comentários ácidos sobre o Ecletismo de Cousin e sobre autores brasileiros que sustentaram essas correntes¹⁹⁹. Afirma Romero que a produção filosófica brasileira até então pode ser dividida em:

- a) escriptores educados sob o regimen do sensualismo metaphysico francez dos primeiros annos d'este seculo e que passaram para o eclectismo cousiniano; b) reactores neo-catholicos filiados ás doutrinas de Gioberti e Rosmini, ou ás de Balmes

¹⁹⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Naturalismo jurídico no pensamento brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014. Livro eletrônico. 7083 posições. p. 2349.

¹⁹⁷ Op. cit., p. 189.

¹⁹⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Naturalismo jurídico no pensamento brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014. Livro eletrônico. 7083 posições. p. 1546.

¹⁹⁹ Silvio Romero cita, como exemplo, o livro *Compendio* (1859) de Frei Francisco Mont'Alverne: “O digno franciscano iludiu-se em demasia; si algum sussurro causou em torno de sua cadeira, o deveu, sem duvida, á sua eloquencia e não á segurança de seu pensamento e de sua cultura. A publicação de seu livro, no mesmo anno em que Darwin deu á luz a sua Origem das Espécies, longe de aproveitar-lhe, foi-lhe grandemente prejudicial.” ROMERO, Sylvio. **A philosophia no Brasil**: ensaio crítico. Porto Alegre: Typ. de Deutsche Zeitung, 1878. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/221757>. p. 3.

e Ventura; c) e afinal espíritos que se vão emancipando sob ao tutela das ideias de Comte ou as de Darwin.²⁰⁰

Clovis Beviláqua pugnava, em moldes parecidos com Silvio Romero, por uma visão evolucionista do Direito. O jurista deve estar preocupado com um estudo sociológico de sua realidade, principalmente ao interpretar o texto normativo. No artigo “A função do intérprete” (?), Beviláqua discorre sobre a hermenêutica jurídica e seu caráter de ciência ligada ao conhecimento social. Assim como Maximiliano, critica a pesquisa por uma vontade do legislador, considerando inúteis a análise de trabalhos preparatórios e das discussões parlamentares. Ao citar a crítica de Ihering ao modelo de interpretação literal no antigo Estado Romano, afirmou o estudioso:

Mas, evidentemente, era preciso dar ao direito maior elasticidade, para que elle não fosse um entrave á evolução social, que afinal, depois de alguma resistencia passaria por cima da lei assás rígida, desorganisando a função normal das fontes jurídicas dos tempos modernos.²⁰¹

Beviláqua apresenta um pensamento semelhante ao de Maximiliano em relação ao papel do intérprete na decisão judicial: a lei traça contornos gerais, é morosa e rígida em sua vinculação, eivada de uma ossificação que a torna carente de constantes reinterpretações. Cabe à jurisprudência e à doutrina renovar os significados dos textos normativos, sempre atentos à evolução social. Depois de publicadas, as leis estão descoladas da vontade do legislador, tornam-se autônomas e passíveis de adaptação. “Assim o interprete, esclarecendo, illuminando, alargando o pensamento da lei, torna-se um factor da evolução jurídica.”²⁰²

Tanto para Maximiliano quanto para Beviláqua, o direito não está contido no texto normativo: há uma cisão entre *lex* e *juris*. Cabe ao intérprete investigar, utilizando a hermenêutica jurídica como um conjunto de métodos (à semelhança das ciências naturais), a fim de descobrir aquilo que está imanente nas relações sociais. Para isso, deverá valer-se de um aparato seguro, um conjunto de conhecimentos que passam pela história, psicologia, economia e, claro, pela sociologia.

Neste ponto, espero ter deixado claro o argumento desenvolvido neste tópico do trabalho: a hermenêutica jurídica desenvolvida por Carlos Maximiliano sofreu influências diretas do evolucionismo de Spencer, o que resultou em características de um naturalismo

²⁰⁰ Ibid., p. 36-37.

²⁰¹ BEVILAQUA, Clovis. A Função do Interpretar. **Revista Acadêmica do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPE**, Recife, v. 88, n. 2, 2016. p. 12.

²⁰² Ibid., p. 17.

jurídico no autor brasileiro. Isso reflete, diretamente, na relação que o intérprete estabelece com o texto normativo, segundo a teoria de Maximiliano. Os contornos de uma investigação científica compõem o núcleo central das ideias que dominavam o imaginário jurídico brasileiro da Primeira República.

No próximo tópico, delinearei outros autores e correntes jurídicas que influenciaram a hermenêutica de Maximiliano, visto que, no que concerne à Filosofia e à Epistemologia do conhecimento jurídico, há uma predominância do modelo científico.

3.3 ESCOLA HISTÓRICA DO DIREITO, JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS E HERMENÊUTICA ROMÂNTICA EM MAXIMILIANO

A obra de Maximiliano é rica em citações, e o manejo demonstrado pelo autor de referências a diversos pensadores é notável, evidenciando o grau de sua erudição. É possível identificar algumas correntes da teoria do direito e da hermenêutica que despontam como relevantes para compreender a complexidade de seu pensamento. Três grandes autores podem ser elencados como influências centrais na hermenêutica do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal: a Escola Histórica do Direito, representada por Friedrich Carl von Savigny (1779–1861); a Jurisprudência dos Conceitos, de Rudolf von Ihering (1818–1892); e a hermenêutica romântica de Friedrich Schleiermacher (1768–1834).

Naturalmente, Maximiliano bebeu de outras fontes além das aqui citadas. No entanto, esses três autores representam, em grande medida, os contornos teóricos que orientaram sua compreensão sobre o papel do intérprete na decisão judicial — aspecto fundamental para os objetivos desta investigação. Neste tópico, abordarei o quanto cada autor, dentro de sua própria tradição, foi relevante para que Maximiliano desenvolvesse suas lições sobre o papel do intérprete — lições essas que são consideradas verdadeiros faróis, até os dias de hoje, para a dogmática jurídica brasileira.

A Escola Histórica do Direito surge na transição do século XVIII para o XIX como um contraponto às ideias iluministas, erguendo-se contra a tendência de enxergar o Direito meramente sob uma ótica lógico-formal. O jusracionalismo iluminista, lembremos, alcança seu auge no movimento de codificação francesa, no qual o papel do magistrado é visto como o de um mero reproduutor do direito produzido pelo legislador — consciente de sua função mecânica, quase automatizada. A visão da Escola Histórica, representada marcadamente por Savigny, propunha um direito enraizado numa investigação histórica e cultural, buscando compreender os costumes e práticas sociais de um povo. Como afirma Castanheira Neves, os postulados

dessa escola buscavam um direito representado pelo “espírito do povo, da sua espiritual consciência comunitária (*Volksgeist*).”²⁰³

Savigny se manifestava diretamente contra o movimento codificador originado pelo jusracionalismo, o que representava, em certa medida, a visão de que não caberia ao Estado definir o direito. Apenas uma investigação científica, com base numa concepção histórico-cultural (e não política), seria capaz de determinar o conteúdo normativo legítimo. Havia, portanto, a exigência de que o direito, fruto dessa historicidade, fosse identificado pelo cientista do direito mediante métodos que conferissem objetividade ao conhecimento. A Escola Histórica teve, assim, um forte viés científico na Alemanha do século XIX.²⁰⁴

A legislação teria, ainda, sua importância nas sociedades modernas. Contudo, para Savigny, todo direito nasceria, antes de tudo, como valor consuetudinário, fruto do desenvolvimento histórico-cultural. Aqueles encarregados de identificar e sistematizar o Direito seriam os juristas — os verdadeiros cientistas da norma jurídica. Savigny propunha uma interpretação filológica da lei, ancorada num elemento sistemático de análise. Essa interpretação, no entanto, não corresponde àquela realizada pelo magistrado, pois não há, em sua teoria, uma preocupação prática. Interpretação e aplicação estão cindidas nos ensinamentos do jurista alemão. Ainda assim, para Savigny, haverá sempre a necessidade de interpretação na ciência do Direito, acompanhada de um compromisso com a objetividade do conhecimento jurídico.

Así no es la arbitrariedad del juez la que decide sino la ley misma; el juez reconoce tan sólo las normas y las aplica al caso particular. Estas normas son establecidas por la ciencia del derecho. Por ello, el juez tiene una función en común con el jurista y aparte una más; ya que la ley ha sido establecida para excluir toda arbitrariedad, la única acción y la única tarea del juez es una interpretación puramente lógica²⁰⁵.

Apesar de defender uma interpretação estritamente lógica do magistrado, Savigny afirma que toda norma jurídica necessita ser interpretada. O autor rechaça a ideia de possa existir uma interpretação autêntica, diferente de uma doutrinária ou usual, na medida em que um texto esclarecido pelo Estado também carecerá de interpretação²⁰⁶. Aqui, já é possível identificar as semelhanças com os escritos de Maximiliano, especialmente na crítica

²⁰³ CASTANHEIRA NEVES, A. **Digesta**. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, sob a marca Coimbra Editora, 2010. v. 2. p. 204.

²⁰⁴ CASTANHEIRA NEVES, A. **Digesta**. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, sob a marca Coimbra Editora, 2010. v. 2. p. 209.

²⁰⁵ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodología jurídica**. Tradução de J.J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Depalma, 1994. p. 7-8.

²⁰⁶ Ibid., p. 12.

contundente à máxima *in claris cessat interpretatio*.

Como afirma Pablo Miozzo:

Savigny é contrário ao conceito de interpretação que pressupõe sua necessidade apenas em caso de obscuridade ou de dúvida. Esta faceta do pensamento de Savigny também guarda consonância com a hermenêutica filosófica de Schleiermacher que, neste âmbito, concebeu a ideia de "universalidade do mal-entendido" como pressuposto de sua "hermenêutica geral". Não faz sentido, portanto, o brocardo "In claris cessat interpretatio" (lei clara não carece de interpretação), já que sempre se interpreta.²⁰⁷

A objetividade pugnada por Savigny traduz-se pelos elementos de interpretação (ou cânones de interpretação), que deverão ser utilizados sempre de forma conjunta: lógico, gramatical e histórico²⁰⁸. O elemento sistemático, nesse primeiro momento, está separado. Há uma mudança na obra de Savigny a partir de *Da vocação de nosso tempo para a legislação e para a ciência do Direito* (1814) e *Sistema do Direito Romano Atual* (8 vols., 1840–48)²⁰⁹. Nesta última, os quatro elementos clássicos de interpretação estarão juntos, com a inclusão do sistemático. Nesta segunda fase, Savigny passa a defender a possibilidade de uma interpretação extensiva ou restrita do magistrado, sempre com base no conteúdo histórico e na legislação. Haverá, assim, uma guinada de maior criatividade do intérprete, mesmo que bastante cautelosa.²¹⁰

Afirma o jurista alemão: “Esa natural dependencia del derecho de la costumbre y del carácter del pueblo, se conserva también con el progreso del tiempo, no de otro modo que en el linguaje.”²¹¹ A condição do Direito, como presente na linguagem e nos hábitos de um povo, adquire os contornos de um objeto científico pelas mãos dos juristas: “y lo que antes vivía en la conciencia popular, conviértese em adelante en materia de la competencia de los juristas, que en tal concepto vienen á representar al pueblo.”²¹²

A preocupação de Savigny não está voltada para a decisão judicial em si; seus estudos não desenvolvem uma teoria da aplicação do direito. O que o autor está construindo é uma ciência investigativa do direito, elaborada pelos estudiosos e que servirá de base aos tribunais.

²⁰⁷ MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito: de Savigny a Friedrich Müller**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 91.

²⁰⁸ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodología jurídica**. Tradução de J.J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Depalma, 1994. p. 15.

²⁰⁹ SAVIGNY, M. F. C. **Sistema del derecho romano actual**. Traduzido do alemão por M. Ch. Guenoux; vertido ao castelhano por Jacinto Mesia e Manuel Poley; precedido de um prólogo de Manuel Duran y Bas. Madrid: F. Góngora, 1878. v. 1. p. 150 e ss.

²¹⁰ LARENZ, Karl. **Metodología da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 17.

²¹¹ SAVIGNY, F. Von. **De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho**. Tradução de Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1977. p. 26.

²¹² Ibid., p. 27.

O material jurídico não é apenas conhecido pelos juristas, mas também é por eles sistematizado. Contudo, deste grupo, estão excluídos os magistrados. O que importa para Savigny é uma científicidade na análise histórico-cultural do Direito.

É nesse ponto que se nota uma importante distinção entre Maximiliano e Savigny. Embora Maximiliano compartilhe a visão da hermenêutica como ciência metodológica e da interpretação como ato contingencial, seu foco recai sobre a aplicação do Direito, diferentemente de Savigny. Ainda assim, é notável a influência da Escola Histórica do Direito sobre o pensamento do autor brasileiro.

Além da influência de Savigny, é importante citar o impacto que Rudolf von Ihering exerceu sobre a teoria hermenêutica de Carlos Maximiliano. Na medida em que Savigny rechaça a interpretação meramente literal do texto normativo, defendendo o ideal de um Direito historicamente situado e fruto dos costumes de um povo, Ihering avança ainda mais, aproximando os juristas da metodologia própria das ciências naturais. A Jurisprudência dos Conceitos, escola que teve em Ihering um de seus maiores expoentes, marcou um momento de transição rumo à Escola do Direito Livre.

Karl Larenz ressalta que há, também, no pensamento de Ihering dois momentos distintos²¹³, marcados por uma ruptura em relação ao papel da Ciência do Direito. Em um primeiro momento o autor está preocupado em definir e deixar clara a separação entre Jurisprudência Superior (Ciência do Direito) e Jurisprudência Inferior (Interpretação e Aplicação do Direito). No segundo momento, propõe, através da centralidade *teleológica* do Direito, uma Jurisprudência pragmática, preocupada com os fins da sociedade e, portanto, do próprio sistema jurídico.

Na obra *O espírito do Direito Romano nas diversas fases de seu desenvolvimento* (4 vols., 1852–1865), Ihering dá início à sua primeira fase de pensamento, levando adiante grande parte das ideias de Savigny. A Ciência do Direito deveria preocupar-se em criar um sistema de conceitos jurídicos, onde há uma (re)construção normativa como disciplina histórica e sociológica — atividade a ser desempenhada pelos estudiosos. Já a interpretação do material produzido pelo legislador e pelos cientistas caberia à atividade inferior dos tribunais, relegada à prática forense de resolução de litígios. A obra de Ihering é uma ode à Ciência Jurídica, onde já aparecem traços de um naturalismo positivista. Como destaca Clóvis Beviláqua em seu prefácio: “Jhering é um dos mais poderosos espíritos que têm iluminado o direito. É o

²¹³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 55-63.

jurisconsulto que representa o pensamento da teoria evolucionista aplicada ao fenômeno jurídico.”²¹⁴

Nessa obra inicial, Ihering já traz muitos conceitos oriundos da biologia e da química para falar sobre o sistema jurídico. Expressões como: “orgânico”, “desenvolvimento natural”, “anatômico”, “fisiológico” são utilizadas de forma relativamente corriqueira. O que chama atenção é seu posicionamento, tal qual Savigny, em demonstrar que o Direito não se encerra no mero texto normativo.

Com efeito, a idéia fundamental que até aqui temos desenvolvido, de que as regras não são mais que os pontos práticos, culminantes e externos do direito, mas que não abrangem e esgotam. Seu conteúdo real nem em intensidade, nem em extensão, essa idéia fundamental, nos estimula e anima. Adverte-nos que não se deve identificar o direito de uma época qualquer com as suas regras jurídicas; que quanto mais atrasada é essa época, menos aptidão tem para fazer abstrações e formular, e menos também devemos esperar encontrar em suas regras jurídicas, como em suas imperfeitas regras gramaticais, uma representação, exata de seu direito, ou de sua linguagem; e que, ainda quando estivessem em nosso poder todas essas regras, todavia hão teríamos a perfeita representação de seu direito, porque o que nos dão é a consciência do que esta época tem de seu, mas não a do direito em si.²¹⁵

A historicidade de um povo continua sendo a fonte principal do Direito para Ihering. Contudo, o que mais importa para os objetivos deste trabalho são as influências do segundo Ihering na obra de Maximiliano, principalmente no que diz respeito à finalidade do Direito e ao papel do magistrado.

O elemento teleológico do Direito é abordado com maior vigor pelo segundo Ihering, a partir da obra *El fin en el derecho* (1877). O autor passa a conferir contornos mais nítidos à sua virada pragmática ao ressaltar que a norma jurídica, como qualquer outra produção social ou elemento natural, possui uma finalidade implícita – um motivo que é o motor inicial da empresa. Segundo ele, todo pensamento e toda ação têm em comum uma causalidade que está na origem, inclusive na vontade humana de modificar a sociedade há, subjacente, uma *lei de causalidad*²¹⁶. Na natureza, afirma o autor, essa causa final atua de forma mecânica; já na sociedade, o fim assume um viés psicológico.

Un acto de la voluntad sin causa final, es un imposible tan absoluto como el movimiento de la piedra sin causa eficiente. Tal es la ley de causalidad: psicológica en el primer caso, puramente mecánica en el segundo.

²¹⁴ JHERING, Rudolf Von. **O espírito do direito romano:** nas diversas fases de seu desenvolvimento. Tradução de Rafael Benaion; prefácio de Clovis Bevílqua. Rio de Janeiro: Alba, 1943. p. 7.

²¹⁵ IHERING, Rudolf Von. **O espírito do direito romano: nas diversas fases de seu desenvolvimento.** Tradução de Rafael Benaion; prefácio de Clovis Bevílqua. Rio de Janeiro: Alba, 1943. p. 34.

²¹⁶ IHERING, Rudolf Von. **El fin en el derecho - Zweck im recht.** Traducción de Leonardo Rodríguez. Pamplona: Analecta, 2005. p. 7.

[...]

Esta ley, en este último sentido, puede expiarse así: ningún acontecimiento se produce en el mundo físico sin un acontecimiento anterior en el cual encuentra aqué su causa. Es la expresión habitual: no hay efecto sin causa. La ley de finalidad dice: no hay «querer», ó lo que es igual: no hay acción sin un fin²¹⁷.

A experiência prática, afirma Ihering, é um fator essencial para a definição dos fins de determinada ação. O autor relaciona vários exemplos de cunho biológico para traçar um padrão, tanto na natureza como na sociedade. Um exemplo citado é o de um cão que deixa de beber água, mesmo estando com sede, em razão das ordens de seu dono. A experiência — ou a lembrança do passado, marcada pelas lições de seu tutor — leva-o a deixar de seguir exclusivamente seus instintos. Afirma Pablo Miozzo que Ihering dá um caráter quase que psicológico à ação do animal, “[...] demonstrando capacidade de discernir, o real do possível. Percebe-se aí uma clara tentativa de incluir elementos empíricos como ponto de partida para a construção de sua concepção de ciência jurídica.”²¹⁸

Para Ihering, compete ao Direito realizar os fins e interesses da sociedade, promovendo a igualdade e liberdade dos cidadãos. O conceito de Justiça também ocupa um papel importante na teoria do alemão, tanto no que concerne ao magistrado quanto ao legislador:

Hemos visto que esta obligación puede ser jovidica ó moral. Jurídica para el juez, para el legislador sólo constituye una obligación moral. La ley domina al juez; el legislador está colocado por encima de ella. Aquél tiene la consigna jurídica de aplicar la ley, y procede justamente cuando hace esta aplicación de un modo riguroso; las injusticias de la ley no pueden serle imputadas como falta, quedan en la cuenta del legislador. Para éste, que debe crear la ley, la medida de la justicia no se encuentra en la ley misma; debe descubrir la justicia para introducirla en aquélla²¹⁹.

O autor alemão continua sua explanação sobre a importância da justiça para o direito e sua relevância moral, ao afirmar que o famoso brocardo latino *Fiat justitia, et pereat mundus* (“Que a justiça seja feita, ainda que o mundo pereça”) não faz sentido algum. Ihering afirma: “Significa como si el mundo existiese para la justicia, cuando en realidad es la justicia quien existe para el mundo.” O magistrado deve estar preocupado, sim, com as consequências de suas decisões, visto que é papel do Direito resguardar a vida em sociedade. Neste sentido, ao desenvolver a possibilidade de um juiz deixar de aplicar uma lei em uma dada situação excepcional, quando há um risco social muito grande, afirma:

²¹⁷ Ibid., p. 8.

²¹⁸ MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito:** de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014. p. 128.

²¹⁹ IHERING, Rudolf Von. **El fin en el derecho - Zweck im recht.** Traducción de Leonardo Rodríguez. Pamplona: Analecta, 2005. p. 229.

El acto se justifica por la consideración de que el derecho no es un fin en sí mismo, sino tan sólo un medio de alcanzar el fin. El fin último del Estado, como el del derecho, consiste en establecer y asegurar las condiciones de vida de la sociedad; el derecho existe para la sociedad, no la sociedad para el derecho.²²⁰

Entre resguardar o Direito ou a sociedade, a escolha deverá ser pela preservação desta, e não daquele. Essas passagens representam o peso que os resultados e a prática terão no desenvolvimento do Direito, o que irá influenciar sobremaneira Carlos Maximiliano. O autor brasileiro defende que a norma sempre terá uma finalidade, e cabe ao magistrado resguardar esse interesse.

Não se deve ficar aquém, nem passar além do escopo referido; o espírito da norma há de ser entendido de modo que o preceito atinja completamente o objetivo para o qual a mesma foi feita, porém dentro da letra dos dispositivos. Respeita-se esta, e concilia-se com o fim. Isolado, o elemento verbal talvez imobilizasse o Direito Positivo, por lhe tirar todo o elastério. Enquadra, de fato, o último em uma fórmula abstrata, que encerra o escopo social; porém este, como elemento móvel, conduzirá o jurista às aplicações diversas e sucessivas de que a fórmula é suscetível. Deste modo a lei adquire o máximo de dutilidade²²¹

Além disso, o autor gaúcho reafirma que o magistrado, na aplicação do Direito, deve estar atento aos resultados sociais da decisão:

Não pode o Direito isolar-se do ambiente em que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica; e esta não há de corresponder imutavelmente às regras formuladas pelos legisladores. Se as normas positivas se não alteram à proporção que evolue a coletividade, consciente ou inconscientemente a magistratura adapta o texto preciso às condições emergentes, imprevistas. A jurisprudência constitui, ela própria, um fator do processo de desenvolvimento geral; por isso a Hermenêutica se não pode furtar à influência do meio no sentido estrito e na acepção lata; atende às consequências de determinada exegese: quanto possível a evita, se vai causar dano, econômico ou moral, à comunidade. O intuito de imprimir efetividade jurídica às aspirações, tendências e necessidades da vida de relação constitui um caminho mais seguro para atingir a interpretação correta do que o tradicional apego às palavras, o sistema silogístico de exegese²²²

Esclarecida a influência de Ihering em Maximiliano, cabe pontuar que o hermeneuta brasileiro não defende, em nenhum momento, uma **autonomia plena** do magistrado frente ao texto jurídico. **Ao contrário**, em vários momentos, **ele aponta** o perigo de uma atividade

²²⁰ IHERING, Rudolf Von. **El fin en el derecho - Zweck im recht**. Traducción de Leonardo Rodríguez. Pamplona: Analecta, 2005. p. 263.

²²¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 151

²²² Ibid., p. 156.

arbitraria do intérprete. O texto normativo será sempre um limitador, uma zona de fronteira, em que o magistrado poderá mover-se com vistas a adequar a aplicação aos fins sociais.

Além das influências de juristas como Savigny e Ihering, há um chão comum filosófico que representa um ponto de partida comum à hermenêutica sustentada pelos autores aqui citados. É possível notar a reverberação da hermenêutica romântica de Schleiermacher como aporte filosófico²²³. Neste ponto, torna-se imperiosa a menção ao autor, com o objetivo de esclarecer bem a mudança de pensamento em relação à hermenêutica iluminista do século anterior.

Friedrich Schleiermacher foi um autor muito importante no desenvolvimento da hermenêutica do século XIX; graças a ele, as diversas hermenêuticas – filológica, teológica e literária – puderam ser reunidas em aspectos gerais. O filósofo tinha como objetivo estabelecer os métodos de uma compreensão adequada dos textos, de maneira que o estudo das disciplinas humanas pudesse contar com métodos comparáveis às ciências naturais. Ambicionava um grau de certeza.

Ao estudar as obras de Wolf e Ast, Schleiermacher não se dá por satisfeito sobre a explicação da compreensão humana debruçada sobre os textos clássicos. O autor reivindica, diferentemente de seus interlocutores, que a arte da hermenêutica está presente em todos os lugares: “em todo lugar onde houver qualquer coisa de estranho, na expressão do pensamento pelo discurso, para um ouvin-te, há ali um problema que apenas pode se resolver com a ajuda de nossa teoria.”²²⁴

A hermenêutica é tratada, por Schleiermacher, como um movimento que se dá na relação entre o todo e o particular de um discurso. Seja através da proclamação de um poema, da atuação de uma peça teatral, de um sermão religioso ou de um texto literário, a compreensão terá como chave a relação das partes com o todo da obra. Além disso, há um forte traço de psicologismo na hermenêutica do autor romântico, na medida em que procura compreender o autor melhor do que ele mesmo se dá conta. O objetivo da hermenêutica é reconstruir o pensamento do autor. Para isso, o intérprete se servirá de alguns princípios.

O princípio da interpretação gramatical, dentro deste há duas orientações que são necessárias:

- (1) Entender a linguagem do autor conforme os usos linguísticos de sua época;

²²³ MIOZZO, P. C. Fundamentos dos Conceitos de Hermenêutica Jurídica e de Interpretação em Carlos Maximiliano. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFRGS*, Porto Alegre, v. 11, n. 3, 2017. DOI: <https://doi.org/10.22456/2317-8558.50818>. p. 374 e seguintes.

²²⁴ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica**: arte e técnica da interpretação. Tradução e apresentação de Celso Reni Braida. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 31.

(2) Compreender as palavras em seu sentido a partir da relação com o todo do texto.

Há, também, o princípio da interpretação psicológica, que atua de forma concomitante à gramatical. Ele orienta:

(1) A reconstrução do pensamento do autor exposto no texto;

(2) A compreensão de como as ideias do autor, inseridas em seu contexto histórico, se relacionam com outras obras do mesmo período.²²⁵

Importante destacar que, para Schleiermacher, uma interpretação não ocorre apenas quando existe um “mal-entendido” no texto ou quando se identifica alguma lacuna lógica. O ato de interpretar é buscar, sempre, entender o texto até melhor do que o próprio autor. Existe, aqui, uma dimensão gramatical e uma dimensão psicológica no processo de compreensão e interpretação.

A hermenêutica como arte da compreensão não existe como uma área geral, apenas existe uma pluralidade de hermenêuticas especializadas. Esta asserção programática com a qual Schleiermacher abriu as suas conferências de 1819 sobre hermenêutica, enuncia numa frase o seu objectivo fundamental: construir uma hermenêutica geral como arte da compreensão. Essa arte, afirma Schleiermacher, é na sua essência a mesma, seja o texto um documento jurídico, um escrito religioso ou uma obra de arte²²⁶

A importância de Schleiermacher se dá pela concepção de que a hermenêutica não seria apenas uma ferramenta que os estudiosos usariam quando fosse necessário. Sua empresa de desenvolver uma técnica de compreensão entre autor e receptor foi pensada para abranger todos os sentidos da linguagem humana. Desde o momento em que o ser humano está diante do uso da linguagem — seja em uma conversação ou na identificação do sentido de um texto —, a hermenêutica está presente.

A interpretação está inserida na vida como um fato inescapável da existência humana, não como um instrumento que utilizamos ao nosso bel-prazer.

Com o aporte filosófico e jurídico desenvolvido por estes autores citados, Maximiliano rechaça qualquer validade hermenêutica do brocardo *in claris cessat interpretatio*, sustentado, outrora, por Francisco de Paula Baptista.

O intérprete, na atividade hermenêutica, possui uma postura também criativa, mesmo que esteja, ainda, preso a um material jurídico que o antecede e que não lhe permite descambiar para um ato arbitrário.

²²⁵ SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Tradução de Fábio Ribeiro. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 32-40.

²²⁶ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 91.

A compreensão e aplicação do Direito, defende Maximiliano, ocorre em um ato produtivo, e não meramente mecânico. Esta será a grande contribuição para a hermenêutica jurídica brasileira no decorrer do século XX.

4 PASSOS EM DIREÇÃO AO REALISMO JURÍDICO COM ALÍPIO SILVEIRA

A DESCRENÇA NO DIREITO - A injustiça social que reina neste mundo leva o homem da rua a crer que a lei se inspira na iníqua sentença segundo a qual a razão do mais forte é sempre a melhor. A verdade é que esse juízo não é tão despropositado

quanto parece a uns, nem tão verdadeiro quanto a outros se afigura. O direito escrito tem sido ditado ultimamente com o superior propósito de mitigar desigualdades sociais. Impregnando-se, dia a dia, de essência moralizante, orienta-se, em grande parte, com o fim de "moderar os grandes e escudar os pequenos, refreiar os opulentos e abrigar os pobres, conter os fortes e garantir os fracos". Tôdas as medidas destinadas a proteger o trabalhador, amparar o devedor e tutelar os fracos, consubstanciadas numa legislação cada vez mais audaciosa, não respondem a outra finalidade do que a de restabelecer um equilíbrio social, irremediavelmente perdido. Do direito não se pode dizer que ainda seja "a humilhação, o ergástulo, o cativeiro dos fracos, dos necessitados, dos pequenos". Sua órbita se está dilatando desenganadamente para comportar os milhões de marginais que dantes não contavam²²⁷.

4.1 A HERMENÊUTICA JURÍDICA EM ALÍPIO SILVEIRA: ANTIFORMALISMO E DIMENSÃO AXIOLÓGICA DOS VALORES NA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL

Em 1946, logo após o fim do regime ditatorial comandado por Getúlio Vargas, Alípio Silveira publica sua obra mais famosa e que mais repercutiu na comunidade intelectual brasileira: *O Fator político-social na interpretação das leis*. Essa obra conta com o prefácio de Roscoe Pound, que elogia o escrito de Alípio e tece críticas ao formalismo jurídico²²⁸. No prefácio, o autor americano faz duras críticas à interpretação engessada que era comum no judiciário: “seria ocioso referirmo-nos hoje em dia à idéia da administração da justiça a modo dessas máquinas automáticas: ponham-se os fatos no orifício de entrada, puxe-se uma alavanca, e retire-se a decisão predeterminada.”²²⁹

A “teoria mecânica” de decisão judicial foi substituída pela prática judiciária que se preocupa com o bem comum. Este bem comum, como afirma Roscoe Pound, não se trata de uma concepção individualista, subjetiva, que busque resguardar os valores personalistas na Revolução Francesa, mas que dê conta da complexidade e pluralidade da sociedade do século XX. O autor estadunidense critica os Estados totalitários que ascenderam ao poder na primeira metade do século, afirmando que houve uma interferência direta na atuação do Judiciário, resultando em uma manipulação da interpretação dos juízes para melhor colmatar os interesses do Estado autoritário.

Deve acrescentar-se que nos Estados totalitários o poder discricionário concedido ao juiz foi submetido a interferências governamentais e a instruções especiais que refletiam o arbitrio do chefe de Estado. Pretendeu-se estabelecer uma espécie de lei natural estatal: "uma lei não escrita que se desprende da alma do povo". Como nos sugere Alípio Silveira, é ela comparável à *Volksüberzeugung* de Savigny, excluído o

²²⁷ GOMES, Orlando. **A crise do direito**. São Paulo: M. Limonad, 1955. p. 15.

²²⁸ O formalismo jurídico que Roscoe Pound aqui se refere é o positivismo jurídico exegético, ou literalista, típico do século XIX e que ganhou força com a soberania do Código Napoleônico como grande marco legislativo no Ocidente.

²²⁹ POUND, Roscoe. Introdução de Roscoe Pound. In: SILVEIRA, Alípio. **O fator político-social na interpretação das leis**. São Paulo: [s.n.], 1946. 391 p. Reimpressão: Intellectus. p. 23.

elemento ético. Mas o órgão através do qual a alma do povo se exprimia era a organização política - ou por outra, aqueles que exerciam a autoridade na sociedade politicamente organizada. Nestes regimes não há propriamente direito, mas uma caricatura do direito.²³⁰

O prefácio de Roscoe Pound é bastante elogioso a Alípio Silveira, além de adiantar uma série de ideias que o próprio autor brasileiro irá expor em seu trabalho, como: 1) críticas à ingerência dos regimes totalitários no exercício decisórios dos magistrados e; 2) A importância do fator político-social na interpretação e na decisão judicial;

Alípio Silveira inicia seu *O fator político-social na interpretação das leis* destacando o diploma legislativo recém outorgado pelo Decreto-Lei de nº 4.657, de 4 de setembro de 1942: A Lei de Introdução ao Código Civil. O que interessa ao autor é, essencialmente, o artigo 5º do citado decreto, que afirma: “Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”²³¹ O artigo expõe uma verdadeira regra hermenêutica que Alípio irá se debruçar ao longo de sua obra.

Poderá um legislador positivar uma regra de interpretação? Em que medida isso seria possível? Há, de início uma crítica que o autor brasileiro faz à positivação de uma regra interpretativa pelo legislador:

Não é possível fazer regras gerais para o que é, na essência, contingente e relativo. Só mesmo no campo da doutrina se realiza bem a interpretação, sem o caráter de preceito universal e imutável no tempo; só ali atinge a sua alta, delicada e complexa finalidade; porque deve variar conforme o ramo do Direito e as condições sociais em perpétuo evolucionar. Demais, o legislador não pode fazer obra completa, e da especificação resultará a dúvida sobre a aplicabilidade dos preceitos não compreendidos em a norma positiva. A ele compete apenas concretizar uma regra; a maneira de a compreender é condicionada e dirigida pelas leis sociais, lógicas, psicológicas, linguísticas e outras. Enfim, as disposições sobre exegese encerram princípios gerais por todos aceitos; pelo que parece ociosa a sua inclusão em uma norma coercitiva.

Alípio, nesse ponto, segue os ensinamentos de Maximiliano e rechaça que caiba à legislação trazer regras de hermenêutica. O intérprete sempre lidará com o contingente, o imprevisível, e as condições sociais e políticas, por natureza, já influenciarão a interpretação judicial.

Além disso, o autor cita François Gény como o autor mais importante da virada entre uma hermenêutica formalista para uma hermenêutica preocupada com o contexto. O jurista francês foi um dos responsáveis por rechaçar a divisão entre interpretação lógica e grammatical,

²³⁰ POUND, Roscoe. Introdução de Roscoe Pound. In: SILVEIRA, Alípio. **O fator político-social na interpretação das leis**. São Paulo: [s.n.], 1946. 391 p. Reimpressão: Intellectus. p. 24.

²³¹ BRASIL. **Código Civil (2002). Código Civil Brasileiro e legislação correlata**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008. p. 97.

postulando que o movimento psicológico da compreensão dos textos se dá de forma unitária. Ideias como a *vontade do legislador* também ficaram para trás com a moderna hermenêutica do século XX. O que importa, agora, é a *vontade da lei*.

Especificamente sobre o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, Silveira vai discorrer longamente sobre o(s) conceito(s) de fim social e de bem comum. A marca deste diploma, segundo o autor, foi a “franca transformação do individualismo revolucionário e progressiva socialização do direito.”²³² O jurista francês Julien Bonnecase (1878–1950) foi um dos pensadores que lutaram pela transcendência do fim social na aplicação da legislação pelo magistrado, com a ideia central de que “Toda lei tem um escopo essencialmente limitado e objetivo.”²³³ Para descobrir esse escopo, segundo Alípio, imperioso será descobrir o *fim social da lei*.

O direito não está contido apenas na legislação. A norma escrita contém os interesses do legislador e a previsão de regulação social imaginada pelos parlamentares, mas há uma série de desígnios concebidos. A lei é um instrumento para chegar a um resultado de justiça, bem comum e segurança, mas cada um desses bens representa algo que está, também, no exterior do texto normativo. Está na finalidade social. “Há separação entre o fim, que é moral ou político, e o meio, que é o direito positivo. O direito conduz até à entrada do domínio em que reinam a justiça, a moral ou a política.”²³⁴ Para Alípio, o direito positivo, como ele se refere, visa objetivos que lhe são exteriores e transcendentais.

Existem princípios que estão presentes de forma imanente na sociedade, são aqueles que têm por função a manutenção da existência do grupo. Quando há a criação de uma legislação através de diploma aprovado pelo parlamento ou emanado por uma autoridade poderosa, há a concretização desta ideia. Além de imanentes, esses princípios são transcendentais, pois existem mesmo antes da formação desta sociedade e forneceu um programa para os fundadores. Ao defender tal concepção, Alípio demonstra uma ruptura com o clássico positivismo jurídico do século XIX e aproxima-se de um jusnaturalismo, ao defender a existência de princípios transcendentais.

Portanto, caberá ao juiz atender os *fins sociais*, de acordo com a regra consagrada no artigo 5º da LICC.

²³² SILVEIRA, Alípio. **O fator político-social na interpretação das leis**. São Paulo: [s.n.], 1946. Reimpressão: Intellectus. p. 19.

²³³ Ibid., p. 19.

²³⁴ Ibid., p. 20.

O juiz, ao atender aos fins sociais da lei deve, sem dúvida, considerar essencialmente os fins sociais imediatos. Eles são dados pela própria natureza do dispositivo legal que se interpreta e, assim, variam com as diferentes disciplinas jurídicas, e também com as diferentes disposições legais de uma dada disciplina. O bem comum é noção muito complexa, cujo conceito depende da filosofia política e jurídica adotada. Esta noção se compõe de vários elementos ou fatores. Assim, se reconhece geralmente, como elementos do bem comum, a liberdade, a paz, a justiça, a segurança, a solidariedade ou cooperação²³⁵.

Ao explorar os horizontes da expressão *bem comum*, Silveira afirma que, a depender dos conceitos políticos e sociais, haverá mudança no tratamento da questão. Porém, defende que a ideia individualista-formalista do século XIX, que triunfou com as revoluções burguesas, está ultrapassada – assim como os atuais ideais totalitários de política. É o ideal social-democrático que mais se aproxima da verdade. O *bem comum* está distante de ser a mera soma dos interesses individuais, pois se aproxima mais da coordenação dos indivíduos segundo princípios éticos.

No florescer dos direitos sociais do século XX, para Alípio, o Poder Judiciário ganha maior protagonismo do que o Poder Legislativo. Citando autores como o espanhol Clemente de Diego y Gutiérrez (1866-1945) e o português Manuel de Andrade (1899-1958), o hermeneuta brasileiro afirma que a antiga concepção de que o magistrado apenas identificava o direito pré-existente e o aplicava ao caso concreto está morta, *pois há uma verdadeira produção e criação normativa pelo juiz*. “Dá-se um movimento de descida da lei e do papel do legislador; e de subida, por seu lado, da função do juiz e da aplicação do direito”²³⁶.

O valor da lei é apreciado de forma mais realista, completa Alípio Silveira:

As modernas concepções hermenêuticas reconhecem a insuficiência do texto legal e procuram atenuá-la recorrendo, quer à sua flexibilização judiciária - justamente o caso do art. 5. — quer à integração dos casos omissos por recursos de variedade natureza. Por outro lado, os direitos, no individualismo revolucionário, eram considerados como tendo caráter absoluto; mas este ponto de vista já está hoje muito modificado, e é tese pacífica a da ‘relatividade dos direitos’; esta relatividade dos direitos está intimamente unida à moralização e à socialização. Ainda neste terreno, encontram fecunda aplicação os princípios consignados no art. 5.²³⁷

Quanto ao *in claris cessat interpretatio*, já mencionado alhures em outros capítulos, o jurista brasileiro se apresenta, evidentemente, como um crítico ferrenho. Depois de citar autores como Degni e F. Ferrara, o autor expõe sua opinião — um tanto confusa — sobre o tema. Afirma:

²³⁵ SILVEIRA, Alípio. **O fator político-social na interpretação das leis**. São Paulo: [s.n.], 1946. Reimpressão: Intellectus. p. 23.

²³⁶ Ibid., p. 29.

²³⁷ SILVEIRA, Alípio. **O fator político-social na interpretação das leis**. São Paulo: [s.n.], 1946. Reimpressão: Intellectus. p. 31.

A lei, para ser aplicada, precisa, em geral, ser interpretada. Em geral e não invariavelmente em todos os casos porque quando o sentido da lei é claro, não há necessidade de interpretação. A isto arguem muitos juristas, com SAVIGNY à frente, que toda lei deve ser interpretada, pois somente se pode dizer que uma lei é clara depois de interpretá-la. [...] Sem dúvida, há um pequeno número de leis que só podem ser entendidas de certo modo, imposto pelo senso comum. Se, para chegar a este resultado, o hermenêuta despende esforço mental, força é convir que a lei não era clara para aquele que fez esse esforço. *Quando, nas leis que admitem um único sentido, esse único sentido é imediatamente perceptível para o intérprete, este as considera claras; mas também é claro que não nos desvencilhamos do subjetivismo do intérprete, porque a outro intérprete esse único sentido poderá não ser imediatamente perceptível*²³⁸.

A exposição de Alípio sobre esse ponto é confusa e cheia de contradições. Existem sentidos únicos em determinadas leis? O autor defende que sim. Porém, argumenta que esses sentidos podem ser diversos a depender da subjetividade do intérprete. Apesar da crítica ao *in claris*, o autor não dá uma resposta peremptória. Dois conceitos serão de suma importância, para Alípio, nessa questão: os conceitos de *clareza* e *interpretação*.

Quanto à *clareza*: “Se admitirmos o conceito de clareza como — ausência de dúvidas. significado certo - não há o menor inconveniente em se aceitar o brocado, pois uma lei cujo significado é ausente de dúvidas não precisa ser interpretada.”²³⁹ Contudo, há a questão da imediatidate: uma lei não pode ser clara de imediato, sem que passe por um processo hermenêutico.

Quanto à *interpretação*: “[...] consiste na pesquisa da vontade da lei, e ao mesmo tempo a considera um único processo mental, englobando os vários elementos num todo harmônico, é realmente o argumento decisivo para a repulsa ao velho brocado [...].”²⁴⁰ O *in claris*, segundo Alípio, serve apenas para promover uma certeza fictícia ao Direito, cujo objetivo é frear as audáciais do jurista.

Na Constituição Federal de 1934, em seu artigo 76, inciso III, alínea b, existiu um dispositivo que trazia a obrigação de julgamento conforme a literalidade da lei²⁴¹. Esse mesmo dispositivo foi repetido no Decreto 1.608/1939, instituído como Código de Processo Civil no

²³⁸ Ibid., p. 34.

²³⁹ Ibid., p. 34.

²⁴⁰ SILVEIRA, Alípio. **O fator político-social na interpretação das leis**. São Paulo: [s.n.], 1946. 391 p. Reimpressão: Intellectus. p. 34

²⁴¹ Art. 76. A' Corte Suprema compete: III, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas justiças locaes em unica ou ultima instancia: a) quando a decisão fôr contraria litteral disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja applicação se haja questionado; Disponível em: BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 12 fev. 2025.

governo varguista, que também trazia a necessidade de apelo literal à lei²⁴². Alípio critica os dois diplomas, reputa-os como construções legislativas mal redigidas.

Quanto à possibilidade do juiz julgar de forma *contra legem*, o hermeneuta brasileiro demonstra, novamente, uma postura confusa. De um lado afirma que entre o texto legal e os fins sociais, deverá o juiz ficar com este último. Contudo, também afirma que não cabe ao magistrado fugir do *espírito da lei*.

Por um lado, não há a menor dúvida de que, se a letra da lei colidir com os fins sociais a que ela se destina ou com as exigências do bem comum que ela visa satisfazer, o intérprete poderá afastar-se da LETRA da lei. Por outro lado, o juiz não poderá jamais afastar-se da LEI. Não é mera subtileza ou paradoxo o que estamos afirmado, pois, como já se evidenciou exabundancia há pouco, a lei não é apenas a letra: esta constitue a casca, o envólucro verbal. O espírito da disposição é que constitue propriamente a lei. Se a letra, por defeito de expressão, não atende ao espírito, este deve não obstante ser seguido. A palavra “espírito” é bastante expressiva, embora na técnica moderna se usem expressões diferentes, mas equipolentes: “vontade da lei”, “fim da lei”, “idéia da lei”, “representação do bem comum.” Esta última conceituação se prende ao fato da lei ser uma ordenação da razão, tendo em vista o bem comum. Assim, o juiz, embora possa afastar-se da letra da lei, deve manter-se fiel ao espírito da mesma. É absolutamente certo, pois, que o juiz, ao atender aos fins sociais a que a lei se destina, nada mais faz do que aplicar a lei em sua essência²⁴³ (grifos meus).

Com essa passagem, fica evidenciado que Alípio não reconhece o texto normativo como o direito, sendo este o resultado da interpretação judicial e dependente daquilo que se imagina como bem comum em sociedade. Essa relação um tanto fluída entre texto e fins sociais, trazida por Alípio Silveira, se mostra cheia de nuances, visto que o autor não defende uma postura de legislador por parte do magistrado. Ao tratar sobre o artigo 114 do Código de Processo²⁴⁴, Alípio se insurge, ao afirmar que o dispositivo “abre margem a uma imprecisão lamentável.”²⁴⁵

O magistrado age dentro de uma controvérsia pontual, que trata sobre um caso concreto individualizado, e não poderá agir como legislador, criando norma genérica e abstrata. O artigo 114, segundo Alípio, nem de longe autoriza o magistrado a julgar *contra legem*.

²⁴² Art. 798. Será nula a sentença: I - quando proferida: c) contra literal disposição de lei. Disponível em: BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Dispõe sobre Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 12 fev. 2025.

²⁴³ SILVEIRA, Alípio. **O fator político-social na interpretação das leis**. São Paulo: [s.n.], 1946. 391 p. Reimpressão: Intellectus. p. 41.

²⁴⁴ Art. 114. Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria si fosse legislador.

²⁴⁵ SILVEIRA, Alípio. **O fator político-social na interpretação das leis**. São Paulo: [s.n.], 1946. 391 p. Reimpressão: Intellectus. p. 246.

Apesar de ir contra a possibilidade de julgamento fora do texto normativo, Alípio desenvolve um pensamento muito próximo de uma discricionariedade judicial na decisão. Em artigo de 1956 pela *Revista de la Facultad de Derecho de Mexico*, Alípio afirma que existem três elementos básicos que comandam a decisão judicial: a Lei (premissa maior), os fatos analisados (premissa menor) e a conclusão judicial (derivada as duas outras premissas). Contudo, citando o jurista estadunidense Oliver Wendell Holmes, há uma *premissa maior implícita*. Esta premissa é composta pela subjetividade do magistrado, suas vivências, viés ideológico, simpatias e antipatias²⁴⁶.

Não há possibilidade de um juiz ser totalmente imparcial diante do caso concreto. Nem deveria sê-lo, pois o ideal de imparcialidade e objetividade está ligado à ultrapassada teoria individualista de interpretação do século XIX. Como poderá um juiz, ainda estacionado na antiga concepção textualista da norma, enfrentar um caso concreto de direitos trabalhistas, em que a relação do obreiro com patrão necessita estar pautada em regras de experiência?

Solamente en un sistema de aplicación mecánica de la ley y de la justicia sería posible despreciar la influencia de la premisa mayor inarticulada. Pero las varias tentativas hechas en el siglo diecinueve para acomodar el procedimiento judicial a esa teoría, fallaron. En los modernos sistemas, la ley es interpretada, flexibilizada e individualizada por el juez, el cual suple asimismo sus inevitables lagunas. Así, limitándonos a las cuestiones de Derecho, la premisa mayor inarticulada encuentra campo de acción.²⁴⁷

Em outro artigo, Alípio ataca novamente a interpretação formalista e a ideia de silogismo na decisão judicial. A interpretação, defendida pela então moderna hermenêutica, reclamava uma superação da atividade meramente lógico-formal, apontando para um desenvolvimento vivo da norma abstrata e sua aplicação ao caso concreto. A decisão é uma atividade valorativa, orientada pela justiça, pelo bem comum, pela segurança e pela liberdade. “El juez, al adaptar la ley al caso, considerará estos valores, después de haber atendido, por esa misma operación a los fines sociales de la ley.”²⁴⁸

²⁴⁶ SILVEIRA, Alípio. La premissa inarticulada en las sentencias. **Revista de la Facultad de Derecho de Mexico**, Cidade do México, v. 21, mar./1956. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/issue/view/1474>. Acesso em: 12. fev. 2025. p. 63-64.

²⁴⁷ SILVEIRA, Alípio. La premissa inarticulada en las sentencias. **Revista de la Facultad de Derecho de Mexico**, Cidade do México, v. 21, mar. 1956. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/issue/view/1474>. Acesso em: 12. fev. 2025. p. 67.

²⁴⁸ SILVEIRA, Alípio. El juzgador frente al caso concreto. **Revista de la Facultad de Derecho de Mexico**, Cidade do México, v. 28, out. 1957. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/issue/view/1474>. Acesso em: 12. fev. 2025. p. 152.

Contra a atividade de mero silogismo automático, Alípio também desenvolve longos argumentos sobre os fatores sociais e políticos da interpretação, em obra publicada no ano de 1985: *A Hermenêutica Jurídica: Seus Princípios Fundamentais no Direito Brasileiro*.

“[...] embora se não deva acreditar que a atividade judicial se reduz a uma simples operação lógica, porque na aplicação do direito entram ainda fatores psíquicos e apreciações de interesses, especialmente no determinar o sentido da lei, e o juiz nunca deixa de ser uma personalidade que pensa e tem consciência e vontade, para se degradar num autômato de decisões.²⁴⁹

Na obra de 1985, Alípio Silveira articula o conceito de *Lógica do Razoável* na interpretação judicial, em contraposição à interpretação literal do texto normativo. A lógica pura, formal, é insuficiente para a interpretação judicial, visto que os fatores sociais demandam que o juiz busque conhecer os valores e finalidades que determinada lei possui dentro do ordenamento jurídico:

É inteiramente impossível construir o Direito como um sistema lógico puro, e, em consequência, impossível elaborar a ciência dogmática da ordem jurídica positiva ou de qualquer de seus ramos, como um sistema de puras inferências. Aos vários argumentos usados para prová-lo acrescentem-se estes: nenhum conjunto de normas elaboradas por uma instituição humana pode prever todas as contingências que se apresentam, nem determinar todas as medidas para o tratamento destas contingências. Sendo assim as coisas, resulta que o órgão jurisdicional, que deve decidir sobre todos os problemas que se lhe apresentam, necessariamente terá de criar ou descobrir as normas pertinentes para a solução dos novos casos que surjam, e para preencher as lacunas que sempre há inevitavelmente nas leis. *Os juízes e funcionários administrativos têm de estar constantemente reconfigurando e desenvolvendo o Direito*²⁵⁰ (grifo meu).

É visível que Alípio possuía uma desconfiança em relação à legislação produzida pelo parlamento, conferindo aos juristas e membros do poder executivo a incumbência de estarem em constante desenvolvimento do fenômeno jurídico. Na doutrina do jurista brasileiro, há uma carga muito forte de valores axiológicos e de critérios ético-políticos, aos quais deve o magistrado estar atento ao decidir. Em diversos momentos da obra de 1985, Alípio cita o papel dos princípios no ordenamento jurídico, ressaltando que sua instituição não se restringe ao texto normativo.

Ao citar Luis Recaséns Siches, autor espanhol responsável pelo desenvolvimento da *Lógica do razoável* na interpretação judicial, Alípio reitera que o magistrado possui uma função

²⁴⁹ SILVEIRA, Alípio. *A Hermenêutica Jurídica: Seus Princípios Fundamentais no Direito Brasileiro*. São Paulo: Leia Livros, 1985. v.1. p. 58.

²⁵⁰ SILVEIRA, Alípio. *A Hermenêutica Jurídica: Seus Princípios Fundamentais no Direito Brasileiro*. São Paulo: Leia Livros, 1985. v.1. p. 169.

de criação na decisão judicial. Não é mero aplicador, tampouco simples reproduutor, mas exerce uma função crítica e ativa, vivificadora do texto legal²⁵¹. A *Lógica do razoável* se enquadra em um campo de estudo do *logos*, entendido como o conhecimento da razão história (Dilthey), razão vital e histórica (Ortega y Gasset) e experiência prática (Dewey). Todas essas concepções apontam para uma razão humana, contextualmente situada²⁵².

A *Lógica do razoável* será detalhada no tópico a seguir. Importa, agora, pontuar que Alípio Silveira relaciona o artigo 5º da LICC aos postulados de Recasens Siches. Trata-se de uma “metodologia” de investigação muito mais preocupada com o objetivo, a finalidade e a utilidade da norma do que com a rigidez do texto legal. Nas palavras de Alípio:

Segundo uma das orientações modernas, o fim último e o sentido essencial de toda legislação consistem em regular de modo adequado as relações inter-humanas. O legislador trata de levar a cabo este propósito, por meio da delimitação das várias esferas de interesses protegidos. Realiza esta delimitação, valorando os diferentes interesses opostos, à luz da idéia do bem comum. *O juiz deve guiar-se prioritariamente pelas estimativas que inspiravam o legislador, mais do que pelas palavras deste. As palavras e os conceitos empregados pelo legislador são apenas meios para atingir os resultados que fluem daqueles juízos de valor ou estimativas*²⁵³ (grifo meu).

Quando o magistrado for aplicar o texto legal e, ao interpretar a norma, constatar que o texto contraria a finalidade social, o bem comum, os princípios de justiça e liberdade, poderá o juiz afastar-se da aplicação literal da norma. Isso, de acordo com Alípio, não configuraria uma aplicação contra *legem* pura, mas sim uma adaptação necessária por parte do magistrado. Citando o autor alemão Philipp Heck, afirma:

Prossegue Heck: “Põe-se agora a questão de saber se os poderes condicionados do juiz se esgotam com a integração das normas formuladas, ou se abrangem ainda a possibilidade de afastar comandos especiais existentes, isto é, se há só lacunas próprias ou também impróprias (Zitelmann). A questão, segundo penso, deve resolver-se, em alguns casos, no segundo dos indicados sentidos. Nesses casos, o juiz tem o direito e o dever de se afastar da subsunção, embora verbal e logicamente possível (nossos os grifos). O seu procedimento toma então a feição de formação valorativa de comandos” Passa ele a demonstrar sua tese (pp. 208-226), com o argumento principal de que em certas circunstâncias especiais, os comandos existentes, em vez de protegerem os interesses da comunidade, violam esses interesses. E é para que isso não ocorra, que se afasta a lei, desde que esse afastamento não fira o supremo interesse da estabilidade social. *Essa forma de afastamento não é absolutamente considerada por ele como decisão contra a lei.* “Não pode — acrescenta à p. 229 - falar-se em inobservância da lei, quando o juiz adquire a convicção de que os próprios interesses valorados na lei exigem, naquele caso concreto, um tratamento diverso do que na lei se consigna. Nesse caso, o juiz pode e

²⁵¹ Ibid., p. 189.

²⁵² Ibid., p. 49.

²⁵³ SILVEIRA, Alípio. **A Hermenêutica Jurídica: Seus Princípios Fundamentais no Direito Brasileiro.** São Paulo: Leia Livros, 1985. v. 2. p. 48.

deve afastar-se do comando legal, desde que não haja impedimento por parte do interesse na estabilidade.”²⁵⁴ (grifo meu).

Alípio Silveira representa uma postura hermenêutica crítica na história do pensamento jurídico brasileiro. Sua preocupação com o fim social e com a concretização de direitos trabalhistas, previdenciários e das minorias constituiu uma pauta relevante na segunda metade do século XX. Seus escritos dialogam com escolas jurídicas internacionais que veem o direito como uma estrutura em crise, sobretudo frente ao caráter extremamente individualista legado pela tradição revolucionária francesa ao Ocidente.

Comparando os escritos de Alípio aos de Carlos Maximiliano, é notável a mudança de tom no tratamento dos textos normativos. Apesar de dar continuidade a alguns postulados de Maximiliano, Alípio os radicaliza em certos aspectos:

- a) Quanto à importância do contexto social e político em que o intérprete está inserido;
- b) Quanto ao papel ainda mais criativo exercido pelo Judiciário;
- c) Quanto às críticas à possibilidade — ou mesmo à relevância — da interpretação literal.

Esses pontos, ao que parece, revelam uma nova guinada na teoria do direito e da hermenêutica brasileira do século XX.

4.2 ANTIFORMALISMO NA DOUTRINA JURÍDICA BRASILEIRA

Orlando Gomes (1909–1988), professor catedrático da antiga Faculdade de Direito da Bahia, publica, em 1955, *A crise do direito* e elabora uma série de críticas à situação do Direito no Brasil em meados do século XX. Nessa obra, o professor baiano argumenta que o Direito enfrenta uma crise de seu sistema individualista, responsável por manter privilégios e opressões contra os mais necessitados. Cita que houve avanços em relação aos direitos sociais no Brasil — inclusive ressaltando a criação do Direito do Trabalho como um marco —, mas os progressos ainda são insuficientes. Segundo o autor, há um desajuste entre as práticas dos tribunais e as transformações sociais: as normas jurídicas já não bastam para dar conta da pluralidade de relações existentes e acabam servindo apenas para manter regalias e perpetuar práticas autoritárias. A descrença cresce nesse cenário, alimentada pela insuficiência da própria lei.

“O Direito está tão envelhecido que parece exclusivamente feito de resíduos.” Orlando afirma que há um novo Direito emergente no pós-guerra, com o crepúsculo das concepções individualistas do século XIX, o fortalecimento dos direitos sociais e uma atuação estatal

²⁵⁴ Ibid., p. 244.

voltada à reconfiguração das relações jurídicas. O dogma da igualdade meramente formal é, enfim, superado: o Estado deixa de ser visto como entidade abstencionista e passa a exercer um papel central na diminuição da pobreza. O Welfare State conduziu o Estado à intervenção nas relações sociais, ampliando significativamente o escopo da administração pública, especialmente após a Constituição Federal de 1934. Com o governo Vargas, menciona Maia Filho, houve uma reformulação da ideia de poder público, que deixou de se eximir e passou a intervir de forma ativa na sociedade. O Direito Administrativo, na Segunda República Brasileira, passou a assumir conotações de Estado Social.

O alvorecer dos direitos sociais impacta diretamente a concepção de Judiciário como mero mantenedor do *status quo*. O Judiciário passa a ser compreendido como instrumento governamental de mudança social. Orlando Gomes, ao tratar da crise do Poder Judiciário, afirma que o modelo de magistratura típico do liberalismo burguês se encontra, à época, defasado. O juiz não é mais um simples aplicador da letra da lei, mas alguém que deve estar em sintonia com as transformações sociais e políticas do mundo. O Direito visto como mera produção legislativa está fadado ao fracasso: não dá conta da complexidade pluralista do Ocidente pós-guerra e apenas preserva os privilégios herdados.

A complexidade da vida moderna e a hipertrofia do Estado exigem, no momento, uma especialização que provoca, necessariamente, uma crise. Mas, esta crise, longe de ser mortal, é, antes, um indício de variação e evolução. O processo de desagregação que, de inicio, debilita o organismo, traz consigo, paradoxalmente, um forte estímulo para o revigoramento posterior. *Do mesmo modo porque, para se atingir o ideal democrático de igualdade, se está criando e desenvolvendo um direito de exceção, que consagra privilégios para uma classe, outrora desprotegida, a segmentação judiciária, aparentemente dispersiva de energias, fortalecerá, em futuro próximo, o organismo judicante, já desenvolvido em sua complexidade incipiente. Tal se dará quando certos critérios adotados na constituição e funcionamento dos aparelhos especializados, que hoje precisam ainda ser acolhidos em caráter excepcional, venham, enfim a se tornar a regra geral, sem os excessos iniciais²⁵⁵* (grifo meu).

Uma valorização vertical do Judiciário como um dos aspectos responsáveis por mudar a realidade social brasileira, conforme defendido por Orlando Gomes, não é um prognóstico isolado na doutrina jurídica brasileira do século XX. Principalmente — mas não apenas — após a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, em 1930, e com o Estado Novo em 1937, uma doutrina de antiformalismo interpretativo e de fortalecimento do Judiciário está presente em diversos autores importantes da bibliografia nacional.

²⁵⁵ GOMES, Orlando. **A crise do direito**. São Paulo: M. Limonad, 1955. p. 105.

A tensão entre realidade e legislação foi tema de debates relevantes entre juristas brasileiros alinhados ao varguismo e também entre aqueles que não faziam parte das trincheiras ideológicas do Estado Novo. Autores como Alberto Torres (1865–1917), Oliveira Vianna (1883–1951), Eduardo Espínola (1875–1968) e Francisco Campos (1891–1968) destacam-se nesse panorama.

O período do entreguerras no Brasil foi particularmente importante para a formação de direitos sociais. Com a chegada de Vargas ao poder, em 1930, e, posteriormente, com a instituição de um regime autoritário em 1937, houve a imposição autoritária de “modernizações” que visavam consolidar direitos sociais. Como afirma Luis Rosenfield:

Nas décadas de 1920, 1930 e 1940, apostou-se na negação dos partidos políticos e do dissenso democrático. Com a queda da democracia representativa em 1937, O Estado Novo consagrou um sistema regulatório autoritário, conservador e corporativo em que o processo de modernização ocorria de cima para baixo, com a outorga de direitos por parte do Poder Executivo. Os juristas ligados ao regime, cujos expoentes são Oliveira Vianna e Francisco Campos, forneceram novos contornos à interpretação jurídica, demonstrando intensa repulsa ao formalismo jurídico. Nas palavras do próprio Vianna, a Suprema Corte dos Estados Unidos, sob liderança de Brandeis, havia reconhecido o imperativo de reagir “contra a mecanização da aplicação da lei”²⁵⁶.

Por parte dos adeptos do regime varguista, havia uma forte crítica ao idealismo liberal da Constituição de 1891, sob o argumento de que a carta proporcionava uma rigidez excessiva frente aos objetivos de crescimento econômico e bem-estar social da população. O liberalismo de outrora, sustentado por grandes nomes como Rui Barbosa e Pedro Lessa, era taxado de utópico e inservível para uma nova realidade social marcada pela expansão da pluralidade e da complexidade. A partir da década de trinta, ideias como segurança nacional, estabilidade das instituições, crescimento econômico e bem-estar social passaram a movimentar boa parte da produção acadêmica dos juristas.

O que se formou nessa quadra da história brasileira foi um constitucionalismo autoritário, encabeçado, entre outros, por Oliveira Vianna. Houve uma forte corrente antijudiciária, à medida que pouquíssimos atos do Governo eram revistos pelo Judiciário brasileiro. O que se tinha em mente — inclusive por Vargas — era que cabia aos magistrados um processo decisório informal, desapegado dos antigos cânones liberais de hermenêutica, um processo interpretativo maleável e flexível²⁵⁷. A decisão judicial deixava de ser uma expressão

²⁵⁶ ROSENFIELD, Luis. **Revolução conservadora: genealogia do constitucionalismo autoritário brasileiro (1930-1945)**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2021. p. 45.

²⁵⁷ Ibid., p. 70-71.

central da divisão liberal dos poderes republicanos, para assumir o papel de mecanismo de concretização dos objetivos governamentais.

Até a Constituição de 1934, não havia previsão constitucional de direitos sociais. Os moldes da carta de 1891 eram de cunho limitativo ao poder estatal, seguindo um modelo clássico de preservação da liberdade individual e de repartição de competências. Em 1934, com nítida inspiração na Constituição Alemã de Weimar (1919) — uma das pioneiras, junto da Constituição Mexicana de 1917, na inclusão de direitos sociais — houve uma gradativa expansão dessas garantias de ordem constitucional no Brasil. Já a Constituição de 1937, fruto de um autogolpe militar liderado por Getúlio, marcou os contornos de um Estado autoritário, no que Loewenstein chamaria de uma “não constituição”²⁵⁸, vigente entre 1937 e 1945. As diretrizes do Estado nacional valiam mais do que qualquer legislação democraticamente votada.

Em 1919 foi sancionado o primeiro diploma legislativo que tratou de obrigações patronais para com os empregados²⁵⁹. Em 1923, criou-se o Conselho Nacional do Trabalho, e em 1927 foram estabelecidas leis de assistência e proteção a menores²⁶⁰. Em 1941, foi criada a Justiça do Trabalho, e em 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), por meio do Decreto-Lei nº 5.452. Esses marcos legislativos são fundamentais para compreender o contexto histórico da expansão dos direitos sociais no Brasil — que não se deu sem luta, mas sim como resultado da intensa pressão da classe trabalhadora²⁶¹.

A crescente legislação trabalhista e previdenciária foi um dos caminhos adotados pelo governo autoritário de Vargas para alcançar um estado de bem-estar social aliado ao crescimento econômico. Essa expansão legislativa esteve em consonância com a centralização de poderes pelo governo federal, numa perspectiva de corporativismo. O Estado corporativo de Vargas atuou politicamente por duas frentes principais:

a) a integração de diferentes grupos sociais no sistema político, com participação controlada na tomada de decisões, sob a direção do governo;

²⁵⁸ LOEWENSTEIN, K. **Brazil under Vargas**. New York: The Macmillan Company, 1942.

²⁵⁹ BRASIL. Decreto nº 3.724, de 15 de janeiro de 1919. Regula as obrigações resultantes dos acidentes no trabalho. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decreet/1910-1919/decreto-3724-15-janeiro-1919-571001-publicacaooriginal-94096-pl.html>. Acesso em: 17 de fev. 2025.

²⁶⁰ BRASIL. Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decreet/1920-1929/decreto-17943-a-12-outubro-1927-501820-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 17 de fev. 2025.

²⁶¹ FRANÇA, Carlos Eduardo; CABRAL, Rafael Lamera. Direitos sociais e identidade operária: o poder da ideologia trabalhista no governo de Getúlio Vargas (Brasil, 1930-45). **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 11, n. 2, p. 634–653, 2016. DOI: 10.5902/1981369421961. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/21961>. Acesso em: 17 fev. 2025. p. 640.

b) a subordinação dos poderes locais e regionais à vontade central, de modo a evitar conflitos de interesses que escapassem à pauta governista²⁶².

Contudo, como destacam França e Cabral, houve forte repressão do Estado Novo aos movimentos sociais, e a Lei de Segurança Nacional cumpriu papel central no modelo autoritário de Vargas²⁶³. Instaurou-se uma “cidadania controlada”, como afirmam os autores. Foi um processo de modernização em que a questão social não foi tratada de modo democrático, mas sim por meio da imposição de pautas governamentais, com apoio velado de um Judiciário frequentemente silenciado.

Com a crise aguda do liberalismo, a desconfiança no Legislativo e no Judiciário, e a ascensão de um Executivo autoritário, a pauta antiformalista na interpretação judicial ganhou força. O objetivo era claro: modernização, crescimento econômico e garantias sociais. Essas pautas impactaram diretamente a hermenêutica jurídica, impulsionando uma produção acadêmica que opunha a prática à teoria. A Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) teve, nesse contexto, um papel central. Com um Código Civil de 1916 ainda calcado nos ideais de liberdade e autonomia individual — legado de Clóvis Beviláqua — o fator social precisava ser incorporado à lógica jurídica.

Com o artigo 5º da LICC, a questão social foi finalmente positivada nas relações civis, representando um marco decisivo na virada hermenêutica do século XX no Brasil. Para que essa regra — de atenção aos fins sociais e às exigências do bem comum — fosse formalizada no ordenamento jurídico, diversos autores se uniram na crítica aos antigos métodos interpretativos²⁶⁴.

Alberto Torres (1865–1917) foi o primeiro grande jurista a defender uma interpretação voltada à função social da Constituição, ao publicar sua obra *A organização nacional*, cuja primeira edição data de 1914. Torres teceu críticas severas à Constituição de 1891, comparando-a à carta norte-americana — essa sim, segundo ele, utilizada pelos juristas dos EUA para atingir os fins sociais legítimos da nação. O Brasil, argumentava Torres, permanecia estagnado num estado de formalidade, sem incorporar o verdadeiro espírito de uma carta política.

²⁶² GOMES, Angela Maria de Castro *et al.* **O Brasil republicano:** sociedade e política (1930-1964). Introdução geral de Sérgio Buarque de Holanda. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. v. 2.

²⁶³ Op. cit., p. 643.

²⁶⁴ GARCIA NETO, Paulo Macedo. **A influência do realismo jurídico norte-americano no direito constitucional brasileiro.** 2008. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 124-133.

“Uma Constituição deve estar adaptada aos fins práticos da sociedade”, afirmava Alberto Torres:

A palavra “constituição”, envolvendo a idéa de que esta lei é a expressão da vida nacional, tem o valor de seu sentido physiologico: é uma predicação politica feita para assinalar que é uma lei adaptada á realidade social, obedecendo a fins praticos, não só originariamente inspirada em certa ordem de objectos geraes e permanentes, mas ordinariamente dominada pelo escopo de sua applicação ao desenvolvimento evolutivo da sociedade. A politica é o laço que domina o corpo da constituição e liga suas disposições entre si e sua intelligencia aos movimentos da sociedade, do povo e dos factos. Dahi a supremacia, na interpretação, deste amplo e elevado sentido, sobre a inteligencia expressa, isolada e lateral da lei.²⁶⁵

A separação entre regras e programas políticos tornou a sociedade brasileira míope, ao confundir política com contendas partidárias. Havia a necessidade de uma política nacional que visasse aos fins sociais do desenvolvimento. “Há um ponto que cumpre bem precisar: a natureza política da Constituição, lei nacional, deve prevalecer sobre as concepções teóricas dos legisladores.”²⁶⁶. De nada adianta uma legislação infraconstitucional que obstrua o avanço econômico.

Outro autor importante dessa “crise da ortodoxia jurídica” no Brasil foi Oliveira Vianna (1883-1951)²⁶⁷, discípulo de Alberto Torres, e um dos grandes nomes que arquitetaram as reformas jurídicas e políticas no Estado Novo de Vargas. Em 1937, Oliveira Vianna publica artigo na Revista Forense, com o título *Novos Methodos de Exegese Constitucional*, no qual defende de forma direta e explícita a superação da limitação aos sentidos do “texto em si”, em detrimento de uma interpretação construtiva:

Na "construção" , quando realizada pelo método da "escola sociológica" de POUND ou LLEWELLYN, a preocupação do interprete não é o texto em si e nas suas relações com os outros textos; vai além, transcende o domínio do puro direito formal e, descendo do plano das fontes puramente lógicas ou históricas, procura nas realidades sociais e nos imperativos do interesse público os elementos de inspiração para a exegese constitucional. O que o interprete tem em vista é uma adaptação deste ou daquela texto, desta ou daquela instituição constitucional, à realidade social ou à exigência do momento, no sentido de uma mais perfeita eficiência do regime instituído²⁶⁸.

²⁶⁵ TORRES, Alberto. **A organização nacional**. Brasil: Ed. Nacional, 1938. p. 299-300.

²⁶⁶ TORRES, Alberto. **A organização nacional**. Brasil: Ed. Nacional, 1938. p. 301.

²⁶⁷ ROSENFIELD, Luis. Oliveira Vianna e a recepção do realismo jurídico norte-americano: notas sobre um debate esquecido. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 13, n. 2, p. 123-145.

²⁶⁸ VIANNA, Francisco José de Oliveira. Novos métodos de exegese constitucional. **Revista Forense**: doutrina, legislação e jurisprudência, Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, 1937.

Vianna cita que o método de interpretação construtiva, praticado nos Estados Unidos, é exemplo de um novo paradigma hermenêutico das constituições. Cita Holmes, Brandeis, Nathan Cardozo, Roscoe Pound, Llewellyn... É nítida a influência do realismo jurídico norte-americano nos escritos do jurista brasileiro. Na verdade, o realismo jurídico e a escola da *Sociological Jurisprudence* são fontes vastas de referência para diversos autores brasileiros, como o próprio Vianna. A influência dessas correntes de pensamento jurídico será abordada no tópico seguinte.

O Judiciário, na visão de Vianna, é um órgão de produção viva da normatividade. O direito não poderá ser resumido apenas às produções legislativas, pois essa velha e carcomida divisão estanque de poderes estaria ultrapassada pelas novas perspectivas sociológicas. Reduzir o texto constitucional a puros “silogismos abstratos” é, para Vianna, defender a já superada hermenêutica de Antônio Moraes Ramalho e Francisco de Paula Baptista.

Em nova citação, desta vez na obra *Instituições Políticas Brasileiras*, de 1949, Vianna demonstra seu engajamento na defesa da doutrina do judicial law-making estadunidense:

Esta tendência representa uma grande revolução no domínio do pensamento jurídico e do direito positivo. Yntema, por exemplo, considera esta nova metodologia - esta nova atitude mental que é a aplicação do método objetivo ao estudo da fenomenologia jurídica - um fato de significação tão revolucionária para a ciência do direito como o foi para a astronomia a teoria de Copérnico sobre a rotação da Terra: - “the Copernican discovery of modern legal science”. É este, aliás, o grande mérito dos trabalhos da escola de direito comparado de Lyon, chefiada por Eduardo Lambert, e da nova escola americana de jurisprudência, ontem sob a direção de Holmes e, presentemente sob a liderança de Roscoe Pound, com a sua constelação radiante de colaboradores: Benjamin Cardozo, Brandeis, Kar Llewellyn, Felix Frankfurter, Huntington Cairns, Max Radin, Jerome Franck e tantos outros²⁶⁹.

Em outro momento da mesma obra, Rui Barbosa é criticado por Vianna como um jurista que não chegou a se preocupar com os verdadeiros anseios do povo brasileiro. **Esteve**, nos dizeres de Vianna, **muito atrelado aos antigos métodos de interpretação do direito**, os quais apenas mantinham regalias e não resultavam em avanços para a sociedade²⁷⁰. O antiformalismo de Vianna é marcadamente propenso às práticas autoritárias do Estado, assumindo, no discurso de Alberto Torres, um ranço contra a política liberal dos partidos políticos e um viés declaradamente eficientista. O Judiciário poderia, e deveria, exercer uma

²⁶⁹ VIANNA, OLIVEIRA. ***Instituições políticas brasileiras***. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999. p. 58.

²⁷⁰ VIANNA, OLIVEIRA. ***Instituições políticas brasileiras***. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999. p. 369-396.

função criativa quanto à legislação. Contudo, essa empreitada deveria sempre estar em consonância com o chefe político, detentor de um poder superior.

Em posição que convergia com a de Oliveira Vianna, outro autor importante a denunciar a crise da democracia liberal foi Francisco Campos (1891–1968)²⁷¹. Campos, em 1940, expõe uma crítica contundente aos meios de decisão política típicos de uma democracia liberal, afirmando que, no campo da política, o que reina não é o debate racional em sociedade, mas a vontade daquele que está no poder²⁷². A obra, que consiste em uma série de discursos, entrevistas e conferências dadas por Francisco Campos, revela um profundo descrédito no processo decisório democrático, que respeita a divisão de poderes dentro de um Estado, rechaçando a linguagem do liberalismo como algo meramente hipócrita e desprovido de objetividade.

Ao dissertar sobre a exposição de motivos do projeto do Código de Processo Civil de 1939, Francisco Campos expõe a concepção dos ideólogos do Estado Novo acerca do Judiciário pré-Vargas: O processo judicial tratava-se de um conjunto de regras sem sentido, incapaz de obter os resultados necessários para a aplicação da vontade da lei. Os benefícios eram mais evidentes para quem desobedecia à lei do que para quem buscava cumpri-la²⁷³. O antigo processo, “formalista e bizantino”, era apenas um instrumento a serviço das classes privilegiadas.

O processo ao qual se refere Campos é o que ele chama de processo *duelístico*, concebido como um instrumento de confronto entre duas partes, no qual se busca determinar quem tem razão. Campos defende que este seja substituído por um processo autoritário, no qual um Estado forte possa buscar a verdade e assegurar a correta distribuição da Justiça.

Nesse sentido, o novo processo é eminentemente popular. Pondo a verdade processual não mais apenas a cargo das partes, mas confiando, numa certa medida, ao juiz a liberdade de indagar dela, *rompendo com o formalismo*, as ficções e presunções que o chamado “princípio dispositivo”, de “controvérsia” ou “contradição”, introduzira no processo, o novo Código procura restituir ao público a confiança na justiça e restaurar um dos valores primordiais da ordem jurídica, que é a segurança nas relações sociais reguladas pela lei. *Noutro sentido ainda podemos falar do cunho popular do novo processo: ele é um instrumento de defesa dos fracos, a quem a luta judiciária, nos quadros do processo anterior, singularmente desfavorecia*²⁷⁴ (grifos meus).

²⁷¹ Ocupou o cargo de deputado estadual, em 1917, federal em 1921, e secretário de Educação de Minas Gerais. Com a Revolução de 1930, tornou-se ministro da Educação e Saúde do Governo Provisório, e ministro da Justiça, de 1937 a 1942.

²⁷² CAMPOS, Francisco. **O Estado nacional:** sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

²⁷³ Ibid., p. 162.

²⁷⁴ Ibid., p. 165.

Sob o manto da “busca pela Verdade e pela Justiça”, Campos reflete a necessidade de buscar uma função social do processo judicial, assentado sobre os anseios populares, a economia e as relações de trabalho. Ele cita juristas estadunidenses para reafirmar seu posicionamento doutrinário, como William Howard Taft (1857-1930), Elihu Root (1845-1937) e Roscoe Pound (1870-1964).

Novamente, destaco as palavras de Campos desta vez sobre o papel do juiz nessa nova concepção de processo:

A direção do processo deve caber ao juiz; a este não compete apenas o papel de *zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade.* Daí a larguezza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em reconhecer-lhe. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada, como manda a prudência, é que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade²⁷⁵ (grifo meu).

A livre convicção do magistrado é expressamente defendida por Campos em sua exposição de motivos. Ressalta que era necessária uma injeção de novo espírito no Judiciário brasileiro, espírito esse que deveria estar em consonância com os objetivos do povo. Quais seriam os objetivos do povo brasileiro? Aqueles apontados pela política governamental, que unia desenvolvimento econômico e concentração de poderes no Presidente da República.

Os ideólogos do Estado Novo, principalmente representados por Oliveira Vianna e Francisco Campos, tiveram especial atenção em capturar a estrutura judiciária brasileira, visto tratar-se de um poder historicamente comandado pelas elites econômicas. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal sofreu repetidas mudanças em sua composição ao longo do período de Vargas no poder, inclusive com a aposentadoria compulsória de diversos ministros²⁷⁶. Inclusive, na Constituição Federal de 1937, houve previsão de que o Presidente da República pudesse submeter ao Congresso uma lei julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal

²⁷⁵ CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Projeto do Código de Processo Civil. In: **O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. p. 167.

²⁷⁶ Pelo Decreto nº 19.656, de 3 de Fevereiro de 1931, o número de ministros foi reduzido para onze, sendo aposentados os ministros: Godofredo Cunha (presidente), Edmundo Muniz Barreto, Antônio Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque, Pedro Afonso Mibieli, Pedro dos Santos e Geminiano Franca. Posteriormente, em 1937, com a nova constituição, outros ministros foram aposentados por mudança no critério de idade: Hermenegildo de Barros, Edmundo Lins e Ataulfo de Paiva. Ver: ROSENFIELD, Luis. **Revolução conservadora: genealogia do constitucionalismo autoritário brasileiro (1930-1945)**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2021. p. 296-297

Federal, caso se tratasse de legislação importante para “o bem-estar do povo ou defesa de interesse nacional”²⁷⁷.

A adequação do Judiciário aos moldes do governo autoritário se deu à força, chancelada pela Constituição de 1937, que previa, no artigo 177, a possibilidade de o presidente aposentar ou reformar juízes em nome do interesse público²⁷⁸. Vianna e Campos defendiam com vigor a jurisprudência sociológica, aos moldes do realismo jurídico estadunidense, e não se cansaram de citar autores dessa vertente em seus escritos. O juiz que se mantivesse refratário à nova concepção de atividade jurisdicional — como braço direito do governo e produtor de normas jurídicas, muitas vezes à revelia do texto legislativo — corria o risco de perder seu cargo.

Interessante notar que Carlos Maximiliano, mesmo nas posteriores reedições de seu clássico *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, não cedeu aos novos ares de liberdade exacerbada da judicatura. Maximiliano se manteve fiel aos postulados de uma hermenêutica mais metodológica. Apesar de, em alguns momentos, defender uma postura subjetiva do magistrado, o autor gaúcho ainda parece estar atrelado à valorização do texto legislativo.

Quanto a Alípio Silveira, é possível sustentar que o autor não estava, necessariamente, alinhado com os partidários do governo varguista. Ao publicar uma obra crítica aos regimes totalitários, pouco depois da derrocada do regime de Vargas, mostra-se como um defensor de um regime democrático liberal. Contudo, é inegável que Alípio foi profundamente influenciado pelo movimento antiformalista na interpretação judicial, não necessariamente defendendo uma autoridade suprema do governante, mas sustentando que o magistrado está autorizado a deixar o texto de lado para alcançar uma finalidade social.

Neste sentido, no próximo tópico abordaremos os contornos do realismo jurídico estadunidense que influenciou Alípio Silveira, principalmente através da figura daquele que prefaciou sua obra mais conhecida: Roscoe Pound. Além disso, trataremos de outro autor fundamental, que guarda semelhanças com o realismo jurídico e desenvolveu os postulados da *Lógica do Razoável*, citados por Alípio ao longo de sua produção: Recaséns Siches.

²⁷⁷ Tal previsão pode ser encontrada no parágrafo único do artigo 96 da Constituição Federal brasileira de 1937. Ver em: BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1937)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 19 de fev. 2025.

²⁷⁸ Art 177 - Dentro do prazo de sessenta dias, a contar da data desta Constituição, poderão ser aposentados ou reformados de acordo com a legislação em vigor os funcionários civis e militares cujo afastamento se impuser, a juízo exclusivo do Governo, no interesse do serviço público ou por conveniência do regime.

4.3 REALISMO JURÍDICO E A LÓGICA DO RAZOÁVEL

A doutrina de Alípio Silveira é marcada pela influência de autores que fizeram muito sucesso no século XX, notadamente expoentes do movimento denominado *Realismo Jurídico*. Esse movimento, que tem uma de suas principais raízes nos Estados Unidos, não pode ser identificado como algo unitário ou como uma corrente de pensamento sem subdivisões. Seria impreciso querer resumir o Realismo Jurídico em uma única corrente uniforme²⁷⁹.

Mas o que pode ser dito é que os realistas jurídicos representaram um movimento contra o formalismo jurídico do século XIX, principalmente no que concerne à identificação do Direito apenas com a letra da lei impressa nos códigos. Uma das muitas críticas dos realistas é que a interpretação judicial teria uma ampla margem de elasticidade em relação ao texto normativo. A experiência, e não a lógica, seria o elemento fundamental da interpretação judicial. A vida está em constante dissonância com o texto rígido e inflexível — como afirmava Oliver Wendell Holmes (1841–1935).

O principal alvo do Realismo Jurídico foi o formalismo no Direito estadunidense, mas essas críticas podem ser encontradas em outros contextos. Importante destacar que o realismo escandinavo (Olivecrona, Alf Ross, Hägerström) também trouxe contribuições, embora a aproximação maior tenha ocorrido entre os realistas norte-americanos e a comunidade jurídica brasileira. As bases do movimento remetem aos alemães Carl von Savigny e Rudolf von Ihering, no sentido de que há uma insurgência contra a limitação meramente literal do texto normativo, cabendo ao intérprete uma tarefa muito mais complexa do que o mero silogismo entre norma e fato.

O “mundo real” estaria em contradição com o “mundo dos códigos”, cabendo ao intérprete intermediar essa relação que, muitas vezes, poderia exigir deixar o texto de lado — total ou parcialmente — para que o resultado adequado fosse alcançado. No caso do modelo anglo-saxão de *common law*, as críticas levantadas por Holmes destacavam que o trabalho dos advogados era, sobretudo, prever as decisões judiciais que seriam emitidas pelas cortes. O Direito, ou o material normativo, não passaria de previsões sobre como os tribunais vão decidir²⁸⁰.

O naturalismo jurídico, abordado no capítulo sobre Carlos Maximiliano, teve grande influência na formação das correntes realistas. Seguindo a lógica de crítica ao conceitualismo

²⁷⁹ BIX, Brian. **Jurisprudence: Theory and Context**. 8. ed. Durham: Carolina Academic Press, 2019. p. 197-209.

²⁸⁰ HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Path of the Law**. First published in 1897. Reprint. The Floating Press, 2009.

do Direito jusnaturalista ou exclusivamente baseado nos códigos, o naturalismo e o apego aos métodos científicos foram importantes para fornecer ao realismo um substrato na crítica à análise meramente lógico-formal dos juristas. Como afirma Luciana Reis, o Realismo Jurídico pode ser identificado como um desdobramento do naturalismo, na medida em que busca as respostas do Direito na observação dos fatos empíricos, com esteio nas crescentes disciplinas da sociologia e da economia²⁸¹.

O Realismo Jurídico está preocupado com os fatos empíricos da sociedade, tornando a interpretação jurídica uma constante tensão entre o Direito construído e solidificado em códigos ou precedentes, e as novas demandas sociais. A ideia de que a sociedade muda, a economia se desenvolve e os interesses estão em constante conflito opõe-se à sacralização da norma como algo imutável. Por isso, a interpretação judicial torna-se um locus privilegiado de efetivação do Direito, segundo os pensadores realistas. Se a lei não acompanha as mudanças sociais, pior para a lei. Caberá ao juiz adequá-la às exigências do caso concreto. O Direito é, em geral, indeterminado.

A concepção científica de mundo — que, como já foi citado, fazia parte dos postulados encontrados no *Manifesto do Círculo de Viena* — reverbera nas correntes realistas em razão de seu apego ao conhecimento empírico, em detrimento de qualquer valor de cunho subjetivo. A moderna concepção de mente — desde Descartes, passando por Hume e Galileu — contribui sobremaneira para que as ciências se desenvolvessem num ambiente em que os sentidos, aquilo que pode ser captado pela experiência sensível, tivessem primazia sobre as deduções lógicas abstratas²⁸².

O mito da neutralidade judicial na interpretação jurídica é desafiado pelo realismo jurídico, na medida em que o magistrado possui discricionariedade judicial ao decidir determinada controvérsia, apoiando-se não apenas no material jurídico que está à sua disposição, mas de acordo com sua própria experiência de vida e a partir de certa concepção de finalidade social do Direito.

Como afirma Brian Leiter, tanto o realismo jurídico estadunidense quanto o escandinavo — apesar das muitas diferenças — compartilham o ceticismo em relação à decisão judicial. Esse ceticismo recai sobre as razões apresentadas pelos magistrados: o juiz, ao decidir um caso concreto, não está apenas comentando o material jurídico à sua disposição, mas sim

²⁸¹ REIS, Luciana Silva. Realismo Jurídico. In: MURATA, Daniel Peixoto; MORBACH, Gilberto (Org.). **Curso de Filosofia do Direito Contemporânea**. São Paulo: Dialética, 2024. p. 115.

²⁸² Como bem aborda Claudio Michelon em MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 39-61.

tomando uma decisão que reflete o que ele entende como socialmente justo ou eficiente — seja em termos políticos, econômicos ou de pacificação social²⁸³ Há um ceticismo em relação às normas jurídicas.

H. L. A. Hart, um dos autores mais importantes da Teoria do Direito no século XX, afirma em seu clássico *O Conceito de Direito* que o ceticismo em relação às normas é um expediente perigoso e gerador de confusões quanto à estrutura do ordenamento jurídico. O Realismo Jurídico, ao entender que as normas só existem após a decisão dos tribunais, falha em compreender adequadamente o ordenamento jurídico, principalmente no que diz respeito às suas normas de estruturação — aquelas que, segundo Hart, são condição de possibilidade para a própria existência de um tribunal. Essas são as chamadas “normas secundárias”²⁸⁴.

Dois autores serão abordados neste trabalho, que fornecem contornos importantes das influências absorvidas por Alípio Silveira ao escrever suas obras: Roscoe Pound (que prefaciou seu livro mais importante) e Recaséns Siches. Porém, antes de tratar desses dois pensadores separadamente, é necessário apresentar as críticas feitas por Brian Z. Tamanaha acerca da suposta dicotomia entre Formalismo e Realismo Jurídico. Brian Z. Tamanaha, em obra publicada em 2010 sob o título *Beyond the Formalist–Realist Divide: The Role of Politics in Judging*, expõe as caricaturas construídas por autores realistas como Holmes, Pound e Cardozo sobre o formalismo jurídico anglo-saxão. Diferentemente do que afirmavam esses autores — influentes na segunda metade do século XX — o formalismo jurídico criticado em seus escritos nunca foi tão mecânico ou rígido quanto denunciado. Tamanaha argumenta que houve uma série de distorções cometidas pelos realistas com o intuito de fortalecer seus próprios argumentos, relegando a segundo plano uma descrição responsável do fenômeno formalista²⁸⁵.

Segundo o autor, criou-se a falsa ideia de que os juristas formalistas do século XIX defendiam uma aplicação sempre mecânica e literal da lei, além de sustentarem a completude absoluta do ordenamento jurídico — cabendo ao magistrado apenas “descobrir” a norma jurídica. Contudo, muitos dos autores criticados pelos realistas também admitiam que a finalidade social da legislação deveria ser considerada nas decisões judiciais. Roscoe Pound, segundo Tamanaha, teve papel central na disseminação dessas falácias sobre o formalismo jurídico:

²⁸³ LEITER, Brian. Legal Realisms, Old and New. **Valparaiso University Law Review**, v. 47, p. 949, 2013. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles. Acesso em: 12 mar. 2025.

²⁸⁴ HART, H. L. A. **O conceito de direito**; pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 176-183.

²⁸⁵ TAMANHA, Brian Z. **Beyond the Formalist–Realist Divide: The Role of Politics in Judging**. Princeton: Princeton University Press, 2010. p. 13-66.

Roscoe Pound's claim that judges reasoned in a logical, mechanical manner is inconsistent with statements of many jurists at the time worried about the messy state of the law and the capacity of judges to construct legal justifications for whatever outcome they desired. [...] Contrary to what Pound, Frank, and Gilmore insisted, there is overwhelming historical evidence that all lawyers knew—as was often repeated—that judges made law²⁸⁶.

O Realismo Jurídico dificilmente pode ser enquadrado como um movimento que teve um ponto de partida específico. Tamanha deixa claro que diversos teóricos tidos como formalistas já reconheciam, em alguma medida, a possibilidade de os juízes criarem normas a partir das decisões judiciais. A controvérsia em torno da própria definição do termo “Realismo Jurídico” é, inclusive, muito mais complexa do que pode parecer à primeira vista²⁸⁷. Chega-se, assim, a uma conclusão importante: a divisão estanque entre realistas e formalistas tende a ser, em grande parte, uma construção fictícia — servindo mais como recurso retórico para legitimar e popularizar certos autores do que como uma distinção conceitual sólida.

Os mitos construídos em torno do formalismo jurídico contribuíram para o fortalecimento das correntes realistas, tanto no contexto da teoria jurídica estadunidense quanto no europeu. Dito isso, cabe agora analisar os principais pontos que impactaram a doutrina de Alípio Silveira, a partir de dois expoentes centrais do pensamento jurídico do século XX, que compartilharam críticas contundentes à decisão judicial de cunho meramente formalista: Roscoe Pound e Recaséns Siches.

4.3.1 Roscoe Pound

Em 1908, Roscoe Pound publica no volume 8 da *Columbia Law Review* 605-623 (dezembro de 1908) o texto *Mechanical Jurisprudence*²⁸⁸, um de seus mais famosos artigos científicos. No texto, o jurista faz um balanço crítico daquilo que chama de Jurisprudência mecânica ou formalismo jurídico, na medida em que assevera sobre a crise que vive o *commom law* estadunidense, em razão de uma aplicação estéril de regras normativas e conceitos inoperantes na vida prática.

Pound demonstra preocupação com os rumos da jurisprudência americana, bem como com a própria epistemologia da ciência jurídica de sua época. Ao longo do artigo, defende o

²⁸⁶ TAMANHA, Brian Z. **Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging**. Princeton: Princeton University Press, 2010. p. 44.

²⁸⁷ Ibid., p. 78

²⁸⁸ POUND, Roscoe. Mechanical Jurisprudence. *Columbia Law Review*, v. 8, p. 605-623, dez. 1908.

desenvolvimento de uma ciência do direito com fundamentos sociológicos, influenciada pelas ciências naturais e pela metodologia empírica. A centralidade do empirismo social deve, segundo o autor, substituir o apego literal ao texto normativo e à repetição de conceitos jurídicos indeterminados e obsoletos. Para ele, os fins da decisão judicial devem compor o núcleo da teoria do direito — uma ciência jurídica que ignore os impactos concretos das decisões estará falhando em seu papel social.

Ao refletir sobre as raízes do formalismo, Pound retoma o Direito romano, apontando seus traços ritualísticos e excessivamente sistemáticos, cujos resquícios ainda estariam presentes nos tribunais norte-americanos. Ele reivindica que o Direito, por lidar com relações sociais, deve se adequar ao novo paradigma metodológico das ciências empíricas, tal como já ocorre nas denominadas “ciências duras”. Resume sua concepção com a frase: “The life of the law is in its enforcement”²⁸⁹ — a vida do direito está em sua aplicação. Ignorar essa dimensão prática seria comprometer a legitimidade do próprio sistema jurídico.

Na obra *An Introduction to the Philosophy of Law* (1922), resultado de um ciclo de conferências proferidas na Faculdade de Direito de Yale, Pound aprofunda suas reflexões. Afirma que, ao longo da história da Filosofia do Direito, dois objetivos têm sido centrais: a segurança jurídica e a conciliação de interesses em conflito²⁹⁰.

Desde os gregos, a ideia de Direito esteve ligada à pacificação social. Entretanto, na Grécia Antiga e na Idade Média, a legitimação do poder estatal estava associada a concepções transcendentais, de origem divina. Somente na modernidade, com o avanço da racionalidade jurídica, o Direito será reformulado sob bases racionais e laicas, culminando em projetos legislativos como o Código Civil Francês de 1804, símbolo da confiança moderna na legislação como fonte exclusiva de segurança jurídica — modelo que influenciou ordenamentos ao redor do mundo.

No entanto, com o avanço das ciências sociais e a complexificação das relações sociais nos séculos XVIII e XIX, as bases metafísicas do jusnaturalismo começam a ceder espaço a abordagens sociológico-positivistas e analítico-utilitaristas²⁹¹. Mesmo assim, Pound assinala que, em sua geração, há uma reabilitação do jusnaturalismo, agora repensado não como um conjunto de normas imutáveis, mas como uma orientação teleológica, voltada para os fins sociais da legislação:

²⁸⁹ POUND, Roscoe. Mechanical Jurisprudence. *Columbia Law Review*, v. 8, p. 605-623, dez. 1908. p. 20.

²⁹⁰ POUND, Roscoe. **Introdução à filosofia do direito**. Tradução de Alvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965. p. 14.

²⁹¹ POUND, Roscoe. **Introdução à filosofia do direito**. Tradução de Alvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965. p. 32.

Hoje, contudo, ouvimos falar de um renascimento do direito natural. A Filosofia do Direito está levantando a cabeça em todo o mundo. Somos solicitados para aferir normas, doutrinas e instituições, para guiar a aplicação do Direito por referência à finalidade da lei, e para pensar em ambos — direito e lei — em termos de utilidade social. Somos convidados a incluir questões de Direito e de aplicação de leis sob o ideal social do tempo e lugar²⁹².

Esse ponto é central na teoria de Roscoe Pound: a finalidade da legislação. Em capítulo próprio, o autor desenvolve diferentes concepções históricas sobre os fins da lei. A mais antiga e elementar formulação é a de que “a lei existe para manter a paz dentro de uma determinada sociedade.”²⁹³ Trata-se de uma visão conservadora, já presente nos filósofos gregos da Antiguidade, para os quais a finalidade da legislação era manter o *status quo*, evitando disfunções sociais que pudessem desestabilizar a ordem vigente. Essa concepção, segundo Pound, permanece dominante até o final da Idade Média, período no qual o Direito operava essencialmente como instrumento de conservação da estrutura social estabelecida.

A partir do século XVI, com a Contrarreforma e os primeiros movimentos da modernidade jurídica, ocorre uma ruptura nesse paradigma. A legislação passa então a assumir como finalidade a igualdade natural dos seres humanos. Sob a influência das ideias jusnaturalistas modernas, o foco desloca-se para os direitos individuais e para a universalização da liberdade e da igualdade como fundamentos da ordem jurídica. Esse modelo vai dominar boa parte da teoria jurídica dos séculos XVII e XVIII, tendo sua máxima expressão nas codificações liberais, como o Código Napoleônico.

No século XIX, porém, Pound identifica uma nova virada conceitual — agora de cunho metafísico — marcada pela valorização da consciência individual como centro da vida jurídica. Essa transição está fortemente associada ao pensamento de Immanuel Kant e Georg Wilhelm Friedrich Hegel, que promovem uma espécie de “revolução copernicana” na Filosofia do Direito. A norma jurídica passa a ser vista como expressão racional da liberdade subjetiva, vinculando-se não apenas à ordem social, mas a uma concepção moral e idealizada do sujeito de direito.

O problema social é o de reconciliar as vontades livres e conflitantes de indivíduos conscientes, afirmando independentemente suas vontades nas diversas atividades da vida. A igualdade natural torna-se uma igualdade em liberdade de vontade. Kant racionalizou o Direito, nesses termos, como sistema de princípios ou normas universais, a serem aplicados à ação humana, de modo que o livre arbítrio do ator possa coexistir com a livre vontade de todos os demais indivíduos. Hegel racionalizou

²⁹² Ibid., p. 32.

²⁹³ Ibid., p. 41.

o Direito, nesses termos, como um sistema de princípios em que e pelos quais a idéia de liberdade se realizava na experiência humana. Bentham racionalizou-o como um corpo de normas, estabelecidas e impostas pela autoridade do Estado, mediante as quais o máximo de felicidade, concebido em termos de livre autoafirmação, era garantido a cada indivíduo. Sua finalidade era tornar possível o máximo de livre ação individual, coerente com a livre ação individual de todos. Spencer racionalizou-o como um corpo de normas, formulando o "governo dos vivos pelos mortos", através do qual os homens buscavam promover a liberdade de cada um, limitada unicamente por idêntica liberdade de todos.²⁹⁴

É bastante interessante como Roscoe Pound analisa a transição da finalidade do Direito no século XIX. Segundo o autor, nesse período a legislação passou a funcionar sobretudo como um instrumento de proteção de interesses privados, voltado a descobridores, colonizadores, pioneiros, mercadores, empresários e capitães da indústria. Trata-se de uma concepção jurídica alinhada aos ideais do liberalismo econômico e à consolidação do capitalismo industrial.

Contudo, essa estrutura de pensamento sofre transformações profundas com a complexificação do mundo no século XX. A diversidade social crescente e o agravamento das desigualdades exigiram novas respostas do Direito. Para Pound, os juristas deixaram de pensar apenas em termos de igualação de vontades individuais — como pretendia o modelo contratualista — e passaram a refletir sobre a igualação das necessidades sociais. Não bastava mais garantir a liberdade formal dos sujeitos: era necessário considerar as carências concretas da população e os obstáculos reais ao exercício dos direitos.

Nesse novo contexto, o Estado passa a encarar o Direito como instrumento de efetivação de interesses públicos relevantes, tanto na esfera governamental quanto na atividade judicial e administrativa. Pound observa que esse deslocamento foi favorecido pelo declínio dos alicerces metafísicos da teoria jurídica, impulsionado pelo avanço das ciências empíricas, especialmente a psicologia. Nas ciências sociais, destaca-se o protagonismo crescente da economia, que se estabelece como saber privilegiado para compreender as necessidades coletivas e orientar políticas públicas.

A atenção desviou-se da natureza da lei para sua finalidade e uma atitude funcional, uma tendência para medir as normas, doutrinas e instituições legais de acordo com a extensão em que avançavam ou realizavam as finalidades para que existe a lei começou a substituir o velho método de julgar a lei pelos critérios extraídos dela própria²⁹⁵.

²⁹⁴ POUND, Roscoe. **Introdução à filosofia do direito.** Tradução de Alvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965. p. 47.

²⁹⁵ POUND, Roscoe. **Introdução à filosofia do direito.** Tradução de Alvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965. p. 50.

Pound identifica que há uma crescente na complexidade da vida em sociedade, com industrialização, pluralidade, questões ambientais, grupos econômicos tomando relevância dentro das democracias. E o Direito não deverá estar encastelado nos velhos conceitos metafísicos de liberdade, igualdade, autonomia individual... para dar conta daquilo que é sua finalidade: o gerenciamento das necessidades.

Outro ponto central tratado nesta obra do autor estadunidense é em relação à aplicação da lei pelos magistrados. Aqui, principalmente, é possível vislumbrar boa parte da influência do Realismo jurídico americano em Alípio Silveira. Afirma Pound que os tribunais estadunidenses estiveram às voltas com o formalismo jurídico por bastante tempo, encarcerados por uma concepção de interpretação judicial que via na divisão entre Legislativo, Executivo e Judiciário um dogma cristalizado.

A racionalização filosófica da tentativa para evitar a administração superpessoal de justiça, incidente na reversão parcial à justiça sem lei da fase de eqüidade e direito natural, reforçou a suposição de que a aplicação judicial da lei era um processo mecânico e nada mais do que uma fase de interpretação. No século XVIII foi-lhe dada forma científica na teoria de separação dos poderes. O órgão legislativo fez as leis. O executivo administrou-as. O judiciário aplicou-as na decisão de controvérsias ou litígios. Foi admitido no pensamento jurídico anglo-americano que os tribunais devem interpretar para aplicar. Mas a interpretação de maneira alguma foi concebida como um ato de legislação e a aplicação foi considerada como não envolvendo qualquer elemento administrativo, sendo totalmente mecânica²⁹⁶.

A ideia fixa de separação de poderes em um Estado é herança de uma construção aristotélica, típica de um momento primitivo do Direito. Segundo Pound, ao juiz cabe uma atividade criativa na interpretação judicial e, ao aplicar a norma, deverá atuar como um administrador da Justiça. Julgar e legislar são atividades que compartilham diversos pontos em comum, visto que as normas criadas pelo legislador não conseguem dar conta da complexidade social. Há, também, uma aproximação entre a função jurisdicional e a função administrativa, na medida em que o momento de aplicação deve considerar fatores econômicos e políticos.

Tal como a interpretação, de um lado, se entrosa com a legislação e, assim, a função judicial penetra na função legislativa; do outro lado, a interpretação invade os terrenos da aplicação e, assim, a função judicial entrosa-se com a administrativa ou executiva²⁹⁷.

²⁹⁶ Ibid., p. 56.

²⁹⁷ POUND, Roscoe. **Introdução à filosofia do direito.** Tradução de Alvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965. p. 59.

Ao contrário do que se imaginava, a interpretação judicial depende de um critério de experiência do magistrado. Além do texto normativo, as convicções pessoais do juiz serão fundamentais para que este dê sentido à norma. Esse critério de experiência pode ser entendido como uma discricionariedade judicial na interpretação que, em alguns casos, resultará na criação de nova norma pelo Judiciário. A equidade exerce, também, um papel central na teoria da decisão judicial de Pound, à medida que valores morais permeiam a interpretação judicial.

Pound escreveu outros livros e artigos importantes na construção de sua teoria realista. Um dos mais célebres é *Law in Books and Law in Action*, publicado na *American Law Review* em 1910, no qual o autor reforça a dicotomia entre o mundo da experiência e o mundo dogmático da legislação. Karl Llewellyn, outro renomado teórico do realismo jurídico, travou um embate com Pound acerca da acepção do termo *Realismo Jurídico*, em razão de Pound ser, já nas primeiras décadas do século XX, um pensador de grande notoriedade no campo da Filosofia do Direito anglo-saxã. Esse embate pode ser compreendido como um conflito geracional entre dois pensadores engajados em desenvolver as premissas para o futuro da teoria do direito estadunidense²⁹⁸.

Alípio Silveira teve uma aproximação significativa com Roscoe Pound, compartilhando boa parte dos ensinamentos do professor de Harvard. É interessante notar que há, tanto na teoria realista de Pound quanto na de Alípio Silveira, um elemento de jusnaturalismo que apela para argumentos morais e políticos na atuação judicial. Valores sociais são constantemente citados por esses autores como fatores preponderantes em uma interpretação e aplicação do Direito. Claro que ambos fazem críticas veementes ao formalismo jurídico, por vezes caracterizando-o como algo meramente estéril e mecânico. Essa observação é importante para que o estudo desses autores não esteja cindido apenas em uma dicotomia realismo vs. textualismo (ou formalismo), visto que a discussão pode ser muito mais complexa do que isso.

4.3.2 Recaséns Siches

Recaséns Siches foi professor de Filosofia do Direito na Universidade de Madri, antes de sair da Espanha devido à guerra civil. Posteriormente, naturalizou-se cidadão mexicano e

²⁹⁸ JÁCOME, Jorge González. El debate Pound-Llewellyn: de la jurisprudencia sociológica al realismo jurídico estadounidense. In: POUND, Roscoe; LLEWELLYN, Karl. **El debate Pound-Llewellyn**. Tradução de Jorge González Jácome; com a colaboração de Luis Felipe Vergara Peña. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, , 2018. p. 16.

lecionou na Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Colaborou com diversos países da América do Sul e Central, visitando várias instituições acadêmicas.

É impressionante o impacto que a obra de Recaséns Siches causou em Alípio Silveira, principalmente no que concerne aos seus volumes de Hermenêutica Jurídica. A produção teórica do autor hispano-mexicano em relação à interpretação das normas jurídicas chega aos escritos de Alípio com relevância importante para que o autor brasileiro pudesse pensar a nova legislação de direitos sociais no Brasil da segunda metade do século XX.

Recaséns Siches compartilha aquilo que os autores realistas, como Pound, têm como um de seus principais alvos: o formalismo jurídico. Contudo, Siches vai criticar o formalismo a partir de uma certa concepção da interpretação literal, de um aspecto do pensamento jurídico que entende como ultrapassado. Os pontos cruciais que a doutrina de Siches combate são: a) a utilização da lógica formal (silogística) na resolução de problemas jurídicos — razão pela qual irá propor sua famosa tese da *lógica do razoável*; b) os diversos métodos de interpretação que se popularizaram no século XIX.

A obra que melhor aborda as ideias de Siches sobre a interpretação das normas é *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, publicada em 1956. As conclusões apresentadas nessa obra podem ser, resumidamente, listadas como:

- a) As normas jurídicas não podem ser avaliadas segundo a qualidade de falsas ou verdadeiras, na medida em que correspondem a instrumentos legislativos com o intuito de pacificação social pelo Estado;
- b) O direito tem uma característica duplamente circunstancial. A primeira consiste no fato de que seus valores não estão definidos em uma essência metafísica, mas sim motivados por necessidades históricas e culturais. A segunda é que o direito busca produzir determinadas finalidades sociais e, portanto, alcançar certos resultados caros à comunidade;
- c) O sistema jurídico é formado por normas gerais — as leis —, normas particulares — os contratos —, e por normas singulares — as sentenças judiciais;
- d) A função do juiz é, pela própria natureza da interpretação jurídica, uma atividade criadora. A finalidade da sentença judicial é trazer justiça ao caso concreto²⁹⁹.

Quanto à sua teoria da interpretação, os dois pontos principais que influenciaram sobremaneira Alípio Silveira são: a dimensão axiológica da *lógica do razoável* e a crítica aos métodos interpretativos. Nesse sentido, o autor hispano-mexicano inicia seu passeio pela

²⁹⁹ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, José. **Luis Recaséns y la teoría estándar de la argumentación jurídica:** una revaloración del logos de lo razonable. Pamplona: Thomson Reuters, 2017. p. 52-53.

hermenêutica jurídica destacando as mudanças legislativas que alteraram os rumos do Direito em vários países:

El Derecho privado -lo mismo el inspirado en el Código de Napoleón que el representado por la tradición clásica del Common Law-, de acentuada tendencia individualista en el siglo XIX, se ha convertido en el XX en un nuevo Derecho empapado de criterios de interdependencia y colaboración socio-les. Unas veces, esto ha sucedido por virtud de la elaboración de nuevos códigos y leyes, como, por ejemplo, en México, Bolivia y Argentina. Otras veces, como en Francia, ha ocurrido por obra primero de un viraje substancial de la jurisprudencia de los tribunales, seguido en determinadas materias concretas por la promulgación de algunas nuevas leyes particulares. Transformaciones parecidas han tenido lugar y siguen produciéndose también en los Estados Unidos, gracias a nuevos criterios aplicados por los tribunales, especialmente por la Suprema Cortes. Han surgido nuevas ramas del Derecho, tales como el Derecho del Trabajo, Derecho de la Asistencia Social o Bienestar Social, Derecho de la Economía, Derecho Financiero, Derecho de la Educación, Derecho Agrario, etc. Estas nuevas ramas jurídicas cubren áreas muy extensas de relaciones interhumanas, han reorganizado substancialmente la convivencia y la coope-ración, y centran en torno de sí un gran número de las controversias jurídicas que se suscitan en la vida práctica de hoy en día³⁰⁰.

Os fatores principais que levam Siches a rechaçar o formalismo jurídico são as mudanças nos direitos sociais, que cada vez mais estão presentes nas Constituições de países da América e Europa. Os acontecimentos da Primeira e Segunda Guerra Mundiais aceleram sobremaneira a necessidade de um *bem-estar social*, exigindo do judiciário uma complexidade de interpretações que deixou patente a ineficiência dos antigos métodos exegéticos.

O primeiro grande ponto que é de salutar importância será a crítica de Recaséns Siches à chamada lógica clássica para a resolução de problemas jurídicos. O autor está se referindo à lógica exercida através de silogismos, tipicamente aristotélica, que chega à dedução ao trabalhar com a premissa maior, a premissa menor e a conclusão. A operação dedutiva, que foi utilizada como principal meio de encontrar respostas jurídicas, fracassou, afirma Siches.

Las ofensivas aludidas han puesto de manifiesto que el acto de dictar una sentencia no consiste ni exclusiva ni sustancialmente en una operación deductiva -de lógica tradicional-. Frecuentemente, lo que de hecho hace el juez no es eso -a Dios gracias, porque si lo hiciese, o cuando lo hiciese, el resultado en muchos casos sería lamentable-. Consiguentemente, se dice que el juez no debe inspirarse primordialmente en la lógica tradicional, sino em consideraciones de outro tipo, por ejemplo, em la búsqueda de la solución justa del caso singular.³⁰¹.

³⁰⁰ RECASÉNS SICHES, Luis. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. México; Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1956. p. 6.

³⁰¹ RECASÉNS SICHES, Luis. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. México; Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1956. p. 30.

Essa lógica clássica é de origem matemática, afirma Siches. Tratou-se de uma tendência dos séculos XVIII e XIX em trazer para o Direito métodos de interpretação e de conclusões tipicamente identificados com as ciências exatas. O Direito, por lidar com o contingencial e trabalhar em um mar de complexidade social que demanda uma interpretação atenta às mudanças, seria incompatível com a lógica formal. Para sustentar suas afirmações, Siches cita diversas correntes teóricas de famosos autores que criticaram, à sua maneira, a interpretação fruto do mero silogismo matemático.

Aqueles autores que se pronunciaram contra a lógica dedutiva, citados por Siches, são:

- a) o utilitarismo de Bentham;
- b) a teoria teleológica de Ihering;
- c) a experiência prática de Holmes;
- d) a investigação científica de Gény;
- e) o movimento do Direito Livre na Alemanha, principalmente através de Hermann Kantorowicz;
- f) a jurisprudência dos interesses de Heck³⁰².

Entre outros autores e correntes citados por Siches, há um certo fio condutor que liga as teorias e influenciam o autor.

Existe um certo conhecimento humano, ligado às práticas em comunidade, que a lógica tradicional não consegue alcançar nem oferecer boas respostas. O Direito está incluso nesse tipo de atividade. A lógica formal pode estar adequada para tratar formas a priori, essenciais, necessárias e universais, mas chegar a utilizá-la na decisão jurídica é ignorar a dimensão empírica do Direito, que se origina em um certo espaço, em um certo contexto temporal, e é perpassado por necessidades históricas. O século XIX foi profícuo no uso desse tipo de lógica. Siches relega aos gregos a tradição da lógica formal, como, por exemplo, a necessidade de buscar pontos imutáveis na imprevisibilidade da vida humana. Parmênides seria um exemplo desse pensamento grego³⁰³.

Na modernidade há uma grande crítica ao racionalismo, principalmente quando falamos do Romantismo alemão, sujeitando a razão individualista do conhecimento científico a uma atuação que leve a sério a história e a cultura.

Uno de los tipos de fracaso de la lógica tradicional al servicio de la interpretación jurídica, y a la vez uno de los estragos teóricos y prácticos que ella produce, consiste

³⁰² Ibid., p. 33-130.

³⁰³ RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México; Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1956. p. 145.

en que, como se ha mostrado anteriormente, la manía o fetichismo de lo general impide ponderar los elementos relevantes de cada caso concreto, e, impide también, por lo tanto, crear la norma individualizada que sea la pertinente y la debida para dicho caso concreto.³⁰⁴

Siches segue aquilo que disse Aristóteles na *Tópica*, que existem dois tipos de razões: uma razão científica e uma razão deliberativa (ou calculadora). A leitura de Siches é de que Aristóteles divide, assim, a razão em dois tipos que exercem funções distintas. A razão científica é aquela própria da geometria, da matemática, que lida com categorias abstratas e perfeitas. O outro tipo de razão, a deliberativa, opera de acordo com a decisão do meio-termo, buscando o equilíbrio entre o maior e o menor, o pior e o menos mal, agindo através da ponderação.

Aqui, Siches se refere à *phronesis* aristotélica, que está presente na *Ethica Nicomachea*. A ideia de prudência é importante para Siches, pois representa aquilo que ele chama de *lógica das coisas humanas* ou *lógica do razoável*. Os assuntos jurídicos — disciplina do conhecimento que está interessada nos problemas que surgem do social — são mais bem digeridos por uma lógica que leve em conta a decisão ponderada e não meramente matemática.

Recaséns Siches usa um exemplo de interpretação com um clássico da teoria do direito. Existe, em uma estação ferroviária na Polônia, uma placa que diz: “Proibido que se ande com cães”. Contudo, alguém entra na estação com um urso. Impedido pelo guarda estação, o dono do urso afirma que na placa está escrito “cães”. Desse modo surge um conflito jurídico, levando em conta a interpretação de uma norma³⁰⁵.

Utilizando a lógica forma, a pessoa que está com urso está correta em sua revolta, onde está escrito “cão” não significa “urso”.

Porque la lógica tradicional es meramente enunciativa del ser y del no ser, pero no contiene puntos de vista de valor ni estimaciones sobre la corrección de los fines, ni sobre la congruencia entre medios y fines, ni sobre la eficacia de los medios en relación con un determinado fin.

O que a *Lógica do razoável* buscará é o que está por trás do enunciado: quais são os objetivos da proibição de cães na plataforma? Que decisão deverá tomar o juiz que seja a mais justa possível? Se a resposta for que o objetivo da lei é proibir que os cães representem um perigo às pessoas na plataforma, então a proibição de ursos é completamente adequada ao caso

³⁰⁴ Ibid., p. 163.

³⁰⁵ RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México; Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1956. p. 165

concreto. É aquilo que é razoável para o caso. Só a experiência e a valoração da norma poderão ajudar o magistrado a fugir de uma prática jurídica meramente matemática.

Portanto, o exercício da *Lógica do razoável* pressupõe que o magistrado busque a solução correta e razoável para a situação, atentando-se às finalidades da lei e ao conjunto de valores axiológicos implícitos que fazem referência ao caso concreto. Isso leva a outra poderosa crítica de Siches à hermenêutica e à teoria do direito tradicionais: os métodos interpretativos.

O autor afirma que a teoria jurídica construiu diversos métodos interpretativos ao longo dos anos, citando: *método literal, subjetivo subjetivo-objetivo, objetivo, apelação aos costumes, histórico, lógico, por equidade e por referência*. Contudo, nunca nenhum jurista conseguiu desenvolver uma teoria consistente sobre quais métodos devem ser utilizados em cada caso apreciado pelo magistrado. Nenhuma teoria alcançou a justificação sobre qual método prevalece sobre o outro.

A conclusão de Siches é essa: “no hay en absoluto ninguna razón justificada para preferir ni en términos generales ni en situaciones singulares un método interpretativo a los otros métodos.”³⁰⁶ Não é possível pensar a prática judicial através de métodos, Siches chega a esta conclusão também ladeado de Fritz Schreier, professor da Universidade de Viena, que produziu estudo sobre os métodos interpretativos.

É da natureza da atividade judicial estar livre de métodos pré-determinados, os quais mais atrapalham e engessam a prática do que ajudam a solucionar o caso concreto. Siches, portanto, afirma que em cada caso o juiz deverá interpretar a lei do modo em que chegue ao resultado *mais justa possível*. Sendo impossível que o legislador cobre do magistrado a utilização deste ou daquele método, visto que a prática está ligada à *Lógica do razoável*, não podendo ser ditada por preceitos gerais abstratos.

Ante cualquier caso, fácil o difícil, hay que proceder *razonablemente*, percatándonos de la realidad y sentido de los hechos, de las valoraciones en que se inspira el orden jurídico positivo, o de las complementarias que produzca el juez en armonía con dicho sistema positivo, y, conjugando lo uno con lo otro, y lo otro con lo uno, llegar a la solución satisfactoria.³⁰⁷

É interessante notar que a teoria de Recaséns Siches guarda semelhanças com as modernas teorias da argumentação jurídica, principalmente quando nos referimos a Robert Alexy e ao uso da racionalidade nas decisões judiciais. A *Lógica do razoável* e a importância

³⁰⁶ RECASÉNS SICHES, Luis. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. México; Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1956. p. 180.

³⁰⁷ Ibid., p. 184.

de uma dimensão axiológica — composta por valores morais, princípios e costumes — antecipa, de certa forma, muitos dos postulados desenvolvidos por Alexy³⁰⁸.

Portanto, defendo que a teoria da interpretação articulada por Alípio Silveira representa um antecedente histórico e teórico das correntes neoconstitucionalistas que se tornarão comuns no Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Os autores que buscarão articular princípios constitucionais e promover a efetividade dos direitos fundamentais consagrados na Carta de 1988 reproduzirão muitos dos ensinamentos que Alípio Silveira já havia antecipado. Em alguns casos, há citação direta; em outros, não há sequer menção a esse importante autor da hermenêutica jurídica brasileira.

5. LENIO STRECK E O NOVO PARADIGMA FILOSÓFICO NO DIREITO BRASILEIRO

5.1 A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO E A VIRADA ONTOLÓGICO-LINGUÍSTICA NA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Lenio Luiz Streck é um jurista gaúcho, nascido em 1955, que exerceu cargo no Ministério Público do Rio Grande do Sul até o ano de 2014. É professor dos cursos de pós-graduação em Direito na UNISINOS-RS (Universidade do Vale do Rio dos Sinos) e na UNESA-RJ (Universidade Estácio de Sá). Atualmente, o professor Lenio é um dos autores mais citados do Brasil no campo jurídico, sendo o segundo jurista mais citado do mundo em Teoria do Direito³⁰⁹.

Em 1999, Lenio Streck publica seu clássico *Hermenêutica jurídica e(m)*. Este livro abre caminho para a construção de um legado sobre hermenêutica jurídica e teoria do direito no Brasil. Logo no início da obra, há um diagnóstico que não difere muito daquele apresentado por outros autores brasileiros do século XX, discutidos no capítulo anterior: o Direito estaria sendo utilizado como ferramenta de manutenção do *establishment* individualista-capitalista. O Estado Social³¹⁰, pós-Getúlio, tem funcionado como pretexto para perpetuar a exploração da

³⁰⁸ FERNÁNDEZ POSTIGO, J. C. Ponderación y equidad: Alexy, Recaséns y la búsqueda de lo razonable en la argumentación jurídica. *Revista Derecho del Estado*, Cidade del Mexico, n. 43, p. 107–130, 2019. Disponível em: <https://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/5908>. Acesso em: 22 mar. 2025.

³⁰⁹ CONJUR. Lenio Streck é o segundo jurista mais citado do mundo em Teoria do Direito. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2025-jan-23/lenio-streck-e-o-segundo-jurista-mais-citado-do-mundo-em-teoria-do-direito/>. Acesso em: 28 abr. 2025.

³¹⁰ Lenio Streck vê o Estado Social como uma ruptura com o modelo de Estado liberal, onde as funções públicas deixam se estar apenas ligadas à uma proteção de direitos individuais de propriedade, liberdade, vida, intimidade... O Estado é visto como um transformador da vida social, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988 que traça normas programadoras de realização de fins sociais. Não há lugar para um governo meramente absenteísta em relação a temas que envolvam as condições sociais de vida das pessoas.

força de trabalho, e apenas contribuiu para o enrijecimento das classes sociais no Brasil. As promessas da modernidade, nesse cenário, nunca chegaram efetivamente à esmagadora maioria da população³¹¹.

Daí a constatação de que o Brasil é um país de modernidade tardia. Nesse sentido, o Direito pensado pela dogmática jurídica e praticado diariamente nos tribunais estaria em desacordo com a Constituição Federal de 1988, deixando de funcionar como instrumento de efetivação dos objetivos traçados, por exemplo, no artigo 3º da Constituição³¹². O Judiciário, na visão de Streck, é visto como um fiador das promessas constitucionais de 1988, tendo assumido um papel cada vez mais central no cenário institucional após a promulgação da Constituição Cidadã. Houve, nos dizeres de Streck, uma mudança nos polos de poder, com o fortalecimento do Judiciário em relação aos Poderes Executivo e Legislativo³¹³. Inclusive no que tange às políticas públicas, o Judiciário passa a ser fiscalizador do cumprimento constitucional, podendo atuar diretamente para determinar medidas relacionadas à saúde, educação, moradia etc.³¹⁴

Um dos pontos cruciais que, segundo Streck, torna a hermenêutica brasileira refém do formalismo individualista é a ausência, na dogmática jurídica nacional, de uma efetiva recepção daquilo que denomina viragem — ou reviravolta — linguística da Filosofia.

Por outro lado, é necessário registrar que, na sustentação desse imaginário jurídico prevalecente, escontra-se disseminado ainda o paradigma epistemológico da filosofia da consciência - calcada na lógica do sujeito cognoscente, onde as formas de vida e relacionamentos são reificadas e funcionalizadas, ficando tudo comprimido nas relações sujeito-objeto (como bem denuncia Habermas) - carente e/ou refratária à viragem linguística de cunho pragmatista-ontológico ocorrida contemporaneamente, onde a relação ou relações passa(m) a ser sujeito-sujeito. Ou seja, no interior do sentido comum teórico dos juristas, consciente ou inconscientemente, o horizonte a partir de onde se pode e deve pensar a linguagem ainda é o do sujeito isolado (ou da consciência do indivíduo) - que tem diante de si o mundo dos objetos e dos outros sujeitos -, característica principal e ponto de referência de toda a filosofia moderna da subjetividade. Admite-se uma espécie de autocompreensão objetivista da ciência e da

³¹¹ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 22-23.

³¹² Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³¹³ É importante deixar claro que Streck não propõe uma substituição do Executivo ou Legislativo pelo Judiciário, em se tratando da execução de políticas públicas ou criação legislativa. O que o autor defende é uma atuação direta dos magistrados como aqueles que vão fiscalizar o fiel cumprimento da Constituição e programas estipulados pelo constituinte originário. Em: STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 38.

técnica, conforme alerta Habermas. Essa separação entre sujeito e objeto busca proporcionar a que o sujeito, de forma objetiva, possa “contemplar o objeto”³¹⁵.

A reviravolta linguística constitui um ponto central na hermenêutica jurídica desenvolvida por Lenio Streck, no seguinte sentido: a Filosofia ocidental passou por uma grande mudança na primeira metade do século XX, quando a consciência individual do sujeito deixou de ser o ponto principal para a compreensão do mundo. Streck cita autores como Descartes, Kant, Fichte, Schelling, Hegel, Husserl e Betti como pensadores que produziram dentro de um paradigma da consciência, no qual o sujeito produz sentido de forma independente de uma comunicação em sociedade. Com Martin Heidegger, Ludwig Wittgenstein e Hans-Georg Gadamer, a linguagem passa a ocupar um lugar central na Filosofia e na produção de conhecimento. A comunicação e as relações intersubjetivas deixam de ser tratadas como meros objetos ou utensílios que se interpõem entre sujeito e objeto. Ademais, a própria relação sujeito-objeto é substituída por uma relação entre sujeitos.

Para explicar a letargia da dogmática jurídica brasileira diante do desafio lançado pela Filosofia da Linguagem à lógica Sujeito-Objeto, Streck afirma que há um senso comum teórico entre os juristas — expressão que ele toma emprestada de seu orientador, Luis Alberto Warat —, o qual evidencia como o discurso jurídico hodierno permanece omisso. A necessidade de manutenção de um status quo individualista e de privilégio ao neoliberalismo mantém os sujeitos afastados da percepção da influência que a comunidade, linguisticamente constituída, exerce sobre o Direito³¹⁶. Afinal, o que representa a norma constitucional da igualdade de todos perante a lei em uma sociedade marcada por profunda desigualdade social? Os juristas, segundo Streck, não conseguem dimensionar a importância prática da Constituição, pois estão presos a uma dogmática conservadora.

Há, portanto, uma dupla crise de paradigmas: uma relacionada à lógica liberal-individualista dos intérpretes e outra de ordem filosófica, resultante da não recepção adequada da reviravolta linguística. Nesse contexto, Streck propõe um postulado fundamental de sua concepção hermenêutica: a distinção entre texto e norma. O processo hermenêutico é, sempre, um processo criativo, afirma o autor. Os sentidos da lei não estão pré-estabelecidos por vontade do legislador, por uma suposta “vontade da lei” ou por uma essência do texto. O que ocorre é

³¹⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 44.

³¹⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 52.

um movimento de encontro entre o intérprete e o texto, que resulta em uma atribuição de sentido: a norma.

E preciso ter claro que as palavras da lei não são unívocas, são plurívocas. O "elo" (imanência) que "vinculava" significante e significado está irremediavelmente perdido nos confins da viragem lingüística ocorrida no campo da filosofia. Isto porque - como veremos mais adiante - alterou-se radicalmente a noção de conhecimento como relação entre pessoas (sujeitos) e objetos, percebendo-se agora na relação entre pessoas (atores sociais) e proposições. Daí que, pelo processo interpretativo, o jurista "não reproduz ou descobre o verdadeiro sentido da lei, mas cria o sentido que mais convém a seus interesses teórico e político. *Nesse contexto, sentidos contraditórios podem, não obstante, ser verdadeiros. Em outras palavras, o significado da lei não é autônomo, mas heterônomo. Ele vem de fora e é atribuído pelo intérprete*" (grifo meu)³¹⁷.

Em relação ao texto normativo, Lenio Streck menciona o brocardo *in claris cessat interpretatio* e critica sua utilização recorrente pela doutrina jurídica brasileira. "Assim, começando por Aníbal Bruno, interpretar a lei é penetrar-lhe o verdadeiro e exclusivo sentido, sendo que, quando a lei é clara (*in claris non fit interpretatio*), a interpretação é instantânea."³¹⁸ Streck afirma que sustentar a existência de uma verdade naturalmente contida no texto é aderir a uma concepção de verdade correspondencial, ainda vinculada a uma filosofia ultrapassada. Nessa visão, a linguagem seria apenas um instrumento neutro de representação da realidade, um mero veículo capaz de transmitir ao intérprete todo o conteúdo necessário à compreensão do direito.

Streck também cita Carlos Maximiliano, cuja obra representa um clássico da hermenêutica brasileira e que sustenta uma concepção objetivista-idealista, segundo a qual seria possível alcançar um sentido originário da norma. O apego de Maximiliano aos métodos interpretativos aproxima-o da doutrina de Emilio Betti. Streck dialoga com esses autores, representativos de uma geração anterior de juristas, justamente com o objetivo de desconstruir o *senso comum teórico* que trata a linguagem jurídica como mero instrumento técnico-metodológico para extração de sentido do texto. Há, portanto, uma rejeição explícita às teorias que sustentam a interpretação literal do texto normativo (*in claris cessat interpretatio*), bem como uma crítica contundente aos métodos clássicos defendidos por Maximiliano.

Nesse contexto, Streck aponta a imprecisão teórica do artigo 111 do Código Tributário Nacional³¹⁹, que estabelece a necessidade de interpretação literal da legislação tributária nos

³¹⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 74.

³¹⁸ Ibid., p. 75.

³¹⁹ Art. 111. *Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:*
I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

casos de: I – suspensão ou exclusão do crédito tributário; II – outorga de isenção; III – dispensa do cumprimento de obrigações acessórias. Ora, o que se entende por “interpretação literal”? Estar-se-á falando dos métodos gramatical, lógico ou sistemático? Aqui, segundo Streck, o CTN demonstra como o tempo não foi generoso com seus postulados, pois, ao menos desde Carlos Maximiliano, já se reconhece na doutrina brasileira que uma interpretação puramente gramatical ou lógica é impraticável. As condições concretas do caso se impõem ao intérprete.

O mesmo erro recai sobre as teorias que buscam a *voluntas legis* ou a *voluntas legislatoris*. Buscar a “vontade do legislador” implica retornar a um subjetivismo anacrônico, dado que os estados mentais dos legisladores são inalcançáveis. Por outro lado, a “vontade da lei” conduz ao extremo objetivismo, como se existisse, incrustada no texto, uma vontade que perduraria imutável ao longo das décadas.

É importante destacar que certos posicionamentos assumidos por Lenio Streck na primeira edição de *Hermenêutica jurídica e(m) crise* serão profundamente revistos ao longo de sua trajetória bibliográfica — o que é natural em um autor cuja produção teórica permanece ativa. Questões relativas aos métodos interpretativos e à centralidade dos princípios jurídicos receberão tratamento renovado em obras posteriores, como *Verdade e Consenso* e *Dicionário de Hermenêutica*.

As proposições jurídicas deixam, assim, de ter uma validade estritamente objetivista — como se encerrassem, de forma estanque, um significado primeiro — ou subjetivista — como se o intérprete pudesse atribuir-lhes qualquer sentido, arbitrariamente. Em vez disso, passam a sujeitar-se a uma validade situada no campo da intersubjetividade da linguagem. Essa é uma das grandes contribuições da Filosofia do século XX ao Direito, embora ainda pouco assimilada pela dogmática jurídica. A hermenêutica, como observa Ernildo Stein, estabelece-se como uma terceira via entre o objetivismo e o subjetivismo³²⁰. Nos tópicos seguintes, abordarei com mais profundidade a importância dessa reviravolta.

Os escritos de Lenio Streck configuraram um movimento de ruptura com a tradição hermenêutica brasileira anterior. O autor gaúcho recoloca o texto constitucional de 1988 no centro da interpretação jurídica, conclamando à realização efetiva das promessas do constituinte originário.

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias. (Grifo meu).

³²⁰ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 48.

Por isto, para interpretar a Constituição (entendida como o novo, o estranho), é necessário, primeiro, tornar transparente a própria situação hermenêutica afim de que o estranho ou diferente do texto possa fazer-se valer antes de tudo, isto é, sem que nossos pré-juízos não esclarecidos exerçam aí sua despercebida dominação e assim escondam o específico do texto. Não podemos esquecer, como diz Gadamer, que toda compreensão começa com o fato de que algo nos interpela. Ou seja, para compreender, temos que pôr entre parênteses os pré-juízos.³²¹

Na edição de 2014 de *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, Lenio Streck apresenta dois pontos centrais de sua proposta teórica denominada *Critica Hermenêutica do Direito*³²²: (1) a diferenciação ontológica entre texto e norma; e (2) a crítica à discricionariedade judicial.

Quanto ao primeiro ponto, o autor afirma que a norma é sempre fruto de um processo interpretativo, o que não significa, porém, que o texto possa ser interpretado de forma arbitrária. Texto e norma não são idênticos, tampouco estão completamente separados: a norma é o resultado da atribuição de sentido ao texto realizada pelo intérprete, em um contexto hermenêutico determinado, mediante uma *fusão de horizontes*. Nesse sentido, Streck adverte: afirmar que o intérprete atribui sentido ao texto não equivale a dizer que ele pode dizer qualquer coisa sobre esse texto. Há uma dimensão linguística e histórica que atravessa o texto normativo, composta por tradições, contextos e estruturas discursivas, que impõe limites às interpretações possíveis.

O intérprete sempre compreenderá o texto a partir de um horizonte previamente dado — não há criação de sentido a partir do vácuo, tampouco uma verdade absoluta, imune às transformações históricas e sociais. É nesse ponto que se assenta a crítica de Lenio Streck à (pretensa) discricionariedade judicial que tem se tornado hegemônica no imaginário jurídico brasileiro.

Na obra *O que é isto – decido conforme minha consciência?* (4^a ed., 2013), o autor lança um ataque contundente às teorias subjetivistas que conferem ao Judiciário um protagonismo absoluto no interior do Estado Democrático de Direito. Segundo seu diagnóstico, a dogmática jurídica brasileira vem apostando cada vez mais na discricionariedade judicial e na valorização de fundamentos externos ao texto normativo, sob o argumento de tornar o Direito

³²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 405.

³²² Esse é o nome da teoria desenvolvida por Lenio Streck, que inicia como Nova Crítica do Direito. “Nesse período, construí as bases daquilo que chamei inicialmente de Nova Crítica do Direito (NCD) – e que está desenvolvida também no meu Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica –, e que deve ser entendida como processo de desconstrução da metafísica vigorante no pensamento dogmático do direito (senso comum teórico). A tarefa da Nova Crítica do Direito, que doravante passo a denominar de Crítica Hermenêutica do Direito – CHD – , é a de “desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos” (Heidegger-Stein).’ Ibid., p. 19-20.

mais “eficiente” e adaptável à realidade. Contudo, essa eficiência muitas vezes se dá em detrimento da coerência hermenêutica e da fidelidade ao texto constitucional:

Por vezes, em artigos, livros, entrevistas ou julgamentos, os juízes (singularmente ou por intermédio de acórdãos nos Tribunais) deixam “claro” que estão julgando “de acordo com a sua consciência” ou “seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei”. Em outras circunstâncias, essa questão aparece devidamente teorizada sob o manto do poder discricionário dos juízes. Não se pode olvidar a “tendência” contemporânea (brasileira) de apostar no protagonismo judicial como uma das formas de concretizar direitos³²³.

Há, segundo Lenio Streck, uma verdadeira *repristinação* da chamada *Jurisprudência dos Valores*, movimento oriundo da Alemanha do pós-Segunda Guerra Mundial. Após o trauma do regime nazista, a Lei Fundamental de Bonn de 1949 passou a ser interpretada pelo Tribunal Constitucional Alemão sob uma lógica de efetividade, recorrendo a valores abstratos como fundamentos decisórios. Essa estratégia hermenêutica visava reconstruir a confiança na ordem jurídica e proteger os direitos fundamentais frente a possíveis abusos estatais. Contudo, tal movimento também se prestou à consolidação de uma visão subjetivista e valorativa do papel do juiz, alicerçada menos no texto normativo e mais em princípios indeterminados.

Ficou bastante conhecida, embora fortemente contestada na atualidade, a tese de que o positivismo jurídico formalista teria proporcionado o solo fértil para os horrores perpetrados nos campos de concentração. Essa afirmação, hoje, é amplamente refutada por diversos teóricos — inclusive alemães — que reconhecem a complexidade do contexto jurídico do período e recusam explicações simplistas³²⁴.

Nesse contexto, Streck aponta dois dispositivos normativos brasileiros que, a seu ver, expressam de maneira paradigmática essa lógica perigosa e contraditória. O primeiro deles é o artigo 131³²⁵ do Código de Processo Civil (1973), que afirmava de forma explícita que o juiz era *livre* para apreciar a prova e formar seu convencimento. Para Streck, a redação desse dispositivo representava uma aberração hermenêutica, pois autorizava uma liberdade interpretativa desmedida, fundada em um modelo subjetivista de apreciação da prova, o que afrontava os pressupostos constitucionais do devido processo legal e da imparcialidade judicial.

³²³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 16.

³²⁴ Sobre o tema: RÜTHERS, Bernd. **La revolución secreta:** del Estado de Derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2020; RÜTHERS, Bernd. **Derecho degenerado:** teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2016. VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo jurídico e nazismo:** formação, refutação e superação da lenda do positivismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

³²⁵ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

O autor exemplifica essa crítica ao citar o julgamento do Habeas Corpus nº 94.826/SP, ocorrido em 17 de abril de 2008, em que o voto do ministro relator Napoleão Nunes Maia Filho consagrou o entendimento de que o juiz não estaria vinculado a critérios objetivos para a formação de seu convencimento, mas apenas à sua própria consciência, dentro dos limites do processo. Trata-se, portanto, de uma concepção que, aos olhos de Streck, enfraquece o compromisso do magistrado com o texto constitucional e a normatividade democrática do direito.

Em face do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, o Magistrado, no exercício de sua função judicante, não está adstrito a qualquer critério de apreciação das provas carreadas aos autos, podendo valorá-las como sua consciência indicar, uma vez que é soberano dos elementos probatórios apresentados³²⁶.

De forma muito idêntica, o Código de Processo Penal também traz no artigo 155 a previsão de uma “[...] livre apreciação da prova produzida [...]”³²⁷. Apesar da mudança no texto em 2008, o termo “livre” ainda persiste no texto normativo do diploma, trazendo uma grande incerteza quanto aos limites interpretativos a que o juiz da instrução penal estará sujeito. O autor Lenio Streck foi um dos grandes responsáveis pela modificação do artigo 131 no novo Código de Processo Civil de 2015. No novo diploma, o artigo 371 deixa de conter a palavra “livre”³²⁸.

Consciência, subjetividade, liberdade de apreciação... tudo isso resulta naquilo que Lenio Streck chama de solipsismo judicial. O que quer dizer: sujeito viciado em si mesmo, alheio a tudo que possa constrangê-lo. Essa apostila demasiada na liberdade do Judiciário para resolver demandas sociais, muitas vezes resultantes de difíceis celeumas envolvendo políticas públicas e direitos fundamentais, resultou em um amplo ativismo judicial em *terra brasilis*. Streck vê o fenômeno do ativismo judicial como algo bastante prejudicial para a democracia brasileira³²⁹.

³²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 94.826 - SP (2007/0272858-2). Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Impetrante: Ana Rita Souza Prata - Defensora Pública. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: A.F.M. (internado). Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 3 de abril de 2025.

³²⁷ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Em: BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 7 de abril de 2025.

³²⁸ Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento. Em: BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 9 abr. 2025.

³²⁹ O conceito de ativismo judicial defendido por Lenio Streck é a extração dos poderes conferidos ao Judiciário pela Constituição Federal de 1988, ou seja, quando há uma usurpação da função pública.

As críticas não se resumem apenas ao âmbito do solipsismo judicial. Streck afirma que a doutrina jurídica brasileira mantém um *mix* teórico que não está em conformidade com as modernas correntes hermenêuticas. Principalmente através de uma leitura de Hans Kelsen e H. L. A. Hart, dois dos maiores expoentes do positivismo jurídico do século XX, autores brasileiros defendem que a decisão judicial será um processo de escolha voluntária do intérprete. Ou seja, que, dentro da moldura da norma (em uma expressão kelseniana) ou diante da textura aberta da norma (no linguajar hartiano), o magistrado teria uma liberdade de escolha política, visto que ele é, naquele momento, a autoridade legítima para dizer o que é o direito.

O magistrado não é – ou não deve ser – aquele que irá captar a vontade popular ou expressar subjetivamente os valores que entende importantes para a sociedade ao decidir. Para Streck, a decisão judicial deverá levar em conta, prioritariamente, o texto normativo e os limites linguísticos que aquela leitura poderá comportar. Não se trata de defender um único sentido cristalizado do texto que deverá ser descoberto pelo magistrado, mas sim de afirmar que há um encontro entre intérprete e texto normativo, dentro de um certo contexto linguístico, apoiado pela análise de um caso concreto, e que o resultado dessa interpretação – ou dessa atribuição de sentido – nunca é discricionário. O que não quer dizer que não há liberdade de interpretação, ou subjetividade, mas que ela é mitigada, na medida em que o magistrado está falando sobre algo que está no mundo – não separado dele –, mas que faz parte de sua própria vida.

A Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck se propõe como uma teoria não positivista, na medida em que critica os cânones do positivismo jurídico clássico e moderno, principalmente ao apontar para uma falha comum a essas mesmas teorias: o afã de tratar o direito como um objeto e meramente descrevê-lo fez com que autores como Kelsen e Hart não se preocupassem com uma teoria da decisão judicial.

Ora, discutir o positivismo é discutir paradigmas. Mais do que isso, é tratar de rupturas paradigmáticas. Para tanto, é preciso entender que a principal característica do(s) positivismo(s) – a discricionariedade – está ligada umbilicalmente ao paradigma da subjetividade, isto é, ao esquema sujeito-objeto. É esse “esquema” que sustenta o sujeito de qualquer relação cognitiva³³⁰.

Uma teoria jurídica que busque uma mera descrição do fenômeno jurídico seria inservível para uma comunidade que busca *accountability* das decisões judiciais. Assim, de acordo com Streck, a decisão jurídica foi relegada à mera política judiciária no Brasil. No *mix* de teorias praticadas no território brasileiro, afirma Streck, incluem-se as teorias da

³³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 53.

argumentação jurídica, principalmente um autor que ficou bastante famoso e é muito utilizado nos tribunais brasileiros: Robert Alexy.

Com a expansão da jurisdição constitucional no Brasil, tendo em vista a Carta de 1988 que rompeu com o regime militar ditatorial, a dogmática brasileira buscou, em teorias estrangeiras, uma série de elementos que pudessem dar uma maior efetividade às promessas do legislador constituinte. Streck afirma que são, pelo menos, cinco recepções equivocadas no direito brasileiro que causam uma confusão hermenêutica: “Jurisprudência dos Valores; ponderação alexiana; ativismo norte-americano; neoconstitucionalismo; e os métodos interpretativos de Savigny”³³¹. De acordo com o autor, essas más recepções fazem com que o Brasil lide com teorias alienígenas, que pouco ou nada têm a ver com a história jurídica/política nacional.

Os dois primeiros casos apontados pelo autor estão relacionados de forma mais direta. A Jurisprudência dos Valores, de origem alemã, em que o Tribunal Constitucional Alemão procurou justificar decisões baseadas em valores morais, muitas vezes sem qualquer referência à legislação. Essa teoria buscava legitimar uma técnica decisória que privilegiava uma busca pelos valores constitucionais, de forma a fugir de uma interpretação apenas formalista do texto.

Uma Constituição como a brasileira, com uma forte carga principiológica, serviu de fundamento para esse tipo de técnica, que permite a juízes “ponderarem valores” e escolherem qual deles irá prevalecer em cada caso concreto. Nesse contexto é que se insere a ponderação de Robert Alexy e sua errônea interpretação para o caso brasileiro. A leitura feita pelos tribunais brasileiros do autor alemão é a de que, através de uma ponderação, uma balança de importância, será possível que o magistrado decida qual princípio irá prevalecer em determinado caso concreto.

O Ministro Luís Roberto Barroso foi um dos principais defensores desta corrente que, na prática, apenas possibilita uma discricionariedade judicial no sopesamento de princípios, conforme aponta Streck. É importante destacar que, além desta utilização acrítica da teoria alexiana no Brasil, o país passa por um fenômeno de *pamprincipiologismo*, como também alerta a Crítica Hermenêutica do Direito, na medida em que há uma banalização dos princípios jurídicos. A utilização de “princípios”, como por exemplo: princípio da efetividade, princípio da verdade real, princípio da confiança... sem qualquer respaldo constitucional, acaba resultando em uma predação do direito pela moral, enfraquecendo a autonomia jurídica do ordenamento.

³³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 78.

A terceira teoria recepcionada de forma errônea é o que muitos têm chamado de ativismo judicial. É um conceito que teve bastante discussão nos Estados Unidos, quando se pensou nos limites decisórios do Poder Judiciário estadunidense. A tradição de matriz anglo-saxã guarda distinções profundas da tradição jurídica brasileira, ao privilegiar uma cultura de precedentes judiciais fundada no *common law*.

De acordo com Streck, é possível identificar um ativismo judicial quando o magistrado quer se substituir ao legislador ordinário ou, até mesmo, ao legislador constituinte. Por vezes, sob argumentos de cunho valorativo ou através de interpretações que extrapolam o texto legal, decide-se contra a própria lei. Qual é, portanto, o limite da lei? É legítimo que uma corte queira decidir diferente da norma, mesmo sem argumentos constitucionais que embasem sua decisão?

Um exemplo trazido por Lenio Luiz Streck cita a Reclamação 4.335/AC, em que o Supremo Tribunal Federal foi contra o que texto da Constituição exigia. Afirma o artigo 52, inciso X³³² da Constituição Federal, que cabe ao Senado suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso. Mas parte dos Ministros votou diferente, sob o argumento de uma *mutação constitucional*. Dessa forma, tem-se a grande polêmica do art. 52, X, da Constituição Federal³³³.

Outros casos podem ser citados, como o *Caso das uniões homoafetivas* na ADPF 132. Também no HC 126.292, em que foi rediscutida a presunção de inocência em condenações por segunda instância. Exemplos não faltam de decisões que extrapolam a legislação ou mesmo a Constituição Federal, utilizando argumentos de cunho moral ou político – o que rendeu a criação de seis hipóteses norteadoras, onde o juiz pode decidir contrariamente à lei³³⁴.

Outra má recepção brasileira de teoria estrangeira é em relação aos métodos de interpretação defendidos por Savigny. A divisão em métodos gramatical, lógico, sistemático e histórico era defendida como uma teoria que buscava estudar o direito como um acontecimento histórico, não para uma análise hermenêutica de textos legais. A finalidade era outra, daquela que muitos juristas ainda defendem para o direito brasileiro. A Escola Histórica buscou romper com o jusnaturalismo, mas não chega a se identificar com o positivismo jurídico e, por isso, a difusão de tal teoria no Brasil, sobretudo dos famigerados métodos interpretativos aplicados

³³² Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; Em: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 8 de abr. 2025.

³³³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

³³⁴ Para uma análise acerca das seis hipóteses, conferir: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: Cinquenta Temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 393.

corriqueiramente pelo Supremo Tribunal Federal, demonstra os equívocos gerados pelo acriticismo doutrinário que ainda impera no Brasil.

Por fim, o neoconstitucionalismo representou uma virada na percepção da Constituição, em que se deixou de observá-la apenas com um viés liberal, mas passou-se a perceber o texto constitucional como um promovedor de mudanças sociais materialmente efetivas. Teve início em países como Espanha e Itália, mas também teve forte influência no contexto alemão. Buscou-se uma superação do textualismo interpretativo dos tribunais, através da ideia de que o texto constitucional carregava um traço principiológico que deveria ser utilizado. Os horrores da Segunda Guerra Mundial contribuíram decisivamente para essa mudança de perspectiva.

Isso gerou, como dito acima, distorções na doutrina e nos tribunais brasileiros. A teoria dos princípios de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy foi incorporada ao direito brasileiro de forma acrítica e, quase, sem nenhuma adaptação. Os juízes começaram a proferir decisões de nítido viés discricionário, utilizando a ponderação de valores para responder a casos judiciais controversos, sem perspectivas concretas. Apesar da vontade de ruptura com o formalismo exegético e com o positivismo jurídico (que não representam a mesma coisa), o neoconstitucionalismo brasileiro apenas limitou-se a reproduzir os cânones hermenêuticos destas teorias às quais buscava ultrapassar. Não fugiram da discricionariedade judicial: acabou reinando o ativismo e a ponderação sem quaisquer limites.

Diante de tantos problemas identificados por Lenio Streck na prática jurídica brasileira, o autor gaúcho propõe um reencontro dos juristas brasileiros com o texto normativo. Propõe o que chama de Resposta Constitucionalmente Adequada, um empreendimento em que todos os intérpretes do ordenamento jurídico devem estar engajados, que busca aquela decisão que melhor reflete o ordenamento jurídico em seu nível de regra ou princípios:

[...] a afirmação de que sempre existirá uma resposta constitucionalmente adequada – que, em face de um caso concreto, será a resposta correta (nem a melhor nem a única) – decorre do fato de que uma regra somente se mantém se estiver em conformidade com a Constituição, seja a partir de uma parametricidade stricto sensu, seja a partir de uma parametricidade decorrente da resolução de conflitos de princípios. Mesmo na mais “simples” resolução de um “caso fácil” estará presente o exame da adequação constitucional, porque todo ato interpretativo é um ato de filtragem hermenêutico-constitucional³³⁵.

³³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 447.

Essa citação deixa claro que Streck trabalha com um conceito de hermenêutica que é antirrelativista, ou seja, que acredita na possibilidade de justificação de uma melhor resposta para o caso analisado. O que não significa, por óbvio, que há uma resposta matemática, precisa e cristalizada para quaisquer questões jurídicas. Mas que há um nível de racionalidade sobre o discurso jurídico que nos permite diferenciar entre boas e más respostas, na medida em que o intérprete parte de pré-compreensões ao se defrontar com o texto constitucional.

Não é meu intuito, neste trabalho, esmiuçar toda a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck — seria uma tarefa hercúlea, na medida em que o autor possui uma bibliografia de quase uma centena de livros publicados, seja de autoria particular ou em conjunto. O objetivo a ser cumprido foi esclarecer a relação da teoria do autor brasileiro com o texto jurídico. A exploração do *in claris cessat interpretatio* é feita pelo professor com duras críticas ao textualismo que ainda reverbera atualmente. Contudo, defendo que Streck propõe uma reaproximação do intérprete com o texto, ao identificar que há, na teoria jurídica brasileira, uma tendência — principalmente a partir da segunda metade do século XX (e Alípio Silveira foi um dos grandes nomes desse movimento) — em apostar demais na liberdade do magistrado para decidir uma relação judicial.

5.2 TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO, (IN)EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DIREITO PRODUZIDO PELOS TRIBUNAIS

Se perguntássemos a algum professor de direito que cursou seu bacharelado entre as décadas de 80 e 90 qual era o assunto mais estudado na dogmática constitucional à época, a resposta seria bem diferente do atual cenário. Antes da Constituição de 1988, e mesmo após décadas de sua promulgação, a concentração dos assuntos em sala de aula estava em uma teoria da constituição, chegando a abordar a eficácia de direitos fundamentais de maneira bastante rasa³³⁶. Atualmente, o assunto mais debatido em sala de aula gira em torno, primordialmente, de decisões judiciais e do papel da corte constitucional na interpretação da Constituição.

Esse diagnóstico não é à toa. Nas últimas décadas, o poder judiciário brasileiro vem alcançando um protagonismo nunca antes visto na história brasileira. O Supremo Tribunal Federal nunca foi tão debatido, nunca esteve sob tantos holofotes como na atualidade. Isso se deve, em parte, a uma Constituição Federal que trouxe um amplo catálogo de direitos

³³⁶ Em série de entrevistas realizada pela empresa de jornalismo Jota, um conjunto de professores de direito constitucional foram instigados a falarem sobre o passado e o presente do ensino em Direito Constitucional na sala de aula. Em: https://www.youtube.com/watch?v=reXEOqkLi7Q&list=PLfhZjWODW9JWKc6gZVClazMH7v9I9SMoA&ab_channel=JOTA

fundamentais e normas programáticas. A instituição de um Estado Social pela carta de 1988 trouxe uma série de discussões sobre a aplicabilidade destas normas. Juristas como Luis Roberto Barroso, Paulo Bonavides e Clémerson Merlin Clève são alguns dos professores que discutiram sobre a atual eficácia das normas constitucionais – assunto que não é nenhuma novidade na dogmática jurídica brasileira, mas que assumiu novos contornos nas últimas décadas.

O constituinte de 1988 trouxe muitas coisas novas em termos de direitos e garantias. Normas estruturais como o artigo 3º da CF³³⁷, que institui os objetivos da República Federativa do Brasil, o extenso rol de incisos do artigo 5º e do artigo 7º que trazem direitos individuais e de caráter social. Além do título VIII, que trata da Ordem Social brasileira, com capítulos sobre Seguridade Social, Saúde, Educação e Cultura, formando um grande cabedal de artigos que estruturaram a atuação estatal do governo. Representam, assim, verdadeiras promessas ao povo brasileiro, diretrizes que precisam sair do papel e tomar forma em um Estado que recém havia saído de um regime autoritário.

De acordo com Bonavides, as normas programáticas são aquelas que melhor expressam as escolhas político-ideológicas de uma constituição, sendo um espelho relativamente fiel que reflete os valores daquela sociedade³³⁸. No Brasil, o resultado de uma constituinte democrática e plural tornou o texto constitucional frutífero em normas de organização social e política. Os diversos setores da sociedade puderam fazer valer, dentro do texto, parte de seus anseios, transformando a experiência constitucional brasileira em uma das mais diversificadas do mundo em termos de garantias legais.

Por bastante tempo, a doutrina jurídica brasileira adotou a divisão estadunidense de *normas autoexecutáveis* e *normas não autoexecutáveis* – divisão que remete a Rui Barbosa³³⁹. Com José Afonso da Silva a perspectiva foi alterada: as normas constitucionais possuíam, todas, pelo menos um certo grau de aplicabilidade, baseando-se no modelo italiano. A clássica divisão de normas de eficácia plena, contida e limitada nasce na doutrina brasileira na década de 60³⁴⁰, mantendo-se hegemônica até a promulgação da CF de 1988.

³³⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 245.

³³⁹ MIOZZO, Pablo Castro. **Direitos fundamentais sociais sem princípios ou ponderações: bases para uma (re)construção dogmática**. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 109.

³⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 86.

Passadas algumas décadas, como destaca Miozzo, a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais de José Afonso da Silva foi paulatinamente substituída pela teoria dos princípios. Autores como Robert Alexy e Ronald Dworkin alcançaram um patamar de bastante importância na teoria constitucional brasileira, ao passo que a divisão entre regras e princípios tomou o lugar da antiga concepção de aplicabilidade diferenciada das normas³⁴¹. A utilização da categoria de princípios pelos tribunais brasileiros ficou cada vez mais presente nas decisões judiciais, tendo o Supremo Tribunal Federal assumido uma parcela de protagonismo na aplicação de normas constitucionais e no controle de leis ordinárias.

Luis Roberto Barroso afirma que os princípios constitucionais são a base do ordenamento jurídico, representam os valores sociais que foram positivados na carta constitucional, demonstram o mais alto grau de abstração e de finalidade social do direito³⁴². Além disso, o ministro afirma que os princípios são os bens sociais supremos de uma população, que estão acima, inclusive, das normas legais. Além do mais, os princípios não se esgotam dentro do âmbito do texto constitucional, visto que possuem um alto grau de mutação social.

Autores como Barroso afirmam que os princípios representam a superação do positivismo exegético do século XIX.

A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral — e as normas constitucionais em particular — tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização³⁴³.

A ideia de que a subsunção e a interpretação gramatical deixam de ser o cerne da hermenêutica, com a disseminação do neoconstitucionalismo, faz com que Barroso defenda a inexistência de respostas objetivas no Direito. A prática é sempre dependente do conjunto de valores sociais que estão impressos no intérprete, junto da análise do caso concreto. Daí que as teorias da argumentação e a valoração das normas representem um novo patamar no constitucionalismo brasileiro. Sobre a discricionariedade do intérprete no momento da decisão, complementa o jurista: “A moderna interpretação constitucional envolve escolhas pelo

³⁴¹ Op. cit., p. 109.

³⁴¹ Op. cit., p. 112-113.

³⁴² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 175.

³⁴³ Ibid., p. 346-347.

intérprete, bem como a integração subjetiva de princípios, normas abertas e conceitos indeterminados.”³⁴⁴

Assim, uma das marcas do novo constitucionalismo, no Brasil do século XXI, é que cabe ao intérprete atribuir sentidos à norma jurídica, de forma a atuar quase como um legislador secundário. Os princípios jurídicos, naturalmente abstratos e abertos, teriam o papel de catalisadores da criação de direitos pelo Judiciário. A interpretação das regras se daria por subsunção, por uma aplicação silogística. Já os princípios seriam trabalhados pelo intérprete através de uma ponderação.

Ainda se referindo à diferenciação entre regras e princípios, Barroso afirma que as regras são aplicadas através da lógica do *tudo ou nada*³⁴⁵. Já os princípios, por terem uma dimensão muito mais aberta que as regras, devem ser interpretados com ampla margem de discricionariedade do intérprete, visto que representam valores a serem concretizados em sociedade. Daí decorre que princípios podem entrar em conflito entre si, resultando em dilemas sobre aplicação no caso concreto, sendo resolvida a disputa através de um juízo de *ponderação*³⁴⁶.

A doutrina de Alexy tomou especial importância no contexto nacional deste século, sendo adotada por muitos autores brasileiros³⁴⁷, especialmente no que escreveu o jurista alemão na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* (originalmente *Theorie der Grundrechte*) de 2006. Nesta obra, Alexy traz a diferenciação entre regras e princípios, que foi citada por Barroso, além de ressaltar a diferença interpretativa entre as duas dimensões de normas:

[...] princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a norma que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença³⁴⁸.

³⁴⁴ Ibid., p. 349.

³⁴⁵ Essa leitura de Barroso advém de Ronald Dworkin, autor estadunidense que interpôs um grande ataque ao positivismo jurídico de tradição anglo-saxã. Quanto à ideia de aplicação da lei conforme a lógica *tudo ou nada* a referência é do texto *The Model of Rules* de 1967, que posteriormente integrou a obra *Taking rights seriously* de 1977.

³⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 357.

³⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

³⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 87.

O autor alemão conceitua princípios como *mandamentos de otimização*, por poderem ser satisfeitos através de diferentes graus, a depender da situação fática e da possibilidade jurídica. O grau de possibilidade jurídica, afirma Alexy, será medido através do conflito entre os princípios. Em relação às regras, o conflito se resolve de forma objetiva: uma das regras deverá ser superada pela outra, tornando a superada sem qualquer eficácia. Já na colisão entre princípios, a situação muda totalmente. Quando há uma colisão entre dois princípios que possam estar em contradição, haverá uma precedência de um dos princípios sobre o outro. Não de forma a invalidar completamente um princípio, mas adequar ao caso concreto a prevalência do princípio que superou o outro. O sopesamento deverá procurar qual é o maior interesse no caso concreto³⁴⁹.

Um ponto importante da teoria de Alexy é que o autor diferencia expressamente princípios de valores. Essa divisão é trabalhada a partir da ideia de divisão dos conceitos práticos proposta por von Wright: conceitos práticos podem ser deontológicos, axiológicos e antropológicos. Deontológicos são conceitos de *dever*, *proibição*, *permissão*, envolvem uma atitude de *dever ser*. Os valores dependem de um *juízo de valor* de determinado objeto ou situação, este juízo está condicionado a certas qualidades como Bom, Justo, Eficiente, Bonito etc. Essa valoração, segundo Alexy, dependerá de critérios, a depender do tipo de juízo de valor que se está procurando fazer.

A norma jurídica é sempre deontológica, sejam regras ou princípios. Já os valores representam normas axiológicas, pois estão submetidos a regras de valoração a partir de critérios específicos e altamente voláteis, a depender da situação. Portanto, aquilo que é *prima facie* em valores será aquilo que é *melhor*. Nos princípios, o que é *prima facie* será aquilo que é *devido*. Sobre o caráter deontológico do Direito, conclui Alexy sobre a diferença entre princípios e valores:

*No direito o que importa é o que deve ser. Isso milita a favor do modelo de princípios. Além disso, não há nenhuma dificuldade em se passar da constatação de que determinada solução é a melhor do ponto de vista do direito constitucional para a constatação de que ela é constitucionalmente devida. Se se pressupõe a possibilidade dessa transição, então, é perfeitamente possível, na argumentação jurídica, partir de um modelo de valores em vez de partir um modelo de princípios. Mas o modelo de princípios tem a vantagem de que nele o caráter de ontológico do direito se expressa claramente. A isso soma-se o fato de que o conceito de princípio suscita menos interpretações equivocadas que o conceito de valor. Ambos os aspectos são importantes o suficiente para que se dê preferência ao modelo de princípios*³⁵⁰ (grifos meus).

³⁴⁹ Ibid., p. 95.

³⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 153.

Alexy afirma expressamente que tratar a ordem jurídica através de uma concepção axiológica abre margem para uma maior confusão em termos interpretativos, pois valores possuem um sentido de maior indeterminação em relação aos princípios. O direito, ao lidar com normas de conduta, seria prioritariamente deontológico. Acontece que boa parte da doutrina brasileira utilizou os ensinamentos de Alexy como chave de leitura para as normas constitucionais, entendendo que há uma ordem de valores a ser cumprida pelo magistrado. Conforme afirma Abboud, a doutrina brasileira esqueceu a diferenciação exposta por Alexy, na medida em que a moral voluntarista dos juízes escondeu a norma deontológica dos princípios constitucionais da CF de 1988, abrindo espaço para a discricionariedade do *neoconstitucionalismo*³⁵¹.

A invocação de valores, deslocados do texto constitucional, se tornou prática comum no Judiciário brasileiro. Como o próprio Lenio Streck afirma, há um fenômeno por ele denominado de *pamprincipiologismo*, em que o apego a valores metafísicos sem qualquer correspondência prática com a Constituição se tornou comum na comunidade brasileira. Tal atitude favorece, ainda mais, os postulados de uma atividade discricionária do intérprete e o fortalecimento do poder judiciário, o que trouxe consequências.

Muitos autores brasileiros destacam o aumento da judicialização de direitos no Brasil do século XXI, fruto dos novos ares constitucionais que passou o país a partir de 1988. A professora Clarissa Tassinari afirma que há uma grande confusão nos termos *ativismo judicial* e *judicialização da política* na teoria constitucional brasileira, ressaltando que esclarecer essa divergência conceitual é importante para que se possa entender os limites de uma atuação judicial pautada na constitucionalidade democrática.

Para a autora, *judicialização da política* é um fenômeno histórico que é inerente ao movimento pós-Constituição de 1988, que representa um termo onde as ideias de Política, Direito e Judiciário estão interligadas³⁵². Devido à baixa concretização de direitos pelo Estado brasileiro, principalmente quando se trata daqueles de cunho social, o acesso ao judiciário acaba sendo um mecanismo importante na implementação de políticas públicas positivadas na Constituição Federal. A proximidade entre Direito e Política, dentro de uma ótica constitucionalista, não permite, contudo, que o juiz possa agir de forma voluntarista na

³⁵¹ ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 349.

³⁵² TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do Judiciário [e-book]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. posição 367.

aplicação das normas constitucionais, o que resultaria em uma ameaça à separação de poderes republicanos. O Direito é fundado através da Política, contudo, ele deverá resguardar um grau de autonomia que não poderá ser predado por argumentos políticos ou morais. Portanto, a judicialização da política é uma prática inerente a uma Estado Democrático que assumiu na Constituição uma série de compromissos com direitos e garantias fundamentais³⁵³.

Já o *ativismo judicial* representa uma dimensão diferente da atuação jurídica dos tribunais. Ao passo que a judicialização da política é uma atividade contingencial, como afirma Tassinari, o ativismo judicial representa uma postura subjetivista do intérprete ao deixar que o direito seja predado pela política ou moral. Nesse sentido, o ativismo judicial é uma prática identificada por autores brasileiros como um movimento inerente a um constitucionalismo moderno, contudo, deixam de problematizar as consequências democráticas de tal atuação. Um juiz é considerado ativista, para Tassinari, quando parte de ideias extrajurídicas, sem esteio constitucional, para tentar resolver demandas de casos concretos. É uma atitude que endossa a discricionariedade judicial e enfraquece as instituições democráticas³⁵⁴.

Más recepções, como citadas por Streck no tópico anterior, de teorias estrangeiras acabaram resultando em decisões judiciais ativistas e solipsistas. O Supremo Tribunal Federal, por representar a corte constitucional brasileira e estar responsável pelo controle concentrado de constitucionalidade, tem sido observado de perto pelos estudiosos de direito constitucional e hermenêutica jurídica. Como exemplos de decisões que causam perplexidade, posso citar duas: Habeas Corpus 126.292/SP e as ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o HC 126.292 em 2016³⁵⁵, alterou significativamente sua jurisprudência ao permitir a execução provisória da pena após condenação em segunda instância, mesmo sem o trânsito em julgado da sentença. A decisão,

³⁵³ Como afirma Tassinari, “Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade - característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos.” Em: TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do Judiciário [e-book]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Posição 457. Ou seja, as escolhas do constituinte nada têm a ver com a adoção de um certo modelo jurisdicista, mas representam ideias que foram eleitas dentro de um processo democrático e que precisam ser cumpridas pelo judiciário.

³⁵⁴ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do Judiciário [e-book]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Posição 545.

³⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Constitucional. Habeas Corpus. Princípio Constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. Relator: Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016.

sustentada por ministros como Teori Zavascki, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, baseou-se na interpretação de que os recursos extraordinários ao STJ e STF não reexaminam fatos e provas, e que o prolongamento do processo poderia favorecer a impunidade via prescrição. Essa nova interpretação relativizou o princípio da presunção de inocência, constitucionalmente garantido até o trânsito em julgado, o que gerou intenso debate na comunidade jurídica, sobretudo pelo momento político conturbado e pela influência da Operação Lava Jato.

A decisão foi posteriormente revista com o julgamento das ADCs 43, 44 e 54, reafirmando-se a necessidade do trânsito em julgado para a execução da pena. Críticos como Lenio Streck³⁵⁶ e Aury Lopes Jr.³⁵⁷ apontaram que o STF ultrapassou os limites constitucionais e adotou uma postura ativista, reinterpretando conceitos processuais seculares de forma voluntarista e punitivista. A análise do caso revela o impacto de pressões políticas e sociais sobre decisões judiciais, quando o Supremo Tribunal mudou de ideia dentro de poucos anos a partir da interpretação de um princípio tão sensível.

O julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, propostas contra dispositivos da Lei nº 13.964/2019, conhecida como *Pacote Anticrime*, notadamente quanto à instituição da figura do juiz das garantias representou uma outra polêmica sobre os limites da interpretação constitucional do STF. A proposta legislativa visava reformar o processo penal brasileiro, ampliando mecanismos de combate à criminalidade organizada e racionalizando a persecução penal quanto aos delitos de menor gravidade. Nesse cenário, a criação do juiz das garantias teve como objetivo central assegurar a imparcialidade do julgador, promovendo a separação entre o magistrado responsável pela fase investigatória e aquele que julgará o mérito da causa penal.

Contudo, após a promulgação da lei, foram ajuizadas ações de controle concentrado questionando a constitucionalidade formal e material de diversos dispositivos, em especial os artigos que tratam da atuação do juiz das garantias. O principal ponto de controvérsia recaiu sobre o art. 3º-B, inciso XIV³⁵⁸, que atribuía ao juiz das garantias a competência para o recebimento da denúncia, medida considerada incompatível com o modelo acusatório e com a

³⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 380.

³⁵⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 911.

³⁵⁸ ‘Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código; Em: BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e outras leis. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 10 abr. 2025.

lógica processual prevista no art. 399 do Código de Processo Penal. O ministro relator Luiz Fux suspendeu liminarmente os efeitos da lei em janeiro de 2020, sob o fundamento de que haveria vícios de constitucionalidade. O julgamento foi retomado apenas em agosto de 2023, ocasião em que o Plenário do STF decidiu, por maioria, pela constitucionalidade da figura do juiz das garantias, mas com ressalvas interpretativas.

A Corte utilizou o mecanismo de *interpretação conforme à Constituição* no inciso XIV do art. 3º-B, por entender que o recebimento da denúncia deve ser atribuído ao juiz da instrução e julgamento e não ao juiz das garantias, contra o que constava expressamente no texto legal. O julgamento evidenciou a atuação ativa do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade, inclusive modificando o texto legal aprovado pelo Congresso, o que levantou debates sobre os limites da interpretação conforme à Constituição, a legitimidade democrática da atuação judicial nesse campo e os riscos de hipertrofia do poder jurisdicional frente à baixa qualidade deliberativa do processo legislativo ordinário.

A ponderação de princípios acabou sendo uma prática corriqueira dos tribunais brasileiros, abrindo margem para uma grande discricionariedade frente ao texto constitucional. Como afirma Miozzo, a teoria dos princípios de Robert Alexy já se mostrou insuficiente para o contexto jurídico brasileiro, em razão de uma abertura demasiada para argumentos transcendentais de cunho moral e uma baixa responsabilidade hermenêutica do Judiciário.

De acordo com o primeiro ponto, destaca Miozzo que Alexy defende uma espécie de correção moral do direito em sua teoria, abrindo espaço para uma argumentação que poderá fugir dos limites do texto normativo, seja da lei ou da constituição. Nas palavras do autor:

Alexy defende, no entanto, a tese de que a pretensão de correção tanto do sistema quanto de seus elementos implica uma pretensão de correção moral. Ou seja, se as normas existentes ou as decisões tomadas no interior de um ordenamento jurídico não cumprirem a pretensão de correção moral elas são defeituosas. Isto traz consigo, por exemplo, a possibilidade de se realizar controle de constitucionalidade (inclusive por omissão, no caso brasileiro) com base em elementos extra ou suprajurídicos, o que parece um paradoxo, na medida em que o controle não terá mais a Constituição como parâmetro e sim algo que está fora a ou acima dela, uma Constituição ideal, fundamentada racional-argumentativamente.³⁵⁹

Alexy seria partidário de uma tese de correção do direito pela moral, abrindo margem para uma indevida usurpação de poderes pelo judiciário, que estaria produzindo verdadeiras normas jurídicas ao arrepio da Constituição ou da legislação infraconstitucional, ao ponderar princípios na decisão judicial. O autor alemão, ao sustentar uma recusa ao positivismo jurídico

³⁵⁹ MIOZZO, Pablo Castro. **Direitos fundamentais sociais sem princípios ou ponderações:** bases para uma (re)construção dogmática. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 122.

moderno, acaba deixando de lado a própria ideia de separação entre Direito e Moral, através de escolhas feitas pelo constituinte originário. Levando como exemplo a Lei Fundamental de Bonn ou a Constituição Federal Brasileira, é como se o texto normativo constitucional pudesse ser ultrapassado por um argumento de maior eficiência deste ou daquele princípio. Tese que, no entender de Miozzo, é absolutamente problemática para uma democracia.

Ao sustentar uma dimensão ideal do direito, Alexy rompe com aquilo que Hans-Georg Gadamer postulou na hermenêutica filosófica: a pré-compreensão deve partir das coisas mesmas. Apesar de se entender dentro de uma tradição, de certa forma ligada à hermenêutica filosófica, Alexy deixa de cumprir alguns postulados inerentes a uma utilização responsável dos cânones gadamerianos. Ao tratar a interpretação jurídica como um exercício de argumentação, a adequação dos argumentos nem sempre estará ligada à coisa (ao texto), mas sim a alguma realidade transcendente, abrindo margem para um exercício solipsista do intérprete³⁶⁰.

A utilização da teoria de Alexy, de forma irrefletida pelos tribunais brasileiros, acabou gerando uma grande confusão e um certo *estado de natureza hermenêutico*³⁶¹. A teoria jurídica brasileira parece imersa em uma grande confusão ao utilizar conceitos e métodos hermenêuticos sem qualquer conexão entre eles, como destaca Virgílio Afonso da Silva ao afirmar a existência de um *sincretismo metodológico*³⁶². Autores brasileiros que defendem um catálogo de métodos interpretativos no Direito Constitucional acabam sustentando, concomitantemente, uma teoria estruturante do direito de Friedrich Müller e a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. Propostas, como explica Virgílio, completamente distintas e incompatíveis metodologicamente.

Nesse contexto, identificado por autores como Lenio Streck, de grande incerteza quanto às possibilidades do intérprete e aos limites do texto constitucional e infralegal, é gestada a Crítica Hermenêutica do Direito, que propõe um reencontro da metodologia jurídica com a hermenêutica filosófica. No próximo tópico, o objetivo será abordar a relação dos postulados da hermenêutica filosófica frente ao texto a ser interpretado com a liberdade do intérprete. O dogma do *in claris cessat interpretatio* toma outros contornos na tradição filosófica com Hans-Georg Gadamer, o que irá impactar o Direito e a teoria do professor Lenio Streck.

³⁶⁰ MIOZZO, Pablo Castro. **Direitos fundamentais sociais sem princípios ou ponderações:** bases para uma (re)construção dogmática. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 137.

³⁶¹ Expressão utilizada por Lenio Streck ao formular sua tese da Resposta Adequada à Constituição e denunciar os abusos do texto normativo pela prática jurídica brasileira. Em: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.** São Paulo: Saraiva, 2017. p. 419.

³⁶² SILVA, Luis Virgilio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Luis Virgilio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.

5.3 HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E A RELAÇÃO TEXTO-INTÉPRETE

Ao publicar o *Hermenêutica jurídica e(m) Crise*, no ano de 1999, Lenio Streck abre espaço para uma série de autores que eram pouco abordados pela teoria jurídica brasileira. Teóricos que eram muito mais trabalhados no campo da Filosofia, pelas mãos do autor gaúcho, passam a figurar como vozes importantes na hermenêutica jurídica brasileira. Principalmente Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, que dão a base teórica necessária para que Streck (re)pense a relação entre texto e intérprete no Direito brasileiro, representando uma ruptura com autores como Francisco de Paula Baptista, Carlos Maximiliano e Alípio Silveira. Os dois autores alemães representam um ponto crucial no desenvolvimento daquilo que se chama de hermenêutica filosófica, movimento que é essencial para entendermos as pretensões de (re)fundaçao da hermenêutica jurídica no Brasil por Lenio Streck.

Falar sobre hermenêutica filosófica traz uma tarefa necessária de contextualização histórica do movimento. Para isso, a análise retroagirá a Wilhelm Dilthey³⁶³. O Historicismo alemão é marcado por autores como Leopold von Ranke, Gustav Droysen e Wilhelm Dilthey. Em contraposição ao Iluminismo Francês, o Historicismo alemão buscou trazer a importância da História como um estudo autônomo, em contraste com o crescente predomínio das ciências naturais de base empirista. O conhecimento histórico não se dá pelos métodos das “ciências duras”, mas sim através de uma compreensão do passado. O homem é o passado que ressoa no presente³⁶⁴.

Ao passo que as ciências naturais alcançam patamares cada vez mais altos de relevância social no século XIX, Dilthey propõe uma crítica ferrenha à total ignorância que os cientistas da Física, Química e Matemática têm frente à história. Enquanto as ciências se preocupariam com a *explicação* da natureza, a interpretação humana, ou a hermenêutica, seria a disciplina adequada para a *compreensão* dos fenômenos em sua situação histórica³⁶⁵. O autor alemão tem como objetivo provar que há uma independência das ciências humanas, na medida

³⁶³ Para um inventário mais detalhado sobre os autores que fazem parte da histórica da hermenêutica filosófica, ver: PALMER, Richard E. *¿Qué es la hermenéutica?* Madrid: Arco/Libros S.L. 2002; GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica.** Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999; RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias.** Organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977; SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica.** Tradução de Fábio Ribeiro. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

³⁶⁴ OLIVEIRA, Paulo César Pinto de. **Filosofia do Direito e hermenêutica filosófica:** do caráter hermenêutico da Filosofia do Direito. 2017. p. 57.

³⁶⁵ OLIVEIRA, Paulo César Pinto de. **Filosofia do Direito e hermenêutica filosófica:** do caráter hermenêutico da Filosofia do Direito. 2017. p. 55.

em que estas prescindem dos métodos lógico-matemáticos. Essa tendência será bastante influente em Heidegger e Gadamer.

É através da hermenêutica, da interpretação de nossa situação histórica, que as ciências humanas alcançarão a objetividade tão invejada das ciências naturais. Para isso, contudo, a hermenêutica seria um modelo de compreensão que está assentado em métodos. Daí que, apesar de Dilthey ser um crítico à colonização das ciências humanas pelo método positivista – então em ascensão – o autor alemão acaba replicando uma série de entendimentos sobre a necessária objetividade das ciências naturais. Como afirma Ricouer, Dilthey acaba sendo refém de um modelo ainda muito ligado ao cientificismo, desta vez pensado para as *ciências do espírito*.³⁶⁶

Apesar das contribuições de Dilthey, o autor ainda continuou preso em um psiquismo exagerado, herdado ainda de Friedrich Schleiermacher. A autoridade do texto ainda ocupa um segundo plano, tendo a consciência do indivíduo um papel central na produção de significado objetivo da história. Contudo, o combate ao subjetivismo iluminista será importante nas construções posteriores da hermenêutica filosófica de Gadamer. Porém, antes de entrarmos na filosofia gadameriana e a relação entre texto-intérprete, é necessário trazer as contribuições de Edmund Husserl e Martin Heidegger para a *reviravolta* na filosofia contemporânea.

Edmund Husserl é um dos principais responsáveis pela fundação de uma das mais importantes correntes filosóficas da contemporaneidade: a fenomenologia. O objetivo de Husserl é uma crítica ao subjetivismo transcendental kantiano, bem como às teorias clássicas de correspondência verdade-coisa. O “voltar às próprias coisas”³⁶⁷, na fenomenologia de Husserl, é uma tentativa de investigar as experiências humanas através de uma pesquisa descritiva, ou uma psicologia descritiva através de uma *mediação consciencial*.

Os passos básicos da reflexão fenomenológica são, portanto: ponto de partida - a significação das palavras; destas se deve retroceder às próprias coisas. As coisas, porém, são-nos dadas em "atos intuitivos", ou seja, em vivências. Daí a necessidade da tematização das vivências, independentemente da linguagem, para chegar às próprias coisas! O mundo psíquico manifesta-se como instância à qual os objetos são dados de diferentes modos.³⁶⁸

Se um fenômeno se expressa de diferentes maneiras, então a busca por verdades eternas estaria fadada ao fracasso. A verdade está vinculada à própria temporalidade. Para

³⁶⁶ RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. Organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977. p. 24.

³⁶⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. Volume 40 de Coleção Filosofia. São Paulo: Edições Loyola, 1996. p. 38.

³⁶⁸ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. Volume 40 de Coleção Filosofia. São Paulo: Edições Loyola, 1996. p. 39.

Husserl, a intuição é um passo fundamental na Filosofia, é o princípio e fonte de todo o conhecimento humano. Portanto, o conhecimento não é formado através de métodos e verdades pré-dados, pré-fabricados, dogmáticos, mas sim através do contato direto com os fenômenos por meio da intuição. Aponta Manfredo de Oliveira que a proposta de Husserl ainda vê a linguagem como um instrumento, algo secundário dentro dessa relação entre sujeito e fenômeno.

As críticas da fenomenologia husseriana ao realismo e ao idealismo assenta uma importante base para o que vem a seguir. O conhecimento não se funda na essência da coisa e nem na subjetividade do intérprete, mas em uma relação que está no meio do caminho. Para Husserl será a intencionalidade, como expansão da consciência, ou como direcionamento para o outro, que formará o conhecimento sobre as coisas. Isso marca um traço importante na fenomenologia: que a verdade do conhecimento não dependerá da subjetividade do intérprete, visto que ela também está sujeita à temporalidade³⁶⁹.

A pergunta fundamental de como nós, homens, acessamos as coisas é importantíssima para o desenvolvimento da hermenêutica como uma teoria autônoma e que postula reconhecimento. Com o alvorecer do século XX e o acontecimento da obra *Ser e Tempo*, publicada por Martin Heidegger em 1927, abrem espaço para o que Streck chama de *giro ontológico-linguístico* na filosofia ocidental. Aqui há uma ruptura com a metafísica clássica de matriz aristotélica e com o sujeito transcendental kantiano, pois a linguagem humana passa a ocupar um lugar de condição de possibilidade, não mais mero acessório entre sujeito-coisa, texto-intérprete ou seja: conceitos como *mundo*, *finitude* e *historicidade* vão permear a hermenêutica³⁷⁰.

Martin Heidegger foi um dos mais influentes alunos de Edmund Husserl ao estudar na Universidade de Friburgo. Em seus estudos, Heidegger propõe uma ontologia do *ser*, que, de acordo com o filósofo alemão, esteve esquecida desde a filosofia grega. Frente à objetificação das ciências exatas, a busca pelo sentido dos *entes*, além de seu mero sentido *objetificado*, esqueceu-se de perguntar: *afinal de contas, o que é ser?* Portanto, o filósofo irá propor uma hermenêutica da facticidade como uma nova visão da filosofia e das ciências.

Uma palavra pode resumir a unidade do pensamento heideggeriano: *Aletheia* (desvelamento). A palavra é utilizada por Heidegger em referência ao pensamento de

³⁶⁹ OLIVEIRA, Paulo César Pinto de. **Filosofia do Direito e hermenêutica filosófica:** do caráter hermenêutico da Filosofia do Direito. 2017. p. 75.

³⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica:** 50 Verbete Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 123-126.

Aristóteles, “A *aletheia* envolve a pergunta pelo sentido do ser e pela verdade no horizonte de uma ontologia da finitude.”³⁷¹ Esse desvelamento, segundo Heidegger, se dá no contato entre o *eu* e o *mundo*, que desde sempre estão interligados por uma facticidade e historicidade.

A facticidade, conforme o autor, é o modo particular de como o *Dasein* se relaciona. *Dasein*, aqui, tem sentido de “Ser-aí” na medida em que os seres humanos convivem com os entes, a partir de uma relação de interação. *Dasein*, em alemão, também pode ser lido como ser humano³⁷². Nesse sentido, Heidegger diferencia os níveis ontológico e ônticos do *ser*. Se a ontologia é o conjunto de conhecimentos que permitem indagar pelas formas ser dos entes, o ôntico representa como esses entes se mostram em sua corporeidade. A fenomenologia desenvolvida pelo filósofo tomará alguns conceitos de Husserl, como a “volta às coisas mesmas”, mas a partir de uma atitude diferente da de seu mestre.

Os “fenômenos” são então o conjunto do que está à luz do dia ou que pode ser posto em claro, aquilo que os gregos às vezes identificaram simplesmente com o ente. Ora, o ente pode se mostrar, a partir de si mesmo, de diversos modos, cada vez segundo o modo-de-acesso a ele. Há mesmo a possibilidade de que o ente se mostre como o que ele não é em si mesmo³⁷³.

Para Heidegger, a expressão “Hermenêutica” se torna “no sentido da elaboração das condições da possibilidade de toda investigação ontológica”³⁷⁴. A tarefa da hermenêutica será entendida, também, como metodologia das ciências históricas do espírito humano. Indo além da metafísica clássica e da subjetividade, levada às últimas consequências pelo *cogito* de Descartes, Heidegger propõe uma volta à *práxis*. Enquanto uma teoria está dentro de um agir humano, o problema do conhecimento se torna também prático³⁷⁵. E este é o ponto mais relevante acerca do caminho que percorre a hermenêutica filosófica, quando ela se vê voltando à importância da prática humana, enquanto interpretação que está em contato com o mundo, com a sociedade. Expressões como “essência do texto”, “vontade do texto”, “vontade do legislador”, “discricionariedade do intérprete” são demolidas pela filosofia heideggeriana. Por isso a revolução citada por Streck ser chamada de *ontológico-pragmática*.

³⁷¹STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude:** estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2016. p. 59.

³⁷²SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica.** Tradução de Fábio Ribeiro. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 82.

³⁷³HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo.** Tradução, organização, nota prévia, anexos e notas: Fausto Castilho. Campinas: Unicamp; Petrópolis: Vozes, 2012. p. 103.

³⁷⁴Ibid., p. 127.

³⁷⁵STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre "Ser e tempo".** 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 22.

A relação sujeito-objeto é também posta à prova. Enquanto o *Dasein* é *ser-no-mundo*, o sujeito que interpreta os entes não está, assim, tão separado do objeto que reflete sobre. Com a palavra, Stein:

Heidegger procura pensar o «sum» do «cogito» e ao criticar a separação da «mens» e da «res», a «res corporea», ele afirmará que o «mundo» é o correlato do «sum»; por isso, ser-no-mundo. *Antes da evidência de qualquer teoria e ponto de partida da teoria do conhecimento e antes de qualquer subjetividade fundante, há uma evidência operando na situação de ser-no-mundo.* Esta evidência está encoberta pelo óbvio do cotidiano, da separação consciência-mundo, pelo modelo da relação sujeito-objeto. E por isso que a analítica existencial recoloca a questão da «teoria do conhecimento» ao fazer a crítica radical do modelo das teorias da consciência, a começar por Descartes³⁷⁶.

A partir disso, o conhecimento só poderá ser formado em referência à coisa mesma e em relação ao *ser-no-mundo*. Não há uma instância de conhecimento fora da relação com o mundo, fora da relação, portanto, com a linguagem. A partir de nossas compreensões, que sempre estarão antecipadas, podemos nos movimentar dentro do que chamamos conhecimento. O que Ernildo Stein chama de *encurtamento hermenêutico* é a ideia de que Heidegger inaugura o círculo da compreensão, que propõe uma hermenêutica do ser-aí ao invés de uma consciência assujeitadora. A referência a Deus, leis naturais e relação sujeito-objeto dão lugar à hermenêutica da facticidade. Há uma revolução no método das Ciências e da Filosofia.

Finalmente, chegando às contribuições de Hans-Georg Gadamer à hermenêutica, encontramos um ponto crucial na teoria defendida por Lenio Streck (a Crítica Hermenêutica do Direito), tendo em vista que o autor brasileiro apoia boa parte de suas premissas nos ensinamentos do mestre de Marburgo. Para que eu possa dar contornos da influência de Gadamer na CHD de Streck, cito as ideias que me parecerem fundamentais do autor alemão: a compreensão de *Círculo Hermenêutico, Tradição e Aplicação*. A influência não termina apenas nesses conceitos, mas são suficientes para pensar o caráter paradigmático da hermenêutica filosófica pensada no direito brasileiro.

No artigo intitulado *A hermenêutica como tarefa teórica e prática* (1978), Hans-Georg Gadamer afirma que “a hermenêutica é, pois, algo mais que um método das ciências ou o distintivo de um determinado grupo de ciências. Designa sobretudo uma capacidade natural do ser humano.”³⁷⁷ A universalidade do problema hermenêutico, como defende o autor, advém da

³⁷⁶ Ibid., p. 22-23.

³⁷⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II:** complementos e índice. Tradução de Énio Paulo Giachini; revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante-Schuback. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2011. p. 350.

conclusão de que a condição humana está intimamente atrelada ao exercício interpretativo. É inerente à linguagem, *condição de possibilidade do ser*, que haja busca pelos sentidos deixados pela tradição seja por textos, figuras, formas, sons... Estamos sempre interpretando, portanto, praticando uma atitude hermenêutica. Gadamer está preocupado, essencialmente, em responder à pergunta: como compreendemos?

Ao falar sobre a estrutura prévia da compreensão, Gadamer deixa clara a grande influência que seu professor, Heidegger, teve em sua vida intelectual. Apesar de gozar dos prestígios objetivistas das ciências naturais, as humanidades possuem, sim, uma dimensão de justificação em busca da verdade. Verdade que não é cristalizada, imutável, mas que poderá ser compreendida através do contato com a coisa. Nós pensamos a partir de pré-compreensões, de uma linguagem, de uma dada tradição que nos antecede, ela que possibilitará nossa interpretação. O contato com o texto sempre antecipa algum sentido prévio, pré-comprendido:

Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido³⁷⁸.

Ou seja, é possível compreender, com Gadamer, que o intérprete nunca partirá de um grau zero de sentido ao analisar um texto; essa intermediação sempre será marcada por preconceitos que precisam ser mediados *junto ao texto*. Nem pré-compreensões podem ser levadas às últimas consequências nem o texto, visto que essa atividade não poderá ser marcada por uma discricionariedade – ou arbitrariedade, no dizer do autor – pois o que é necessário é uma abertura para a opinião do texto. Daí, escreve o filósofo: “A tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa em questão [...].”³⁷⁹ Quem quer compreender algo, deve, primeiro, abrir-se à alteridade do texto. Essa é a circularidade que fala Gadamer, entre pré-compreensão, texto e compreensão: movimento que estará sempre acontecendo no ato de interpretar.

Ao partirmos sempre de um lugar para que possamos “adentrar” o círculo hermenêutico, ou seja, para realizarmos um ato interpretativo, fazem-se necessárias que as pré-compreensões não sejam vistas como meros preconceitos subjetivistas ou anticientíficos. Como

³⁷⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2015. v. 1. p. 356.

³⁷⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2015. v. 1. p. 358.

destaca Grondin: Gadamer, ao articular o círculo hermenêutico em uma leitura heideggeriana, está ciente de que o ato interpretativo não abre mão jamais da historicidade do sujeito³⁸⁰. O ser humano sempre estará “jogado” em sua historicidade. Nesse sentido, Gadamer propõe uma reabilitação da *Tradição*, que foi bastante deturpada pelo iluminismo e movimentos positivistas nos séculos XVIII e XIX.

Ao tratar as ciências humanas como ciências históricas, Gadamer nos alerta que, por muito tempo, as pré-compreensões – ou os preconceitos – foram relegados a uma posição de contradição com a razão. Isso se deve à sujeição das investigações científicas à autoridade do método, que resultaria em uma produção de conhecimento longe de qualquer dado subjetivo ou reminiscente de um entender prévio. A objeção mais radical aos preconceitos vem de Descartes e de sua dúvida hiperbólica, que fundamentava uma autofundação do conhecimento a partir do método e de uma pura racionalidade³⁸¹. Essa postura deixa de lado o caráter histórico e finito da existência humana, que está sempre pensando a partir de uma situação histórica.

A reabilitação do conceito de *tradição* em Gadamer busca lidar com os preconceitos, não a partir de um viés negativo, mas como condição de possibilidade para a interpretação. Alerta o autor que nem todos os preconceitos, por óbvio, são autênticos e verdadeiros, mas que é necessária a mediação destes com aquilo que diz a *tradição*. Assim, quando se fala de *tradição* estar-se-á falando em autoridade. Autoridade daquilo que foi escrito, dito, registrado antes do intérprete, e que tem um peso reconhecido pela comunidade. Trazendo essa ideia para o conhecimento jurídico: Se hoje vou aprofundar meus estudos em Direito Tributário, basta que eu leia a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional? Evidentemente que não. A doutrina jurídica especializada terá todo um cabedal de conhecimento e desenvolvimento de linguagem apropriado para essa matéria. São pré-compreensões necessárias e que eu preciso ter acesso para um bom entendimento da matéria, pois existem autoridades que escreveram antes de mim³⁸².

A compreensão deve ser pensada menos como uma ação da subjetividade e mais como um retroceder que penetra num acontecimento da tradição, onde se intermedeiam constantemente passado e presente. E isso que deve ser aplicado à teoria

³⁸⁰ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 186.

³⁸¹ Ibid., p. 368.

³⁸² Gadamer ressalta que essa autoridade não é exercida de forma meramente irrefletida, automática, mas que é pensada também de forma crítica. A obediência cega à uma autoridade não algo recomendável, visto que ela não alcança seu posto por um ato de violência, mas de reconhecimento argumentativo. “a genuína autoridade não precisa comportar-se autoritariamente” em: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método.: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2015. v.1. p. 371.

hermenêutica, que está excessivamente dominada pela ideia dos procedimentos de um método³⁸³.

Entre a circularidade hermenêutica e a tradição há um vínculo de complementariedade. Desde Friedrich Schleiermacher, a hermenêutica é entendida como uma relação do todo com as partes de um texto. Com Gadamer, a relação entre Intérprete, Tradição e Texto performam um todo unitário, em que a linguagem representa a condição de possibilidade dessa relação circular. O intérprete possui pré-compreensões que advêm de uma dada tradição; ele as antecipa e as confirma (ou não) no texto; enquanto isso, produz um novo sentido histórico dentro desse contato. Novas compreensões são formadas a partir do encontro com a coisa. É nessa situação hermenêutica, que é desde sempre histórica, que Gadamer revela o momento de fusão de horizontes:

Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr constantemente à prova todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. Não existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem conquistados. Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos³⁸⁴.

O filósofo faz uma crítica à hermenêutica, vista por um viés metodológico e cindida em etapas. Em seu *Verdade e Método*, o autor traz que a *velha hermenêutica* entendia o processo de contato com o texto a partir de dois momentos distintos: uma *subtilitas intelligendi*, que consiste na compreensão; uma *subtilitas explicandi*, que resulta em uma interpretação; e, com o movimento pietista, acrescentou-se a *subtilitas applicandi*, que resulta na aplicação do texto.

Por muito tempo, o problema hermenêutico focou apenas nos atos de compreensão e de interpretação dos textos. Gadamer ressalta que a hermenêutica filosófica é uma constatação de que esses três momentos, intitulados de *subtilitas*, não acontecem de forma separada, mas estão interligados e são dependentes uns dos outros. Compreendemos como interpretar e interpretamos para compreender; nesse meio tempo estamos, sempre, imersos em uma dimensão de aplicação do texto³⁸⁵.

³⁸³ Ibid., p. 385.

³⁸⁴ Ibid., p. 404.

³⁸⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1. p. 407.

Para falar sobre a importância da aplicação do texto nas relações humanas, Gadamer vai se valer de duas disciplinas muito caras à hermenêutica filosófica: a hermenêutica jurídica e a teológica.

A estreita pertença que unia na sua origem a hermenêutica filológica com a jurídica apoiava-se no reconhecimento da aplicação, como momento integrante de toda compreensão. Tanto para a hermenêutica jurídica quanto para a teológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto - da lei ou do anúncio - e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na pregação. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. Da mesma forma, o texto de uma mensagem religiosa não quer ser compreendido como mero documento histórico, mas deve ser compreendido de forma a poder exercer seu efeito redentor. Em ambos os casos isso implica que, se quisermos compreender adequadamente o texto - lei ou mensagem de salvação -, isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar³⁸⁶.

O filósofo ressalta a preocupação com a aplicação no âmbito da hermenêutica, com o intuito de contrapor a excessiva importância dada ao subjetivismo do autor; marca que esteve presente no Iluminismo e Romantismo europeus dos séculos XVIII e XIX. Deve existir uma preocupação com a prática, com o contato do texto com a realidade das relações, o que não indica uma morte do subjetivo, mas que há um entrelaçamento e uma complementação entre individual e coletivo, entre pensamento do autor e tradição. “[...] na medida em que o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são dois atos separados, mas um processo unitário.”³⁸⁷

A interpretação jurídica e a teológica possuem características em comum que podem servir de exemplo ao acontecimento hermenêutico como um todo. Elas partem de normas gerais e esperam uma resolução particular. Ora, é importante conhecer a relação histórica de lei: quando foi criada, como foi idealizada, quem a propôs. Mas, no final das contas, o que a vida em sociedade exige é que o intérprete – seja ele juiz, por exemplo – diga como esse texto será articulado frente ao caso concreto analisado.

Gadamer se vale da *ética aristotélica* como modelo de entendimento da hermenêutica, no sentido de inspirar-se em alguns de seus postulados para pensar a interpretação como uma atividade inherentemente humana e que lida com o contingente a cada instante. A prática, a aplicabilidade, defendida pelo mestre de Marburgo como parte inerente da compreensão, é vista

³⁸⁶ Ibid., p. 407-408.

³⁸⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1. p. 409.

como uma dimensão ética do ser humano, em oposição à uma disciplina meramente técnica – ou científica.

O problema então é saber como pode se dar um saber teórico sobre o ser ético do homem. Se o que é bom para o homem se dá cada vez na concreção da situação prática em que ele se encontra, então o saber ético deve chegar a discernir de certo modo o que é que esta situação concreta exige dele ou, dito de outro modo, aquele que atua deve ver a situação concreta à luz do que se exige dele em geral. Negativamente, significa que um saber geral que não saiba aplicar-se à situação concreta permanece sem sentido, e até ameaça obscurecer as exigências concretas que emanam de uma determinada situação. Esta conjuntura, que expressa a própria essência da reflexão ética, não somente converte uma ética filosófica em um problema metodológico difícil, mas ao mesmo tempo dá relevância moral ao problema do método.³⁸⁸

Um dos pontos centrais da obra *Verdade e Método* é uma crítica ao assujeitamento das ciências humanas ao método de investigação das ciências naturais. Como afirma Ernildo Stein, a obra pode ser lida, também, como Verdade *contra* o Método³⁸⁹. Não que Gadamer despreze todo e qualquer método, mas baseia sua reflexão em uma visão cética em relação à inferioridade, que por vezes são tratadas as ciências humanas quando comparadas às ciências naturais. Aqui, o problema do método é recapitulado quando a importância da prudência em Aristóteles é trazida para a discussão. Como visto, a *phronesis* é uma virtude da atuação prática que independe de métodos pré-estabelecidos e de princípios imutáveis, mas que trabalha em uma dimensão de tomada de decisões visando o bem e a justiça do caso concreto.

Para Gadamer, as ciências do espírito são saberes éticos e possuem uma forte dimensão moral. Uma divisão entre sujeito e objeto no Direito, por exemplo, resultaria de um assujeitamento ao método e uma prática estéril do jurista. Sujeito e objeto se complementam, estão entrelaçados e em desenvolvimento. O saber ético aristotélico não é um saber objetificante, é um saber da ação e é atingido diretamente pelos fatos do cotidiano³⁹⁰.

O conhecimento ético é diferente de um conhecimento técnico; este dispõe de axiomas gerais que norteiam a ação e visam um resultado objetivo. Porém, na dimensão ética, o saber está em construção – juntamente do conhecer-se próprio das relações humanas – visto que há o elemento do contingente. O cuidado com o outro está em um lugar central aqui, pois um conhecimento ético, para Aristóteles, está relacionado com a relação do eu com o outro.

Por isso a hermenêutica jurídica é cara para Gadamer, mormente quando vai desenvolver sua ideia de *applicatio* na interpretação. O jurista, quando está diante de um caso

³⁸⁸ Ibid., p. 413.

³⁸⁹ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 47.

³⁹⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1. p. 414.

concreto, não poderá estar amarrado à métodos decisórios solidificados, que dirijam a atuação do intérprete como uma relação de dependência. Deve atuar em uma relação de particularização do geral para o concreto, da norma abstrata à situação analisada. Além disso, fora o ato de especificação da norma, há uma dimensão moral inerente a toda relação humana que visará um fim justo. O intérprete está sempre ligado à facticidade; portanto, é através do efetivo comportamento humano, seguindo o que disse Heidegger³⁹¹.

Por fim, a importância que Heidegger e Gadamer dão à linguagem no processo interpretativo foi decisiva para a Filosofia do século XX. A situação hermenêutica, que está sempre intermediada pela tradição e pelo texto, só é acessada porque há uma linguagem comum em que o intérprete poderá se movimentar e antecipar o sentido da coisa. O desvelamento (*Aletheia*) só se dá na linguagem, porque, *o ser que pode ser compreendido é linguagem*.

Essa virada na filosofia será marcante para a teoria de Lenio Streck, ao passo que o autor identificou no Direito brasileiro uma série de postulados em que a hermenêutica filosófica ainda não alcançou. Os juristas brasileiros ainda raciocinam diante de esquemas sujeito-objeto, fora de uma circularidade hermenêutica com tradição, e por isso apostando em uma discricionariedade, além de dividir os momentos da interpretação-compreensão-aplicação do texto normativo.

O objetivo principal da Crítica Hermenêutica do Direito como uma teoria no Brasil do século XXI é, ao que me parece, buscar uma reabilitação do texto normativo. Reabilitação essa que busca trazer novamente a importância da tradição, daquilo que já foi escrito outrora, para o processo de decisão judicial. Não que o texto possua um protagonismo do tipo formalista, do tipo do *in claris cessat interpretatio*, mas que o texto deverá ser entendido junto de uma situação hermenêutica em que a linguagem jurídica vive. Nem o texto é suficiente *em si mesmo*, nem o intérprete é dono dos sentidos da norma. É na cadeira que se assenta no meio do caminho entre objetivismo e subjetivismo que encontramos a hermenêutica, nas palavras do mestre Ernildo Stein³⁹².

³⁹¹ DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar. **Hermenêutica filosófica e reabilitação da filosofia prática:** uma leitura de Gadamer através de Husserl e Heidegger. 1. ed. Rio de Janeiro: Mauad X, 2024. p. 81.

³⁹² STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica.** 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 82.

CONCLUSÃO

O Direito é uma prática social compartilhada em que os agentes coordenam ações por meio de regras, ora explícitas, ora implícitas. É em razão da natureza prática do Direito que a história ocupa um lugar de bastante relevância, tendo em vista que há um material compartilhado que sobrevive ao longo das décadas e séculos. O jurista é um agente imerso em uma tradição que foi construída, e continua em construção, daí a afirmação tão clara de que o Direito é um conhecimento histórico.

Conhecer essa tradição, que é linguisticamente compartilhada por textos, é uma forma de compreender o próprio cotidiano da atividade jurídica. Buscar no passado não é um mero exercício de curiosidade, ou anedótico, mas é revolver o chão linguístico de nossa prática social. Acredito que entender o passado para melhor entender o presente, é um dos principais objetivos deste trabalho. Percorrido o caminho que tracei desde Francisco de Paula Baptista, no século XIX, até Lenio Streck, na atualidade, algumas percepções são relevantes para entendermos o Direito hoje.

Quanto à pergunta que inicia meu caminhar, trouxe que o problema do *in claris cessat interpretatio* ainda está presente nas discussões sobre hermenêutica jurídica. Neoconstitucionalismo, precedentalismo brasileiro, realismo jurídico, os limites da liberdade do intérprete... todos esses temas remontam, em alguma medida, à validade do *in claris* como

um cânone interpretativo que foi muito relevante outrora, mas que hoje perde espaço para uma hermenêutica da eficiência ou da objetividade.

Trazer Francisco de Paula Baptista e ressaltar o caráter formalista de sua interpretação, influenciado por ideias iluministas e jusracionais, foi importante para pensar sobre a dicotomia entre formalismo e realismo. Como vimos, mesmo o mestre pernambucano, um bastião da exegese tradicional, ressalta o caráter ético do texto normativo. Marcadamente, o autor, ainda imerso em um contexto de monarquia, expressou uma grande ressalva quanto ao ato de interpretar. A interpretação ainda era visto como um ato quase que de insubordinação, ligado ao abuso de poder, e essa ideia foi se modificando com outros autores.

Com Carlos Maximiliano, diferentemente de seu antecessor, o ato interpretativo deixa de ter uma conotação pejorativa e passa a fazer parte do dia a dia do magistrado. O ex-Ministro do STF brinda a comunidade jurídica com uma obra que até hoje se mantém firme, mesmo passados cem anos de sua primeira publicação. Uma hermenêutica metodológica, que abre espaço para uma investigação científica do intérprete. Como se o magistrado fosse um observador do lado de fora da comunidade que ele avalia, e busca princípios recorrentes no comportamento social. A busca pela *vontade do legislador* abre espaço para a *vontade da lei*, mas não sem deixar brecha para o exercício de subjetividade do intérprete. Como o autor com muita perspicácia afirma: o magistrado atua como um ator que interpreta uma peça de teatro. O texto normativo ainda possui força aqui, ainda resiste como a última fronteira contra o arbítrio.

Já em Alípio Silveira, autor que também sofre as influências dos movimentos empiristas do século XIX, observamos que há uma abertura ainda maior para o campo interpretativo do magistrado. A lei passa a ser um instrumento, um mecanismo para chegar em determinado objetivo. Entre a lei e a *finalidade social*, pior para a última. Texto e norma estão, já, cindidos aqui, abrindo espaço pra teorias realistas da interpretação judicial. Porém, é interessante notar como a teleologia pregada por Alípio convive com a adoção de valores morais explícitos no exercício hermenêutico. Ao se opor frontalmente contra o formalismo jurídico, contra o *in claris*, o autor acaba estruturando a hermenêutica como uma ordem de valores a serem concretizados pelo intérprete. Aproximação que parecia contraditória entre o realismo jurídico e uma espécie de jusnaturalismo.

Com Lenio Streck, representando uma corrente contemporânea da hermenêutica jurídica, podemos observar que há uma reabilitação do texto normativo. A ruptura com os modelos que propõem um textualismo, uma metodologia ou uma argumentação baseada em valores, marca a nova visão da teoria jurídica brasileira. O material normativo ganha, novamente, relevância com a Crítica Hermenêutica do Direito, por meio de uma postura

fenomenológica-hermenêutica. Não se trata da extinção de uma subjetividade, mas entender o intérprete inserido em uma historicidade que influencia diretamente na prática judicial.

A análise das diversas correntes interpretativas analisadas ao longo do texto não me faz defender uma perspectiva de evolução no pensamento jurídico brasileiro. Em vez disso prefiro entender a tradição como um conjunto de continuidades e rupturas entre passado, presente e futuro. Dito isto, a hermenêutica filosófica põe para o jurista uma mudança de paradigma importante em relação ao acontecimento do texto normativo. A lei não é mero texto, sequer possui em si todas as condições de possibilidade para resolução do caso concreto, mas é uma importante fonte de diálogo com o intérprete. A conversação, no linguajar gadameriano, entre juiz e texto de lei se dá pela fusão de horizontes e resulta na conclusão de que o *in claris cessat interpretatio* é uma ideia inautêntica do processo interpretativo.

Os resultados obtidos nessa pesquisa apontam para uma compreensão de que esses autores brasileiros não podem ser tratados como mero copiadores de teorias estrangeiras, como se não houvessem realizado nenhum tipo de sofisticação e adaptação ao contexto nacional. As deficiências, comumente associadas à imitação, contrastam com uma dita “originalidade” de teorias européias ou estadunidenses, que representam elites culturais na sociedade ocidental. Um sentimento de colonialismo, por vezes, é explícito em algumas produções literárias brasileiras, fazendo exsurgir a discussão de metrópole e colônia, tratando a teoria produzida aqui como mera emulação daquilo que está lá fora.

Em ensaio intitulado *Nacional por subtração*, o crítico literário Roberto Schwarz aborda a questão da relação entre o original estrangeiro e a cópia nacional. O autor conclui que, ao pensar em cópia, estamos a pensar noutra parte que tem precedência (o original), aquela (a cópia) representando um mero reflexo. Essa diminuição genérica prepondera na consciência que têm de si as elites latino-americanas, além de eleger a uma consciência mítica, o que está no quadro internacional da cultura. Compreender, assim, nossa teoria jurídica como uma atividade copiadora é relegar os teóricos brasileiros ao fracasso em pensar a realidade nacional. É preciso que estejamos libertos da ideia mitológica de originalidade³⁹³.

Por fim, entendo que a Crítica Hermenêutica do Direito, como uma expressão nacional de uma teoria jurídica preocupada com nossas adversidades, abre veredas para um caminho frutífero na prática do direito. O ato de interpretar, sempre visto como concomitante à compreensão e aplicação do Direito, deve deixar de ser compreendido como uma atividade

³⁹³ SCHWARZ, ROBERTO. **Que horas são?** ensaios. São Paulo: Companhia das Letras, 1987. p. 48.

meramente subjetivista, solipsista, e sim como (re)significação de possibilidade para chegar em respostas corretas.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Constituição Federal Comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.
- ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.
- ABBOUD, Georges; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Neoconstitucionalismo: vale a pena acreditar? **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 7, n. 12, p. 196–214, 20203. Disponível em: <https://abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/116>. Acesso em: 23 jul. 2024.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALONSO, Angela. **Idéias em movimento**: a geração 1870 na crise do Brasil-Império. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- ÁLVAREZ, T. A. *In claris non fit interpretatio: ¿Puede considerarse este brocado un parámetro de interpretación constitucional?* **Revista de la Facultad de Derecho**, Caracas, n. 74, 2021. Disponível em: <https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/rfderecho/article/view/4973>. Acesso em: 19 set. 2024.
- ASSIS, Machado de. **Esaú e Jacó**. Introdução e notas de Hélio Guimarães. 1. ed. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2012.
- AYDOS, E. de L. P. Hermenêutica e Interpretação: Um Estudo dos Cânones de Carlos Maximiliano. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFRGS**, Porto Alegre, v. 4, n. 7, 2014. DOI: 10.22456/2317-8558.508186. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/50818>. Acesso em: 7 dez. 2024.
- BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**,

Maracanã, v. 9, n. 4, p. 2171–2228, 20183. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 20 set. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEVILAQUA, Clóvis. A Função do Interpretar. **Revista Acadêmica do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPE**, Recife, v. 88, n. 2, 2016.

BIX, Brian. **Jurisprudence**: Theory and Context. 8. ed. Durham: Carolina Academic Press, 2019.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Compilado por Nello Morra; tradução de Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. **Código Civil (2002)**. Código civil brasileiro e legislação correlata. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 1916**. Decreto nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3071.htm. Acesso em: 5 dez. 2024.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 7 abr. 2025.

BRASIL. **Constituição (1934)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 12 fev. 2025.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 10 abr. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 3.724, de 15 de janeiro de 1919**. Regula as obrigações resultantes dos acidentes no trabalho. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-3724-15-janeiro-1919-571001-publicacaooriginal-94096-pl.html>. Acesso em: 17 fev. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927**. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-17943-a-12-outubro-1927-501820-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 17 fev. 2025.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Dispõe sobre Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1608>.

[1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-publicacaooriginal-1-pe.html](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 12 fev. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 9 abr. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 94.826 - SP (2007/0272858-2).** Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Impetrante: Ana Rita Souza Prata - Defensora Pública. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: A.F.M. (internado). Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 3 abr. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.387.683 - DF (2013/0007525-9).** Relator: Ministro Sidnei Beneti. Acórdão, 6 de agosto de 2013. Publicado em 20/03/2014. Disponível em: =2013000752598. Acesso em 10 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP.** Constitucional. Habeas corpus. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. Relator: Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 655265/DF - Distrito Federal.** Recurso Extraordinário. Relator: Min. Luiz Fux. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin. Julgamento em 13 de abril de 2016. Publicado em 05 de agosto de 2016. Órgão julgador: Tribunal Pleno.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e analyse da Constituição do Império.** Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve & C., 1857.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação:** uma contribuição ao estudo do direito. Prefácio de Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAMPOS, Francisco. **O Estado nacional:** sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Org.). **El canon neoconstitucional.** España: Trotta, 2010.

CARVALHO, José Murilo de. **A formação das almas:** o imaginário da República no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

CASTANHEIRA NEVES, A. **Digesta.** v. 2. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010.

CASTANHEIRA NEVES, A. **O instituto dos 'assentos' e a função jurídica dos supremos tribunais.** Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

CHACON, Vamireh. **Formação das ciências sociais no Brasil** (Da Escola do Recife ao Código Civil). 2. ed. Brasília: Paralelo 15; LGE Editora; São Paulo: Fundação Editora da Unesp, 2008.

CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, José. **Luis Recaséns y la teoría estándar de la argumentación jurídica**: una revaloración del logos de lo razonable. Pamplona: Thomson Reuters, 2017.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno: L'Étatpost-moderne**. Prefácio de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CONJUR. Lenio Streck é o segundo jurista mais citado do mundo em Teoria do Direito, 2025. Notícia. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2025-jan-23/lenio-streck-e-o-segundo-jurista-mais-citado-do-mundo-em-teoria-do-direito/>. Acesso em: 28 abr. 2025.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb; VAL, Marcelo Ribeiro do. Da aplicação à interpretação: história do Judiciário no Brasil oitocentista. **Suprema – Revista de Estudos Constitucionais**, Distrito Federal, Brasil, v. 4, n. 2, p. 201–245, 20246. DOI: 10.53798/suprema.2024.v4.n2.a4056. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/405>. Acesso em: 21 abr. 2025.

COSTA, Dilvanir José da. **Curso de hermenêutica jurídica**: doutrina e jurisprudência. 4. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

DA ROSA BUSTAMANTE, T. A “Lei da Boa Razão” e a cultura jurídica oitocentista: prolegômeno para uma proposta de compreensão da cultura jurídica brasileira contemporânea à luz do pensamento de Antônio Manuel Hespanha. **Revista Estudos Filosóficos UFSJ**, São João del Rey, n. 14, 2017. Disponível em: <http://www.seer.ufsj.edu.br/estudosfilosoficos/article/view/2077>. Acesso em: 22 ago. 2024.

DÓRIA, Carlos Alberto. **Cadências e decadências do Brasil**: o futuro da nação à sombra de Darwin, Haeckel e Spencer. 2007. Tese (Doutorado em Sociologia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, 2007.

DUTRA, Pedro. **Literatura jurídica no Império** [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Singular, 2021.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Belknap, 1995.

DWORKIN, Ronald M. The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Illinois, v. 35, n. 1, p. 14-46, 1967. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol35/iss1/3>. Acesso em: 3 jul. 2024.

FERNÁNDEZ POSTIGO, J. C. Ponderación y equidad: Alexy, Recaséns y la búsqueda de lo razonable en la argumentación jurídica. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, n. 43, p. 107–130, 2019. DOI: 10.18601/01229893.n43.0511. Disponível em: <https://revistas.uxexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/5908>. Acesso em: 22 mar. 2025.

FRANÇA, C. E.; CABRAL, R. L. Direitos sociais e identidade operária: o poder da ideologia trabalhista no governo de Getúlio Vargas (Brasil, 1930-45). **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 11, n. 2, p. 634–653, 2016. DOI: 10.5902/19813694219617. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/21961>. Acesso em: 17 fev. 2025.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1.

GARCIA NETO, Paulo Macedo. **A influência do realismo jurídico norte-americano no direito constitucional brasileiro.** 2008. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. DOI: 10.11606/D.2.2008.tde-27022012-1658267. Acesso em: 16 fev. 2025.

GLEZER, Rubens; LYNCH, Christian; VIEIRA, Oscar Vilhena (Org.). **Teoria constitucional brasileira:** 200 anos de disputas. 1. ed. Avaré: Contracorrente, 2024.

GOMES, Angela Maria de Castro *et al.* **O Brasil republicano**, v. 10: sociedade e política (1930-1964). Introdução geral de Sérgio Buarque de Holanda. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

GOMES, Orlando. **A crise do direito.** São Paulo: M. Limonad, 1955.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica.** Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval.** Tradução de Denise Rossato Agostinetti; revisão técnica de Ricardo Marcelo Fonseca. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

HART, H. L. A. **The concept of law.** Oxford: Oxford University Press, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo.** Tradução, organização, nota prévia, anexos e notas: Fausto Castilho. Campinas: Editora da Unicamp; Petrópolis: Vozes, 2012.

HESPANHA, António Manuel. **A história do direito na história social.** Lisboa: Livros Horizonte, 1978.

HESPANHA, Antônio Manuel. Direito Comum e Direito Colonial: porque existe e em que consiste um direito colonial brasileiro. **Panóptica**, ano 1, n. 3, 2006.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Path of the Law.** Reprint. [S. l.]: The Floating Press, 2009.

IHERING, Rudolf Von. **El fin en el derecho - Zweck im recht.** Tradução de Leonardo Rodríguez. Pamplona: Analecta, 2005.

JÁCOME, Jorge González. El debate Pound-Llewellyn: de la jurisprudencia sociológica al realismo jurídico estadounidense. In: POUND, Roscoe; LLEWELLYN, Karl. **El debate Pound-Llewellyn.** Tradução de Jorge González Jácome; com a colaboração de Luis Felipe Vergara Peña. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2018.

JHERING, Rudolf Von. **O espírito do direito romano:** nas diversas fases de seu desenvolvimento. Tradução de Rafael Benaion; prefácio de Clovis Bevílaqua. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

JUNG, Luã Nogueira. **Verdade e Interpretação**: hermenêutica filosófica como alternativa ao naturalismo e ao relativismo. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2021.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Aurelino. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2014.

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LEITER, Brian. Legal Realisms, Old and New. **Valparaiso University Law Review**, Illinois, v. 47, p. 949, 201311. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles. Acesso em: 12 mar. 2025.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

LOEWENSTEIN, K. **Brazil under Vargas**. [S. l.]: The Macmillan Company, 1942.

LOPES, J. R. de L. Da Interpretatio à interpretação: um percurso histórico e teórico. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 39, 2018. DOI: 10.22456/0104-6594.8859356. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/88593>. Acesso em: 29 set. 2024.

LOPES, José Reinaldo de Lima. História do direito: ciência, interpretação e tradição. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 54, p. 3-25, abr. 2024.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **História da justiça e do processo no Brasil do século XIX**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Iluminismo e jusnaturalismo no ideário dos juristas da primeira metade do século XIX. In: JANCSÓ, István (org.). **Brasil: Formação do Estado e da Nação**. São Paulo: Hucitec; Unijuí; Fapesp, 2003.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Naturalismo jurídico no pensamento brasileiro** [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LYNCH, Christian Edward Cyril; DE MENDONÇA, José Vicente Santos. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. **Revista Direito e Práxis**, Maracanã, v. 8, n. 2, p. 942–973, 2017. DOI: 10.12957/dep.2017.256543. Disponível

em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/25654>. Acesso em: 28 set. 2024.

MAIA FILHO, Mamede Said. Período Vargas: Estado e direito administrativo no Governo Provisório. **História do Direito**, Curitiba, v. 3, n. 5, p. 100–125, 2023. DOI: 10.5380/hd.v3i5.864457. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/historiadodireito/article/view/86445>. Acesso em: 24 fev. 2025.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MICHELON JR., Cláudio Fortunato. **Aceitação e Objetividade: Uma Comparação entre as Teses de Hart e do Positivismo Precedente sobre a Linguagem e o Conhecimento do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRAUT MARTÍN, Laura. Reflexiones en torno a la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos. **Anuario de Filosofía del Derecho**, n. 19, p. 377-399, 2002. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10553/1190093>.

MIOZZO, Pablo Castro. Fundamentos dos Conceitos de Hermenêutica Jurídica e de Interpretação em Carlos Maximiliano. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFRGS**, Porto Alegre, v. 11, n. 3, 2017. DOI: 10.22456/2317-8558.666506.

MIOZZO, Pablo Castro. **Direitos fundamentais sociais sem princípios ou ponderações: bases para uma (re)construção dogmática**. São Paulo: Marcial Pons, 2024.

MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito: de Savigny a Friedrich Müller**. Curitiba: Juruá, 2014.

MURATA, Daniel Peixoto; MORBACH, Gilberto (Org.). **Curso de Filosofia do Direito Contemporânea**. São Paulo: Dialética, 20241.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996. (Coleção Filosofia, v. 40).

OLIVEIRA, Paulo César Pinto de. **Filosofia do Direito e hermenêutica filosófica: do caráter hermenêutico da Filosofia do Direito**. [S. l.]: [s.n.], 2017.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999.

PALMER, Richard E. **¿Qué es la hermenéutica?** Madrid: Arco/Libros S.L., 2002.

PAULA BAPTISTA, Francisco. **Compêndio de hermeneutica jurídica: para uso das faculdades de direito do Império**. [S. l.]: [s.n.], 1872.

PESSO, Ariel Engel. **Escravidão no Brasil Império**: a fundamentação teórica nas faculdades de direito do século XIX. São Paulo: Almedina, 2023.

POUND, Roscoe. **Introdução à filosofia do direito**. Tradução de Alvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.

POUND, Roscoe. Mechanical Jurisprudence. **Columbia Law Review**, v. 8, p. 605-623, dez. 1908.

PRIETO SANCHÍS, L. **Ideología o interpretación jurídica**. Madrid: Tecnos, 1993.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. México; Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1956.

RIBAS, Antonio Joaquim. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Garnier, 1880.

RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. Organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

ROMERO, Sylvio. **A filosofia no Brasil**: ensaio crítico. Porto Alegre: Typ. de Deutsche Zeitung, 1878. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/2217574>. Acesso em: 16 fev. 2024.

ROSENFIELD, Luis. **Revolução conservadora**: genealogia do constitucionalismo autoritário brasileiro (1930-1945). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2021.

ROSENFIELD, Luis. **Transformações do pensamento constitucional brasileiro**: a história intelectual dos juristas da Era Vargas (1930-1945). 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2019.

RÜTHERS, Bernd. **Derecho degenerado**: teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2016.

RÜTHERS, Bernd. **La revolución secreta**: del Estado de Derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAVIGNY, F. Von. **De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho**. Tradução de Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1977.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodología jurídica**. Tradução de J.J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Depalma, 1994.

SAVIGNY, M. F. C. **Sistema del derecho romano actual**. Tradução de M. Ch. Guenoux. Madrid: F. Góngora, 1878. v. 14.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do direito na Europa**: da Idade Média à Idade Contemporânea. Tradução Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite; revisão da tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica**: arte e técnica da interpretação. Tradução e apresentação de Celso Reni Braida. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Tradução de Fábio Ribeiro. 3. ed. Petrópolis, Vozes, 2014.

SCHWARZ, Roberto. **Que horas são?** ensaios. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

SILVA, Alípio. **A Hermenêutica Jurídica**: Seus Princípios Fundamentais no Direito Brasileiro. São Paulo: Leia Livros, 1985. v. 19.

SILVEIRA, Alípio. El juzgador frente al caso concreto. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Cidade do México, v. 28, out. 1957. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/issue/view/1474>. Acesso em: 12 fev. 2025.

SILVEIRA, Alípio. La premissa inarticulada en las sentencias. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Cidade do México, v. 21, mar. 1956. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/issue/view/1474>. Acesso em: 12 fev. 2025.

SILVEIRA, Alípio. **O fator político-social na interpretação das leis**. São Paulo: [s.n.], 1946.

SILVA, António Delgado da. **Collecção da Legislação Portugueza desde a ultima compilação das Ordенаções**. Lisboa: Typ. Maigrense, 1825-1830. v. 8.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Simone de Oliveira. **Francisco de Paula Baptista**: Vida e Obra: Contributo às bases científicas do processo. 2019. Dissertação (Mestrado em Sociologia do Direito) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2019.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2016.

STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e tempo”**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158–173, 2010. DOI: 10.14210/nej.v15n1.p158-1731. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em: 20 set. 2024.

STRECK, Lenio Luiz. O constitucionalismo no Brasil e a necessidade da insurgência do novo: de como o neoconstitucionalismo não supera o positivismo. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 11–28, 2013. DOI: 10.37497/revistacejur.v1i1.233. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/23>. Acesso em: 20 set. 2024.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 Verbete Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Apresentação: Eros Roberto Grau. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica**: O Sentido da Vinculação no CPC/2015. Salvador: JusPODIVM, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

TAMANAHA, Brian Z. **Beyond the Formalist-Realist Divide**: The Role of Politics in Judging. Princeton: Princeton University Press, 2010.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário [e-book]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TORRES, Alberto. **A organização nacional**. [S. l.]: Ed. Nacional, 1938.

VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo jurídico e nazismo:** formação, refutação e superação da lenda do positivismo. São Paulo: Contracorrente, 2022.

VIANNA, Francisco José de Oliveira. Novos métodos de exegese constitucional. **Revista Forense: doutrina, legislação e jurisprudência**, Belo Horizonte, 1937.

VIANNA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.

ZINGANO, Marco. **Aristóteles: Ethica Nicomachea v1-15:** tratado da justiça. Tradução e comentário de Marco Zingano; texto grego de Susemihl e Apelt (Leipzig, 1912). São Paulo: Odysseus, 2017.