

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”  
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

**FELIPE RODRIGUES XAVIER**

**AS CONSEQUÊNCIAS HERMENÊUTICAS DO(S) POSITIVISMO(S)  
JURÍDICO(S) NA INEFETIVIDADE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

**FRANCA**

**2017**

**FELIPE RODRIGUES XAVIER**

**AS CONSEQUÊNCIAS HERMENÊUTICAS DO(S) POSITIVISMO(S)  
JURÍDICO(S) NA INEFETIVIDADE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

**Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.**

**Orientador: Prof. Dr. Antônio Alberto Machado**

**FRANCA**

**2017**

Xavier, Felipe Rodrigues.

As consequências hermenêuticas do(s) positivismo(s) jurídico(s) na inefetividade constitucional brasileira / Felipe Rodrigues Xavier. – Franca : [s.n.], 2017.

237 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientador: Antônio Alberto Machado

1. Hermenêutica (Direito). 2. Direito - Filosofia. 3. Positivismo jurídico. I. Título.

CDD – 340.1

**FELIPE RODRIGUES XAVIER**

**AS CONSEQUÊNCIAS HERMENÊUTICAS DO(S) POSITIVISMO(S)  
JURÍDICO(S) NA INEFETIVIDADE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

**Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.**

**BANCA EXAMINADORA**

**Presidente:** \_\_\_\_\_

**Prof. Dr. Antônio Alberto Machado**

**1º Examinador (a):** \_\_\_\_\_

**2º Examinador (a):** \_\_\_\_\_

**Franca, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2017**

**Ao meu avô Antônio.**

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais Ângela e Paulo, sem os quais nada seria possível.

À minha tia Anadir e ao meu tio Argemiro.

Aos grandes amigos Lucas Jonas Fernandes, Guilherme Bollini Polycarpo, Guilherme Duran Galassi e Gabriel Caretta do Carmo.

*Chi trova um amico trova um tesoro.*

A Antônio Alberto Machado, orientador desde a graduação.

À toda a turma da Revista de Estudos Jurídicos da UNESP: Ana Cristina Gomes, Átila de Andrade Pádua, Marina Pedigoni, Felipe Assis Nakamoto e Karen Bevilácqua, e outros que porventura possa ter esquecido, além do coordenador Paulo César Corrêa Borges.

Aos professores com quem tive aulas durante o mestrado, especialmente Antônio Alberto Machado e Carlos Eduardo de Abreu Boucault.

*Nel TERZO del cammin di nostra vita  
Mi ritrovai per una selva oscura  
Che la diritta via era smarrita*

Dante, "A Divina Comédia"

XAVIER, Felipe Rodrigues. **As consequências hermenêuticas do(s) positivismo(s) jurídico(s) na inefetividade constitucional brasileira.** 2017. 237 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2017.

## RESUMO

O projeto pretende pesquisar as relações entre a reduzida efetividade da Constituição Federal de 1988 e os fundamentos paradigmáticos hermenêuticos sustentadores do modelo jurídico de compreensão e aplicação do Direito em nosso país. A Constituição entendida como instituidora do Estado Democrático de Direito e, no seu conteúdo principiológico e dirigente, tendo o objetivo primordial de resgate e efetivação dos direitos de segunda e terceira gerações (ou dimensões) não completamente realizados durante nosso Estado Social. Nesse passo histórico-político, o Direito passa a ter uma função realizadora, transformadora, intimamente comprometido com os mandamentos e desideratos constitucionais. Porém este mesmo Direito, criado a partir de categorias próprias da formação do direito privado europeu do século XIX, não oferece na mesma magnitude constitucional o devido *locus* de compreensão e aplicação dos direitos sociais e fundamentais, encontrando assim dificuldades para exercer esta função realizadora exigida pela Constituição. Neste diapasão, cabe pesquisar os fundamentos paradigmáticos hermenêuticos sustentadores deste modelo de Direito, tanto o paradigma objetivista assentado na metafísica clássica como o subjetivista fornecido pela filosofia da consciência, conjugando tais paradigmas com o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição e a correspondente função realizadora do Direito para que se possa verificar os desdobramentos e influências das primeiras, pois de fundamento, causas da reduzida efetividade constitucional ou, em outras palavras, a separação entre o prolixo e exuberante Texto Constitucional e sua pobreza em realizações

**Palavras-chave:** hermenêutica. filosofia do direito. teoria do direito. positivismo jurídico. constituição brasileira.



XAVIER, Felipe Rodrigues. **As consequências hermenêuticas do(s) positivismo(s) jurídico(s) na inefetividade constitucional brasileira.** 2017. 237 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2017.

### **ABSTRACT**

The project intends to investigate the relationship between the reduced effectiveness of the Federal Constitution of 1988 and the paradigmatic hermeneutical foundations supporting the legal model of understanding and application of Law in Brazil. The Constitution is understood as establishing the Democratic State of Law and, in its principological and governing content, having the primary purpose of redemption and enforcement of the rights of second and third generations (or dimensions) not completely realized during our Social State. In this historical-political step, Law happens to have a fulfilling, transforming function, intimately committed to the constitutional commandments and desiderata. However, this same Law, created from categories of the formation of European private law of the nineteenth century, does not offer the same constitutional magnitude the locus of understanding and application of social and fundamental rights, thus encountering difficulties to exercise this fulfilling function required by Constitution. In this context, it is necessary to investigate the paradigmatic hermeneutic foundations of this model of Law, both the objectivist paradigm based on the classical metaphysics and the subjectivist provided by the philosophy of consciousness, combining these paradigms with the Democratic State of Law instituted by the Constitution and the corresponding role of Law to be able to verify the unfolding and influences of the former, as grounded, causes of the reduced constitutional effectiveness or, in other words, the separation between the prolix and exuberant Constitutional Text and its poverty in realizations.

**Keywords:** hermeneutics. law philosophy. law theory. positivism. brazilian constitution.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO 1 MÉTODO, POSITIVISMO E DIALÉTICA .....</b>	<b>14</b>
<b>1.1 Positivismo científico .....</b>	<b>15</b>
<i>1.1.1 Positivismo jurídico.....</i>	<i>21</i>
<b>1.2 O mito da caverna ou teoria vs. práxis .....</b>	<b>23</b>
<b>1.3 Dialética e método.....</b>	<b>25</b>
<b>CAPÍTULO 2 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO NO POSITIVISMO EXEGÉTICO .....</b>	<b>31</b>
<b>2.1 O que se entende por positivismo exegético? .....</b>	<b>31</b>
<b>2.2 A Escola da Exegese .....</b>	<b>33</b>
<i>2.2.1 Pressupostos fundamentais da Escola da Exegese .....</i>	<i>33</i>
<i>2.2.1.1 A doutrina liberal da separação dos poderes .....</i>	<i>33</i>
<i>2.2.1.2 O legislador racional.....</i>	<i>43</i>
<i>2.2.1.3 O silogismo judicial.....</i>	<i>49</i>
<i>2.2.2 O “fato novo”: o Código Napoleônico .....</i>	<i>51</i>
<i>2.2.3 Causas da Escola da Exegese .....</i>	<i>57</i>
<i>2.2.4 Consequências da Escola da Exegese .....</i>	<i>60</i>
<i>2.2.4.1 Principais consequências hermenêuticas .....</i>	<i>63</i>
<b>2.3 Reações e contrarreações ao positivismo exegético .....</b>	<b>65</b>
<i>2.3.1 Savigny e a Escola Histórica.....</i>	<i>65</i>
<i>2.3.2 Jurisprudência dos conceitos (pandectismo) .....</i>	<i>75</i>
<i>2.3.3 Jurisprudência dos interesses e a livre investigação científica de Gény .....</i>	<i>81</i>
<i>2.3.4 Movimento do direito livre (da lei) .....</i>	<i>87</i>
<b>CAPÍTULO 3 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO NO POSITIVISMO NORMATIVISTA .....</b>	<b>92</b>
<b>3.1 Fundamentos epistemológicos do normativismo .....</b>	<b>98</b>
<i>3.1.1 A separação entre ciência e política de Max Weber .....</i>	<i>99</i>
<i>3.1.2 Kelsen vs. Kant .....</i>	<i>103</i>
<i>3.1.2.1 O imperativo categórico .....</i>	<i>108</i>

3.1.2.2 Ser e dever ser.....	111
3.1.3 A pequena herança kantiana .....	114
<b>3.2 Direito e Moral.....</b>	<b>116</b>
3.2.1 Direito e Justiça .....	124
<b>3.3 Direito e Estado.....</b>	<b>128</b>
<b>3.4 A hermenêutica do positivismo normativista.....</b>	<b>137</b>
3.4.1 A norma hipotética fundamental .....	137
3.4.2 A evolução da hermenêutica nas sucessivas edições da Teoria Pura do Direito .....	140
3.4.2.1 A primeira edição de 1934.....	140
3.4.2.2 A tradução francesa de 1953 .....	142
3.4.2.3 A edição definitiva de 1960.....	143
3.4.3 Interpretação autêntica vs. interpretação não autêntica .....	144
3.4.4 A “moldura” .....	146
3.4.5 Aplicação ateorética do direito ou o resultado paradoxal da Teoria Pura do Direito.....	149
<b>3.5 Do exegetismo ao normativismo .....</b>	<b>153</b>
<b>CAPÍTULO 4 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO NO PÓS-</b>	
<b>POSITIVISMO .....</b>	<b>161</b>
<b>4.1 Constitucionalismo contemporâneo, direitos fundamentais e princípios.....</b>	<b>164</b>
4.1.1 O constitucionalismo contemporâneo .....	164
4.1.2 Direitos fundamentais .....	172
4.1.3 Princípios .....	176
<b>4.2 Neoconstitucionalismo ou pós-positivismo à brasileira.....</b>	<b>182</b>
4.2.1 A racionalização da aplicação dos princípios de Robert Alexy.....	185
4.2.1.1 A teoria da argumentação alexyana.....	191
4.2.2 Princípios vs. valores .....	193
4.2.3 Realismo jurídico.....	197
4.2.4 O velho e o novo .....	200
<b>4.3 A não recepção constitucional .....</b>	<b>218</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>223</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>226</b>

## INTRODUÇÃO

A dissertação fundamenta-se sobre o seguinte problema:

“Como funcionam os fundamentos hermenêuticos hegemônicos em nosso direito e como eles contribuem para a reduzida efetividade constitucional?”

Claramente a premissa fundamental é de que a Constituição Federal de 1988, dotada de aparato principiológico e dirigente, princípios amplos e diversos mecanismos destinados à sua própria concretização, carece de efetividade, principalmente quanto aos núcleo de direitos fundamentais<sup>1</sup>. Constata-se o contínuo movimento de aproximação e distanciamento, muito mais este do que aquele, da Constituição em relação à sociedade e ao tempo que a engendraram, e vice-versa.

À prolixidade em direitos e compromissos da Constituição contrapõe-se sua pobreza em realizações. Afinal, como justificar a reduzida efetividade constitucional?

O enorme descompasso entre as necessidades sociais e a previsão formal dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, afora outros objetivos próprios do dirigismo constitucional, não pode ser plenamente justificável no apelo por reformas constitucionais ou melhores leis, tampouco pode sê-lo na crítica ao modelo jurídico vigente ou à própria Constituição. Aliás, se há qualquer culpado pelas mazelas do Brasil, a Constituição é a menor delas. Vítima e não vilã.

A questão é paradigmática. Parte-se dos fundamentos paradigmáticos que sustentam o modelo jurídico hegemônico para que se possa, a partir deles, tecer as relações e influências para com a reduzida efetividade constitucional, e então justificá-la. Trata-se, portanto, dos fundamentos paradigmáticos sustentadores (e ao mesmo tempo sustentados) do direito brasileiro; fundamentos paradigmáticos, epistemológicos, que fundam o *modus* de compreensão e aplicação deste direito que, a partir da Constituição de 1988, passa a assumir outras funções, sendo direito comprometido do conteúdo principiológico e dirigente desta Constituição.

---

<sup>1</sup> “Já a maior parte dos direitos sociais, os chamados direitos de segunda geração, que são exibidos brilhantemente em todas as declarações nacionais e internacionais, permaneceu no papel. O que dizer dos direitos de terceira e de quarta geração? A única coisa que até agora se pode dizer é que são expressão de aspirações ideais, às quais o nome de ‘direitos’ serve unicamente para atribuir um título de nobreza. [...] Mas uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente. A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido. Não se poderia explicar a contradição entre a literatura que faz a apologia da era dos direitos e aquela que denuncia a massa dos ‘sem-direitos.’” (BOBBIO, 1992, p. 9-10).

Pretendemos pesquisar a reduzida efetividade constitucional em nosso país ou, em outras palavras, a separação entre teoria e prática da Constituição, a partir dos fundamentos hermenêuticos dos positivismo jurídicos que sustentam o modelo preponderante do direito no Brasil. Claro que a premissa fundamental, a de que a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), extensa no rol de direitos e garantias fundamentais, bem como em instrumentos constitucionalizados para a consecução dos mesmos, ainda não parece consistir com todo o seu peso dirigente e principiológico nas estruturas sociais e jurídicas nacionais, permite a pesquisa por vários ângulos. Por exemplo, a reduzida efetividade constitucional poderia ser pesquisada na aptidão ou não dos instrumentos como ação civil pública, mandado de segurança e de injunção, entre outros, para a consecução dos objetivos do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição. Por outro lado, poderia ser pesquisada a atuação dos tribunais, principalmente os superiores, quanto à hermenêutica e aplicação de determinada classe de direitos fundamentais. Isto para não citar posturas de cunho mais sociológico. Porém, acreditamos que pesquisando os fundamentos paradigmáticos do modelo de compreensão e produção do direito chegaremos a, se não soluções, pelo menos a respostas mais satisfatórias quanto a baixa efetividade constitucional que nosso país padece. Fundamentos significam bases primeiras. Sendo elas que sustentam, em última análise, o funcionamento de todo o ordenamento jurídico, são elas, logicamente, que também sustentam a Constituição e seu grau de efetividade hermenêutico, ou seja, interpretação e aplicação constitucionais.

Tais fundamentos paradigmáticos estão assentados em duas grandes bases filosóficas. Primeiramente tem-se a metafísica clássica (ou aristotélica-tomista, nomenclatura que consagra seus dois principais pensadores), também denominada de realismo filosófico. Esta corrente filosófica compreende o mundo, as coisas e o próprio direito como portadoras de essências, cabendo ao homem a tarefa de descobri-las e colocá-las a claro. Fornecendo ao modelo jurídico o *paradigma objetivista* de compreensão e aplicação do Direito, a interpretação é aqui meramente reprodutiva: o intérprete deve extrair a “essência do texto”, o seu sentido original. A prevalência da relação sujeito-objeto está neste último. Esta é a postura embasadora de todas as demais que sustentam a interpretação literal, o “dizer a letra da lei” e congêneres.

A segunda grande base filosófica que sustenta fundamentos paradigmáticos do modelo jurídico é a filosofia da consciência. O racionalismo cartesiano juntamente ao idealismo kantiano (este último podendo ser considerado o ápice do primeiro, legando-o definitivamente como filosofia e epistemologia dominantes da modernidade) rompem com o “mito do dado”

da metafísica clássica, o puro extrair essências, e passa a conceber o conhecimento como construção do homem que para tanto utilizará métodos para a atribuição de sentido ao mundo e ao Direito. A filosofia da consciência, que emancipa o sujeito na modernidade, fornece ao modelo jurídico o *paradigma subjetivista* de compreensão e aplicação do Direito, pondo a prevalência da relação sujeito-objeto completamente no sujeito, no homem. A interpretação passa a ser produtiva: é o sujeito quem dará sentido ao texto jurídico. Decorrência são os diversos métodos empregados para a construção do sentido da norma, tais como o sistemático, teleológico, histórico, etc.

Os termos “interpretação” e “aplicação”, ao invés de “hermenêutica”, utilizados nos títulos dos capítulos e eventualmente no conteúdo do texto são por escolha estética.

Divide-se o trabalho em quatro capítulos. No primeiro lidaremos com algumas noções introdutórias e importantes como o parentesco entre positivismo científico e positivismo jurídico, breve ilustração sobre a milenar e problemática relação entre teoria e prática a partir do mito da caverna de Platão, bem como apresentamos filosoficamente a metodologia. Nos três capítulos seguintes discutimos a hermenêutica jurídica dos diferentes modelos positivistas. No capítulo segundo, dedicado ao positivismo exegetico, tratamos sobre alguns pressupostos essenciais da Escola da Exegese, como a doutrina liberal da separação dos poderes e o silogismo lógico, do mesmo modo a contribuição das escolas de reação e contrarreação que lhe surgiram ao longo do século XIX. Hans Kelsen e a Teoria Pura do Direito têm vez no terceiro capítulo. Tentamos espriar o trabalho para outras áreas importantes na obra de Kelsen, autor multifacetado. Portanto, estudamos os fundamentos epistemológicos do normativismo jurídico e as relações para com a filosofia de Immanuel Kant. Após, traçamos as consequências da doutrina de Kelsen na moral, no direito e no Estado, até chegarmos precisamente à questão da hermenêutica jurídica, o capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, e a ilustramos em comparação ao exegetismo tanto fictícia quanto realmente: *Medida por Medida*, de William Shakespeare, e o parecer elaborado pelo próprio Kelsen sobre as competências da Assembleia Constituinte brasileira de 1933. No capítulo derradeiro, traçamos longa introdução acerca do constitucionalismo contemporâneo e as transformações por ele introduzidas, para a partir daí tratar das teorias e doutrinas pós-positivistas mais em voga no Brasil hoje, a técnica de ponderação dos princípios de Robert Alexy, a questão dos valores e princípios e o realismo jurídico, sempre trazendo as consequências hermenêuticas práticas no direito brasileiro contemporâneo, do ensino à legislação, da doutrina à jurisprudência.

O significado da instituição do Estado Democrático de Direito pela Constituição Federal de 1988 (1); a correspondente função realizadora do Direito nesse passo histórico (2); os fundamentos paradigmáticos sustentadores do Direito (3); o contraponto entre o conteúdo deontológico e dirigente desta Constituição e a realidade nacional (4); a baixa efetividade constitucional (5). São estes os nossos pontos de partida, *tratando a dissertação da questão da hermenêutica jurídica, para a qual são necessários seus fundamentos filosóficos e epistemológicos, nas principais fases do positivismo jurídico (exegético, normativista, pós-positivista) e a consequência destes tipos hermenêuticos para a anemia constitucional brasileira.*

Que a leitura seja interessante, e instigante.

## CAPÍTULO 1 MÉTODO, POSITIVISMO E DIALÉTICA

*Li hoje quase duas páginas  
Do livro dum poeta místico,  
E ri como quem tem chorado muito.*

*Os poetas místicos são filósofos doentes,  
E os filósofos são homens doidos.*

*Alberto Caeiro, “O Guardador de Rebanhos”, poema XXVIII  
(PESSOA, 2007, p. 57).*

Sendo o capítulo inicial das pesquisas acadêmicas geralmente destinado à metodologia, a parte primeira desta dissertação servirá, além da exposição e justificação do método, também para breve explanação acerca do positivismo jurídico e da dialética.

Isto pois enquanto a definição de método seja intrincada questão, oferecendo grande variedade de significados conforme a matriz científica ou filosófica a qual se filie, Martin Heidegger recorda a etimologia grega da palavra, significando método “[...] o caminho pelo qual sigo uma coisa” (HEIDEGGER apud OLIVEIRA, 2013, p. 98), semelhante à latina *iter*. No entanto, e contrariamente ao conselho do próprio Descartes<sup>1</sup>, a ciência moderna (entendida esta como a gestada durante os séculos XVI e XVII imediatos ao soçobramento da Idade Média) modifica radicalmente esta raiz etimológica, inaugurando em sua tradição o método como estratégia inafastável para o conhecimento seguro, certo e verificável. Chegou-se mesmo à confusão entre método e a própria ciência no positivismo científico do século XIX, também matéria deste capítulo inicial, o qual de certa forma representa o auge romântico e cristalizado das atitudes científicas dos séculos anteriores. Já a metodologia, sendo a ciência dos métodos utilizando-se deles, é possível classificá-la como *meta* ou a autorreflexão da ciência.

Enquanto a dialética confunde-se com o próprio método, traça-se um panorama de sua evolução a partir de sua quarta conceituação na história do pensamento, aquela definitiva para a contemporaneidade, ou seja, a dialética tal como concebida a partir de Hegel e então desenvolvida e remodelada pelo marxismo (materialismo, história e dialética são conceitos intimamente relacionados; destes, a dialética é propriamente o método). Procura-se, deste

---

<sup>1</sup> “[...] embora vos mostre o modelo da minha obra, dado que ela me agradou bastante, nem por isso desejo aconselhar ninguém a imitá-la.” (DESCARTES, 2006, p. 40. E ainda: “Aproveito a ocasião e sinto-me à vontade para rogar aos pósteros para que não acreditem nunca que as coisas que lhes forem ditas vêm de mim, senão quando eu mesmo as tiver divulgado.” (DESCARTES, 2006, p. 87).



modo, fortalecer as raízes metodológicas da pesquisa, justificando-as em relação com o tema mesmo da dissertação.

Do mesmo modo, tratando a dissertação da questão da hermenêutica/aplicação do direito, bem como seus fundamentos filosóficos e epistemológicos, nas principais fases do positivismo jurídico (exegético, normativista, pós-positivista) e a consequência destes tipos hermenêuticos para a reduzida concretização constitucional na realidade jurídica, um paradoxo!, política e social do país, julgou-se mais que adequado, necessário, fazer-se uma introdução acerca do positivismo científico, o qual tem íntimas conexões, principalmente na epistemologia e na própria atitude frente às ciências, com o positivismo jurídico. De fato, ambos os positivismos compartilham raízes muitas vezes olvidadas no direito, as quais estudadas previamente facilitam a compreensão do positivismo jurídico, seus princípios científicos e métodos na definição, hermenêutica e aplicação do direito. Assim, segue-se um panorama histórico e epistemológico do positivismo científico acompanhado duma discussão acerca do termo “positivismo jurídico” e suas relações para com aquele.

No mais, neste capítulo inicial toca-se mais uma vez na famigerada questão *teoria vs. práxis*, desta vez a partir do mito da caverna platônico.

### 1.1 Positivismo científico

“O positivismo é o romantismo<sup>2</sup> da ciência.” (ABBAGNANO, 1978, p. 167). O positivismo científico, do qual o jurídico<sup>3</sup> toma seus princípios filosóficos, embora não seja decorrência direta daquele, é também filho do interminável século XIX. Ingenuamente otimista, o positivismo será o principal esteio, nos nascentes campos das ciências modernas, da afirmação do racionalismo e do capital, da própria civilização moderna, enfim, ao responder a dois anseios próprios desta nascente sociedade capitalista: de um lado, a necessidade de organização técnico-industrial do espaço e do pensamento nas cidades fundada

---

<sup>2</sup> O sentimental Auguste Comte: “[...] melhor do que o pôde fazer o catolicismo, o positivismo explica por que a felicidade privada e o bem público dependem mais do coração do que do espírito. Mas, além disso, o exame direto da questão de sistematização o conduz a proclamar que a unidade humana só pode resultar de *uma justa preponderância do sentimento sobre a razão e até mesmo sobre a atividade.*” (COMTE, 1996b, p. 79, grifo nosso) e “*Numa palavra, o espírito deve sempre ser o ministro do coração, nunca seu escravo.*” (COMTE, 1996b, p. 82, grifo nosso).

<sup>3</sup> Da mesma forma, as outras ciências humanas e sociais estão em constante relacionamento e crítica com os seus respectivos positivismos e positivistas. O positivismo é considerado, de modo mais geral e decisivo que no direito, uma espécie de grande *perigo*. A importância de Hans Kelsen, por exemplo, é restrita ao âmbito do direito.

na ciência, de outro, a apologia duma geração cujos olhos assistem ao nascimento de um novo mundo.

A tendência própria do romantismo para identificar o finito com o infinito, para considerar o finito como a revelação e a realização progressiva do infinito é transferida de e realizada pelo positivismo no seio da ciência. Com o positivismo a ciência exalta-se, apresenta-se como a única manifestação legítima do infinito e, assim, assume um caráter religioso, pretendendo suplantar as religiões tradicionais. O positivismo é parte integrante do movimento romântico do século XIX. (ABBAGNANO, 1978, p. 167).

Auguste Comte, o idealizador e sistematizador do positivismo científico, não se considera filósofo. Aliás, o positivismo rechaça a filosofia<sup>4</sup>. Ele se considera mais na condição de um reformulador completo da sociedade, isto no campo técnico, mas também no moral e político. “[...] Comte afirma que desde a idade de catorze anos [...] sentira a ‘necessidade fundamental de uma nova regeneração universal, a um tempo política e filosófica’. [...] Comte [...] via na ciência a regeneração total do homem.” (ABBAGNANO, 1978, p. 184). A missão a qual Comte se propõe é “[...] organizar todo o campo do estudo científico numa ordem abrangente e lógica. Tais esforços o mostram como verdadeiro descendente dos *encyclopedistes*.” (RUSSELL, 2013, p. 428) e, antes deles, conforme admitido pelo próprio Comte, de Bacon, Descartes e Galileu, os pais da ciência moderna.

O maior laivo de romantismo na doutrina positivista é a famigerada Lei Fundamental dos Três Estados. Em algumas mudanças de vocabulário, é fácil traduzir toda esta explanação de Comte para o obscuro estilo de Hegel:

Creio ter descoberto uma grande lei fundamental, a que se sujeita por uma necessidade invariável, e que me parece poder ser solidamente estabelecida, quer na base de provas racionais fornecidas pelo conhecimento de nossa organização, quer na base de verificações históricas resultantes de um exame atento do passado. Essa lei consiste em que cada uma de nossas concepções principais, cada ramo de nossos conhecimentos, passa sucessivamente por *três estados históricos diferentes*: estado teológico ou fictício, estado metafísico ou abstrato, estado científico ou positivo. Em outros termos, o espírito humano, por sua natureza, emprega sucessivamente, em cada uma de suas investigações, *três métodos de filosofar*, cujo caráter é essencialmente diferente e mesmo radicalmente oposto: primeiro, o método teológico, em seguida, o método metafísico, finalmente o método positivo. *Daí três sortes de filosofia*, ou de sistemas gerais de concepções sobre o conjunto dos fenômenos, que se excluem mutuamente: a primeira é o ponto de partida necessário da inteligência humana; a terceira, seu estado fixo e definitivo; a

<sup>4</sup> “Se o positivismo rechaça a Filosofia, é porque isto serve à manutenção de seu fundo ideológico dogmático. Não é sem propósito que a chamada *civilização industrial* procura na doutrina positivista, com o mito do cientificismo que lhe é intrínseco, um de seus mais fortes esteios.” (MARQUES NETO, 2001, p. 77, grifo do autor).

segunda, unicamente destinada a servir de transição. (COMTE, 1996a, p. 22, grifo nosso).

Vê-se como tornam-se intrinsecamente dependentes, quase sinônimos, no positivismo história, filosofia e método: o último sendo a necessária instrumentalização da filosofia e esta, instrumentalizada pelo método, a formadora de épocas históricas.

De fato, as filosofias da história de Comte e Hegel são bastante semelhantes<sup>5</sup>. O romantismo está em ambos na concepção idealizada do infinito, algo próximo à revelação religiosa, e a história, por sua vez, sendo a realização autoconsciente e progressiva deste infinito. O resultado, como não poderia deixar de sê-lo, é a concepção teleológica da história. Isto implica em racionalidade e linearidade da história, a qual deságua, inevitavelmente, no fatalismo. Para Hegel, filósofo oficial do Estado, o desenvolvimento da autoconsciência histórica atinge a perfeição no seu contemporâneo Estado prussiano. Assim, a “Ideia” ou o “Absoluto” já se encontram concluídos, pois são o presente divinizado; presente este criado teleologicamente pela história. Conclusão? A história acabou. Para Comte, o positivismo significa o início deste processo: “Percebe-se, pois, graças a este conjunto de considerações, que, se a filosofia positiva é o verdadeiro estado definitivo da inteligência humana, aquele para o qual sempre tendeu progressivamente.” (COMTE, 1996a, p. 25).

A ideia romântica da realidade como revelação ou manifestação progressiva de um princípio infinito que no termo do processo aparece na sua plena determinação, domina assim inteiramente a doutrina de Comte. Esta doutrina, não obstante a radical diversidade da linguagem que emprega, não se diferencia no seu princípio da doutrina de Hegel. Ambas as doutrinas acabam por divinizar a história, a que uma chama Humanidade ou Grande Ser, e a outra Ideia, mas que uma e outra consideram como tradição, conservação e progresso, ou seja, infinito e absoluto presente. Daqui deriva a outra afinidade, que já notamos, entre Hegel e Comte: a tendência para o absolutismo doutrinal e político. (ABBAGNANO, 1978, p. 204).

Comte, em sua missão auto imposta de reformulador do mundo, considera-se também a nova autoridade moral da sociedade positivista: “A realização gradual desta ampla elaboração filosófica fará espontaneamente surgir, em todo o Ocidente [...] educação geral,

---

<sup>5</sup> No entanto, a concepção de Hegel obteve sucesso político e filosófico, tornando-se o mais próximo de uma filosofia oficial de Estado, além de oferecer desdobramentos filosóficos críticos, em prol ou contra, em reafirmações, contestações e remodelações ao longo de todo o século XIX. A de Marx é uma delas. “Comte teria querido ser o chefe espiritual de um regime positivo, tão absolutista como o regime teológico que lhe cabia suplantar. Menos afortunado do que Hegel, que, com a ajuda do estado prussiano, conseguiu, pelo menos em parte, estabelecer praticamente o seu absolutismo doutrinal, Comte nunca conseguiu traduzir na prática as suas aspirações absolutistas. Mas a coincidência de atitudes entre estas duas personalidades filosóficas aparentemente tão diversas, é profundamente significativa: ambos se sentiam sacerdotes e profetas da nova divindade romântica: a humanidade ou a história como tradição.” (ABBAGNANO, 1978, p. 200).

que fornecerá [...] princípios fixos de julgamento e de conduta.” (COMTE, 1996b, p. 72). Neste particular, Comte insere a sua sociedade tecnocratizada, cuja religião é a ciência e ele, o Papa, na longa tradição de sistemas utópicos a qual nos remete a Platão<sup>6</sup>. O explícito fundo religioso do positivismo de Comte estabelece, principalmente a partir de *Sistema de política positiva ou Tratado de sociologia que institui a religião da humanidade* (4 v., 1851-54), a sua segunda grande obra, os fundamentos para uma religião positivista. Nesta segunda parte de sua doutrina, Comte objetiva “[...] *transformar a filosofia em religião*, como a primeira parte transforma a ciência em filosofia. Nesta fase, Comte apresenta-se como o profeta de uma nova religião, de que formula um catecismo (*Catecismo positivista*, 1852).” (ABBAGNANO, 1978, p. 182, grifo do autor). E embora esta seja a parte mais frágil e quase inteiramente descartada do positivismo de Comte, revelando os sinais profundamente contraditórios, excêntricos (mesmo patológicos) tanto do autor quanto da obra, existe de fato a Religião da Humanidade ou Positivista, cujo catecismo, adorações e até calendário próprios estão sob o ministério da Igreja Positivista. E isto porque o positivismo era o futuro antimetafísico... Esta, no Brasil, tem sua sede no Rio de Janeiro e teve papel não secundário na Proclamação da República, quando teve seu lema, a partir de então, inscrito na bandeira nacional.

Epistemologicamente, a pedra fundamental do positivismo é a *transparência do dado*. As ciências, portanto, detêm a condição de desvelar a realidade, conforme os seus respectivos campos de estudo, apresentando-a ao homem tal como ela é, tal como ela se apresenta, irrefutavelmente. À crença da *transparência do dado* juntam-se o mito da neutralidade científica<sup>7</sup> e a suprema valoração do método como condição intrínseca à ciência: ora, a

<sup>6</sup> “O estágio positivo da existência social, que inflamou a imaginação de Comte, apresenta as desvantagens comuns a todos os sistemas utópicos. No pensamento de Comte há um marcante vestígio de influência idealista [...] A tendência é sempre em direção a uma unificação maior. No campo da ciência, isto significa que nos esforçamos em resumir uma variedade de fenômenos sob um único título, e no terreno social o objetivo se afasta sempre do individual, rumo à humanidade como um todo. De fato, isto revela um certo toque de hegelianismo. A humanidade positiva será regida pela autoridade moral de uma *élite* científica, ao passo que o poder executivo será confiado a especialistas técnicos. Este arranjo não é diferente do Estado ideal da *República* de Platão.” (RUSSELL, 2013, p. 428-429). Apenas se substituem, no comando político e moral, os filósofos pelos cientistas.

<sup>7</sup> “Por oportuno, convém esclarecer aqui o conceito de *neutralidade axiológica*, formulado por Max Weber (1864-1920), que nos parece essencial à compreensão do papel que o conteúdo ideológico exerce na construção científica. Para Weber, o que se exige do cientista não é a pureza de uma objetividade absoluta no sentido positivista do termo. O cientista é, efetivamente, condicionado por fatores de ordem ideológica, tanto na escolha do tema, na formulação do problema e nas diversas etapas da atividade de pesquisa, como na aplicação prática dos conhecimentos teóricos. Mas o seu posicionamento em face desses fatores deve ser essencialmente *crítico*, para que ele não seja um mero joguete de suas próprias convicções subjetivas e sobretudo para que não manipule os fatos e as teorias de modo a ajustá-las a essas convicções. [...] O que se pode exigir do cientista não é, portanto, uma neutralidade completa, mas ‘participação crítica, vontade, empenho em conseguir descobrir, melhor dizendo, construir uma explicação precisa, capaz de satisfazer o nível de exigência requerido [...] porque o cientista), ‘longe de se neutralizar, [...] desempenha o papel de ativar a teoria.’” (MARQUES NETO, 2001, p. 60-61, grifo nosso).

realidade apresentar-se-á mais correta, melhor avaliada, mais *positiva*, quanto mais isento de pré-concepções axiológicas, ideológicas, etc. o cientista conseguir manter-se, bem como mais adequado for(em) o(s) método(s) utilizado(s).

Apesar de sua aparente pureza e objetividade, o positivismo contém forte carga ideológica [...] Inicialmente, a crença positivista na *transparência do dado*, ou seja, a suposição de que as ciências captam a realidade como ela efetivamente é, resulta na supervalorização do conhecimento científico, em detrimento de outras formas de conhecer que ficam, assim, relegadas a um papel secundário. Em segundo lugar, foi com base nessa presunção que COMTE formulou a pretensa lei dos três estados, segundo a qual a humanidade evoluiria de um estado tecnológico inicial, passando por um estado metafísico intermediário, até atingir um estado propriamente científico, que ele chama de positivo. Finalmente, em decorrência dessas duas proposições, o positivismo implica na fé excessiva e um tanto ingênua no poder da ciência [...] Esses três exemplos nos parecem suficientes para demonstrar que o positivismo, ao contrário do que supõe seus seguidores, é uma doutrina impregnada de juízos de valor e forte carga ideológica que se traduz na crença de que a ciência é o único caminho eficaz para a solução dos problemas humanos. (MARQUES NETO, 2001, p. 57, grifo do autor).

O positivismo como programa para a ciência recusa-se à investigação das causas dos fenômenos. Tornam-se completamente irrelevantes. O objetivo da ciência é a descoberta e sistematização das consequências sob o menor número possível de certos princípios universais.

Vemos, pelo que procede, que *o caráter fundamental da filosofia positiva é tomar todos os fenômenos como sujeitos a leis naturais invariáveis*, cuja descoberta precisa e cuja redução ao menor número possível constituem o objetivo de todos os nossos esforços, considerando como *absolutamente inacessível e vazia de sentido para nós a investigação das chamadas causas*, sejam primeiras, sejam finais. (COMTE, 1996a, p. 26, grifo nosso).

A renúncia às causas traz toda uma inversão ao âmbito do direito. Para o estudo, compreensão e aplicação do direito não importará mais os fundamentos deste, sejam os últimos (questões relacionadas ao direito natural, critérios metafísicos ou teológicos para aferição do direito, etc.) nem tampouco todo o material histórico imediatamente motor da lei. É a lei, unicamente, objeto de estudo da ciência do direito. Isto pois a lei é a *consequência* de todos os processos (jurídicos ou não), e estes processos (políticos, sociais econômicos) tornam-se irrelevantes frente a seu próprio resultado, qual seja, a lei. Esta é a essência do positivismo jurídico, primado mais fundamental emprestado por este do positivismo científico.

O escopo da investigação científica é a formulação das leis, porque a lei permite a previsão; e a previsão dirige e guia a ação do homem sobre a natureza. ‘Em suma, diz Comte, *ciência, portanto previsão*; previsão, *portanto ação*: tal é a fórmula extremamente simples que exprime de modo exato a relação geral entre a ciência e a arte’ [...] Entre os dois elementos que constituem a ciência, o fato observado ou observável é a lei, é a lei que prevalece sobre o fato. (COMTE apud ABBAGNANO, 1978, p. 194).

Quanto à dicotomia lógico-racional, o positivismo sempre tenderá à indução<sup>8</sup>. Isto pois, no positivismo científico, o adjetivo *positivo* significa tudo o que possa ser medido, marcado, loteado; enfim, aquilo a que se possa representar numericamente. No entanto, segundo passagem clássica de Karl Popper (2013, p. 28, grifo do autor), a indução é inapropriada à pesquisa científica. “Independentemente de quantos casos de cisnes brancos possamos observar, isso não justifica a conclusão de que *todos os cisnes são brancos*”, e suas críticas voltam-se principalmente contra os positivistas, os quais, mais uma vez, em seus esforços antimetafísicos, escancaram as portas para a entrada da metafísica nas ciências<sup>9</sup>.

O espírito positivo tende dar à racionalidade um lugar sempre crescente a expensas da empiricidade dos fatos observados. [...] ‘*O espírito positivo, sem desconhecer nunca a preponderância necessária da realidade diretamente experimentada, tende sempre a aumentar o mais possível o domínio racional à custa do domínio experimental, substituindo cada vez mais a previsão dos fenômenos à sua exploração imediata*’ (COMTE apud ABBAGNANO, 1978, p. 195, grifo nosso).

Em síntese, e segundo as lições de Herbert Marcuse (apud MACHADO, 2009, p. 73), são essencialmente três as características dos termos *positivo* e *positivismo*:

I – validação do racional pelo experimental;

II – entendimento das ciências naturais como paradigma para a afirmação, correção e veracidade das ciências humanas;

III – crença de que o progresso do conhecimento humano depende da total ausência de metafísicas, transcendentalismos e idealismos numa base científica e filosófica *neutralmente positiva*.

<sup>8</sup> “Não é de se estranhar, portanto, a supervalorização que o empirismo atribui à *indução* como método único na elaboração científica. Afinal, se os empiristas pressupõe que é no objeto real que estão todas as verdades, que é do objeto que flui todo e qualquer tipo de conhecimento, nada mais natural do que ver nele o ponto de partida de toda pesquisa *rigorosamente científica*.” (MARQUES NETO, 2001, p. 65-66, grifo do autor).

<sup>9</sup> “[...] o que os positivistas realmente desejam não é tanto uma bem sucedida demarcação, mas a derrubada total e a aniquilação da Metafísica. [...] os positivistas, em sua ânsia de aniquilar a Metafísica, aniquilam, com ela, a Ciência Natural. De fato, as leis científicas também não podem ser logicamente reduzidas a enunciados elementares de experiência. [...] Assim, em vez de afastar a Metafísica das ciências empíricas, os positivistas levam à invasão do reino científico, pela Metafísica.” (POPPER, 2013, p. 36-38).

Amálgama de contradições insuperáveis – sentimentalmente racional; romântico e, ao mesmo tempo, cientificista; religioso mas antimetafísico - Comte<sup>10</sup> empresta à doutrina sua personalidade. Oferecendo arrimo às necessidades burguesas de segurança e previsão, o positivismo é a ciência interpretada segundo o capital.

### 1.1.1 Positivismo jurídico

O positivismo jurídico, doutrina e expressão, não é decorrência do positivismo científico. Por “positivismo jurídico” entenda-se neste passo tanto o sentido *latu sensu*, acolhendo os principais cânones deste modo de pensar e aplicar o direito, mas principalmente o positivismo exegético (ou positivismo primário) da Escola da Exegese. Há uma diferença temporal decisiva. Enquanto que a primeira escola jurídica moderna, a Escola da Exegese, nasce em inícios do século XIX juntamente ao Código Civil napoleônico, a sistematização do positivismo científico é realizada apenas algumas décadas mais tarde (*Curso de filosofia positiva* em 6 vols. (1830-1842) e renomeado em 1848 para *Sistema de filosofia positiva*). Obviamente muitos destes positivistas jurídicos também eram-no científicos, pois a Escola da Exegese atravessa todo o século XIX. Mas, além deste fator, originariamente “[...] a expressão ‘positivismo jurídico’ deriva da locução *direito positivo* contraposta àquela de ‘*direito natural*.’” (BOBBIO, 1995, p. 15), e isto em toda a tradição do pensamento jurídico do Ocidente.

Embora no conteúdo essencial a dicotomia sempre fora bastante demarcada, e isto desde os gregos, Antígona sendo o exemplo mais clássico<sup>11</sup>, a expressão “direito positivo”, ao contrário de sua nêmesis, aparece somente em fins do século XI em Abelardo<sup>12</sup> (BOBBIO, 1995, p. 19).

<sup>10</sup> “Augusto Comte foi, sem dúvida, um homem notável, mas fez à filosofia um grande mal. A história não oferece exemplo de sistema algum que tanto abrisse caminho ao *diletantismo filosófico*, como a chamada escola positivista.” (BARRETO, 2000, p. 52, grifo do autor).

<sup>11</sup> “A tua lei não é a lei dos deuses; apenas o capricho ocasional de um homem. Não acredito que tua proclamação tenha tal força que possa substituir as leis não escritas dos costumes e os estatutos infalíveis dos deuses. Porque essas não são leis de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos: ninguém sabe quando apareceram. Não, eu não iria arriscar o castigo dos deuses para satisfazer o orgulho de um pobre rei. Eu sei que vou morrer, não vou?” (SÓFOCLES, 1996, p. 22). “Muitas peças de Sófocles, como *Antígona* e *Electra* são uma espécie de ritualização teatral da história do direito. Esta dramatização da história do direito grego nos apresenta um resumo de uma das grandes conquistas da democracia ateniense: a história do processo através do qual o povo se apoderou do direito de julgar, do direito de dizer a verdade, de opor a verdade aos seus próprios senhores, de julgar aqueles que os governam.” (FOUCAULT, 2002, p. 54).

<sup>12</sup> “Se Abelardo é o primeiro autor conhecido a empregar o termo *ius positivum*, Hugo de São Vitor o precedeu todavia em muitos anos com o uso da forma pouco diferente *iustitia positiva*.” (BOBBIO, 1995, p. 239). Seguem-se, então, duas passagens em latim confirmando a maior anterioridade conhecida (por volta de 1130) acerca do termo *positivo* em direito, contraposto sempre a direito natural, e, portanto, não guardando *originariamente* relações com o positivismo científico.

Isto pois o positivismo, considerando-se agora tanto o jurídico como o filosófico, é um comportamento, atitude, atuação frente à ciência. O positivismo entendido desta forma parte de uma tradição de fins da Idade Média e se solidifica decisivamente no século XIX.

A partir do século XV estabeleceu-se a tendência para fundar todo o raciocínio sobre os fatos observados e discutidos, e tal tendência conduziu à reorganização da astronomia, da física e da química sobre uma base positiva. Tal tendência iria estender-se a todas as outras ciências e, por consequência, à ciência geral que é a filosofia. Há de vir, portanto, uma época em que a filosofia será *positiva* e a filosofia positiva será o fundamento de um novo sistema de religião, de política, de moral e de instrução pública. Só em virtude deste sistema o mundo social poderá readquirir a sua unidade e a sua organização que já não podem fundar-se em crenças teológicas ou em teorias metafísicas. (ABBAGNANO, 1978, p. 170).

Assim, o termo “positivo” de “positivismo” refere-se a *fatos*, correspondendo “[...] a uma determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento.” (STRECK, 2014, p. 123). *Esta é a raiz comum dos positivismos científico e jurídico*. Portanto, o direito “positivo”, o direito mensurável do positivismo, é identificado primeiramente nos atos normativos do Legislativo, mais precisamente que leis, os Códigos. Floresce assim o primeiro modelo de positivismo jurídico, cuja doutrina na França receberá o nome de Escola da Exegese (o mais importante para a tradição do direito brasileiro; na Inglaterra este primeiro momento será eminentemente utilitarista, enquanto que na Alemanha pré-codificada surge a chamada jurisprudência dos conceitos) ou, por razões didaticamente hermenêuticas, positivismo primário ou positivismo exegetico.

Ora, esta é a razão de ter-se contato prévio e um pouco aprofundado com o positivismo científico. Embora o positivismo jurídico, conforme se disse, não seja consequência espontânea daquele, é somente no positivismo científico que se encontra uma sistematização metodicamente formulada de seus embasamentos filosóficos e epistemológicos; embasamentos tais como a transparência do dado, absoluta neutralidade científica, elevação do método como condição *sine qua non* da ciência e renúncia completa às causas dos fenômenos os quais o positivismo jurídico, desde seu primeiro momento, já prontamente toma como postulados básicos, embora não explicitamente, transformando o direito em direito mensurável, ou seja, a consequência, desprezando nessa atitude aparentemente científica os processos histórico-hermenêuticos de produção, compreensão e aplicação do direito.



## 1.2 O mito da caverna ou teoria vs. práxis

Toda a filosofia ocidental é bastante familiarizada com o mito da caverna exposto por Platão em sua *República* ideal. Trata-se de alegoria poética onde o filósofo argumenta das relações entre governantes e governados, cujo objetivo maior, no contexto da obra, é justificar a ascendência dos filósofos e sua correspondente melhor aptidão para o governo político.

A alegoria trata de homens encerrados numa caverna e acorrentados, desde a infância, pelas pernas e pescoços a uma parede, de modo que imobilizados não são capazes de voltar o rosto. Atrás deles, um fogo cuja luz reflete imagens, ou sombras, do mundo exterior na parede a qual estão acorrentados. Um destes homens consegue libertar-se dos grilhões e fora da caverna atinge a luz, ou o mundo de fora. Primeiramente, o homem liberto nega-se a conhecer as coisas efetivamente vistas por ele como reais, pois ainda considera como tais as sombras da caverna. Mas, após acostumar os seus olhos à luz num processo doloroso<sup>13</sup>, ele começa a conhecer todo o mundo ao redor, apercebendo-se de que as visões da caverna eram de fato sombras, pálidas imperfeições da realidade, não a refletindo corretamente (num vocabulário platônico, eram “*cópias imperfeitas*”). Se acaso este homem retornasse para a caverna e relatasse todas as suas descobertas, os outros homens, ainda acorrentados, ririam dele, julgando-o louco e jurando de morte alguém que tentasse fazer com eles o mesmo.

SÓCRATES - Se, enquanto tivesse a vista confusa - porque bastante tempo se passaria antes que os olhos se afizessem de novo à obscuridade - tivesse ele de dar opinião sobre as sombras e a este respeito entrasse em discussão com os companheiros ainda presos em cadeias, não é certo que os faria rir? Não lhe diriam que, por ter subido à região superior, cegara, que não valera a pena o esforço, e que assim, se alguém quisesse fazer com eles o mesmo e dar-lhes a liberdade, mereceria ser agarrado e morto? (PLATÃO, 1956, p. 289).

O homem liberto dos grilhões é o filósofo, ou melhor, o homem que se torna filósofo. Através desta alegoria, Platão intenta justificar o governo de sua *República* ideal, o qual caberia aos filósofos, justamente por somente estes terem acesso ao *mundo das ideias*, sendo o mundo sensível uma irremediável e desgraçada corrupção daquele. Interessante notar: Platão, talvez o maior metafísico do pensamento ocidental, certamente o mais influente, recorre, para sua explanação acerca do *mundo das ideias*, à caverna, ao fogo e, finalmente, ao mundo (sensível) banhado pela luz do sol.

<sup>13</sup> “SÓCRATES - Obrigado a fitar o fogo, não desviaria os olhos doloridos para as sombras que poderia ver sem dor? [...] SÓCRATES - Mas, ao cabo de tudo, estaria, decerto, em estado de ver o próprio sol, primeiro refletido na água e nos outros objetos, depois visto em si mesmo e no seu próprio lugar, tal qual é.” (PLATÃO, 1956, p. 288-289).

Mas há no mito da caverna, no enorme leque de problemáticas ali encontráveis, uma pouco explorada: trata-se, mais uma vez, da cisão entre teoria e prática, o afastamento entre teoria e prática, que desde o nascer do pensamento ocidental torna-se uma espécie de maldição do conhecimento.

Coloca-se aqui, a nosso ver, o problema das relações entre a teoria e a *praxis*. O problema da *praxis* política é uma questão de agir. Por sua vez, Platão nos fala do filósofo como alguém que sai da caverna para *contemplar*. Platão, percebe, então, a dificuldade de traduzir a verdade que é vista, que é contemplada, em norma, que é medida e padrão de ação. [...] O dilema, que acompanhará a filosofia e a ciência até hoje, é o da relação dicotômica entre a teoria e a *praxis*. Assim, nesta formulação, a verdade é vista. Mas ao nível da ação ela se torna mero padrão e, portanto, uma questão de correção, ou seja, de adequação a uma medida. (FERRAZ JUNIOR, 1978, p. 14).

O filósofo é o libertado da ignorância. Porém ele encontra-se impotente, ainda que sábio. Isto porque, em primeiro lugar, ele *contempla* a verdade, não a produz ou a modifica ele mesmo. Em segundo lugar, esta verdade, ainda que *contemplada*, não é comunicável aos seus (ainda?) semelhantes. O filósofo é, acima de tudo, solitário. É impossibilitado para ele transformar a *verdade-vista* em *verdade-ação*. Para contornar esta situação de incomunicabilidade, Platão faz o filósofo, em contato com os seus antigos companheiros, recorrer a mitos, fábulas e alegorias, *exatamente o que ele, Platão, faz conosco*. Mas logo se pergunta: até onde estes artifícios são legítimos? Até que ponto eles não pervertem a própria razão? Trata-se de uma questão simultaneamente moral, racional e pragmática. Veja-se que a questão toda nasce de como justificar o governo do filósofo como o melhor<sup>14</sup>.

A função da teoria no conhecimento ocidental permanece, portanto, em sua esmagadora maioria histórica e filosófica, em construir as mais variadas técnicas racionais (conceitos, formulações, sistemas, etc.) objetivando a manipulação da ação em vista a certas finalidades. Quiçá as possibilidades de superação deste impasse, a separação entre teoria e *práxis*, entre o que se fala e o que é feito, sem sucumbir à hipocrisia, estejam nos paradigmas filosóficos e epistemológicos concebidos ao longo da história para combate e superação da metafísica que forjou e infelizmente continua a forjar, além desta separação, o nosso metafísico mundo, demasiadamente metafísico.

---

<sup>14</sup> “Exaltaremos depois disso, se aprouver aos Deuses, a famosa máxima de Platão: ‘Felizes as repúblicas cujos filósofos fossem chefes, ou cujos chefes fossem filósofos!’ Se consultardes a História, vereis, ao contrário, que o pior governo sempre foi o de um homem com laivos de filosofia ou literatura.” (ERASMO DE ROTTERDAM, 1997, p. 27).

### 1.3 Dialética e Método

A dialética é, acima de tudo, um modo de compreensão. Com Abbagnano (1971, p. 11), pode-se elencar quatro diferentes conceitos pelos quais a dialética fora concebida ao longo da história: 1. A dialética como método da divisão; 2. A dialética como lógica do provável; 3. A dialética como lógica; 4. A dialética como síntese dos opostos.

Os quatro conceitos são assim formulados nas grandes doutrinas filosóficas que mais se deteram no teor da palavra “dialética” ao longo da história do pensamento: respectivamente, as de Platão, Aristóteles, a dos estoicos e a de Hegel<sup>15</sup>.

Para Hegel, a dialética é primeiramente modo de compreensão do pensamento. É o modo mais lógico e racional, portanto o mais adequado segundo o sistema hegeliano, para revelar as leis do pensar humano. A dialética torna-se assim também método, porém não na acepção que lhe empresta o racionalismo cartesiano, ou seja, dentro da variedade métodos, o pesquisador escolhe os mais aptos para se chegar aos resultados que visa obter: em Hegel, a dialética é a própria natureza do pensamento, o modo verdadeiro, único e inevitável pelo qual o pensar humano desenvolve-se. Em suma, a dialética é ao mesmo tempo lógica e ontológica<sup>16</sup>. Isto pois a totalidade da filosofia hegeliana é *a partir, sobre e quanto ao fim do ser*, tornada explícita em suas críticas dirigidas a Kant: “[...] se eu pergunto *o que é o conhecimento*, já na palavra *é* está em jogo certa concepção de *ser*; a questão do conhecimento [...] só pode ser concretamente discutida *a partir da questão do ser*.” (HEGEL apud KONDER, 1987, p. 22, grifo do autor).

Em Hegel a dialética constrói-se a si mesma em três momentos ou leis: 1. Na aproximação de um conceito abstrato e limitado; 2. Na supressão deste conceito como algo “finito” em direção a seu *oposto*; 3. Na síntese das determinações precedentes, síntese que conserva “[...] o que tem de afirmativo em sua solução e em sua transferência.” (ABBAGNANO, 1971, p. 20).

<sup>15</sup> Para outra classificação: “Desde a Antiguidade, a dialética assumiu duas formas diferentes: a da arte de operar com conceitos (Platão) e a da assimilação teórica da própria realidade, principalmente a natureza (Heráclito). Esses dois princípios na dialética pareciam absolutamente heterogêneos: a dialética ou ensina a pensar (arte de operar com conceitos), ou permite uma compreensão, uma assimilação do próprio mundo, da natureza de suas coisas. Esses dois sistemas de conhecimento por muito tempo se opuseram um ao outro como o lógico ao ontológico. Com o passar do tempo, entretanto, a evolução da filosofia conduziu à ideia de coincidência entre eles.” (KOPNIN, 1978, p. 81).

<sup>16</sup> “A dizer que uma real compreensão ontológica do direito, e do modo como ele se manifesta concretamente no espaço-tempo histórico, deve levar em conta não apenas as suas dimensões normativas, sociais, políticas, econômicas e culturais, mas também a natureza do método e as condições históricas em que se produz o conhecimento jurídico, porque [...] há mesmo uma interação dialética entre o sujeito e o objeto no processo de conhecimento jurídico, mediada e definida pela metodologia que, por sua vez, está também condicionada por fatores socioeconômicos e políticos.” (MACHADO, 2009, p. 77-78).

A dialética é o movimento total. Mas devido ao princípio fundamental de todo o sistema e filosofia hegelianos, “o que é racional é real e o que é real é racional” (HEGEL, 1997, p. XXXVI), a dialética então, de maneira lógica, desdobra-se para ser igualmente modo de compreensão do pensamento e da realidade, *idênticos*. “A história do mundo em geral é o desenvolvimento do Espírito no *Tempo*, assim como a natureza é o desenvolvimento da Ideia no *Espaço*.” (HEGEL, 2001, p. 123, grifo do autor).

Hegel chama a estes três momentos, respectivamente, de momento intelectual, momento dialético e momento especulativo ou positivo racional. Mas a dialética não é unicamente o segundo momento: é o conjunto do movimento, principalmente em seu resultado positivo e em sua realidade substancial. Pois a identidade entre o racional com o real, que é o princípio da filosofia hegeliana, implica que a natureza do pensamento seja a mesma natureza da realidade. Por conseguinte, a dialética não é unicamente a lei do pensamento, mas é a lei da realidade, e seus resultados não são puros conceitos ou conceitos abstratos, mas ‘pensamentos concretos’, é dizer, própria e verdadeira realidade, realidade necessária. (ABBAGNANO, 1971, p. 20-21).

As leis da dialética são apreendidas por Hegel abstraindo-se completamente da história dos homens e da história da natureza, o que, por sua vez, entre outras implicações, o diferencia decisivamente de Heráclito, do qual Hegel admite total influência: para aquele, a dialética é o próprio mundo. Por outro lado, “[...] uma dialética *fechada*, como a dialética hegeliana, é necessariamente racionalista. Ela pressupõe e ‘demonstra’ ao mesmo tempo, que a totalidade da experiência é exaustivamente redutível a determinações racionais.” (CASTORIADIS, 1982, p. 69). Isto pois “A missão da filosofia está em conceber o que é, porque é e o que é a razão.” (HEGEL, 1997, p. XXXVII). A dialética transforma-se, no hermetismo da filosofia hegeliana, na Razão absoluta: forma e substância formadoras de todo o mundo natural e espiritual.

O único pensamento que a filosofia traz para o tratamento da história é o conceito simples de Razão, que é a lei do mundo e, portanto, na história do mundo as coisas aconteceram racionalmente. [...] A filosofia demonstrou através de sua reflexão especulativa que a Razão [...] é ao mesmo tempo *substância e poder infinito*, que ela é em si o material infinito de toda vida natural e espiritual e também é a *forma infinita*, a realização e si como conteúdo. Ela é substância, ou seja, é através dela e nela que toda a realidade tem o seu ser e a sua subsistência. (HEGEL, 2001, p. 53, grifo do autor).

Há sugestiva anedota sobre Hegel, não se sabendo verdadeira ou não. Conta-se que durante uma de suas aulas, num momento da mais alta abstração, um aluno pede a palavra e

lhe faz a seguinte observação: “Professor, mas isto não tem nada a ver com a realidade.”, ao que Hegel responde: “Pior para a realidade.”.

Se se encontra nas categorias lógicas a substância de todas as coisas, imagina-se encontrar na fórmula lógica do movimento o método absoluto, que tanto explica todas as coisas como implica, ainda, o movimento delas. É deste método absoluto que Hegel fala, nestes termos: ‘O método é a força absoluta, única, suprema, infinita, a que nenhum objeto poderia resistir; é a tendência da razão a reencontrar-se e reconhecer-se em todas as coisas.’. *Reduzidas todas as coisas a uma categoria lógica e todo movimento, todo ato de produção ao método, a consequência natural é a redução de qualquer conjunto de produtos e de produção, de objetos e de movimento a uma metafísica aplicada.* (MARX, 1985, p. 104, grifo nosso).

Embora o idealismo e o vocabulário desnecessariamente místico, praticamente religioso<sup>17</sup>, Hegel é o primeiro na história da filosofia a sistematizar a dialética, e sua caracterização dela permanece, através do materialismo histórico dialético, a mais contemporânea. Ou seja, a dialética desenvolve-se segundo os três momentos: 1. Movimento de opostos, um em direção ao outro, reciprocamente; 2. Os opostos conciliam-se numa unidade, a qual por sua vez dará início a outro movimento dialético; 3. O movimento dialético é necessário.

A essência da dialética hegeliana não se acha na afirmação de que o logos ‘precede’ a natureza e, menos ainda, no vocabulário que forma sua ‘vestimenta teológica’. Ela jaz no próprio método, no postulado fundamental, segundo o qual ‘tudo que é real, é racional’, na inevitável pretensão de poder produzir a totalidade das determinações possíveis de seu objeto. (CASTORIADIS, 1982, p. 69).

A dialética, tal como concebida por Hegel, e não obstante a sua extrema importância para a compreensão de todo o edifício filosófico e histórico hegeliano, fora quase completamente ignorada por seus seguidores imediatos, tanto os da direita, os quais deram preferência à sua filosofia da história, absolutista e totalitária, quanto os da esquerda, descartando-a como mera especulação metafísica. Entre estes últimos encontra-se Ludwig Feuerbach, um contra os quais Marx e Engels redigem *A Ideologia Alemã*, marco de nascimento do materialismo histórico, teoria e metodologia para as ciências sociais. É n’ A

<sup>17</sup> “A resolução imanente na qual a unilateralidade e a limitação das determinações intelectuais se mostram como o que são, é dizer, como sua própria negação. Porque isto é precisamente o que é ser finito, suprimir-se a si mesmo. *A dialética constitui, pois, a alma do progresso científico; e é o único princípio através do qual a conexão imanente e a necessidade entram no conteúdo da ciência, precisamente porque contém a verdadeira, e não meramente externa, elevação por cima do finito.*” (HEGEL apud ABBAGNANO, 1971, p. 20, grifo nosso).

*Ideologia Alemã* onde Marx e Engels introduzem um duplo processo de reelaboração: em primeiro lugar, no núcleo duro, núcleo racional da filosofia de Hegel<sup>18</sup>, a dialética, retirando-a das mistificações conceituais, do vocabulário metafísico e do absolutismo doutrinal e político hegelianos, invertendo-a, conforme passagem clássica<sup>19</sup>, como instrumental o mais adequado para a compreensão e transformação da história; não a absoluta e divinizada por Hegel, mas sim o devir das realidades concretas, naturais e humanas. História humana esta não a partir do ponto de vista da filosofia da consciência, o homem médio kantiano ou abstrato hegeliano, mas o homem efetivamente em sociedade, produtor e sofredor da história.

Consequentemente, torna-se impossível a dialética abstraída das condições históricas humanas e naturais, como fora para Hegel. Portanto, a dialética reelaborada não se modifica estruturalmente em suas leis mesmas tais como acima descritas, todavia há completo redirecionamento no que tange à sua aplicação<sup>20</sup>. “Aquilo que verdadeiramente permanece da dialética hegeliana na interpretação de Marx é apenas a *necessidade da passagem* de uma certa fase à sua negação.” (ABBAGNANO, 1978, p. 73). Em segundo lugar, esta dialética

---

<sup>18</sup> O jovem e doutorando Marx era fascinado pela dialética, principalmente a de Hegel. A tese de doutorado de Marx, sobre *Diferença da Filosofia da Natureza em Demócrito e Epicuro*, certamente indica desde cedo sua necessidade de resgatar a dialética dos abstratos recônditos hegelianos, e a encontra, como praticamente todo o pensamento e filosofia ocidentais, também nos gregos. Trata-se de dois filósofos pré-socráticos materialistas, enquanto que, para o mestre Hegel, simplesmente não há possibilidades lógicas de existência de uma filosofia materialista. Marx encontra especialmente em Epicuro, embora esta concepção não lhe fosse de todo original, a ideia de confronto, união e dissolução dos átomos; dialética materialista, portanto. “De todos os sistemas antigos, o de Demócrito é o mais lógico [...] Só então o pensamento se desprende de toda a concepção antropomórfica do mito, tem-se, enfim, uma hipótese cientificamente utilizável; esta hipótese, o materialismo, sempre foi da maior utilidade. É a concepção mais terra-a-terra; parte das qualidades reais da matéria, não procura logo de início, como a hipótese do *Nous* ou as causas finais de Aristóteles, ultrapassar as forças mais simples. É um grande pensamento reconduzir às manifestações inumeráveis de uma força única, da espécie mais comum, todo esse universo cheio de ordem e de exata finalidade. [...] É assim, o primeiro grego a realizar o caráter do espírito científico, que consiste em explicar de maneira coerente uma multidão de fenômenos, sem introduzir, nos momentos difíceis, um *deus ex machina*. Esse tipo novo impressionou os gregos.” (NIETZSCHE apud OS PRÉ-SOCRÁTICOS, 1973, p. 305 e 311). Já Epicuro, “[...] seguidor do atomismo de Demócrito, Epicuro foi, neste sentido, um materialista. [...] Diferente de outras escolas, o epicurismo não desenvolveu uma tradição científica.” (RUSSELL, 2013, p. 168-169).

<sup>19</sup> “A mistificação que nas mãos de Hegel sofre a dialética não impede de modo algum que haja sido ele o primeiro em descrever as formas gerais do movimento de forma compreensiva e consciente. Acontece que a dialética aparece nele invertida, de cabeça para baixo. Não há mais que dar a volta, melhor dizendo, colocá-la de pé, e em seguida se descobre sob o envoltório místico a semente racional.” (MARX apud ABBAGNANO, 1971, p. 23).

<sup>20</sup> “Mas uma vez que a razão conseguiu pôr-se como tese, esta tese, este pensamento, oposto a si mesmo, desdobra-se em dois pensamentos contraditórios, o positivo e o negativo, o sim e o não. A luta entre estes dois elementos antagônicos, compreendidos na antítese, constitui o elemento dialético. O sim tornando-se não, o não tornando-se sim, o sim tornando-se simultaneamente sim e não, o não tornando-se simultaneamente não e sim, os contrários se equilibram, neutralizam, paralisam. A fusão destes dois elementos contraditórios constitui um pensamento novo, que é a sua síntese. Este novo pensamento se desdobra ainda em dois pensamentos contraditórios que, por seu turno, se fundem em uma nova síntese. Deste trabalho de processo de criação nasce um grupo de pensamentos. Este grupo de pensamentos segue o mesmo movimento dialético de uma categoria simples, e tem por antítese um grupo contraditório. Destes dois grupos de pensamento nasce um novo, que é sua síntese.” (MARX, 1985, p. 105).

reinventada é introduzida no cerne do materialismo, reconstruindo-o como materialismo dialético.

Aliás, quanto à filosofia da consciência, a qual terá bastante atenção ao se tratar do positivismo normativista, mormente Hans Kelsen, pois seu embasamento filosófico e epistemológico, realiza o materialismo dialético completa inversão, semelhante àquela sofrida pela dialética hegeliana. Ao contrário de toda a enorme tradição ocidental do idealismo de Kant, o qual talvez assuma o ápice com Hegel, a consciência não opera como *deus ex machina*, formadora do mundo e do homem para o próprio homem. Não se parte, assim, da consciência para as realidades, mas das realidades para a consciência, entretanto não se descartando uma ou outra, mas apreendendo-as no movimento dialético total. “A consciência é, portanto, de início, um produto social e o será enquanto existirem homens.” (MARX; ENGELS, 1998, p. 25).

A produção das ideias, das representações e da consciência está, a princípio, direta e intimamente ligada à atividade material e ao comércio material dos homens; ela é a linguagem da vida real. As representações, o pensamento, o comércio intelectual dos homens aparecem aqui ainda como a emanção direta de seu comportamento material. (MARX; ENGELS, 1998, p. 18).

A dialética em Marx é teoria e método para a compreensão do desenvolvimento histórico dos homens através da produção das condições de existência destes, por isto o nome materialismo histórico dialético, no que põe de ponta cabeça a dialética hegeliana, natureza do puro pensar e que apenas remotamente, através do “[...] tudo que é racional é real e tudo o que é real é racional” (HEGEL, 2001, p. 17), resvala na realidade, ainda que verticalmente, de cima (consciência) para baixo (realidade). O método dialético procura abarcar nesses desígnios tanto o que é como o que não é, ou seja, a negação e, a partir dela, a negação da negação; sendo necessário, portanto, a transmutação de um certo estado de coisas a seu oposto.

Quanto à metodologia, muitas vezes tem-se a colocação epistemológica das pesquisas frente à dicotomia entre as metafísicas, seja a clássica, seja a moderna (filosofia da consciência), e os diversos positivismos (exegético, normativista, pós-positivista), estes imperando quase intocados no âmbito do direito. Não obstante, a dialética materialista é a filosofia e método que rejeita tanto as metafísicas como os positivismos (KOPNIN, 1978, p. 57).

Enlaçando esta parte metodológica com o conteúdo mesmo da dissertação, esta irá lidar muito frequentemente com questões epistemológicas, métodos e paradigmas (filosófico-

científicos), para a análise e crítica da questão hermenêutica nas grandes escolas do positivismo jurídico, e sua contribuição para a baixa efetividade da Constituição Federal de 1988 como um todo e dos direitos humanos fundamentais em particular. Sendo, portanto, na lição clássica de Thomas Kuhn, paradigma “[...] aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma” (KUHN, 2000, p. 219), o paradigma a ser compartilhado nesta dissertação é o materialismo histórico dialético: dialética, o método; materialismo, as condições de produção e transmissão do conhecimento jurídico, principalmente a questão da interpretação e aplicação do Direito, das faculdades às mais altas Cortes; histórico, como enfrentar os problemas advindos da existência duma Constituição Federal como a nossa num país como o nosso.

*Renascimento* significaria a renovação de uma tradição que, nesse meio tempo, teria estado sepultada: o marxismo não precisa disso. *Reconstrução* significa, em nosso contexto, que uma teoria é desmontada e recomposta de modo novo, a fim de melhor atingir a meta que ela própria se fixou: esse é o modo normal (quero dizer: normal também para os marxistas) de se comportar diante de uma teoria que, sob diversos aspectos, carece de revisão, mas cujo potencial de estímulo não chegou ainda a se esgotar. (HABERMAS, 1983, p. 11, grifo do autor).

“A dialética do progresso se revela no fato de que – *com a aquisição da capacidade de resolver os problemas – adquire-se consciência de novas situações problemáticas.*” (HABERMAS, 1983, p. 145, grifo nosso), e outra não é a situação do direito e dos juristas brasileiros quase três décadas após a promulgação de nossa Carta Constitucional.

Elucidação e transformação do real progridem, na práxis, num condicionamento recíproco. É exatamente esta dupla progressão que é a justificação da práxis. Porém, na estrutura lógica do conjunto que formam, a atividade precede a elucidação; porque, para a práxis, a última instância não é a elucidação, e sim a transformação do dado. (CASTORIADIS, 1982, p. 95-96).

Se segundo a famosa décima primeira tese sobre Feuerbach, “[...] os filósofos só *interpretaram* o mundo de diferentes maneiras; do que se trata é de *transformá-lo.*” (MARX; ENGELS, 1998, p. 103, grifo do autor), no Brasil do século XXI os juristas ainda mal interpretam o direito brasileiro, se é que isto (o direito brasileiro) existe; quando muito, comentam as leis, os códigos e, cada vez mais, os enunciados e teses dos tribunais superiores. Quiçá transformá-lo, sendo que justamente esta é a sua maior capacidade e maior tarefa.



## CAPÍTULO 2 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO NO POSITIVISMO EXEGÉTICO

Um homem pavoroso entra e mira-se no espelho: “Por que você se olha no espelho já que não se pode ver senão com desgosto?” O homem pavoroso respondeu: “Meu senhor, segundo os imortais princípios de 89, todos os homens são iguais em seus direitos; portanto possuo o direito de me contemplar, com prazer ou desgosto, isso não diz respeito senão à minha consciência.” Em nome do bom senso, eu tinha, sem dúvida, razão; mas do ponto de vista da lei, ele não estava errado.

Charles Baudelaire, “O Espelho” (BAUDELAIRE, [2014], p. 65).

### 2.1 O que se entende por positivismo exegético?

Entende-se por positivismo exegético a primeira fase do positivismo jurídico após o ocaso do direito natural moderno seguido da codificação do direito. Delimitado em tempo, o positivismo exegético nasce e se desenvolve ao longo de todo o século XIX, arrimado nos ideais iluministas e liberais do século precedente, em busca da satisfação das necessidades da ascendente sociedade burguesa em relação ao direito: segurança, previsibilidade e domínio político e temporal sobre sua criação<sup>1</sup>. Delimitado em espaço, o positivismo exegético, por conta das influências históricas e comum pertencimento à família do *civil law*, receberá mais atenção em seu desenvolvimento na Europa Ocidental, principalmente França e Alemanha. O modelo jurídico do positivismo exegético forma-se no movimento codificador do direito privado destes países, notadamente o Código Napoleônico (*Code Civil*) de 1804 e o Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) de 1900, bem como, em sede teórico-doutrinária e também jurisprudencial, todas as discussões e escolas jurídicas que se sucederam ao longo deste século a partir do *fato novo* representado pelo aparecimento do código moderno no Ocidente.

A primeira recepção do direito romano na Baixa Idade Média apresenta como unidade básica o *Corpus Juris Civilis* (HESPANHA apud MARTINS, 2006, p. 152), compilação legal, jurisprudencial e doutrinária, em termos modernos, do antigo direito romano ordenada

---

<sup>1</sup> “A concepção da lei como principal fonte do direito chamará a atenção para a possibilidade de o direito mudar toda vez que mudar a legislação. [...] o direito reduzido ao legal fazia crescer a disponibilidade temporal sobre o direito cuja validade foi sendo percebida como algo maleável e, ao fim, manipulável, podendo ser tecnicamente limitada e controlada no tempo, adaptada a prováveis necessidades futuras de revisão, possibilitando, assim, em alto grau, um detalhamento dos comportamentos como jurisdicizáveis [...] O direito, com a Revolução Francesa, torna-se uma criação *ab ovo*.” (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 49-50).

por Justiniano I e publicada no século VI<sup>2</sup>. É em torno deste verdadeiro “texto sagrado” que a produção do conhecimento jurídico, e do próprio direito (afinal a compilação justiniana torna-se fonte material de direito durante o período), acontece por quatro ou cinco séculos até a era das codificações.

O exegetismo tem suas raízes nos glosadores e, após, comentadores, do *Corpus Juris Civilis*. Nas faculdades de direito de Bolonha e Paris exalta-se a grande herança romana; glosa-se, antes despretensiosamente como uma espécie de homenagem aos tempos antigos (a faculdade medieval é privilégio clerical); e após contextualiza-se, atualiza-se, continuamente os preceitos do direito romano privado aos múltiplos ordenamentos jurídicos, costumeiros e estatutários. Em comum o *Corpus Juris Civilis*. De fato, o direito romano legado pela codificação de Justiniano torna-se a base e a complementariedade destes: ao mesmo tempo em que era sua vinculação cultural genética, complementava-os de acordo com o trabalho dos glosadores e comentadores.

Mas esta função de complementariedade do direito romano desaparece inteiramente com o advento dos códigos modernos. Toda a argumentação jurídica, das faculdades de direito aos tribunais, transfere-se prontamente do *Corpus Juris Civilis* aos códigos. A sua influência maior está justamente no caráter de objetificação escrita do direito, a qual permanece temporalmente como qualquer tradição, tanto como fonte fundamental da produção do conhecimento jurídico quanto na inspiração básica de código. Certamente esta teria de vir de alguma obra unitária, coesa, duma compilação comum. “O movimento codificador incorpora, de alguma forma, todas as discussões romanísticas e acaba ‘criando’ um novo dado: os Códigos Civis (França, 1804 e Alemanha, 1900).” (STRECK, 2010, p. 160).

Junto a Tércio Sampaio Ferraz Junior (2008, p. 50), podemos destacar dois sentidos extrajurídicos principais da positivação do direito. Num sentido filosófico, positivar significa a normatização (estabilização) dos valores, expectativas e comportamentos de determinada sociedade filtrados através dum soberano ato de vontade, ou seja, a lei positivada. Já num sentido político-sociológico, a responsabilidade original da criação do direito passará ao Legislativo em detrimento que se pretende absoluto em relação ao Executivo e ao Judiciário, sendo o produto parlamentar considerado o principal, senão único, de valor legitimamente

---

<sup>2</sup> “Podemos dividir em três fases o período da recepção do direito clássico. A primeira, que corresponde aos séculos XII e XIII, é caracterizada pela predominância, no âmbito doutrinal, do direito romano sobre os vários direitos locais. A segunda, que compreende os séculos XIV e XV, assinala o desenvolvimento dos direitos locais como fonte *pari passu* ao direito justiniano. E, por fim, a terceira que, a partir do século XVI, afirma a supremacia dos preceitos legais régios e citadinos sobre o direito privado clássico.” (MARTINS, 2006, p. 152).

vinculante. A nova situação do direito, que precisa ser positivado por um corpo legislativo para adquirir validade, é grande herança dos pensadores iluministas franceses. A doutrina liberal da separação dos poderes e a fundação mítica da sociedade no contrato social de caráter perpétuo e marcadamente individualista (as quais, dentre outras, serão vistas a seguir quando tratarmos dos pressupostos fundamentais do exegetismo) estruturam a moderna democracia parlamentar formal.

O positivismo dito “exegetico” também recebe outras denominações como positivismo primevo ou legalista. Não estão incorretas, apenas destacam tal ou qual elemento característico. No entanto, de todos os aventados, o exegetismo é o que melhor se diferencia dos positivismo jurídicos posteriores. Isto porque o positivismo exegetico apresenta como principais aspectos: o aprisionamento da razão e da realidade no texto legal bem como a desconsideração total das relações entre direito e moral, além de, no tocante mais propriamente à hermenêutica jurídica, considerar suficiente para a interpretação do direito a simples análise sintática dos signos componentes do código (STRECK, 2010, p. 161), identificar texto e norma, lei e direito e, finalmente, separar a interpretação do direito da aplicação do direito<sup>3</sup>.

## 2.2 A Escola da Exegese

### 2.2.1 Pressupostos fundamentais da Escola da Exegese

#### 2.2.1.1 A doutrina liberal da separação dos poderes

A doutrina da separação dos poderes constitui um dos principais pilares na construção do primeiro estágio do Estado Moderno, o Estado juridicamente submetido à Constituição, também comumente denominado como Estado (Liberal) de Direito. Tanto que a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1798 afirma em seu art. 16 que “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos *nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.*” (HUNT, 2009 p. 227, grifo do autor), explicitando, por

---

<sup>3</sup> “Não será demasiada a insistência neste ponto: interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. A separação em duas etapas – de interpretação e aplicação – decorre da equivocada concepção da primeira como mera operação de subsunção. [...] Assim, sendo concomitantemente aplicação do direito, a interpretação deve ser entendida como produção prática do direito, precisamente como a toma Friedrich Muller: não existe um terreno composto de elementos normativos (=direito), de um lado, e de elementos reais ou empíricos (=realidade), do outro.” (GRAU, 2006, p. 35).

parte dos revolucionários liberais franceses, a condição *sine qua non* adquirida pela separação dos poderes para a existência de Constituição e do próprio Estado.

O tema da separação dos poderes, ou melhor dizendo, a distribuição das competências do Estado a pessoas ou órgãos diferentes, é apresentado pela primeira vez de forma sistematizada no Ocidente por Aristóteles. Sua classificação doutrinária dos governos obedece a dois critérios: quanto ao interesse almejado e em relação à quantidade de pessoas encarregadas. Assim, a realeza teria por fim o interesse geral; a aristocracia seria o governo de um grupo, pequeno número de homens; e a república, por fim, conjugaria os dois critérios, sendo o governo da multidão no interesse geral. Estas seriam as formas virtuosas, correspondendo a cada uma delas a sua forma viciada: a tirania para a realeza, a oligarquia para a aristocracia e a demagogia para a república (ARISTÓTELES, 2011, p. 105).

No entanto, o que diferenciaria de maneira definitiva o tópico da separação dos poderes na Antiguidade em relação aos tempos modernos é a questão do *pacto social*: questão que a Modernidade através de alguns de seus principais filósofos irá colocar como imediatamente subjacente ao tema do Estado. Ora, isto se revela necessário no contexto histórico: são os tempos de afirmação do Estado Absolutista na transição entre a Idade Média e a Modernidade. Novos poderes necessitam de novas legitimações, e as forças históricas dominantes adotarão, durante os séculos XVI a XVIII, justificações ideologicamente diferenciadas conforme sejam absolutistas, esclarecidas ou liberais democráticas, mas provenientes todas elas do mesmo antecedente: o pacto social.

Façamos uma breve digressão sobre as duas principais doutrinas contratualísticas: a de Thomas Hobbes e a de Jean-Jacques Rousseau.

O principal do pensamento político de Thomas Hobbes costuma ser sintetizado em dois conhecidos brocardos, “o homem é o lobo do homem” (*homo homini lupus*) e a “guerra de todos contra todos” (*bellum omnia omnes*), que se referem ambos à sua concepção sobre o estado de natureza do homem e a conseqüente necessidade de um marco civilizatório, o pacto social. Hobbes escreve na Inglaterra do século XVII, é o grande teórico do absolutismo e autor da primeira teoria sobre o Estado Moderno. A legitimação do Estado Absoluto que se dá por suas mãos se explica como solução proposta a seu conturbado contexto histórico, tempo e lugar: as guerras religiosas em toda a Europa, e na Inglaterra, além destas, uma longa sucessão de guerras civis durante todo o seu século, em parte causadas pela questão religiosa.

Quando Hobbes descreve o estado de natureza não pensa numa condição hipotética ou, de qualquer maneira, pré-histórica da humanidade, mas tem diante de sua própria mente o estado de guerra civil, quando o poder central

se dissolve e, devido às lutas intestinas, acabam por faltar a ordem a paz. *A guerra civil é para Hobbes um retorno ao estado de natureza.* (BOBBIO, 1995, p. 37, grifo nosso).

Neste cenário de guerra civil entre Estado e Igreja, a alternativa de Hobbes (2009) está em fortalecer ilimitadamente o primeiro contra quaisquer ameaças ao monopólio coercitivo do poder secular, não hesitando em condenar desde o *common law*, direito consuetudinário e, portanto, bastante independente do poder estatal, e principalmente as estruturas burocráticas da religião, almejando fazer desta, em seu projeto absolutista, um simples serviço do Estado, e a Igreja uma espécie de vassalo deste. Assim, a doutrina política de Hobbes pode ser compreendida como a resposta absolutista para a consecução da paz, submetendo todas as instâncias sociais ao Estado.

Uma vez que *a condição humana [...] é da guerra de uns contra os outros [...] todos têm direito a tudo, inclusive ao corpo alheio.* Assim, perdurando esse direito de cada um sobre todas as coisas, ninguém poderá estar seguro [...]. *O esforço para obter a paz, durante o tempo em que o homem tem esperança de alcançá-la, fazendo, para isso, uso de todas as ajudas e vantagens da guerra, é uma norma ou regra geral da razão. A primeira parte dessa regra encerra a lei fundamental da Natureza, isto é, procurar a paz e segui-la. A segunda, a essência do direito natural, que é defendermo-nos por todos os meios possíveis.* Da lei fundamental da Natureza, que ordena aos homens que procurem a paz, deriva esta segunda lei: *o homem deve concordar com a renúncia a seus direitos sobre todas as coisas, contentando-se com a mesma liberdade que permite aos demais, na medida em que considerar tal decisão necessária à manutenção da paz e de sua própria defesa. Se cada qual fizer tudo aquilo a que tem direito, reinará a guerra entre os homens.* (HOBBS, 2009, p. 98, grifo nosso).

Nesse trecho Hobbes apresenta o cerne da teoria política absolutista e o faz segundo o que seriam para ele duas Leis Fundamentais: a da Natureza, pela qual o homem empenha-se em conquistar a paz, e a do Direito Natural, consoante a qual o homem lutará com todas as suas forças para defender-se, inclusive e principalmente através da guerra. Para atingir seu objetivo supremo, o homem não tem outra saída a não ser renunciar a seus próprios direitos, exigindo o mesmo de todos os outros, numa limitação mútua e igualitária da liberdade. Afinal, se cada qual fizer tudo aquilo a que tem direito, o resultado é a destruição comum, exatamente o que se pretendeu evitar com o pacto social.

Ora, outra consequência importantíssima a partir de Hobbes é a existência de direitos individuais, indisponíveis e ilimitados *antes* da instituição do Estado. Se a condição original do homem é a de guerra de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*), há de maneira correspondente uma espécie de “direito de todos contra tudo” (*jus omnium in omnia*) (DEL

VECCHIO, 2006, p. 76). Nada mais, nada menos, dos hoje chamados direitos de primeira geração (ou dimensão), independentes do Estado e que não exigem dele quaisquer prestações. Hobbes admite ao menos dois destes direitos: o de autodefesa e o de contrato.

A mudança fundamental de uma orientação segundo deveres naturais para uma orientação segundo direitos naturais encontra a sua expressão mais clara e mais sintomática no ensinamento de Hobbes, o qual fez diretamente de um direito natural incondicional a base de todos os deveres naturais [...] Hobbes é o porta-voz clássico e o fundador de uma doutrina da lei natural especificamente moderna. (STRAUSS, 2009, p. 157).

Hobbes oferece a resposta absolutista.

Completamente diversa é a de Rousseau; outra que iluminista, romântico<sup>4</sup>.

Em uma das páginas introdutórias de seu *Contrato Social*, Rousseau contrapõe radicalmente a sua concepção de estado de natureza a de Hobbes, e consequentemente as próprias condições para a celebração do contrato social: “Renunciar à própria liberdade é renunciar à qualidade de homem [...] Enfim, não passa de vã e contraditória convenção estipular de um lado uma autoridade absoluta e, de outro, uma obediência sem limites.” (ROUSSEAU, 2006, p. 17), deixando claro, racionalmente falando, a impossibilidade da renúncia ou transferência total da liberdade do homem<sup>5</sup> em vias a uma associação protetora da pessoa e dos bens de cada associado, o que equivaleria à escravidão.

Para o homem mau, *o homem lobo do homem*, de Thomas Hobbes, Rousseau oferece o *bon sauvage*, típica romantização. A preocupação no contratualista suíço não é a da grande paz entre homens e entre Estados, mas sim a preservação no seu contrato social das pessoas e dos bens dos associados. Mais ainda, a preservação do estado anterior do homem, o qual segundo ele é de completa liberdade: “Encontrar uma forma de associação [...] pela qual cada

<sup>4</sup> O romantismo de Jean-Jacques Rousseau será a tônica de suas concepções tanto de pacto social quanto da própria natureza da democracia. São interdependentes. Nas próximas páginas, abordaremos a contradição que se dá no interior da doutrina liberal entre este elemento romântico de Rousseau e o liberalismo dominante dos demais teóricos. “[...] com o *Emílio (Émile)*, uma de suas maiores obras, que tende a reformar os sistemas de educação das crianças, de conformidade com a ideia de retomar à natureza, de abandonar tudo o que é falso, fictício, etc. [...] e desenvolve a tese de que os homens teriam sido, originariamente, livres e iguais, vivendo com extrema simplicidade, nos bosques, apenas segundo os ditames da natureza (no chamado “estado de natureza”). Nessa primeira fase, o homem não tinha sido ainda deteriorado pela degeneração da civilização; era bom, uma vez que o homem nasce bom, como tudo o que vem da natureza; e era feliz.” (DEL VECCHIO, 2006, p. 104).

<sup>5</sup> Porém, é claro, a concepção de Rousseau possibilita entrever outra possibilidade de escravidão, outra espécie em relação a de Hobbes, mas que, se acaso se fizesse possível a reconstituição da celebração e primeiros tempos de vigência do pacto social, muito dificilmente não acabaria na idêntica situação por ele condenada. “Rousseau polemizou ao escrever: ‘Enfim, na medida em que cada um se dá a todos, não se dá a ninguém’. Trata-se, evidentemente, de um sofisma. [...] Não se pode demonstrar que uma maioria possua legitimamente o poder de impor a sua vontade, nem mesmo constituindo-se em 99%.” (DUGUIT, 2009, p. 73), e este parece ser exatamente, o problema maioria(s)/minorias(s), a questão central da democracia.

um, unindo-se a todos, não obedeça portanto senão a si mesmo e permaneça tão livre como anteriormente.” (ROUSSEAU, 2006, p. 22-23).

O cenário de Rousseau é mais favorável ao homem burguês de seu tempo, reservando-lhe, ao invés da guerra civil, as forças liberais burguesas em latência. Assim que o seu contrato social apresenta esta grande marca de *conservação*, principalmente no que tange aos direitos de liberdade física e de propriedade, com o pessoal laivo de romantismo. Aliás, o traço romântico não impossibilitou a Rousseau algumas conclusões bastante razoáveis ainda no século XXI: “Nada é mais perigoso que a influência dos interesses privados nos negócios públicos e o abuso das leis por parte do governo é um mal menor que a corrupção do legislador.” (ROUSSEAU, 2006, p. 78) e “Tomando o termo no rigor de sua acepção, nunca existiu verdadeira democracia e jamais existirá.” (ROUSSEAU, 2006, p. 78).

O contrato social, tanto em sua vertente absolutista de Hobbes ou liberal e romântica de Rousseau, é a afirmação categórica duma necessidade puramente racional. Encarrega-se de algumas funções importantíssimas sem as quais o Estado Moderno careceria (ainda mais!) de legitimação, tais como oferecer preceitos sobre a construção da ordem jurídica e motivos da permanência intacta de certos direitos. “Em suma, o contrato social é um postulado da razão, uma verdade não histórica, mas normativa e reguladora.” (DEL VECCHIO, 2006, p. 106). Portanto, o pacto social é hipótese; e hipótese tanto racionalista quanto individualista. “O que entra no contrato social não são homens reais, mas um esquema abstrato racional em infinita repetição.” (RADBRUCH, 2010, p. 96). De fato, nunca fora encontrado papiro, tábua ou pedra onde estivessem enunciadas as cláusulas do contrato social. Não há qualquer vestígio histórico, nem mesmo de que a infância de povos primitivos fosse a perene guerra de todos contra todos (DEL VECCHIO, 2006, p. 78). Quando se diz da Constituição ser o pacto social, não se está usando mais do que uma figura de linguagem metafórica. No mais, o caráter racionalista torna-se evidente na afirmação do próprio Rousseau de que as disposições do contrato social “[...] conquanto jamais tenham sido talvez formalmente enunciadas, são as mesmas em qualquer lugar, em qualquer lugar tacitamente admitidas e reconhecidas.” (ROUSSEAU, 2006, p. 22-23), atemporalidade e universalidade, portanto. No que tange ao individualismo, tem-se que a hipótese do pacto social parte dos homens *individualmente* considerados (em constante guerra, como em Hobbes, ou em liberdade total, como em Rousseau), sendo este o individualismo raiz de todas as construções teóricas e históricas derivadas do pacto social, inclusive a separação dos poderes, o liberalismo político e econômico, e o próprio Estado (liberal) de Direito.

Nas palavras precisas de Kant (apud RADBRUCH, 2010, p. 85):

Não é necessário, de modo algum, pressupor-se o contrato como um *factum*, mas uma simples ideia na razão que, todavia, possui a sua realidade prática indiscutível, pois liga todo legislador de modo que estabeleça as suas leis como se *pudessem* ter brotado da vontade reunida de todo um povo, e veja a cada súdito, na medida em que queira ser cidadão, *como* se tivesse igualmente consentido em uma vontade semelhante. Esta é, pois, a pedra de toque da juricidade de toda lei pública.

Exposta a teoria contratualística em suas proposições mais importantes, tratemos agora da doutrina da separação dos poderes.

Embora, como antecipado acima, possa-se remeter a Aristóteles, a questão da separação dos poderes reapresenta-se com roupagem moderna a partir do inglês John Locke, contemporâneo de Hobbes, mas tipicamente liberal<sup>6</sup>. Locke diferencia entre funções, as quais seriam quatro, e órgão, dois. A inspiração é claramente, como não poderia deixar de ser, do Estado Absolutista inglês do setecentos. Assim, a função legislativa seria do Parlamento (ainda não se fala em Poder Legislativo), enquanto as três demais funções (assuntos de guerra, comércio e demais questões estrangeiras e, por último, o poder subordinado a regras para se fazer “o bem público” em necessidades extremas) seriam da alçada do rei (DALLARI, 2007, p. 218).

Mas a exposição mais influente da doutrina da separação dos poderes é a de Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu, nobre cujo função de *président à mortier* no Parlamento de Bordéus, espécie de corte de apelação com funções administrativas, legislativas e judiciais, uma das mais distintas posições na França do Ancien Régime, permitiu-lhe visitar a Inglaterra por volta da década de 1730. O seu objeto de análise, portanto, é o mesmo de Locke, apenas um pouco mais amadurecido em algumas décadas de domínio burguês após a relativamente pacífica Revolução Gloriosa de 1689.

Assim, na breve e célebre explanação sobre a separação dos poderes constante do Capítulo VI do Livro XI de *O Espírito das Leis*, é mais adequado entender seu título “Da Constituição da Inglaterra”, estranho à primeira vista, como o estado constitucional inglês, o modo fundamental de funcionamento das instituições jurídico-políticas inglesas àquele

---

<sup>6</sup> “Locke completou um edifício que repousava sobre os seguros alicerces de Hobbes. A outra contribuição de Locke, o fato de afixar a essa estrutura uma fachada de leis naturais tradicionais foi, em comparação, sem importância. Tornou a estrutura mais atraente para o gosto de seus contemporâneos. Mas quando os gostos mudaram, como aconteceu no século XVIII, a fachada de leis naturais pôde ser removida, por Hume e Bentham, sem causar dano à forte e bem construída estrutura utilitária que estava no interior. Hobbes, corrigido por Locke, no tocante à questão do soberano que se perpetua, forneceu assim a estrutura principal da teoria liberal inglesa.” (MACPHERSON, 1979, p. 282).



momento, de certa forma “constitucionalizadas” pela Bill of Rights de 1689, carta de direitos que se segue ao desenlace da Revolução Gloriosa, afirmando, numa prévia histórica da Revolução Francesa, algumas imposições burguesas no campo econômico tais o estabelecimento de limites legais na arrecadação de impostos e a inviolabilidade da propriedade privada, bem como a necessidade da anuência do Parlamento para a aprovação de qualquer ato normativo.

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que emendem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado. (MONTESQUIEU, 1973, p. 75).

Enquanto a proposição de Locke é a separação funcional em dois poderes, o Legislativo e o Executivo, Montesquieu nunca afirma decisivamente a necessidade da separação de funções, mas sim sugere o *equilíbrio* entre os três poderes já constituídos, adicionando à divisão de Locke o Judiciário, embora a este último pouco se refira. E aqui começam as contradições: ora, tanto um como outro analisam a mesmíssima realidade constitucional inglesa. Mas enquanto a posição do inglês Locke é mais, pode-se dizer, classificatória, tendente à legitimação da monarquia constitucionalmente burguesa da Inglaterra, o francês Montesquieu busca nesta inspiração reformas para a sua França, o que explica a diferença das conclusões a partir da mesma realidade. Em Locke a Constituição inglesa é obra de arte descrita; em Montesquieu, modelo para outro quadro<sup>7</sup>.

Além do mais, este *equilíbrio entre os poderes* de Montesquieu é a partir duma intenção puramente individualista, própria do liberalismo. A engenhosidade institucional prevista por Montesquieu almeja unicamente a *proteção da liberdade individual*. Diferentemente de John Locke, o qual elaborara doutrina racionalista da separação dos

<sup>7</sup> Para a doutrina de Hegel: “Em Hegel, a divisão quantitativa dos poderes não diverge da de Montesquieu. A palavra ‘divisão’, no entanto, não é da estima do filósofo, que quase sempre a substitui por expressões cujo emprego não chega à ideia inevitável e rigorosa de repartição. Na distinção substancial do Estado político temos, pois, segundo Hegel: a) o poder de determinar e fixar o geral, isto é, o Poder Legislativo; b) o poder que submete as esferas particulares e os casos individuais ao geral – o Poder Executivo; e c) o poder subjetivo, como poder da vontade, em última instância, a saber, o poder do príncipe, o Poder Real. Nesse poder, conforme Hegel, fundem-se os demais poderes numa unidade, que abrange o princípio e a extremidade do todo.” (BONAVIDES, 2009, p. 137).

poderes, Montesquieu responde à seguinte questão: qual a melhor forma de proteção da liberdade individual *contra* o Estado?

Desta maneira, Montesquieu também diferencia-se radicalmente dos federalistas, teóricos contemporâneos da separação dos poderes: enquanto para Jefferson, Madison e Washington a separação dos poderes torna-se, antes de tudo, mecanismo para a excelência no desenvolvimento das funções estatais, o sistema de *freios e contrapesos*, Montesquieu a concebe como mecanismo ótimo à promoção da *liberdade individual* (GRAU, 2008, p. 226) e nada mais. Afirmção e negação do Estado, respectivamente<sup>8</sup>.

Influencia-nos muito mais, brasileiros, por razões do acultramento ao longo do século XIX, a concepção liberal francesa.

*A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares. (MONTESQUIEU, 1973, p. 75, grifo nosso).*

Na concepção tripartite de Montesquieu, a concepção liberal por excelência, as atribuições do Estado resumem-se às questões de guerra e, internamente, a julgar e punir. Obviamente, a restrição acentuada das atividades estatais responde, como se disse acima, à preocupação liberal de proteção da liberdade individual: liberdades física, política e econômica. Mas não há qualquer constrangimento sobre a efetividade do Estado (DALLARI, 2007, p. 219), reduzido quase que completamente à abstenção.

Concluindo, a teoria liberal do Estado e do direito apresenta-se mais significativamente formulada através do pacto social de Jean-Jacques Rousseau e da doutrina da separação dos poderes de Montesquieu.

---

<sup>8</sup> Ora, a diferença nestas concepções explica-se pelo antecedente histórico do absolutismo: os norte-americanos apenas o conheceram indiretamente através da colonização britânica; sentiam-se, após a guerra de independência, completamente desvinculados de qualquer liame histórico na criação dum Estado nacional e desenvolvimentista. A tradição se desmanchava no ar; tradição que, na França, era demasiadamente sólida.

E justamente por esta conjugação a teoria liberal torna-se contraditória.

Ora, o liberalismo constitui-se na antítese indivíduo *versus* Estado, calcando toda liberdade, da qual seu nome provém, na negação de qualquer intromissão, atividade ou contraprestação estatal nas esferas particulares do indivíduo, desde a familiar à econômica. Na balança da antítese, a liberdade liberal pesa toda *contra* o Estado, visto como o *mau* típico de pensamentos binários, herança dos iluministas em combate ao absolutismo, todavia que nada diz respeito quanto à manifestação e presença popular seja no governo, seja nos parlamentos, na feitura e execução das leis (BONAVIDES, 2009, p. 50). A contradição reside no fato de que a teoria liberal vencedora na Revolução Francesa, e daí espraiada para todo o Ocidente, assume em seu ventre tanto as contribuições de Montesquieu como as de Rousseau. Ora, se um é liberal, outro é romanticamente democrático. “Com efeito, o filósofo do contrato social não teve a preocupação de conter a soberania mediante a dissociação do poder [...] Transfere-o, intacto, ao rei do povo.” (BONAVIDES, 2009, p. 51). Para tanto, relembremos a essência do contrato social de Rousseau: “Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob o supremo comando da vontade geral e haverá de receber ainda cada membro como parte indivisível do todo.” (ROUSSEAU, 2006, p. 23). Enquanto Montesquieu nada diz sobre democracia, Rousseau não se preocupa sobre a separação do poder.

A contradição entre Rousseau e Montesquieu – contradição em que se esteia a doutrina liberal-democrática – assenta no fato de Rousseau haver erigido como dogma a doutrina absoluta da soberania popular, com as características essenciais da inalienabilidade, imprescritibilidade e indivisibilidade, que se coaduna tão bem com o pensamento monista do poder, mas que colide com o pluralismo de Montesquieu e Constant, os quais abraçavam a tese de que os poderes deveriam ser divididos. A ideologia revolucionária da burguesia soube, porém, encobrir o aspecto contraditório dos dois princípios e, mediante sua vinculação, construiu a engenhosa teoria do Estado liberal-democrático. (BONAVIDES, 2009, p. 52).

Democracia e liberalismo político clássico não são as faces da mesma moeda; em realidade, têm pouco a ver<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Analogamente, exsurge a conflitiva questão sobre legitimidade e legalidade (ou, melhor dizendo, legitimidade *versus* legalidade) do poder político, na qual se origina, e daí para o direito. As revoluções liberais burguesas invertem a ancestral relação de subordinação, fazendo, a partir do século XVIII, a legitimidade depender da legalidade. “Lembre-se o confronto estabelecido na França monárquica, no período da Restauração, entre a legitimidade de uma monarquia restaurada e a legalidade do Código de Napoleão: os liberais aspiravam à monarquia constitucional como forma legal de governo; os realistas (monarquistas), enquanto forma legítima de governo. Note-se que a democracia liberal importa, em sua origem, repúdio da legitimidade, até porque esta é tida como noção estritamente vinculada à ideia monárquica; por isso jamais se construiu uma noção de legitimidade democrática, afastada pela concepção de legalidade democrática.” (GRAU, 2008, p. 85).

Apesar desta contradição intrínseca, a qual se desvela numa rápida observação e seria o suficiente teórico e lógico para sua não adoção ou ao menos reformulação profunda, é esta doutrina liberal da separação dos poderes junto à concepção romantizada da democracia, contribuições principais e em muitos pontos antagônicas de Montesquieu e Jean-Jacques Rousseau, que irá informar todo o período político-constitucional da Europa e América Latina desde os oitocentos até os nossos dias, com interrupções temporárias nos períodos ditatoriais.

Segundo Norberto Bobbio (2007), a modificação mais significativa durante este longo período fora introduzida por Kelsen. Partindo da identidade entre Estado e ordenamento jurídico, o jurista austríaco classifica aquele através dos modos de produção deste: numa estrutura semelhante à famigerada pirâmide, Kelsen distingue as formas de governo de acordo com a criação do direito em dois modos, a partir de cima e a partir de baixo, conforme os destinatários das normas participem ou não de sua criação.

Remetendo-se à distinção kantiana entre normas autônomas e heterônomas, Kelsen chama a primeira forma de produção de heterônoma, a segunda de autônoma. A estas duas formas de produção correspondem duas formas puras ou ideais de governo, a autocracia e a democracia. [...] Naturalmente, Kelsen tem o cuidado de precisar que autocracia e democracia assim definidas são formas puras, e nenhum Estado existente corresponde perfeitamente às duas definições. (BOBBIO, 2007, p. 106).

A classificação de Hans Kelsen, além de inócua, não se apresenta muito mais sofisticada que a de Aristóteles, e sua contribuição na teoria política merece referência mais por ser caudatária, logicamente dependente, da Teoria Pura do Direito do que por méritos próprios.

O Poder Judiciário é aquele do qual Montesquieu menos se ocupa em sua obra magna, talvez porque à época de sua pesquisa inglesa vivia-se os primeiros momentos de independência do Judiciário em relação ao Executivo; Locke, por exemplo, conhecera o Judiciário como cadeia de órgãos apêndices ao poder real, em igual situação a funções que hoje diríamos administrativas. Em citação do próprio Montesquieu acima, citação onde expõe a doutrina da separação dos poderes, sente-se certa vacilação no tema: primeiramente, ele subdivide o poder executivo em relação ao direito de guerra e em relação à aplicação do direito internamente. Apenas posteriormente ele chamará este último de “poder de julgar” em contraposição ao primeiro, “poder executivo”.

A metáfora do juiz *boca-da-lei* revela a pouca importância atribuída por Montesquieu à função judicial, ao Poder Judiciário, refletindo, de um modo geral, as concepções contemporâneas dominantes. É de se lembrar que se trata ainda dos primórdios do Estado

Liberal de Direito, e as preocupações voltam-se para a declaração de direitos, contentando-se os revolucionários com a formalidade impressa dos ideais propulsores de sua revolução vitoriosa. Não se concebia à época quaisquer funções prestativas do Estado, principalmente, para se dar exemplo atualíssimo no Brasil, a questão das políticas públicas. A propósito, Eros Grau colaciona crítica de Fábio Konder Comparato: “A omissão das Constituições modernas em regular a realização de políticas, ocupando-se unicamente da produção do direito, torna inoperante a divisão dos poderes.” (COMPARATO apud GRAU, 2008, p. 235). No mais, a clássica metáfora é do próprio Montesquieu: “Mas os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei.” (MONTESQUIEU, 1973, p. 78), pequena frase onde encontram-se imbrincadas o racionalismo de Descartes, o silogismo lógico reapresentado de Kant e a própria doutrina da separação dos poderes de Montesquieu; principais ideias formadoras da própria modernidade, por fim, e do positivismo jurídico, representando ao mesmo tempo a certidão de nascimento e a certidão de óbito do positivismo exegetico.

Isto pois,

A teoria clássica da divisão dos poderes [...] irá garantir de certa forma uma progressiva separação entre política e direito, regulando a legitimidade da influência da política [...] que se torna totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente no Executivo e fortemente neutralizada no Judiciário, dentro dos quadros ideológicos do Estado de Direito. (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 49).

Conclusão? A teoria liberal é uma insuperável contradição em si mesma, e a doutrina da separação dos poderes, meramente formalista, é incapaz de garantir as liberdades e os demais direitos de primeira geração, muito menos de garantir a própria democracia em tempos de crise e os direitos dela decorrentes cuja amplitude transcende os interesses individuais, pois concebida para o enfraquecimento e neutralização do Estado. Enfim, não alcança cumprir absolutamente nada do que promete, e talvez seja exatamente por isto que permaneça como paradigma para o direito e para a política.

#### *2.2.1.2 O legislador racional*

O legislador racional é para o direito legislado o que a divindade é para o direito natural. Na esteira dos pressupostos fundamentais do positivismo exegetico, esta figura assume vital importância para toda a metodologia hermenêutica destes primeiros tempos de

positivismo, verdadeira condição de possibilidade sem a qual desmorona-se o edifício de interpretação e aplicação do direito. Mais uma vez, a doutrina liberal da separação dos poderes faz-se presente, sendo a causa imediata do legislador racional.

Ora, o surgimento do Código é a afirmação do Poder Legislativo sobre os demais. Em tempos pós-absolutistas, o liberalismo latente da doutrina da separação dos poderes transfere a competência para fazer leis do Executivo para o Legislativo, como parte da estratégia liberal de enfraquecimento daquele. Esta mudança é gradativa, mas ocorre primeiramente na França e isto auxilia a explicar o porquê deste país ser o primeiro a promulgar o Código moderno, o *Code Civil* em 1804.

O fato novo representado pelo Código, como é habitual em assuntos humanos, é recepcionado nos modelos vigentes, tradicionais, de compreensão e produção do conhecimento jurídico, com ligeiras adaptações. Se a primeira parte deste capítulo demonstrou as semelhanças entre a recepção do *Code Civil* pela comunidade jurídica com a recepção dos textos romanos pelos medievais, e as consequências advindas para o ensino do direito já a partir do século XIX, era agora preciso dotar este novo e estranho objeto da glosa dum criador universal. Se a condição racional do jusnaturalismo pressupunha a existência da divindade como única criadora da ordem jurídica total e justa, a figura mítica do legislador racional assumirá a mesma função de condição racional para o direito legislado, a lei, o *Code Civil*. Aí incorporar muitas características como onipotência, omnisciência e onipresença, além da justiça, típicas da divindade.

[...] a ideia de codificação é fruto da cultura racionalista, e se aí (na França) pôde se tornar realidade, é precisamente porque as ideias iluministas se encarnaram em forças histórico-políticas, dando lugar à Revolução Francesa. [...] Esse projeto nasce da convicção de que possa existir um *legislador racional* (isto é, um legislador que dita leis válidas para todos os tempos e para todos os lugares) e da exigência de realizar um *direito simples e unitário*. A *simplicidade* e a *unidade* do direito é o *Leitmotiv*, a ideia de fundo, que guia os juristas que nesse período se batem pela codificação. (BOBBIO, 1995, p. 64-65, grifo do autor).

Os primeiros exegetas do *Code Civil*, de maneira consciente ou não, já que a cultura racionalista fazia-se muito mais forte na França do que em qualquer outro país europeu, ao tomar como pedra de toque o texto da lei equalizado ao direito, e ambos identificados com o legislador, assumem fatalmente o temor absoluto à doutrina da separação dos poderes de Montesquieu. Nas primeiras décadas após a promulgação do *Code* este temor atingiu níveis tão extremos a ponto da famigerada proibição de interpretar imposta aos juízes, culminando

na criação do Tribunal de Cassação<sup>10</sup>. Tratava-se duma instância judicial *sui generis*, unicamente interpretativa, a qual os próprios juízes deveriam recorrer nos casos em que encontrassem dificuldades hermenêuticas, tendo em vista o *non liquet*. O Tribunal de Cassação não julgava o mérito dos casos, separando-se absolutamente o fato do direito, pronunciando-se apenas sobre a correção da interpretação realizada pelo juiz *a quo*, e caso não chegasse a uma conclusão, dirigia-se diretamente ao Poder Legislativo o qual este sim daria a palavra final, *autêntica*, sobre a correta interpretação da lei por ele mesmo emanada. Com as recentes reformas constitucionais e processuais em sentido a conferir vinculação à jurisprudência, nossos tribunais superiores estão assumindo algumas funções bastante semelhantes às do Tribunal de Cassação francês.

Divergir do Código equivale a contrariar o legislador e, portanto, invadir competências.

Também se enquadraria no rol das razões que impeliram os exegetas ao positivismo estatista o fato de que, sendo fervorosos liberais, herdaram os juristas franceses a lição de Montesquieu... Ora, permitir que o intérprete e aplicador do Direito exercite mais amplas liberdades hermenêuticas, não será consentir que o judiciário legisle, com o que terá havido uma indesejável invasão da competência dos poderes? (MACHADO NETO, 1958, p. 39).

Deste modo, pode-se concluir que no positivismo exegetico a tônica encontra-se no Poder Legislativo. O Executivo sanciona ou veta os projetos de lei, e sua competência legislativa é residual ou extraordinária como nas hodiernas medidas provisórias. Já o Judiciário, como visto na própria formulação de Montesquieu, tem um papel bastante secundário. O positivismo normativista de Kelsen, as correntes voluntaristas e principalmente o neoconstitucionalismo irão transferir esta tônica, cada um a seu modo, para o momento decisório no Judiciário.

O legislador racional, apresentando as mesmas características da divindade, não é simplesmente forjado no iniciante positivismo exegetico tão logo a promulgação do *Code*. Em realidade, o legislador racional e a divindade encontram-se numa figura anterior, o soberano. Na modernidade, este soberano é principalmente *soberano-legislador* e, como muitas das teses positivistas, encontra seu precursor em Thomas Hobbes.

---

<sup>10</sup> “[...] e a busca da verdade jurídica assim concebida exigia a observância rigorosa do princípio da separação dos poderes, até o ponto de ficarem os juízes proibidos de interpretar a lei. Esse pressuposto ideológico presidiu a instituição do sistema francês do Tribunal de Cassação, órgão judiciário, espécie de anexo ao Legislativo [...] Mas o Tribunal de Cassação não entrava no mérito dos casos *sub judice*, era uma instância a que os juízes deveriam recorrer para obter esclarecimentos interpretativos. Caso o próprio tribunal não encontrasse resposta, deveria dirigir-se ao órgão legislativo, o qual, este sim, estabeleceria a interpretação *autêntica* da lei.” (COELHO, 2011, p. 150-151).

Ora, para ele “[...] a lei civil é constituída, para todo súdito, pelas regras que o Estado lhe impõe, oralmente ou por escrito, ou por qualquer outro sinal suficiente de sua vontade, empregando tais regras para diferenciar o que é certo do que é errado.” (HOBBS, 2009, p. 188), definição tipicamente positivista, significando rompimento absoluto com o antigo conceito jusnaturalista, e podendo ser considerada acertadamente o marco de nascimento do positivismo jurídico na modernidade. E isto por duas razões fortes: o direito não é fruto da razão, mas sim da *vontade*, e Hobbes, o pai do positivismo, em nenhum momento faz referência ao conteúdo ou ao fim do direito. Desta concepção moderna de direito, iniciadora de toda a tradição do positivismo jurídico, de forma que, numa perspectiva histórica, pode-se considerar a Teoria Pura do Direito um detalhamento aprofundado e aperfeiçoado de suas teses principais, Thomas Hobbes deriva algumas implicações<sup>11</sup> as quais dividimos didaticamente em dois blocos.

Em primeiro lugar as implicações jusfilosóficas, de ruptura com o jusnaturalismo:

I. “A lei natural e a lei civil contêm-se uma na outra, e sua extensão é idêntica [...] As leis existem desde o momento em que o Estado é constituído, não antes.” (HOBBS, 2009, p. 189).

II. Nossos juristas concordam com a ideia de que a lei nunca é contrária à razão, e de que essa mesma lei não é a letra (isto é, cada uma de suas frases), mas a intenção do legislador [...] Portanto, o que faz a lei não é a *iuris prudentia*, ou sabedoria dos juízes subordinados, mas a razão desse homem artificial, o Estado, e suas ordens. (HOBBS, 2009, p.191-192).

Em segundo lugar as implicações que, verdadeiras concretizações das duas teses acima expostas, encontram-se atualmente na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) (BRASIL, 1942):

I. Somente o Estado prescreve e ordena a observância das regras a que chamamos leis; logo, o Estado é o único legislador [...] Ninguém pode revogar uma lei já feita, a não ser o soberano, porque uma lei só pode ser revogada por outra lei que proíba sua execução. (HOBBS, 2009, p. 189).

Ou o princípio da continuidade das leis enunciado no art. 2º da LINDB: “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.”

---

<sup>11</sup> São oito consequências, sendo uma sobre a não aplicabilidade da lei aos incapazes e outra afastada pela democracia liberal: “O soberano de um Estado, seja ele uma assembleia, seja um homem, não está sujeito às leis civis.” (HOBBS, 2009, p. 189).



II. Quando um costume prolongado adquire a autoridade de uma lei, não é a sua longa duração que determina a autoridade, mas a vontade do soberano expressa por seu silêncio [...] e tal costume só continua a ser lei enquanto o soberano mantém esse silêncio. (HOBBS, 2009, p. 189).

Ou o primado da lei como fonte única do direito. Única pois jurisprudência e doutrina, analogia, costumes, equidade ou princípios gerais do direito apenas adquirem qualidade de fonte do direito quando admitidas pela lei, e de modo excepcional. Diz o art. 4º da LINDB: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” O constitucionalismo ao longo do século XX modifica radicalmente o tema das fontes do direito.

III. Caso o soberano de um Estado venha a subjugar um povo que tenha vivido sob outras leis escritas e, posteriormente, governe a esse povo por meio das mesmas leis com as quais antes era governado, essas leis serão leis civis do vitorioso e não do Estado subjogado. O legislador não é aquele por cuja autoridade as leis foram feitas pela primeira vez, mas aquele por cuja autoridade elas continuam a ser leis. (HOBBS, 2009, p. 190).

Ou seja o princípio da autoridade: soberano é quem detém o poder de fazer leis.

A concepção de Hobbes acerca da lei, para além de seu interesse epistemológico como antecedente primário na modernidade do positivismo jurídico, e mesmo de sua influência na *práxis* jurídica brasileira, torna-se imprescindível para a compreensão da figura do legislador racional: sendo a lei a única fonte do direito, o poder está nas mãos do soberano, que é também o legislador. Aqui poder e direito confundem-se decisivamente.

O princípio da autoridade tal como enunciado de maneira positivista por Hobbes permanecerá no âmago do positivismo ao longo dos séculos, eclodindo através da figura do *legislador racional*. Excepcionadas suas características absolutistas, é o soberano-legislador concebido por Thomas Hobbes que será emprestado pelos primeiros exegetas do século XIX (o que inclui não somente a Escola da Exegese francesa, como os pandectistas alemães, principalmente) como condição de possibilidade para a construção de todo o edifício positivista exegetico.

Colacionadas por Nino e apresentadas por Tércio Sampaio, são características do *legislador racional* (NINO apud FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 245):

I. *Singular*: embora a existência dos Poderes Legislativos nas três esferas de governo, Câmara, Senado, respectivas Mesas e Comissões, etc. pressupõe-se apenas a sua singular figura: o legislador;

- II. *Permanente*: como é ideal, não está sujeito ao tempo;
- III. *Único*: é apenas uma única vontade que estabelece todo o ordenamento jurídico;
- IV. *Consciente*: estando continuamente a criar o ordenamento jurídico, dele tudo conhece, todas as normas;
- V. *Finalista*: a intenção do legislador (*voluntas legislatoris*), ou a segunda forma *latu sensu* de interpretação formulada pelo positivismo exegético em contraposição à *voluntas legis*;
- VI. *Omnisciente*: conhece todos os fatos e condutas, reais ou possíveis;
- VII. *Omnipotente*: todas as matérias são passíveis de normatização;
- VIII. *Justo*: esta característica e as duas acima conferem um caráter teológico à figura do legislador;
- IX. *Coerente*: qualquer aparente incoerência é solucionada pelas regras *lex posterior derogat legi priori*, *lex superior derogat legi inferiori*, *lex specialis derogat legi generali*;
- X. *Omnicompreensivo*: o ordenamento jurídico é universal, a tudo regulando explicita ou implicitamente;
- XI. *Econômico*;
- XII. *Operativo*: todas as normas do legislador racional têm aplicabilidade;
- XIII. *Preciso*: daí a regra hermenêutica oriunda do positivismo exegético de que o texto da lei não possui palavras inúteis ou supérfluas.

As características do legislador racional confirmam os dois princípios da hermenêutica jurídica do positivismo exegético: a inegabilidade dos pontos de partida (a lei) e a proibição do *non liquet* (para todo conflito há decisão legal) (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 246). Assim, muito mais do que uma imagem retórica utilizada à larga até hoje como nas expressões “andou bem (ou mal) o legislador”, “o legislador intentou (quis dizer) isto ou aquilo”, a figura do legislador racional constitui condição de possibilidade para a metodologia hermenêutica do positivismo jurídico<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> “Nessa conceptualização da vontade racional ressalte-se, dentre seus atributos, alguns *postulados de competência*, desenvolvidos pela dogmática alemã do século XIX, dentre os quais: a) o legislador não cria normas impossíveis de serem executadas [...] b) o legislador não cria normas sem algum propósito [...] c) as condutas exigidas ou permitidas nas normas são aptas a levar os sujeitos normativos à consecução dos propósitos da regulação (coerência entre meios e fins); d) a vontade do legislador é unitária, de forma que as regras são sistematicamente relacionadas; e) a vontade do legislador é completa [...] f) o legislador é rigorosamente preciso e não cria normas inócuas ou redundantes.” (WIEACKER apud FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 247).

### 2.2.1.3 O silogismo judicial

A consequência hermenêutica mais importante da doutrina liberal da separação dos poderes (inclusive o legislador racional) nesses primeiros tempos de positivismo encontra-se na famigerada metáfora do *juiz boca-da-lei*, figura a mais simbólica do positivismo exegético e a mais recorrente para sua crítica. Encontra-se no próprio Montesquieu, no já citado capítulo sobre a Constituição Inglesa: “Mas os juizes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor.” (MONTESQUIEU, 1973, p. 78).

Os julgamentos são simplesmente a declaração da lei. O juiz do positivismo exegético é meramente uma figura mecânica, reprodutora do texto legal a todos os casos *sub judice*, procurando acoplar o mais fielmente e perfeitamente possível os fatos ensejadores da lide ao texto da lei, nem se cogitando ainda das distinções entre “texto” e “norma”. A separação absoluta dos poderes constrange o juiz, tornando-o uma espécie de escriba moderno<sup>13</sup>. Assevera Montesquieu que “[...] os julgamentos devem ser fixos a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos.” (MONTESQUIEU, 1973, p. 76). Todavia, é claro que o juiz como imaginado pelos liberais teóricos da doutrina da separação dos poderes bem como pelos juristas que recepcionaram primeiramente o *Code Civil* mostrou-se completamente impossível na realidade, e esta constatação fora uma das principais a fomentar as escolas de combate ao positivismo exegético em geral e à Escola da Exegese em particular, como a Escola Histórica, a Jurisprudência dos Interesses e mais radicalmente a Escola do Direito Livre, as quais serão vistas a seguir.

A função maquinal, involuntária, automática do *juiz boca-da-lei*, ainda que irrealizável, apenas mostra-se cogitável por meio do silogismo judicial, fazendo da atividade jurisdicional, a maior encarregada das funções de interpretação e aplicação do direito, simples exercícios de lógica.

<sup>13</sup> Por exemplo, Beccaria em seu célebre opúsculo *Dos Delitos e das Penas* de 1764: “[...] os julgadores dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela própria razão de não serem legisladores. [...] Qual será, então, o legítimo intérprete das leis? O soberano, isto é, o depositário das vontades atuais de todos; e nunca o juiz, cujo dever consiste exclusivamente em examinar se tal homem cometeu ou não um ato ofensivo às leis. O juiz deve fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for obrigado a elaborar um raciocínio a mais, ou se o fizer por sua conta, tudo se torna incerto e obscuro. Não há nada mais perigoso do que o axioma comum, de que é necessário consultar o espírito da lei. Adotar esse axioma é quebrar todos os diques e abandonar as leis à torrente das opiniões.” (BECCARIA, 2008, p. 21-22, grifo nosso).

Quanto à aplicação do Direito ao fato, os exegetas do Código Napoleão foram os maiores responsáveis pela grande divulgação da metáfora kantiana do silogismo judicial, uma vez que uma lei plena seria uma cômoda premissa maior de um perfeito silogismo de aplicação, cuja premissa menor seria o fato e que teria por conclusão a sentença. Tal ideia simplista acerca da aplicação é ainda hoje muito aceita entre os teóricos e práticos do Direito, mesmo por parte daqueles que já se desprenderam praticamente dela e de suas implicações legalistas, mas continuam presos ao seu império teórico, o que, em nosso entender, resulta da relativa felicidade da comparação e do brilho do achado kantiano. (MACHADO NETO, 1958, p. 34-35).

A fórmula é conhecida: o Código, fato novo e estranho, transforma-se na premissa maior do silogismo lógico. O caso real, prático, posto à jurisdição do Estado transforma-se na premissa menor. A decisão judicial é a conclusão que enlaça todo o procedimento.

O silogismo lógico de matriz racional aristotélica aperfeiçoado pelo idealismo de Kant é transplantado incólume para o terreno do direito, tornando-se o silogismo judicial. Não somente, mas já que se toma a lei como o próprio direito, a lei então, ou melhor dizendo, o texto da lei contém todo o mundo fático possível, todas as possibilidades de aplicação do direito. Assim todos os casos possíveis, todas as lides, são solucionáveis rápida e facilmente. Ao juiz cabe, através de simples deduções e subsunções lógicas, dar ao caso apresentado a solução que, de qualquer maneira, já se encontra no texto da lei.

Texto este que contém em si a totalidade do mundo fático; texto este que contém a própria razão, a razão do legislador racional.

As suas premissas constituem justificação da decisão (a chamada justificação 'interna'), porém habitualmente, também a escolha das premissas exige, por sua vez, justificação (a chamada justificação 'externa' ou meta-justificação). A escolha das premissas, de fato, não é coisa óbvia: é o resultado de uma dupla série de decisões preliminares. Uma primeira série de decisões é necessária para estabelecer a premissa maior: estas decisões atendem à interpretação das fontes do direito e, eventualmente, dos precedentes. Uma segunda série de decisões é necessária para estabelecer a premissa menor: estas decisões atendem à avaliação das provas (a qual é, por seu turno, parcialmente disciplinada por normas jurídicas: por exemplo, as que estabelecem as presunções). Portanto, a decisão judicial requer a prévia solução de duas séries distintas de problemas: questões de direito (interpretação das fontes) e questões de fato (verificação dos fatos). (GUASTINI, 2005, p. 69).

A distinção entre questões de fato e questões de direito, da qual depende o silogismo judicial, ressurge nas últimas reformas processuais ocorridas em nosso país. O direito brasileiro vem cada vez mais apostando na vinculação da jurisprudência de suas cortes superiores (mormente Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) de modo a objetivar teses de determinado caso concreto para todos os demais que se afigurem

semelhantes, *sem se atentar para a diferenciação fática que possa haver entre os casos*, isto porque, como no caso do incidente de resolução de demandas repetitivas presente no atual Código de Processo Civil e outros instrumentos de jurisprudência vinculante, demanda-se a separação cirúrgica entre *questões de fato* e *questões de direito*, onde as primeiras são descartadas.

Curioso episódio de aplicação do silogismo jurídico aliado à interpretação estritamente gramatical numa questão política ocorreu na ocasião em que Rui Barbosa fora alvo de críticas de seus adversários por aceitar uma condecoração estrangeira. Afirmavam ter ele perdido seus direitos políticos a teor do art. 72, §2º da Constituição de 1891 (“Os que aceitam condecorações ou títulos nobiliárquicos estrangeiros perderão todos os direitos políticos”), aos quais Rui Barbosa respondeu:

Em face da gramática, quando temos dois adjetivos pospostos a dois substantivos, embora separados pela disjunção ‘ou’, ambos os adjetivos não de se referir aos substantivos. Ora, eu aceitei uma condecoração estrangeira, mas não nobiliárquica, porque ela não me imprimiu nobreza. Portanto, não incorri na sanção constitucional, não tendo perdido os meus direitos políticos. (RUI BARBOSA apud MAGALHÃES FILHO, 2002, p. 32).

Embora tente conferir à sua defesa a clareza do raciocínio gramatical, de interconexão entre os elementos da língua no texto constitucional, aliada ao rigor da lógica, a conclusão (de natureza política, aliás) é independente de seus argumentos, *ex novo*, para a qual são inadequadas as formas de interpretação e aplicação utilizadas. No silogismo judicial a argumentação jurídica está adstrita às premissas, revelando seu caráter racionalista e fechado.

### 2.2.2 O “*fato novo*”: o Código Napoleônico

O Código Napoleônico de 1804 não é o primeiro código jurídico moderno, nem tampouco, obviamente, a primeira legislação posta, imposta, *positivada*<sup>14</sup>. Mas o *Code Civil* é, de fato, o mais importante e o mais influente de todos, muito pela força cultural francesa,

<sup>14</sup> “A legislação não é uma invenção da atualidade. A fixação do direito através da legislação já era praticada nas culturas da Mesopotâmia e, principalmente, na Antiguidade. [...] Nas sociedades mais aculturadas, que apresentam uma dominação politicamente consolidada, e em especial nos grandes impérios burocraticamente administrados do mundo antigo, pôde desenvolver-se um interesse político na apresentação mais concisa e compreensiva e na administração unificada do direito – daí resultando resumos do direito e autênticas fixações por escrito de questões jurídicas precárias ou controvertidas, novas publicações e codificações ou reformas legislativas seletivamente reelaboradas [...] Os objetivos políticos então pretendidos não eram propriamente legislativos, mas voltavam-se principalmente para a manutenção da ordem através da jurisdição: unidade, publicidade e alcance do direito, assim como independência da aplicação do direito frente a disputas locais, deformações e influências do poder. [...] Exemplos disso podem ser amplamente encontrados no fim da Idade Média.” (LUHMANN, 1983, p. 228).

ainda mais no auge de sua irradiação com a Revolução e Napoleão Bonaparte. Tratando-se duma espécie de monumento à vitória das forças político-sociais em gestação e ebulição após o ocaso do mundo medieval, representa, de maneira muito diferente das outras compilações jurídicas, que a seu turno pretendiam organizar e fixar a multiplicidade de ordenamentos válidos, a ânsia duma “[...] *planificação global da sociedade através de uma reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica.*” (WIEACKER, 1967, p. 366, grifo nosso), materializando os ideais das forças revolucionárias.

Em termos gerais, a diferenciação funcional acarreta um crescimento dos problemas e dos conflitos internos na sociedade e, dessa forma, um crescimento dos encargos decisórios em todos os planos da generalização. [...] Dessa forma cresce a necessidade de disponibilidades e de seguranças, que tem que ser satisfeita se bem que a liberdade de um significa a insegurança do outro. Foi sintomática a clareza com que esse problema se tornou consciente no final do século XIX, com respeito à liberdade contratual e seus limites. (LUHMANN, 1983, p. 227).

Estas forças são: no plano filosófico, o iluminismo<sup>15</sup>; no plano político, o liberalismo; no plano social, a burguesia; no plano jurídico, depositário final de todas estas influências, a aniquilação do direito preexistente para exsurgir dos múltiplos ordenamentos jurídicos fragmentados um único documento válido diretamente ligado ao poder político central.

O caráter iluminista revela-se na ordenação racional e sistemática das matérias jurídicas, ordenação esta também almejada para a sociedade como um todo. Bem assim o *aufklärung*, emancipação racional de cada indivíduo das marras da tradição<sup>16</sup>, principalmente a religião e a Igreja Católica. O direito iluminista preza a racionalidade jurídica. Ao mesmo tempo, o direito legislado que suplanta totalmente o direito costumeiro e o direito canônico, representantes jurídicos dos maiores adversários iluministas, torna-se muito mais manipulável politicamente (através dos processos legislativos) e temporalmente.

---

<sup>15</sup> Aliás, as inspirações jusnaturalista e iluminista, tão logo a Revolução Francesa se consolidou, foram quase completamente abortadas do resultado final codificado do programa liberal-burguês. O *Code civil*, nas sucessivas discussões sobre o projeto, acabou sendo moldado mais à feição da tradição civilística do direito romano comum, privilegiando a propriedade, que à Montesquieu e Kant. A hipocrisia das revoluções é cruel. Com o Código Civil de 1804, que traz o Estado e o direito ora positivados e remodelados como armas jurídico-sociais as mais fortes do novo poder instituído, abandonam-se as bandeiras românticas do jusnaturalismo e do iluminismo. O que se segue é uma das mais lamentáveis demonstrações da pouca força que os juristas enquanto tais têm no curso da história, justamente a Escola da Exegese.

<sup>16</sup> Sobre o iluminismo e a ânsia de desconstrução das tradições, principalmente a maior de todas, a religiosa representada pela Igreja Católica, conferir o célebre opúsculo *O que é o iluminismo?* de Immanuel Kant.

Politicamente, o direito liberal concebe o homem como dotado de direitos preexistentes ao Estado<sup>17</sup>, principalmente o direito de propriedade, e a sociedade humana assim formada por indivíduos proprietários é uma enorme cadeia de relações jurídico-comerciais de bens e produtos<sup>18</sup>. Daí a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1798. Daí o Código Napoleônico de 1804.

No plano social, a burguesia vitoriosa das revoluções propugna o direito calcado nas liberdades individuais, direitos de primeira geração negativos em relação aos outros indivíduos e ao Estado, e na propriedade privada isenta de quaisquer ônus sociais.

Evocando a famosa frase de que bastaria uma pena do legislador para inutilizar bibliotecas inteiras, o direito codificado invalida juridicamente quaisquer outras fontes no ímpeto revolucionário de destruição das antigas ordens<sup>19</sup>.

Na esteira da democracia formal trazida pela Revolução, o direito também se torna, ao menos formalmente, mais democrático porque mais acessível. Torna-se mais fácil o entendimento do que é legalmente válido através da linguagem clara e precisa que os redatores pretenderam dotar o código, sem muita profundidade filosófica, além, é claro, de ser apenas um único texto regulamentador e redigido em língua nacional (não provincial, dialetos ou mesmo o latim *eclesiástico* do *Corpus*). Stendhal lia todas as manhãs um trecho do *Code civil* antes de qualquer atividade.

<sup>17</sup> “Não se podia afirmar a primazia dos direitos naturais sem afirmar que o indivíduo é, em todos os aspectos, anterior à sociedade civil: todos os direitos da sociedade civil ou do soberano decorrem dos direitos que originariamente pertencem ao indivíduo [...] Esta concepção está implícita na afirmação de que existe um estado de natureza que antecede a sociedade civil.” (STRAUSS, 2009, p. 158).

<sup>18</sup> “Os indivíduos são por natureza igualmente livres da jurisdição de outros. A essência humana é a liberdade de quaisquer relações que não sejam aquelas em que o indivíduo entra visando a seus próprios interesses. A liberdade do indivíduo só é legitimamente limitada pelas exigências da liberdade dos outros. O indivíduo é proprietário da sua própria pessoa, pela qual ele nada deve à sociedade. Ele é livre para alienar a sua capacidade de trabalho, mas não a totalidade da sua pessoa. A sociedade é uma série de relações entre proprietários. A sociedade política é um artifício contratual para a proteção dos proprietários e a regulamentação ordeira das suas relações.” (MACPHERSON, 1979, p. 281).

<sup>19</sup> A crítica romântica de Savigny da qual partirá sua luta contra a codificação: “A Revolução Francesa havia anulado, junto com as antigas instituições, grande parte do Direito civil, um e outro mais por cega aversão ao existente e a fantástica e insana aspiração fazia um vago porvir, que guiada pela contemplação de um estado que se reputava mais perfeito. Agora bem: quando Bonaparte pôs tudo sob seu despotismo militar, conservou da Revolução Francesa aquela parte que convinha as suas intenções, e abriu o caminho de restauração às antigas instituições, pretendendo sem embargo avassalá-lo todo e destruir quanto se apresentasse como obstáculo a seus desígnios. Mas seu desejo tinha em verdade muito de vão, pois não era possível que destruísse totalmente a ação dos anos transcorridos sobre a civilização, os costumes e os sentimentos nacionais.” (SAVIGNY, 1946, p. 86). A pretensão duma ordem inteiramente original, *ab ovo*, embora motive o ser humano por séculos e séculos, mostra-se impossível ou ao menos muito improvável. Neste ponto Savigny tem razão: um decreto de Napoleão não seria capaz de ab-rogar instantaneamente todo o direito precedente. Ocorre, como quase sempre, uma reelaboração segundo a nova ordem. Nada de novo sob o sol. “Mesmo com todo o radicalismo do iluminismo que exigia o desaparecimento do direito antigo e a reconstrução da razão, em suas construções jurídicas predominava materialmente o direito precedente reelaborado. O ‘code civil’, por exemplo, recorria conscientemente ao direito dos *costumes*; o ‘direito territorial geral’ (*Allgemeine Landrecht*) germanizava expressamente as *pandectas* do direito romano.” (LUHMANN, 1983, p. 234).

O Código Napoleônico representa simultaneamente um significado simbólico e político gigantesco: a garantia de estabilidade ao mercado e aos indivíduos proprietários independentemente de quaisquer instabilidades políticas ou econômicas, mudanças constitucionais de regime, guerra externa, etc. O Código Civil assegura o proprietário e o comerciante, tanto quanto possível a par das “leis naturais” do mercado capitalista, erigindo-se assim num dos pilares da sociedade burguesa moderna.

O Código Napoleônico estrutura-se num título preliminar e em três livros, respectivamente, sobre pessoas (arts. 7 a 515), bens e formas de modificação da propriedade (arts. 516 a 710), e das formas de aquisição da propriedade (arts. 711 a 2.302). O título preliminar faz as vezes duma introdução geral ao direito, modelo perpetuado nos ordenamentos ocidentais, mas não trata dos possíveis conflitos normativos. Aliás, destaca-se aqui o famigerado art. 4º (“*Le juge, qui refusera de juger, sous prétext du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.*” – “O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de denegação de justiça.”, tradução nossa), ou proibição do *non liquet* (“não está claro”), figura existente no direito romano herdado através do *Corpus Iuris Civilis*. “O direito preexistente está magnificamente derogado, não só quando se o tem em oposição com o Código, mas em todas as matérias tratadas por este; isto é, de um modo completo (art. 4º).” (SAVIGNY, 1946, p. 102). Esta é certamente uma das principais transformações que o código moderno opera no direito, *dogmatizando sua própria completude*, o que equivale à nova autoridade autoproclamar-se revogadora de todas as demais, presentes ou passadas, e total, máxima e absoluta, tal como um novo rei ou novo deus.

Mas como se percebe, o *Code civil* regulamente exclusivamente os temas mais gerais e clássicos do direito civil: pessoas, bens, aquisição e modificação da propriedade. Mesmo outras matérias afeitas aos interesses burgueses como família e pessoas jurídicas, simples ou empresariais, não encontram vez. Deste modo, o tom do *Code* é essencialmente patrimonialista. Dos 2.300 artigos, cerca de 1.800 tratam sobre bens e propriedade, suas classificações, formas de modificação e aquisição. A questão da propriedade releva o aspecto mais rígido, mais intransigente, da concepção liberal de contrato. Primeiramente, e devido à burguesia comercial ser a grande vitoriosa da Revolução, o arquétipo do contrato como conjugação de vontades livremente expressas se dá no amplíssimo campo das relações obrigacionais civis e comerciais, em todas as modalidades contratuais, e então logo depois se transfere para o direito penal, na questão sobre a responsabilidade criminal.



O fundamento filosófico, então, é a *vontade* individualmente considerada e expressa livremente, o próprio fundamento da modernidade a partir de Kant, portanto. Consequentemente torna-se o fundamento jurídico primordial da responsabilidade humana no direito ocidental a partir daí.

O autor fundamental do direito de propriedade moderno é John Locke. Isto pois em Locke a propriedade obtida através da força de trabalho e da vontade é *direito natural*. Mas ainda está um tanto distante da concepção liberal tradicional, porque Locke condiciona a liberdade de apropriação dos bens naturais (a terra, principalmente) a três fatores que curiosamente o aproximam muito mais dos socialistas: a existência de abundância, o efetivo consumo e a igualdade qualitativa dos bens naturais:

O trabalho do seu corpo e a obra das suas mãos, pode dizer-se, são propriamente dele. [...] Desde que esse trabalho é propriedade *exclusiva* do trabalhador, nenhum outro homem pode ter direito ao que se juntou, *pelo menos quando houver bastante e igualdade de boa qualidade em comum para terceiros*. (LOCKE, 1983, p. 45-46, grifo nosso).

Locke contribui com a primeira das vigas mestras desta instituição histórica chamada “mercado capitalista”: a propriedade como direito natural através do trabalho e da vontade, no que apresenta traços da doutrina protestante. A segunda destas vigas mestras é a autonomia da vontade<sup>20</sup>. Aqui novamente se apresenta a sociedade como construída pelos liberais iluministas burgueses: uma infinita cadeia de manifestações da vontade e das faculdades individuais, contextualmente assépticas, de pessoas que trocam mercadorias entre si. Ora, isto nada mais é que a sociedade de mercado, a sociedade de consumo.

O triunfo histórico do direito de propriedade tal como concebido pelas forças vitoriosas na Revolução Francesa é positivado no *Code Civil*. E, na esteira dos demais direitos de primeira geração, é marcadamente *negativo* em relação aos demais proprietários cidadãos e ao Estado. Ou seja, *exclusivo*, característica esta já encontrada em Locke. “A propriedade terá um acento não mais no direito de usar, mas no poder de impedir o uso [...] não mais no

---

<sup>20</sup> “A autonomia da vontade, marca registrada da teoria contratual do século XIX, gera ou é gerada por uma concepção de direito como expressão de faculdades individuais, entre elas a vontade, da norma jurídica como expressão da vontade de um soberano, e à noção de poder como capacidade de imposição da própria vontade, vontade que obriga. A vontade do soberano, do Estado, obriga a todos, que se tornam súditos. A vontade de todos ou da maioria leva à constituição do Estado dito democrático, em que a lei se transforma na expressão da vontade da maioria e cada um obedece a tal vontade: transformam-se em cidadãos. Entre os cidadãos as vontades criam também as subordinações recíprocas: direitos e deveres entre os que se inserem em contratos. Assim, a concepção de autonomia da vontade depende da concepção moderna de direito, de liberdade.” (LOPES, 2009, p. 373).

exercício de uma função social, mas no *simples poder econômico liberado de encargos sociais.*” (LOPES, 2009, p. 383, grifo nosso).

A existência dum campo imune aos direitos alheios, submetido unicamente à vontade do proprietário como verdadeira extensão de seu corpo, torna este direito de propriedade *absoluto*, mais absoluto até do que os demais direitos políticos de primeira geração. Como se vê, no Brasil a chamada função social da propriedade, tentativa de relativização deste direito de propriedade total num tímido retorno às condições de apropriação e uso da propriedade como imaginadas por Locke, começa a ser discutida somente em fins do século XX, e hoje ainda é proporcionalmente muito pouco utilizada tendo em comparação sua importância e aplicabilidade num país de gritantes desigualdades territoriais e econômicas.

A definição clássica do direito de propriedade no direito ocidental moderno é a adotada pelo Code Civil, de autoria de Pothier:

Pode-se definir o direito de propriedade como o direito de dispor de uma coisa como bem lhe parecer, sem atentar contra o direito alheio ou a lei. Este direito de dispor que tem o proprietário engloba o de receber todos os frutos da coisa, de servir-se dela não apenas para os usos que pareçam ser-lhe naturalmente destinados, mas mesmo para os usos que lhe convenham, de alterar-lhe a forma, perdê-la ou destruí-la totalmente, aliená-la, onerá-la, de ceder a outrem os direitos que lhe convenham sobre a coisa e permitir-lhe o uso que julgar. (POTHIER apud LOPES, 2009, p. 380).

Desenha-se nesta questão da propriedade a própria transformação dos tempos, ou permanência *versus* mobilidade. Se em todo o período antecedente, desde a Antiguidade ao século XVII, a propriedade concebeu-se como *manutenção da renda*, a modernidade capitalista a transforma na principal alavanca de *multiplicação do capital*.

Esta pequena digressão acerca das motivações filosóficas, políticas e sociais para o aparecimento do Código, sua estrutura e os pontos principais legados à posteridade, quais sejam a *propriedade* e a *vontade*, serve de introdução à Escola da Exegese, a qual se forma precisamente em torno do *Code Civil*.

### 2.2.3 Causas da Escola da Exegese

Enquanto anteriormente tratamos dos principais pressupostos fundamentais do positivismo exegético (separação dos poderes<sup>21</sup>, legislador racional e silogismo judicial), assim lidando com questões mais ligadas ao tema fundante do trabalho, qual seja, a hermenêutica do positivismo jurídico exegético, agora intentamos analisar causas mais circunscritas à Escola da Exegese propriamente dita, a Escola da Exegese francesa. Obviamente elas se imbrica, mas não se confundem de todo.

Primeiramente, a mentalidade dos juristas que está e sempre esteve dominada pelo princípio da autoridade. Talvez a tendência a obedecer seja atemporalmente humana. Já em Homero aparece a milenar necessidade de obediência à autoridade, a uma única autoridade ao menos, pois a muitas é mau. Ulisses:

Reis não queremos ser todos que, aqui, nos achamos reunidos/ *É mau que muitos comandem; um, só, tenha o posto supremo/* um, seja o rei, justamente a quem Zeus, descendente de Crono/ deu cetro e leis, para o mando, no povo exercer incontestemente. (HOMERO, 2011, p. 93, grifo nosso).

Aliás, para uma discussão interessante, aprofundada e surpreendentemente atual, conferir os parágrafos iniciais do *Discurso sobre a servidão voluntária* (1576), de Étienne de La Boétie, onde o humanista francês apresenta a fala de Ulisses (com diferentes métrica e tradução) e a partir daí desenha seu famoso opúsculo:

“*Muita gente a mandar não me parece bem; Um só chefe, um só rei, é o que mais nos convém*”. Assim proclamava publicamente Ulisses em Homero. Teria toda a razão se tivesse dito apenas: ‘*Muita gente a mandar não me parece bem*’. Deveria, para ser mais claro, ter explicado que o domínio de muitos nunca poderia ser boa coisa pela razão de o domínio de um só que usurpe o título de soberano ser já assaz duro e pouco razoável; em vez disso, porém, acrescentou: ‘*Um só chefe, um só rei, é o que mais nos convém*’”. (LA BOÉTIE, [2006], p. 4, grifo nosso).

A produção exclusivamente legislativa do direito é o principal fundamento do positivismo jurídico, o que se torna claro com o *Code civil* de 1804. Com ele, ocorre uma

---

<sup>21</sup> Os comentadores do Código, conscientemente ou não, ao tomar como pedra de toque o texto da lei identificado com Direito, e ambos identificados com a vontade do legislador, assumem fatalmente o temor absoluto à separação de poderes de Montesquieu. Ora, o surgimento do Código é a afirmação da voz do legislador, do Poder Legislativo, sobre os demais poderes, principalmente o Judiciário. Daí as construções teóricas sobre a racionalidade, infalibilidade e onipotência do legislador, todas destinadas a “impedir” ou “controlar” quaisquer interpretações e aplicações do Código que pudessem desvirtuar a sua vontade, a vontade soberana do legislador.

reelaboração, segundo os ideais iluministas, liberais e burgueses, do princípio da autoridade tanto em relação ao autor quanto ao objeto e conteúdo do direito. Já tocamos no tema quando fizemos a analogia do legislador racional para o direito positivo como deus ou divindade para o direito natural, apresentando as mesmas características de onipotência, onisciência, etc., e assumindo do mesmo modo a função de pressuposto racional para o direito legislado. No mais, agora cabe dizer que a Escola da Exegese, como observamos na parte histórica de introdução a este capítulo, apenas transfere, como “texto sagrado”, o objeto da glosa do *Corpus Iuris Civilis* para o Código Napoleônico.

A cultura iluminista e liberal, mais forte na França que em qualquer outro país europeu, e que aí já estava em gestação nos séculos anteriores<sup>22</sup>, empresta o amor à perfeição geométrica e à simetria, organizando rigidamente as matérias jurídicas no conceito de *sistema* também trazido do humanismo renascentista. Justiniano não havia alcançado estes ideais: o seu *Corpus* é mais uma compilação das legislações romanas antigas, como uma verdadeira homenagem. Muito diferentemente, o *Code civil* é algo historicamente novo.

Também contribuiu para a adoração do código napoleônico por parte da escola de exegese o acentuado racionalismo do século das luzes, que o início do século XIX ainda herdara. O racionalismo é apaixonado da simetria, da construção lógica impecável, geométrica, perfeita. Ora, nenhuma das manifestações outras do Direito pode apresentar em tão alto grau essas virtudes como a lei, especialmente se codificada. (MACHADO NETO, 1958, p. 38).

Consequentemente<sup>23</sup>, o próprio fato da codificação, o código em si, é fortíssima causa da e para a Escola da Exegese. Ora, o Código está prontamente apto a resolver as principais questões jurídicas (*todas*, segundo o então dogma da completude do código) de maneira muito mais fácil e rápida se compararmos com a multiplicidade de ordenamentos jurídicos costumeiros ou positivados, o direito romano comum, princípios mais ou menos gerais de direito, a jurisprudência confusa a partir deste confuso direito e etc. existentes previamente a sua promulgação. Aqui imbricam-se dois dos pressupostos fundamentais de que falamos anteriormente: o legislador racional e o silogismo judicial. O legislador deificado produz uma obra perfeita, cuja completude reside no fato de conter em si mesma

<sup>22</sup> “O século XVIII nos legou uma ideia de direito romano como algo acabado e perfeito desde os primórdios, como se as Doze Tábuas já fossem um Código e os juristas romanos se limitassem a interpretar as suas disposições.” (DE CICCIO, 2006, p. 43).

<sup>23</sup> “Costuma dizer-se que o Código atrai o comentarista. Todo Código, além de sua força, decorrente de ser um Direito positivo, pela concisão imperante de seus artigos, pela unidade de seu sistema e pela vastidão de seu conteúdo, exerce natural autoridade sobre os seus comentadores.” (STRENGER, 1964, p. 137).

tanto a razão como a realidade, ou seja, todas as possibilidades de aplicação. Principalmente, o código positivado dota o direito de *estabilidade* para a resolução destas questões jurídicas.

A enorme atração causada pelo advento do código (hoje, de maneira muito mais forte, com o advento duma Constituição) ainda é amplamente visível nos países de *civil law*. Veja, por exemplo, que atualmente no Brasil toda e qualquer lei de importância atrai milhares de artigos, pareceres e livros dos profissionais do direito em geral, ainda mais quando se trata de códigos, como recentemente o de Processo Civil de 2015, situação esta muito fomentada por nossos critérios basicamente quantitativos de produção profissional e acadêmica.

Em suma, o Código facilita o trabalho de todos<sup>24</sup>!

A estabilidade jurídica alcançada pela codificação é apenas uma das formas, um dos ramos, da estabilidade social tão desejada pela sociedade burguesa capitalista. Chegamos assim ao princípio da segurança jurídica, o que equivale dizer ao princípio da máxima certeza possível do direito.

*A segurança jurídica.* Esta exige positividade do direito: se não se pode identificar o que é justo, então é necessário *estabelecer* o que deve ser jurídico, e de uma posição que esteja em condições de fazer *cumprir* aquilo que foi *estabelecido*. A positividade do direito torna-se assim, de modo muito estranho, o próprio pressuposto de sua justiça. (RADBRUCH, 2010, p. 108, grifo do autor).

Por fim, cabe destacar o processo de centralização do ensino nas décadas imediatamente posteriores ao advento do Código (BOBBIO, 1995, p. 81). O Império passa a ter um controle crescente nas universidades, reorganizando-as segundo diretrizes, filosoficamente falando, positivistas em detrimento do antigo humanismo. Na faculdade de Direito esta nova situação acarreta no descrédito ou mesmo desaparecimento da história e filosofia no ensino, das disciplinas consideradas propedêuticas como Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito. Em lugar delas, o Código Napoleônico.

---

<sup>24</sup> “[...] na prática judicial, não importa se consciente ou inconscientemente (mais provável que inconscientemente), os verdadeiros juristas, magistrados, advogados, jamais se entregaram às ideias tão estreitas da escola da exegese, embora fizessem, muitas vezes, profissão de fé em tal doutrina, vítimas do prestígio teórico de seus corifeus e da legislação que idolatravam.” (MACHADO NETO, 1958, p. 40).

### 2.2.4 Consequências da Escola da Exegese

A maior consequência da Escola da Exegese, origem de todas as demais, é a completa e irreversível inversão das relações milenares entre direito natural e direito positivo. Se muito tradicionalmente o fundamento de validade do direito positivo encontrava-se no direito natural, devendo a ele amoldar-se, ou seja, a preponderância de validade, a superioridade em vários planos e mesmo a “nobreza” encontrava-se no direito natural, a Escola da Exegese simplesmente inverte todas estas relações. Mais uma consequência da *positividade* do direito, pois se o entende como lei, como direito igual à lei.

Demolombe, um dos principais nomes da Escola da Exegese em seu auge, isto é, durante as décadas de 1850 e 1860, revela a característica geral desta escola quanto a este aspecto. Não nega o direito natural, seja qual for, e que ele seja diverso do direito positivado. Mas enquanto tal, o direito natural, justamente pela existência do direito positivado, torna-se bastante secundário, para não dizer irrelevante, inútil. Isto quando ambos não se confundem, como chegaram a afirmar alguns membros mais exaltados desta escola.

O jurisconsulto não deve se prender a um modelo mais ou menos perfeito, a um tipo mais ou menos ideal; o direito natural, para ele, não é sempre o melhor, nem o mais excelente; mas o direito natural possível, praticável, realizável, é, sobretudo, que se conforma e se assimila melhor ao espírito, aos princípios e às tendências gerais da legislação escrita; e eis por que penso que é sempre nessa mesma legislação que é necessário atingir, diretamente ou indiretamente, todas as regras das soluções jurídicas. (BONNECASE apud BOBBIO, 1995, p. 85).

Praticamente, a Escola da Exegese, neste ponto, refunda hermeneuticamente a proibição do *non liquet* do art. 4º do Código Napoleônico (“O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de denegação de justiça”, tradução nossa). É aqui onde a inversão das relações entre direito natural e positivo se torna mais clara, mais prática e importante. Ora, o silêncio, a obscuridade ou a insuficiência da lei poderiam servir como “porta de entrada” para o direito natural, ou mesmo quaisquer considerações filosóficas, jurídicas, sociológicas, etc., para a solução do caso legalmente insolúvel posto nas mãos do aplicador. Nada mais, nada menos, que a questão das lacunas, a qual é o principal tormento da ciência jurídica ao longo do século XIX. A Escola da Exegese defenderá, e esta é a orientação que permaneceu por muito tempo e hoje ainda se encontra aqui ou acolá, que mesmo nestes

casos o aplicador deveria procurar sua solução exclusivamente no direito positivo do Código.

A inversão do valor e da validade do direito ocasiona igualmente a inversão do valor e da validade de seu criador. A Escola da Exegese contempla exclusivamente o legislador (ou, melhor dizendo, o Estado) na posição soberana de produtor do direito. A *divindade* do direito natural ou mesmo o *espírito do povo* formador do direito costumeiro dão vez absoluta ao *legislador racional*. A concepção intransigentemente estatal do direito (direito = lei, e lei como produto exclusivo do Estado) é grande herança desta escola para o normativismo de Hans Kelsen.

Estas duas principais consequências da Escola da Exegese veneram novamente a *autoridade*, tanto no objeto e conteúdo do direito como em sua produção através de processos legislativos estatais. O *Code civil*, representando a totalidade do próprio direito (como um Papa, o Código sendo o representante do direito na terra...), põe-se prontamente no imaginário teórico dos juristas como a nova autoridade que substitui as antigas formas de direito (princípios gerais, costumes, direito romano comum), bem como a jurisprudência e os comentadores que em torno destas velhas fontes se formaram.

Aliás, o surgimento dos primeiros comentadores do *Code*, os quais apenas posteriormente, em meados do século, iriam ser considerados como pertencentes a uma escola, é curiosamente condenado pelo próprio Napoleão, que presidira boa parte das sessões legislativas e que considerava o Código a sua maior realização, o seu maior legado. Tanto que teria dito ao saber do surgimento incontrolável de comentadores de sua legislação: “Meu código está perdido!”<sup>25</sup>

Se o Código de Napoleão foi considerado o início absoluto de uma nova tradição jurídica, que sepulta completamente a precedente, isto foi devido aos primeiros intérpretes e não aos redatores do próprio Código. É de fato àqueles e não a estes que se deve a adoção do princípio da onipotência do legislador, princípio que constitui, como já se disse mais de uma vez, um dos dogmas fundamentais do positivismo jurídico. (BOBBIO, 1995, p. 73).

<sup>25</sup> “Muitos legisladores do passado chegaram ao cúmulo de proibir, mesmo, os comentários às suas legislações ‘imortais’. Tal foi o que se deu com Justiniano, em relação ao Digesto. Hamurabi chegou ao ponto de proibir a reforma de suas leis pelos governantes futuros. Dizem de Napoleão que exclamara: ‘Meu código está perdido!’, quando do aparecimento dos primeiros comentários à sua legislação.” (MACHADO NETO, 1958, p. 38). Kant, em sua defesa iluminista, defenderá a liberdade de crítica à legislação, numa posição análoga a de Lutero para com a Bíblia: “[...] mesmo no tocante à sua *legislação* não há perigo em permitir aos seus súditos fazer uso público da sua própria razão e expor publicamente ao mundo as suas ideias sobre a melhor formulação, inclusive por meio de uma ousada crítica da legislação que já existe.” (KANT, [1784], p. 7).

Embora seja comum a ideia de que o positivismo exegético seja obra dos legisladores na França, enquanto que na Alemanha, até pelo país tedesco não possuir direito codificado, ser a construção jurídica principalmente obra dos professores, seria bastante imprudente subestimar a importância do ensino em qualquer área do saber humano, o primeiro elo da cadeia de conhecimento. É inegável que o magistério exerceu grande influência no desenvolvimento e propagação da Escola da Exegese ao longo de todo o século XIX, desde Pothier a Gény. Nas palavras de Demolombe:

A minha máxima, a minha profissão de fé é: os textos acima de tudo! Eu publico um Curso do Código de Napoleão; tenho portanto por finalidade interpretar, explicar o próprio Código de Napoleão, considerado como lei viva, como lei aplicável e obrigatória, e a minha preferência pelo método dogmático não me impedirá de tomar sempre por base os próprios artigos da lei. (BONNECASE apud BOBBIO, 1995, p. 88).

As palavras acima, que revelam a didática da Escola da Exegese, poderiam ser consideradas as mais simbólicas caso Bugnet, membro secundário desta, não houvesse proferido a famosa frase *“Eu não conheço o Direito Civil, só ensino o Código Napoleão!”*. Eis seu método de ensino:

Partidário do método analítico, ele comentava o Código na sua ordem. Tomava cada artigo, o lia lentamente, o dissecava, para usar sua expressão original, salientava todas as palavras em destaque, depois, visando tolher à teoria o pouco de abstrato que ela possuía... dava um exemplo vivo, animado, atraente. (BONNECASE apud BOBBIO, 1995, p. 83).

Não surpreende a atualidade de sua metodologia. Desde o imenso volume de livros jurídicos apenas comentadores de leis, códigos e jurisprudência, até as aulas dos cursinhos preparatórios para o Exame de Ordem, para concursos públicos, e nas mais de mil faculdades de direito existentes no país, os métodos da Escola da Exegese são largamente utilizados, são mesmo hegemônicos, havendo algumas pequenas alterações que não lhe alteram a natureza, no Brasil do século XXI.



### 2.2.4.1 Principais consequências hermenêuticas

No entanto, o mais interessante da Escola da Exegese para o presente trabalho reside não tanto na metodologia dos professores<sup>26</sup>, mas na metodologia mesma da escola para a compreensão e aplicação do direito. O fato novo, estranho, representado pelo Código é transformado na premissa maior do silogismo lógico, criando-se, a partir de então, a metáfora do silogismo judicial, uma verdadeira transmutação da lógica kantiana (e, anteriormente, de Aristóteles) para o terreno do direito. O caso real, prático, torna-se a premissa menor e a decisão judicial a conclusão que enlaça todo o procedimento. Não somente isto, mas porque a lei é considerada o próprio direito, a lei então, ou melhor, o texto da lei, contém todo o mundo fático possível, todas as possibilidades de aplicação. Primeiramente, é claro, há a *confusão entre texto e norma*, distinção esta que somente o positivismo normativista de Kelsen irá aclarar. Em segundo lugar, *o texto da lei contém em si o mundo fático, a realidade, e a própria razão*, a razão do legislador.

Ora, isto nada mais é que o objetivismo filosófico (ou objetivação filosófica), tradição ainda pré-kantiana. Isto significa *a coisa em si*. No direito, *a coisa está no texto*, o que equivale dizer que a realidade e a razão, como viemos dizendo, está contida no texto legal. Na atualidade, esta objetivação filosófico-jurídica ressurgiu nos instrumentos jurisprudenciais vinculatórios, tais como as súmulas vinculantes e o incidente de resolução de demandas repetitivas, no “movimento” conhecido como *commonlização* do direito brasileiro. Em sua pretensão de universalidade prática-racional, os enunciados jurisprudenciais tomam para si características e objetivos antes próprios da lei como, por exemplo, abstração e generalidade. Esta hermenêutica fundada integralmente na intenção ou vontade do legislador (*voluntas legislatoris* – hermenêutica chamada *subjetiva* contra a qual surgem ao longo do século XIX várias correntes que propõem, cada uma a seu modo, uma concepção hermenêutica *objetiva*, ou seja a *voluntas legis*), pois toma como paradigma

---

<sup>26</sup> “Necessário se faz, todavia, lembrar que os representantes mais categorizados da Escola da Exegese não colocavam o problema do método de maneira pacífica, havendo duas correntes a se destacar: a) a do método exegético puro que tem como característica reduzir a exposição e elaboração da ciência do Direito Civil, não unicamente ao Código Civil, mas também à ordem mesma de suas disposições, em tudo o que tem de rigoroso, consistindo, no fundo, numa análise do conteúdo dos diversos artigos do Código Civil; b) a do chamado método sintético, também denominado método dogmático, cujos partidários, em oposição ao método anterior, liderados por Aubry e Rau defendiam ser esse o verdadeiro método científico, o qual se insere no Código Civil levando-se em consideração que a primeira operação da ciência jurídica se fez através da observação dos dados sociais pelos redatores do Código, os quais limitavam as investigações do jurisconsulto, obrigando-o a situar-se dentro do conjunto das regras postas. Assim o trabalho do exegeta ficaria circunscrito à tarefa de refazer a obra legislativa, segundo um plano racional que permita apresentar de forma original o aspecto da vida social, objeto da regulamentação codificada.” (STRENGER, 1964, p. 20).

inafastável a doutrina da separação dos poderes, é exclusivamente construída no silogismo judicial do qual já tratamos.

Quanto à aplicação do Direito ao fato, os exegetas do Código Napoleão foram os maiores responsáveis pela grande divulgação da metáfora kantiana do silogismo judicial, uma vez que uma lei plena seria uma cômoda premissa maior de um perfeito silogismo de aplicação, cuja premissa menor seria o fato e que teria por conclusão a sentença. Tal ideia simplista acerca da aplicação é ainda hoje muito aceita entre os teóricos e práticos do Direito, mesmo por parte daqueles que já se desprenderam praticamente dela e de suas implicações legalistas, mas continuam presos ao seu império teórico, o que, em nosso entender, resulta da relativa felicidade da comparação e do brilho do achado kantiano. (MACHADO NETO, 1958, p. 34-35).

Assim, todos os casos possíveis, todas as lides, são solucionáveis rápida e facilmente. Cabe ao julgador, através de simples deduções e subsunções lógicas, dar ao caso *a solução que, de qualquer maneira, já se encontra no texto da lei*.

Aí o juiz boca-da-lei! Ou a desnecessidade de interpretação. A metáfora de Montesquieu toma vida no positivismo exegetico. Em síntese, significa a mecanização abstrata-racional e a neutralização político-filosófica da atividade jurisdicional. Estando os sentidos objetificados no texto da lei, ao juiz não cabe qualquer atividade hermenêutica, logo ele está “proibido de interpretar”. Assim, a hermenêutica do positivismo exegetico é meramente *reprodutiva* (em alemão, *auslegung*), retirando a razão, a realidade e o sentido dos conceitos através dos quais se forma o texto legal. Esta é também a razão da escola mais rígida desta primeira fase do positivismo exegetico ser a Jurisprudência dos Conceitos. Saliente-se que esta tentativa de aprisionar os fatos e a racionalidade em textos jurídicos, ou melhor dizendo, a crença de tal possibilidade, apresenta-se com os juristas, os comentadores exegeticos do *Code civil* e não com seus legisladores. Estes não pretenderam por si mesmos na confecção do Código prever todas as possibilidades de sua aplicação. Aliás, o Código tem natureza exclusivamente civil e, ainda assim, circunscrito às matérias de pessoas, bens e propriedade. É uma crença, um dogma, criada pelos e própria dos juristas.

Outra consequência importante é a separação entre questões de fato e questões de direito, em que estas envolvem aquelas completamente.

Observem, cidadãos, que uma das grandes objeções contra a medida que aqui proponho é a impossibilidade de separar o fato do direito... Pois bem, respondo que no futuro os processos não apresentarão quase nunca pontos de direito a serem esclarecidos e que a maior parte será concluída pelo relatório de especialistas ou por uma prova que é testemunhal. (CAMBACÉRÈS apud BOBBIO, 1995, p. 68-69).

As consequências da Escola da Exegese, principalmente as hermenêuticas, não somente perduram até hoje como reassumem importância no atual cenário jurídico brasileiro.

Se aqui terminamos a Escola da Exegese e a seguir traremos de suas reações e contrarreações ao longo do século XIX, logo depois, na última parte deste segundo capítulo vamos trazer as principais problemáticas atuais a nível de ensino, doutrina e jurisprudência dos cânones da Escola da Exegese para o direito brasileiro contemporâneo.

## **2.3 Reações e contrarreações ao positivismo exegético**

### *2.3.1 Savigny e a Escola Histórica*

Numa comparação bastante elucidativa, o romantismo é para o iluminismo o que, na doutrina nietzschiana, o dionísíaco é para o apolíneo (RUSSELL, 2013, p. 359). Ora, a deificação da razão abstrata inaugurada por Descartes e coroada ao longo do século XVIII com os iluministas (e enciclopedistas) Diderot, D'Alembert, Voltaire, etc. não poderia passar historicamente intocada. A primeira contrarreação é o romantismo, o qual, no campo do direito, gerará a Escola Histórica de Savigny e Puchta, escola esta também encarregada de, em sua área, ser a antagônica pioneira em relação ao positivismo exegético. A oposição romântica como um todo dirige-se sobretudo a esta razão deificada pelo iluminismo; oposição esta a qual, ainda que possa ser considerada ingênua e carecedora de frentes unificadas, fez-se presente amplamente no cenário do pensamento ocidental durante o século XIX ao reestabelecer o historicismo e o nacionalismo.

Gritante o contraste destes elementos românticos em relação a seus correspondentes iluministas, atemporalidade e universalismo, exemplificadamente gravados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>27</sup>. *Em uma palavra, enquanto que o iluminismo tende ao abstrato racional, o romantismo tende ao abstrato tradicional*. E este talvez seja o cerne do romantismo: a defesa e o retorno à tradição num intuitivo, espontâneo, reflexo à modernidade que sorrateiramente invade e cerceia a individualidade de todos.

---

<sup>27</sup> “A palavra de ordem do romantismo é a identidade entre finito e infinito. Esta identidade aparece expressa nas filosofias românticas de vários modos: como identidade do Eu e do não eu, do Espírito e da natureza, do racional e do real, do ideal e do real, de Deus e do mundo: todos estes pares de termos têm praticamente o mesmo significado. Em virtude desta identidade, o finito (o não-eu, a natureza, o real, o mundo) surge como realidade ou existência do Infinito (do Eu, do Espírito, do Racional, do Ideal, de Deus).” (ABBAGNANO, 1978, p. 79).

Enquanto que o Iluminismo opunha tradição e historicidade e via na historicidade a crítica da tradição, o reconhecimento e a eliminação dos erros e dos preconceitos que a tradição transmite e faz aceitar sem discussão, o romantismo tende a considerar a própria historicidade como tradição, como um processo onde não existem erros, preconceitos ou prejuízos e em razão do qual todos os valores e conquistas humanas se conservam e transmitem com o decorrer do tempo. (ABBAGNANO, 1978, p. 81).

Na Alemanha, o romantismo será o principal responsável pelo renascimento nacionalista do país<sup>28</sup>. Enquanto que nos demais países europeus o caráter dominante fora de fato o historicismo, a Alemanha culturalmente subserviente à França após a Guerra dos Trinta Anos (1618-1648) começará a conhecer a partir da segunda metade do século XVII um completo reflorescimento de suas tradições culturais, o que se inicia na política a partir das conquistas de Frederico, o Grande, e logo se espalha para as artes, tendo Goethe, na literatura, e Wagner, na música, os principais baluartes. Por outro lado, o nacionalismo romântico reinterpreta *Leviatã*, de Thomas Hobbes, tanto a obra em si como a própria figura do monstro bíblico. A reinterpretação, ou atualização contextual, teve muito mais força na Alemanha. Daí as concepções bastante em voga em ciência política e teoria do Estado ao longo do século XIX metaforizando o Estado como uma pessoa humana gigante, dotada de corpo, alma e vontade<sup>29</sup>.

No Brasil, o caráter nacionalista do romantismo contribui para a Proclamação da República. Na literatura imbui as três gerações românticas, sucessivamente: a nacionalista ou indianista, procurando desvencilhar-se do colonialismo cultural português após a Independência, ao mesmo tempo buscando a criação duma legítima tradição histórica nacional aos moldes românticos, e encontrando no indígena o correspondente latino ao *bon sauvage* de Rousseau (Gonçalves Dias, José de Alencar, Carlos Gomes); a segunda geração, fortemente influenciada por Byron, onde o conflito entre a expansão da modernidade e a

<sup>28</sup> “O nacionalismo assume um caráter irracional e uma extremada intensidade, principalmente a partir das aclamações de Fichte em seus *Discursos à nação alemã*, quando proclamou que somente o povo alemão, enquanto unidade espiritual, teria condições de criar uma cultura unificada e perene para toda a Europa. Por outro lado, Hegel idealizou sua ‘nação-Estado’, incorporada na Prússia, como a real materialização do *Weltgeist*.” (WOLKMER, 2003, p. 20).

<sup>29</sup> As teorias orgânicas do Estado, dentre as quais se destaca a concepção do Estado como ser biológico, foram paulatinamente desconstruídas ao longo do século XIX principalmente pelas correntes teóricas do marxismo, vindo a desaparecer completamente com as contribuições de grandes teóricos germânicos do Estado como Hermann Heller e Georg Jellinek: “Dentre a variedade de aspectos que oferece a teoria orgânica do Estado, temos de mencionar neste lugar aquela que considera o Estado como uma formação orgânica de caráter físico, com um existência condicionada por leis naturais, existência que é independente da dos indivíduos que o formam. Entre essas doutrinas se há de contar as que consideram o Estado, em seu exterior, de um modo análogo aos organismos naturais, e internamente, como um organismo ético espiritual. Pertencem a elas singularmente as teorias antropomórficas que, a exemplo de Platão, concebem o Estado como um homem grande. Os excessos que principalmente se reprovam à doutrina orgânica do Estado nascem, muito especialmente, desta tosca concepção sensível do organismo.” (JELLINEK, 1943, p. 110).

manutenção da individualidade atinge seu auge (Álvares de Azevedo); e a terceira geração, conhecida como condoreira, assinalada pela crítica às estruturas coloniais persistentes, principalmente a escravidão (Castro Alves).

O romantismo, como primeira reação significativa ao iluminismo, tem seus olhos voltados para o passado. Diferentemente de sua contemporânea dialética marxista, por exemplo, não procura compreender o presente, ou seja, a modernidade e sua sociedade burguesa-industrial, e muito menos engendrar soluções ou alternativas ao seu próprio tempo. Tampouco procura explicar o mundo através da matéria ou de sistemas, como os primeiros materialistas e o positivismo científico. Contrariamente, a reação romântica é muito mais emotiva que perscrutadora, verdadeiro reflexo frente a todas as transformações impostas pela modernidade. Por sua ojeriza à razão deificada, o romantismo volta-se ao que (ainda) não é passível de racionalizações no mundo: a natureza, a arte, a história, a poesia... A resistência romântica é uma rua sem saída cuja entrada é um mundo que não existe mais.

No direito, o romantismo realiza-se na Escola Histórica. Do mesmo modo que ao romantismo coube a primeira séria reação ao iluminismo, à Escola de Savigny caberá o pioneiro antagonismo ao positivismo exegetico e demais questões trazidas pela codificação do direito na França, tais como a origem do direito, fontes do direito e sua hierarquia, função dos juízes e professores, etc.<sup>30</sup>

[...] a escola histórica mereceria da mesma forma chamar-se escola romântica. É uma concepção verdadeiramente romântica, isto é, que assenta sobre uma falsa idealização nas circunstâncias do passado, o admitir que o direito se forma sem dor, sem custo, sem ação como a erva dos campos; a dura realidade ensina porém o contrário. (IHERING, 1998, p. 9).

Escola Histórica e Savigny confundem-se, já que este é seu fundador e principal nome, talvez o único com obras de relevância. Savigny foi Ministro da Justiça e, a par da atividade política, exerceu, no âmbito do direito, exclusivamente durante toda a vida a carreira acadêmica e de professor universitário, sendo mestre, assim como seu contemporâneo Hegel,

---

<sup>30</sup> “Também não é por mero acaso que começo por Savigny. Não que antes dele não tenham existido já métodos da ciência do Direito ou até mesmo o seu tratamento científico. Pouco antes de Savigny, o seu conhecido opositor na questão da codificação, Thibaut, tinha publicado reflexões sobre a interpretação jurídica. Mas a metodologia de Savigny é a primeira após o ocaso do Direito natural (moderno); ele não se limitou a expô-la por diversas vezes, mas empreendeu a sua própria aplicação. A sua metodologia influenciou duradouramente a literatura juscientífica do século XIX, mesmo onde se intentava a sua refutação.” (LARENZ, 1997, p. 5-6).

de algumas personalidades alemãs do século XIX<sup>31</sup>. Este é um aspecto curioso, e até paradoxal, mas essencial para a compreensão da Escola Histórica e sua romântica oposição aos códigos e ao exegetismo: preconceituosamente ou não, mas não injustamente, a Escola Histórica recebeu algumas denominações como “escola dos professores alemães” e outras congêneres em referência ao chamado “direito dos professores” (*juristrecht*), ou o modo de produção do conhecimento jurídico predominante na Alemanha do século XIX.

Isto pois,

De um lado, apesar da ênfase conferida à lei, obra do legislador, a doutrina (ao menos na Alemanha) possuía certa independência em relação ao poder central [...] os professores viviam, assim, fora dos centros políticos, embora sua atuação neles repercutisse. De outro, os mestres, Savigny, por exemplo, nunca tiveram relação positiva com a prática do dia-a-dia, que este ignorava” (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 52).

O nascimento da Escola Histórica dá-se no contexto alemão sobre a necessidade e oportunidade para a codificação<sup>32</sup> do direito privado, disputa esta travada ao longo de todo o século XIX a partir da promulgação do *Code Civil* napoleônico em 1804, e que teve seu ápice uma década depois com a publicação de duas obras antagônicas: o opúsculo de Thibaut, “Da Necessidade de um Direito Civil Geral para a Alemanha” (*Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*), jurista e professor célebre, o qual recebeu a réplica de Savigny, à época um novato, “Da Vocação da Nossa época para a Legislação e a Jurisprudência” (*Vom Beruf unserer Zeit f r Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*). Curiosamente adversários na pol mica, um trabalho hoje clássico de

<sup>31</sup> Savigny lecionou em várias universidades alemãs, e além de Puchta, seu principal discípulo, foi professor na Universidade de Marburgo dos Irmãos Grimm, responsáveis por recolher e publicar o folclore tradicional alemão, e mesmo Karl Marx, o que pode indicar a extensão de sua influência para além das fronteiras do direito: “Karl Marx foi seu aluno na Universidade de Berlim, exatamente na cátedra de ‘jurisprudência’, vez que, desse seu professor, herdara o interesse pelo estudo da propriedade e, sobretudo, a visão de que o direito procede do social. Muitos – entre eles, Ludwig Von Mises – até consideraram que, em alguns aspectos, a influência de Savigny em Marx é superior   de Hegel. Assim sendo, desde cedo, Marx buscou explorar ao máximo a oposição que lhe foi demonstrada pelo seu mestre na faculdade, aquela existente entre a juridicidade ancorada na consciência do povo e a legalidade manejada pelos juristas no seio da sociedade política.” (CUSTÓDIO, 2013, p. 15).

<sup>32</sup> A respeito da recepção no Brasil dos embates sobre a codificação do direito privado alemão, embora algumas décadas mais tarde (o Professor Ribas exerceu a cátedra de Filosofia do Direito no Largo São Francisco por volta das décadas de 1860 e 1870), conferir Strenger (1964, p. 120-134), onde há sucinto e amplo panorama acerca dos aspectos trazidos por Thibaut, Savigny e os pandectistas alemãs e sua influência nas codificações brasileiras levadas a cabo durante o século XIX (Código de Processo Criminal de 1832, Códigos Criminais de 1830 e 1890, Código Comercial de 1850 e o Regulamento n  737 de 1850): “... contrariando a posição savignista, Ribas admitiu que a codificação da legislação civil no Brasil era um imperativo técnico, histórico e social, defendendo a tese favorável   codificação mesmo em circunstâncias adversas, entre as quais considerou ‘os períodos de elaboração das nacionalidades’ que podem retardar o livre e natural desenvolvimento do Direito. [...] concluindo: ‘O meio é a decretação de códigos.’” (STRENGER, 1964, p. 123, grifo nosso).

Savigny, “Tratado da Posse” (“*Das Recht des Besitzes*”), recebeu saudações de Thibaut como obra-prima do direito alemão.

Anton Friedrich Justus Thibaut defende a codificação do direito privado alemão em duas ordens de argumentos. Teoricamente, ele se torna o grande expoente na Alemanha do racionalismo iluminista e, tal como seus colegas franceses Pothier, Demolombe, Cambacérès e Buget, arquitetos parlamentares do Código napoleônico e posteriormente seus exaltadores, Thibaut considera o código como a razão totalizante no direito, ou seja, a razão contida no texto dos artigos, parágrafos e incisos do código teria o condão de abarcar todas as possibilidades de conflitos jurídicos; em suma, a própria realidade. O código como corporificação da razão e do direito, exatamente como assim acreditava ser o *Code Civil* francês, não havendo nesta argumentação especificidades quanto ao que já se viu sobre a Escola da Exegese<sup>33</sup>. No entanto, Thibaut acrescenta à sua exortação considerações práticas relacionadas à fragmentação do território germânico em vários estados politicamente independentes e com ordenamentos jurídicos e costumes também juridicamente diversos. A heterogeneidade jurídica daí resultante em localidades contíguas, bem como a inexistência dum padrão uniforme de validade e hierarquia das fontes, gerava inconvenientes em todos os ramos do direito privado, desde matrimônios e sucessões a títulos de crédito (importante ressaltar: toda a polêmica sobre a codificação é unicamente relacionada ao direito privado, resultado da afirmação progressiva dos ideais burgueses sobre a sociedade europeia no século XIX), em situação semelhante às cidades comerciais durante a Idade Média.

Ao mesmo tempo, defende Thibaut, o chamado direito comum, em realidade o direito civil romano constantemente ruminado ou contextualizado por séculos, ainda conservava o gênio romano, bastante diverso do germânico, resultando assim ininteligível à maior parte da população dos estados alemães. A situação equivaleria, segundo Thibaut, à aplicação dum direito estrangeiro à Alemanha. Outra vantagem seria que a promulgação dum Código Civil geral alemão funcionaria como uma espécie de prelúdio para a unificação política do país, a qual efetivamente ocorreu em 1871<sup>34</sup>.

Sendo o máximo embaixador das inclinações iluministas e liberais no direito favoráveis à codificação, Thibaut representava a maioria quantitativa da polêmica, tendo inclusive recebido o apoio de Hegel, o qual classificou a posição hostil de Savigny à

---

<sup>33</sup> “Thibaut fizera-se representante, na Alemanha, dessa tendência racionalista, aduzindo em sustentação da codificação, razões tiradas, preferentemente, da prática. Assim, fazia notar os inconvenientes produzidos pela disparidade das leis e dos costumes e ainda chamava a atenção para a importância nacional que a unificação do direito privado assumiria nas relações entre os vários Estados alemães.” (DEL VECCHIO, 2006, p. 143).

<sup>34</sup> Em comparação, o Código Napoleônico unificou juridicamente duas França distintas: o sul, de direito comum romano, e o norte, de direito consuetudinário (LOPES, 2009, p. 280).

codificação como “[...] um dos maiores insultos que poderia acometer uma nação ou uma classe profissional.” (HEGEL apud RADBRUCH, 2010, p. 31), referindo-se, é claro, à classe dos juristas.

No entanto, havia quem julgava as circunstâncias muito diferentemente: “Seria muito difícil encontrar uma condição exterior mais inoportuna e contrária à codificação que esta.” (SAVIGNY, 1946, p. 87).

Quanto ao fim, estamos de acordo: queremos a fundação de um direito não duvidoso, seguro contra as usurpações da arbitrariedade e dos assaltos da injustiça; este direito há de ser comum para toda a nação e tem de concentrar-se em todos os esforços científicos. Para este fim desejam eles um Código, com o qual apenas uma metade da Alemanha alcançaria a unidade, enquanto a outra metade ficaria ainda mais separada. Por minha parte, vejo o verdadeiro meio em uma organização progressiva da ciência do Direito, a qual pode ser comum a toda a nação. E quanto ao juízo que nos merece a situação atual, estamos completamente de acordo: a consideramos unanimemente como defeituosa. Mas eles vêem a causa do mal nas fontes do direito e estimam como bom remédio um Código, enquanto por minha parte encontro o mal em nós mesmos; e portanto, creio que não estamos em condições adequadas de proceder a uma codificação. (SAVIGNY, 1946, p. 171-172).

Savigny concebe o fenômeno jurídico evolutivamente. O elemento primordial é a tradição jurídica popular, o costume, ou o que chamaríamos também de direito consuetudinário, aquele nativo e próprio de dada comunidade, que ao mesmo tempo a forma e identifica. Trata-se dum elemento cultural, portanto. Num segundo momento, esta tradição jurídica popular gradualmente emancipa-se em ciência jurídica através do trabalho dos juristas, melhor dizendo, dos professores de direito, reputados por Savigny como os mais aptos a esta gradual evolução, justificando também o epíteto de “escola dos professores alemães” dado à Escola Histórica. Finalmente, a legislação, codificada ou não, possui duas funções: declarar, *positivar*, o elemento jurídico popular manipulado pelos juristas, ou seja, os princípios e costumes jurídicos da tradição popular, e dispor sobre eventuais dissensões doutrinárias ou jurisprudenciais acerca de sua correta aplicação.

A síntese desta opinião é que todo direito tem sua origem naqueles usos e costumes, as quais por assentimento universal se sói dar, ainda que não com grande exatidão, o nome de Direito consuetudinário; isto é, que o direito se cria primeiro pelos costumes e crenças populares, e logo pela jurisprudência; sempre, portanto, em virtude de uma força interior, e tacitamente ativa, jamais em virtude do arbítrio de nenhum legislador. (SAVIGNY, 1946, p. 48).



Em suma, o direito é produzido pelo povo, desenvolvido pelos juristas e declarado pelo legislador<sup>35</sup>.

Nesta concepção de natural evolução do fenômeno jurídico, o código torna-se um grande inibidor da cultura jurídica, engessando-a, impedindo sua formação espontânea. Atropela-se, com o fator da codificação, as fases progressivas da formação jurídica dada sociedade, cronofobicamente: em relação ao passado e à tradição, estes tornam-se irrelevantes frente à letra do código, e em relação ao futuro, o código paralisa a evolução jurídica natural da comunidade. Numa palavra, promove a fragilização das forças e consciências históricas na formação do direito.

O esteio de toda a concepção de evolução natural do fenômeno jurídico de Savigny encontra-se na categoria fundamental “*espírito do povo*”. Esta entidade (no sentido da filosofia hermenêutica de Heidegger) é a responsável, segundo a Escola Histórica de Savigny, pela criação primordial do direito. Manifestamente uma típica romantização<sup>36</sup>, por trazer os três principais elementos do romantismo: apelo nostálgico à tradição e ao passado, idealismo na modificação substancial ou mesmo criação desta realidade antecedente, e nacionalismo, por cada população de cada território possuir seu *espírito* próprio e diferenciador (noção, em Teoria do Estado, de fato mais próxima ao conceito de “nação” que de “país” ou “Estado”), esta figura metafísica determina uma alteração na teoria das fontes do direito, aparecendo destacadamente como fonte primária e máxima. Note-se que a comparação é em verdade uma resposta opositiva ao código: o espírito do povo, estudado e desenvolvido pelos juristas, é antecedente ao direito escrito cronologicamente, hierarquicamente e inclusive na argumentação nos tribunais.

Numa alusiva comparação, o direito é como a linguagem: ambos são manifestações culturais (na visão romântica, manifestações tradicionais, idealistas e nacionalistas)

<sup>35</sup> “Aqui, com efeito, contra a minha opinião que submete a evolução do direito à lei que rege toda a sua existência, levanta-se uma opinião que goza ainda, pelo menos na nossa ciência romanista, de um crédito geral e que designarei, para abreviar, segundo os nomes dos seus dois principais partidários, a teoria de *Savigny* e de *Puchta* sobre a origem do direito. Segundo esta teoria a formação do direito faz-se sutilmente, tão livre de dificuldades como a formação da linguagem; nem exige esforço, nem luta, nem sequer lucubrações, - é a força tranquilamente ativa da verdade que sem esforço violento, lentamente, mas seguramente, segue a sua derrota; é o poder da convicção à qual se submetem as almas e que elas exprimem pelos seus atos. [...] Tal é a concepção de origem do direito que eu próprio trazia ao sair da Universidade e sob cuja influência fiquei durante certo número de anos.” (IHERING, 1998, p. 4-5, grifo do autor).

<sup>36</sup> Savigny comunga a concepção romântica do pacto social, a mesma de Rousseau: “Em certos tempos, de que não estamos muito distantes, dominou a crença de que a infância da sociedade se passou em uma condição perfeitamente animal, a qual, mercê de um sucessivo desenvolvimento, se foi mudando em uma existência cada vez melhor, até que ao fim chegou a alcançar a altura de civilização em que agora se encontra. [...] Esta juventude dos povos é certamente pobre de ideias, mas tem a vantagem de uma plena consciência de ser e de suas condições, e nela vive sentindo-a profundamente, enquanto em nossa sociedade, tão artificialmente complicada por tantos elementos, estamos oprimidos por nossa mesma abundância, que não podemos gozar e aproveitar plenamente.” (SAVIGNY, 1946, p. 44).

formadoras e, ao mesmo tempo formadas, pelo *espírito do povo*, o qual continuamente através dos tempos engendra o caráter desta população, reconhecendo seus integrantes como pertencentes a uma comunidade orgânica, progressivamente nos costumes práticos da vida e então afluindo naturalmente para todas as outras esferas da experiência humana.

Assim como a linguagem surge e desenvolve-se sem o trabalho dos gramáticos, que só depois lhe fixam os princípios e regras, também o direito não é criação do legislador, mas uma produção instintiva e quase inconsciente que se manifesta no fato, e apenas numa fase posterior admite a elaboração refletida por obra dos técnicos, que são os juristas. (CUSTÓDIO, 2013, p. 12).

Neste ponto as críticas de Savigny voltam-se então à recente Escola da Exegese, da qual seu oponente direto, Thibaut, fazia coro na Alemanha. Fundamentando-se no *espírito do povo*, argumenta Savigny que a codificação asfixia o sentimento jurídico cultural e tradicional. O código, portanto, significa um atravessar histórico, uma ruptura categórica e terminante do natural desenvolvimento do fenômeno jurídico. O argumento é conservador.

Em sua virtude se pediam novos Códigos, os quais, com suas perfeições, deviam garantir uma mecânica exatidão na administração da justiça; de modo que o magistrado, dispensado de todo juízo próprio, devia limitar-se a uma simples aplicação literal da lei. Deviam, ademais, estes Códigos estar completamente livres de toda histórica influência, e por obra de uma solene e estranha abstração, deviam adaptar-se a todos os povos e a todos os tempos. (SAVIGNY, 1946, p. 40).

Ora, trata-se esta *mecânica exatidão* na aplicação (literal) da norma legal exatamente do silogismo judicial difundido pela Escola da Exegese. Atacando ademais a abstratividade espacial e temporal do ideal de código, ou seja, a justificação filosófico-ideológica da razão deificada<sup>37</sup> ser perfeitamente capaz de abarcar em textos a complexidade e pluralidade dos fatos juridicamente possíveis, Savigny propugnará por um modelo hermenêutico, interpretação e aplicação do direito, alternativo a este exegetismo absorto na razão a-histórica, ou anti-histórica<sup>38</sup>. Aqui apresenta-se a construção sistemática de Savigny para a

<sup>37</sup> “É preciso uma vez por todas acabar com semelhantes antigualhas. O direito é uma obra do homem, ao mesmo tempo uma causa e um efeito do desenvolvimento humano. A história do direito é uma das formas da história da civilização.” (BARRETO, 2000, p. 92).

<sup>38</sup> A crítica romântica de Savigny a esta a-historicidade e à razão deificada do iluminismo: “[...] a última metade do século XVIII. Naquele tempo surgira na Europa um cego ardor pela organização: se havia perdido todo sentimento e todo amor por quanto havia de característico e de grande nos demais séculos, ao par que pelo natural desenvolvimento dos povos e das instituições, é dizer, por tudo aquilo que a história produz de mais saudável e proveitoso, fixando exageradamente a atenção na *época atual, que se acreditava destinada nada menos que a efetiva realização de uma perfeição absoluta.*” (SAVIGNY, 1946, p. 40, grifo nosso).

ciência jurídica, desenvolvida em lapsos temporais irregulares (as primeiras lições universitárias datam dos primeiros anos de 1800 e os volumes do *Sistema do direito romano atual* aparecem durante a década de 1840), a qual terá vez a seguir, quando tratarmos de sua ulterior conversão na jurisprudência dos conceitos.

Segundo esta opinião, todo direito, em seu estado normal, não é mais que o resultado da lei, isto é, dos atos emanados da potestade suprema do Estado: a ciência do Direito atende unicamente à matéria de semelhantes atos; assim, o conteúdo da legislação mesma, do mesmo modo que o da ciência do Direito é completamente acidental e variável, sendo perfeitamente possível que o direito de hoje seja todo distinto do de ontem. (SAVIGNY, 1946, p. 41).

Savigny encarna as aspirações da ciência jurídica alemã do século XIX em superar o jusnaturalismo moderno (LOPES, 2009, p. 274). Enquanto a sua Escola Histórica evidentemente procura despertar a razão codificada e hermeneuticamente exegética para o tempo; enfim, para a historicidade das consciências e dos comportamentos humanos, a progressiva sistematização da ciência jurídica empreendida pelas mesmas mãos levará a caminhos bastante diversos, quiçá contrários, numa esterilização gradativa desta mesma ciência jurídica em modelos racionais abstratizantes das relações jurídicas.

Porém, cabe à Escola Histórica o mérito incontestável de desferir o golpe final no jusnaturalismo moderno:

O grande mérito da escola histórica está em ter posto um dique a essa fantástica racional dos direitos absolutos e imutáveis, reduzindo o direito em geral às proporções de uma coisa, que nasce, cresce e se desenvolve como qualquer produto da civilização. A sua parte de erro consiste em que ela não deu conta bastante dos fatores sociais no processo secular de estratificação jurídica; o seu erro consiste em que ela, apesar de proclamar-se *histórica*, não estudou devidamente a *historicidade* do direito. (BARRETO, 2000, p. 98, grifo do autor).

Savigny e sua Escola Histórica rejeitam integralmente o *fato novo* representado pela codificação moderna. Oferece a ela como alternativa o regresso, romanticamente estilizado. Trata-se, à vista disso, de uma indisfarçável inovação conservadora. A crítica fundamentada no romantismo do *espírito do povo* contra a codificação e o exegetismo, principalmente, mas também não esquecendo de toda a construção sistêmica dos conceitos jurídicos apenas frouxamente conectados à efetiva tradição cultural das relações sociais originárias, empenha-se acima de tudo na manutenção do direito comum, costumeiro ou romano

contemporâneo, do qual Savigny era professor, impedindo a codificação necessária à consolidação do Estado liberal-burguês.

Os códigos eram uma ameaça à velha ordem. O célebre Savigny opôs-se à codificação do direito alemão, em nome da tradição popular e do 'Espírito do Povo'. De fato, estava defendendo o mundo antigo, inclusive o modelo antigo de professor, aquele que criava a ordem jurídica pelas suas intervenções 'científicas' e não se submetia à ordem criada arbitrariamente (não cientificamente) pela legislação. Era um projeto destinado ao fracasso [...] Quando o Estado se instala, os professores deverão tornar-se exegetas do direito positivo. Serão reduzidos à reverência pelo texto da lei, como os primeiros glosadores eram reduzidos ao temor reverencial pelo texto de Justiniano. (LOPES, 2009, p. 205).

Se Savigny não foi capaz de impedir a codificação do direito civil alemão, ao menos a retardou por quase cem anos (o BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch* – foi aprovado em 1896, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1900 numa Alemanha já unificada). Não somente, mas a amplitude e profundidade de sua obra revela mais que nenhuma outra os esforços dos juristas alemães do século XIX de superar o moderno jusnaturalismo. Ora, se a Escola Histórica da qual Savigny é fundador e maior nome foi a pioneira na crítica à codificação e ao positivismo exegetico, tornando-se precursora de outras escolas de cunho sociológico, como a escola do direito livre mais ao fim do século, por outro lado o caráter sistemático desenvolvido por Savigny para a ciência do direito frutifica logo em seguida em posturas conceitualísticas lógico-formais, como na jurisprudência dos conceitos. Na amplitude e nas contradições de sua própria obra, Savigny faz-se sentir durante todo o desenvolvimento da ciência jurídica ao longo do século XIX.

Desse modo, é da combinação dos métodos histórico e sistemático que emerge a característica metodológica fundamental da Escola Histórica. Todos os autores são unânimes em afirmar que é dessa estrutura metodológica que a ciência do direito da Europa continental, ainda hoje, retira seus fundamentos. (OLIVEIRA, 2013, p. 106).

Enquanto as evocações românticas e as críticas historicamente fundadas à codificação do direito e ao exegetismo proferidos por Savigny e a Escola Histórica foram tratadas neste item, abordaremos a seguir a sua construção sistemática e as involuntárias consequências para esta primeira fase do positivismo jurídico.

### 2.3.2 Jurisprudência dos conceitos (pandectismo)

“Pandectas” é o correspondente nome grego do Digesto, uma das quatro partes do *Copus Iuris Civilis*. Trata-se de compilação dos fragmentos dos jurisconsultos clássicos ordenadas por Justiniano<sup>39</sup> no século VI e levada a cabo por uma comissão de dezesseis membros capitaneada por Triboniano. A obra é uma tarefa homérica de organização: são cinquenta livros subdivididos em mais de mil títulos, e em cada título há fragmentos de cerca de quarenta jurisconsultos romanos de todas as épocas. Desde sua promulgação houve controvérsias acerca da fidelidade romana das Pandectas. As suspeitas provêm de vários fatores. Os compiladores, ao se confrontarem com a imensa massa jurídica acumulada através dos séculos, tiveram certamente de selecionar as matérias que entrariam no *Corpus*. Não somente, mas tiveram de elucidar milhares de questões jurídicas que, obviamente, não receberam a mesma solução das dezenas de jurisconsultos, além de estarem autorizados pelo próprio Justiniano a alterar os textos originais (interpolações) para harmonizá-los em tempo e espaço, tudo isto, é lícito supor, segundo algumas diretrizes político-jurídicas do imperador. Procurando amalgamar toda a tradição jurídica romana num texto colossal, organizado e completo, em suma, sistemático, o *Copus Iuris Civilis* é o grande antecedente do ideal jusracionalista de sistema e do ideal iluminista-liberal de código<sup>40</sup>. A redescoberta do antigo direito romano no século XI, estando antes circunscrito ao Império Bizantino, seu herdeiro, é que possibilita e impulsiona o desenvolvimento do estudo do direito a partir da Universidade de Bolonha (sem contar sua influência no próprio Renascimento Humanista, ou a reconquista da Antiguidade Clássica). É em torno da herança romana, principalmente das Pandectas, que girará todo o mundo jurídico da Europa Ocidental a partir de então, tendo sua importância abalada de maneira definitiva somente com o advento do código moderno alguns séculos depois. No entanto, a tradição secularmente arraigada de *texto sagrado* permaneceu.

---

<sup>39</sup> “Justiniano, os historiadores são unânimes em comentar isto, era um amante da passada glória romana. [...] Justiniano acreditava que a jurisprudência de seu tempo era decadente. Ao lado disso, havia o interesse prático e o espírito codificador-simplificador: existia um enorme material jurídico acumulado e contraditório, todos os juristas gozavam de igual autoridade e eram citados igualmente. Com sua edição, Justiniano aboliu todos os livros dos juristas, e salvou apenas os maiores do período clássico. Proibiu toda referência à obra dos jurisconsultos não incluída no *Digesto* e mandou queimar os manuscritos dos jurisconsultos excluídos. Para ser mais eficaz, proibiu que se fizessem comentários à compilação.” (LOPES, 2009, p. 100-101).

<sup>40</sup> “Diante do texto de Justiniano, os juristas latinos medievais vão ter a mesma reverência que todos tinham perante os textos que chegavam do passado. Mas em torno deste texto, que claramente não é sagrado, podem desenvolver uma arte nova: podem aplicar a dialética, a tópica e a retórica. Respeitando-o como *ratio scripta*, como razão objetiva, universal, tomam-no como um objeto de investigação. E pela primeira vez, com relação ao Direito Romano, vão tratá-lo progressivamente, como uma totalidade. [...] os medievais passaram a tratar o texto de Justiniano como um todo. Foram responsáveis pela primeira tentativa de sistematizar novamente o direito ocidental.” (LOPES, 2009, p. 102-103).

Na Alemanha, país onde a codificação mais tardou, as Pandectas continuaram a ser o direito comum ao longo do século XIX, a exercer de fato o papel de código, e esta é a razão do termo “pandectismo” ser sinônimo da jurisprudência dos conceitos alemã.

Escola cujo antecedente e involuntário mentor é também Friedrich Karl von Savigny. Enquanto no item anterior analisamos sua face histórica e romântica na disputa sobre a necessidade e oportunidade da codificação do direito privado na Alemanha a partir do manifesto *Da vocação da nossa época para a legislação e a jurisprudência* de 1814, investigamos agora sua construção sistêmica, a primeira a ser exposta e aplicada após o ocaso do direito natural moderno (LARENZ, 1997, p. 6) com o advento do código, e que influencia marcadamente todo o desenrolar do positivismo exegético ao longo do século XIX, sobretudo em sua etapa mais rígida, a jurisprudência dos conceitos.

Savigny fixa as tradicionais técnicas de interpretação (gramatical, lógica, sistemática e histórica) em *Metodologia jurídica*, de 1802, registro de suas aulas em Marburgo. Nesta sua grande obra da juventude, Savigny concebe a ciência jurídica ao mesmo tempo histórica e filosófica. O caráter “filosófico” de sua ciência jurisprudencial é perfeitamente compreendido, em realidade mesmo substituído, pelo conceito de *sistema* herdado pelo jusracionalismo. Paradoxalmente, rechaça a necessidade da filosofia para o estudo do direito<sup>41</sup>. Com efeito, é esta significação sistemática que entende Savigny por filosofia, numa construção hermenêutica, histórica e sistêmica bastante próxima a uma unidade imanente no estilo de Hegel.

Quem está acostumado a seu romantismo estranha suas primeiras considerações. Elas partem, no que poderíamos, talvez anacronicamente, chamar dum exegetismo austero, apenas temperado aqui ou acolá por alguma observação histórica de caráter mais decorativo, e que não modifica a natureza do sistema. “O objetivo da ciência jurídica é, por conseguinte, apresentar historicamente as funções legislativas de um Estado.” (SAVIGNY, 2001, p. 1). Acolhendo os principais pressupostos do positivismo exegético, afirma o silogismo lógico-formal na hermenêutica jurídica, e isto anteriormente à Escola da Exegese e à promulgação do *Code civil*, considerado a única tarefa do juiz: “Não é a arbitrariedade do juiz que toma a decisão, mas a própria lei. O juiz apenas reconhece as normas e as aplica ao caso particular. [...] a única ação e a única tarefa do juiz é uma interpretação puramente lógica.” (SAVIGNY, 2001, p. 3-4, grifo nosso). Neste diapasão, repele as tradicionais

---

<sup>41</sup> “Porém, nem sequer como conhecimento prévio a filosofia é absolutamente necessária para o jurista. [...] Isto flui do fato de que a jurisprudência pôde florescer perfeitamente em épocas nas quais não se estudou filosofia alguma, e, se foi estudada, foi de modo tal que não poderia ser considerada como filosofia.” (SAVIGNY, 2001, p. 55-56).

técnicas hermenêuticas legadas pelos jurisconsultos romanos tão familiares a Savigny como a *interpretatio extensiva*, a *interpretatio restrictiva* e a teleológica. Percebe-se, em consonância ao silogismo judicial, respeito absoluto ao legislador (racionalmente deificado) e, conseqüentemente, à doutrina da separação dos poderes: “Certamente, só será possível um aperfeiçoamento da lei através do legislador, mas nunca através do juiz.” (SAVIGNY, 2001, p. 46). Aceita unicamente, embora com reservas, a analogia, pois aí o sistema completa-se a si mesmo sem qualquer atividade criativa por parte do aplicador.

Na sua *Metodologia jurídica* a elaboração histórica da hermenêutica é realizada em dois momentos: vinculação histórica e separação histórica. Em primeiro lugar, vincula-se a questão atual a todas as diferentes respostas doutrinárias e jurisprudenciais que ela obteve ao longo dos tempos. “O sistema deve ser tomado na sua totalidade e ser considerado progressivo, isto é, como história do sistema da jurisprudência na sua totalidade. Tudo depende disso.” (SAVIGNY, 2001, p. 29). Óbvio a referência oculta aos jurisconsultos romanistas. Percebe-se também como Savigny, distante treze séculos da compilação original de Justiniano e afora as já então conhecidas interpolações que foram se amontoando ao longo dos séculos, concebe o direito romano como totalidade de fato, como *sistema*. “A jurisprudência também deve ser tratada com uma separação completa de suas fontes.” (SAVIGNY, 2001, p. 30-31). Já na separação histórica sua atitude é diametralmente oposta à sua luta posterior contra a codificação e, neste ponto, modifica substancialmente sua metodologia jurídica quando passa a considerar como fonte originária do direito o “espírito do povo” (*volksgeist*).

A palavra de ordem é *sistema*, a grande herança do jusracionalismo moderno<sup>42</sup>.

O conteúdo do sistema é a legislação, isto é, os princípios do Direito. Necessitamos de um meio lógico da forma, ou seja, da condição lógica do conhecimento de todo o conteúdo da legislação para conhecer estes princípios, em parte de forma particular, em parte na sua conexão. Tudo o que é formal tem por objetivo desenvolver a determinação dos princípios particulares do direito - geralmente isto é denominado de definições e distinções -, ordenar a vinculação de vários princípios particulares e sua conexão. Isto é habitualmente denominado de verdadeiro sistema. (SAVIGNY, 2001, p. 36-37).

<sup>42</sup> “Podemos dizer que o ideal clássico da ciência correspondente aos séculos XVII e XVIII está ligado ao pensamento sistemático. Ora, o conceito de sistema é, conforme o testemunho de Wieacker, a maior contribuição do chamado *jusnaturalismo* moderno ao direito privado europeu. A teoria jurídica europeia, que até então era mais uma teoria da exegese e da interpretação de textos singulares, passa a receber um caráter lógico-demonstrativo de um sistema fechado, cuja estrutura dominou e até hoje domina os códigos e os compêndios jurídicos. Numa teoria que devia legitimar-se perante a razão por meio da exatidão lógica da concatenação de suas proposições, o direito conquista uma dignidade metodológica importante.” (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 43).

Do sistema passa-se aos conceitos: “O sistema está determinado pelos conceitos.” (SAVIGNY, 2001, p. 38). Num verdadeiro prelúdio à pandectística, no que ele mesmo chama de *fidelidade genética – percorrer o mesmo caminho das leis* (SAVIGNY, 2001, p. 37, grifo nosso), a tarefa do jurista é definir, distinguir e conceituar os institutos jurídicos rumo à unidade sistemática. Trata-se duma concepção marcadamente legalista. O jovem Savigny compreende o sistema jurídico-legal total como resultado da interpretação individual do texto isolado (artigo, parágrafo, alínea e suas correspondentes nas Pandectas – todos os exemplos de Savigny são daí retirados) com o texto global das Pandectas, numa operação lógico-formal bastante semelhante com os cânones hermenêuticos da Escola da Exegese. “Toda interpretação tentará oferecer um resultado para o sistema. Deve, então, ter um objetivo prático, porque deve estar direcionada a aclarar um princípio dentro do sistema.” (SAVIGNY, 2001, p. 21).

A tônica de Savigny recai inteiramente na parte sistemática de sua doutrina jurídica. Não há, ainda, quaisquer concepções extralegais como a histórica, algo que só se modifica com o grande manifesto da Escola Histórica por ele fundada, o *Da vocação da nossa época para a legislação e a jurisprudência*, onde, como já vimos, o romantismo conjuga-se ao historicismo na polémica sobre a codificação, não havendo aí ambiente para o sistema.

Não obstante, no *Sistema do direito romano atual*<sup>43</sup> cujos volumes aparecem na década de 1840, Savigny mantém-se fiel às finalidades declaradas lá em sua *Metodologia* “[...] de construir uma ciência jurídica na qual a elaboração sistemática (na *Metodologia jurídica*, ‘filosófica’) e ‘histórica’ (i.e., exegético-hermenêutica) se unissem.” (WIEACKER, 1967, p. 452).

A hermenêutica de Savigny é um processo que se articula entre os planos concreto e abstrato. O plano concreto é a *intuição* total, a fonte originária, do aplicador acerca do instituto jurídico (a mesma do legislador ao determinar a preceituação legal), enquanto que o plano abstrato dá-se no *conceito* legal estabelecido, o qual contém apenas um fragmento do *nexo orgânico*<sup>44</sup> dado pelo total intuitivo. Portanto, cabe ao aplicador do direito restituir este fragmento conceitual legal à sua totalidade originária, reconstruindo assim o *nexo orgânico* entre intuição e conceito, entre o concreto e abstrato.

<sup>43</sup> A crítica do movimento do direito livre a estas tentativas de atualização dos sistemas jurídicos remotos: “Inútil é como devemos declarar toda aquela imensa literatura, a qual se diz como de direito atual, que adapta os mais antiquados institutos da lei das Doze Tábuas, do *Sachsenspiegel*, e do *Constitutio Criminalis Carolina* de acordo com o modelo do seu dogmatismo. Inteiramente inútil - tão inútil quanto o trabalho dos alquimistas e dos astrólogos.” (KANTOROWICZ, 2011, p. 2021, tradução nossa).

<sup>44</sup> “Ao passo, porém, que o escrito de juventude entende o sistema jurídico exclusivamente como um sistema de *regras jurídicas* - que se encontram entre si numa tal ligação *lógica* que as regras especiais se vêem como brotando de certas regras gerais, às quais podem ser reconduzidas -, a obra da maturidade parte ao invés da ideia do *nexo ‘orgânico’* entre os *‘institutos jurídicos’* que vivem na consciência comum.” (LARENZ, 1997, p. 18, grifo do autor).



Todavia Savigny não logrou explicar suficientemente a articulação entre os planos, ou seja, a restauração do conceito fragmentário à intuição totalizante (LARENZ, 1997, p. 19). Sua construção metodológica apresentou reduzida efetividade prática, mesmo suplantada por seu discípulo Puchta, pois permaneceu incompleta ou, melhor dizendo, suspensa em seu momento mais importante: somente dali a algumas décadas é que a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer elabora empreendimento semelhante, o círculo hermenêutico. Além da baixa efetividade, a explanação insatisfatória de Savigny acerca do ponto fulcral de sua metodologia permitiu o prolongamento mais vigoroso do plano abstrato conceitual<sup>45</sup>.

De modo que a parte abstrata, formal, sistemática e conceitual prevalece já em Savigny<sup>46</sup>. Com a importante exceção da disputa sobre a codificação, a construção sistemática domina amplamente a obra de Savigny desde a *Metodologia jurídica* até o *Sistema*, suas duas grandes obras dogmáticas<sup>47</sup>, não obstante o lapso temporal de quarenta anos.

Puchta, discípulo de Savigny e considerado o fundador da jurisprudência dos conceitos<sup>48</sup>, desconsidera totalmente o equilíbrio proposto por seu mestre entre história e sistema ao descartar a parte histórica na potencialização ao máximo da parte sistemática da jurisprudência. Já em Puchta, então, o sucessor imediato de Savigny, portanto num intervalo bastante curto, as propostas da Escola Histórica<sup>49</sup> sublimam-se, e esta inversão de rumos do direito no século XIX apenas pode ser explicada na ambivalência histórica e sistemática de Savigny.

<sup>45</sup> “Mas a execução do ‘Sistema’ (de direito romano atual) não segue de forma consequente este ponto de vista. Ele desliga-se da desordem da tradição através de uma forte estilização sistemática, mas infelizmente faz o mesmo em relação à exegese prática do *usus modernus*; as próprias fontes romanas da antiguidade são conscientemente selecionadas em função da sua utilidade para o sistema.” (WIEACKER, 1967, p. 453).

<sup>46</sup> “A proposta metodológica da Escola Histórica acabou dissolvendo-se, até certo ponto com o próprio Savigny, numa estilização sistemática da tradição, como seleção abstrata das fontes históricas, sobretudo as romanas. Reaparecia, desse modo, a sistemática jusnaturalista numa roupagem nova. [...] Assim, a Escola Histórica aumentou o abismo entre a teoria e a práxis, que vinha do jusnaturalismo.” (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 52, grifo nosso).

<sup>47</sup> “A Dogmática Jurídica, que para Savigny não era bem o cerne da ciência, enquanto teoria do direito vigente, ocupou, pouco a pouco, o lugar principal. A seu lado, a investigação histórica foi-se tornando uma disciplina capaz de estabelecer o que ainda era utilizável do Direito Romano, assinalando-se-lhe apenas uma função preliminar e secundária em face da Dogmática, perdendo sua importância não só nos compêndios, como também no ensino.” (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 53).

<sup>48</sup> “Pois o que veio a influir mais tarde foi, além da perspectiva histórica, a ideia de sistema como sistema ‘científico’ construído a partir dos conceitos jurídicos – ideia que serviu de ponto de arranque para a ‘Jurisprudência dos conceitos’, em que não deve incluir-se, ou então apenas com reservas, o nome do próprio Savigny [...] Mesmo que Savigny tenha contribuído para o desembocar numa ‘esterilização da ciência do Direito’ (através da ‘Jurisprudência dos conceitos’), tal seria uma consequência indireta e não intencional.” (LARENZ, 1997, p. 19).

<sup>49</sup> “Ressalta, ainda, o admirável autor de *Fundamentos do Direito* que a Escola Histórica chegou aos poucos à uma formalização do seu historicismo, o que teria determinado o enfraquecimento progressivo da visão histórica do Direito na corrente dos pandectistas, pois os seguidores de Savigny passaram a preferência à história dos textos legais, apenas limitando-se à interpretação histórica para o fim de melhor conhecer uma regra, isto é, os seus antecedentes dogmáticos. ‘O historicismo cessava, desse modo, de ser historicismo de conteúdo social para ser historicismo meramente lógico-dogmático.’” (STRENGER, 1964, p. 133-134).

Avançando numa progressiva esterilização conceitual do direito, Puchta aproxima-se de Hans Kelsen em aspectos importantes. Aliás, o termo “esterilização” é perfeitamente substituível por “purificação” para assim melhor demonstrar a contiguidade entre ambos. A pirâmide de conceitos de Puchta é a antecessora direta da pirâmide normativa de Kelsen, sendo que esta pode ser considerada uma sofisticação daquela: onde numa se deduz até o mais “concreto” dos conceitos a partir duma operação sequencial subsuntiva lógico-formal dos conceitos hierarquicamente superiores e mais abrangentes ou abstratos<sup>50</sup>, noutra se repete a operação não mais com conceitos, mas com normas.

A depuração do direito assim é tentada no fechamento exclusivo da ciência jurídica aos conceitos jurídicos. *Definição, distinção e conceituação*. Nada de extralegal, nada de extrajurídico tem permissão de adentrar o mundo esterilizado dos conceitos.

Por outro lado, no que respeita à ligação da ciência jurídica com a sua realidade social, este formalismo representa uma trágica opção-chave. Se em Savigny ainda permanecia em aberto o problema de saber se com as suas instituições se significava manifestações reais ou, pelo contrário, tipos ideais da vida em comum dos homens, aqui toda a dúvida se desfaz e resulta claro que o conceito científico se desligou da vida e apenas tem uma existência intelectual. Assim, tornou-se inevitável o alheamento da ciência jurídica em relação às realidades sociais, políticas e morais do direito. (WIEACKER, 1967, p. 458).

A ponto do segundo Ihering, contemporâneo de Savigny e Puchta, determinar duas guinadas na ciência jurídica com as categorias de fim e interesse, ambas tentando reconstruir o elo entre direito e realidade. A crítica dirigida à Puchta sobre a função do costume na jurisprudência dos conceitos é igualmente aplicável à função da história nesta escola<sup>51</sup>: “[...] daí o desconhecimento completo da verdadeira natureza do costume na teoria de Puchta sobre o direito consuetudinário. O costume não é para Puchta mais do que um

<sup>50</sup> “Uma vez que Puchta renunciou de fato às relações jurídicas e às ‘instituições’ de Savigny, a pirâmide conceitual, isto é, a hierarquia dos conceitos a partir dos axiomas, é construída de forma contínua e sem lacunas e a dedução das normas jurídicas isoladas e das decisões jurídicas concretas só se torna possível observando o estrito rigor lógico. O próprio Puchta fala de uma ‘genealogia dos conceitos’ – o jurista deveria ‘seguir de cima a baixo a descendência de cada conceito através de todos os elementos que têm parte na sua formação’, tornar-se consciente da ‘proveniência’ de cada direito até chegar ao puro conceito de direito e, deste conceito supremo poder voltar novamente a ‘descer até cada um dos direitos (subjéctivos)’ isolados. A legitimidade da norma jurídica baseia-se agora exclusivamente na sua correção sistemática, na sua verdade lógica e na sua racionalidade; a própria criação do direito torna-se num ‘desenvolvimento a partir do conceito.’” (WIEACKER, 1967, p. 456-457).

<sup>51</sup> “Puchta, que foi seu discípulo (*de Savigny*), ao transformar o espírito do povo em uma categoria formal do conhecimento jurídico, retirando-lhe quer o carácter jusfilosófico, quer as implicações sócio-históricas, realizou uma transformação importante [...] conseguiu ele uma simbiose entre o direito posto e o direito formado na consciência histórica, fazendo do legislador seu máximo representante. Com isso, no entanto, a preocupação da Escola de dar ao pensamento jurídico um carácter científico por meio da incorporação da História ao conhecimento do direito acabou assumindo um carácter decorativo.” (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 52).

simples meio de reconhecer a consciência jurídica.” (IHERING, 1998, p. 8-9). Na metáfora de Hannah Arendt, a história torna-se para o direito positivado o mesmo que tábuas e pregos para a mesa acabada (apud FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 53).

Aliás, constitui mesmo um paradoxo o fato de que a Escola Histórica, tendo representado uma significativa reação contra o racionalismo a-histórico do exegetismo napoleônico, ou uma espécie de positivismo transcendente capaz até mesmo de introduzir o pensamento dialético no pensamento jurídico, acabasse, no final das contas, por construir uma metodologia formalista e conceitual em que os conceitos lógicos e abstratos preponderaram sobre os componentes propriamente históricos do fenômeno jurídico, num claro retorno ao modelo idealista da ciência dogmática do direito. (MACHADO, 2009, p. 23).

Assim, definitivamente, “[...] o nexu orgânico reivindicado pela Escola Histórica transmuta-se em um nexu lógico de conceitos.” (OLIVEIRA, 2013, p. 107).

A dogmática jurídica teve de fazer as vezes do código na Alemanha. Os professores de direito mais eminentes, legisladores. As Pandectas romanas, o próprio código. A jurisprudência dos conceitos faz amadurecer a cultura jurídica do país, preparando, inclusive culturalmente, a emergência do BGB. Sua estreiteza, a conceitualização formal que levou a cabo na ciência jurídica asséptica, enfim, provocou reações significativas como a jurisprudência dos interesses e o movimento do direito livre. Mas é a jurisprudência dos conceitos, de fato, quem esteriliza definitivamente o edifício do positivismo jurídico cujos fundamentos foram lançados pela Escola da Exegese.

### 2.3.3 *Jurisprudência dos interesses e a livre investigação científica de Gény*

A jurisprudência dos interesses inicia-se a partir da guinada teleológica e, até certo ponto, sociológica do segundo Ihering<sup>52</sup>: “A necessidade de, no estudo do direito romano, esclarecer o método de atividade dos juristas, levou Ihering a acentuar o conceito de interesse” (HECK, 1947, p. 315), assim considerado fundador pelo principal nome deste terceiro momento do positivismo exegetico, Philipp Heck. Trata-se duma reação à esterilização do direito levada a cabo pela conceitualização lógico-formal da anterior jurisprudência dos conceitos. Pretende desvencilhar a ciência jurídica desta sufocante

<sup>52</sup> “Ihering cumpriu e superou o programa da Escola Histórica. Cumpriu na medida em que, de modo geral, apontou no ‘Espírito do direito romano’ a relação do direito com o espírito do povo – que a escola histórica programaticamente afirma, mas que jamais se propusera a expor em detalhes. Todavia também superou-o. Em lugar de uma força obscura, afirmou a vontade consciente de um fim como o suporte da evolução jurídica: ‘O fim é o criador de todo o direito’ e ‘na luta debes encontrar o teu direito’ – são os lemas de ambas as suas obras: *O fim no direito* e *A luta pelo direito*.” (RADBRUCH, 2010, p. 36-37).

abstratização conceitual em que se encontrava, e isto através da introdução da categoria do “interesse”, eminentemente extraída da *práxis*.

“O objetivo final da atividade judicial e da resolução pelo juiz dos casos concretos é, por seu turno, a ‘satisfação das necessidades da vida.’” (HECK apud LARENZ, 1997, p. 64). São estas “necessidades da vida” juridicamente consideradas (algo bastante próximo da tutela dos bens da vida pelo direito penal)<sup>53</sup>, que Heck toma por interesses. Sua afirmação teórica fundamental é a de que

Os comandos legais não só se destinam a resolver conflitos de interesses, mas são também, como todos os comandos ativos, verdadeiros produtos dos interesses. Quer na vida corrente, quer nos domínios militares, todos os comandos se fundam nos interesses. Assim também nas leis. Estas são as resultantes dos interesses materiais, nacionais, religiosos e éticos existentes na comunidade jurídica e que lutam pelo predomínio. No conhecimento deste fato assenta a jurisprudência dos interesses. (HECK, 1947, p. 19).

Embora admita a aproximação comum entre a jurisprudência dos interesses e as correntes sociológicas mediada por este aspecto sociológico das necessidades da vida (HECK, 1947, p. 283-284), a jurisprudência dos interesses declara-se intrajurídica: “Os princípios essenciais foram deduzidos somente da experiência da vida e do sentimento jurídico e não de ideias filosóficas.” (HECK, 1947, p. 320), descartando principalmente quaisquer bases ou influências filosóficas em seu programa<sup>54</sup>.

O influxo efetivamente sentido e desenvolvido por Philipp Heck é novamente a necessidade de integração ou preenchimento das lacunas do ordenamento jurídico, desta vez a partir da retomada da categoria do interesse do segundo Ihering.

Em ambos ocorre uma reconstrução da figura do legislador racional, pressuposto, como já vimos, de todo o exegetismo. Tanto em Ihering como em Heck o legislador abstrato, ideal, deificado a ponto de emprestar várias das características da divindade, torna-se o intermediário transformador dos interesses reais em direito vinculante (LARENZ, 1997, p. 66). Portanto, as forças sociais têm de buscar na figura do legislador a prevalência de seus *interesses*. A questão fulcral da interpretação e aplicação do direito segue a seguinte marcha:

---

<sup>53</sup> A categoria “interesse” apresenta muitas semelhanças com a posterior categoria “valor” ou “princípio”. Aliás, a ponderação de interesses defendida por Heck na interpretação e aplicação do direito é uma espécie de precursora da ponderação de princípios ou valores. “Segundo os princípios da jurisprudência dos interesses, a formação valorativa de comandos realiza-se considerando o juiz os interesses em jogo, comparando-os uns com os outros e apreciando-os segundo um juízo de valor deduzido da lei ou construído por outra forma. A decisão deverá dar preferência àqueles interesses que, segundo esse padrão, se apresentam qualificados.” (HECK, 1947, p. 232).

<sup>54</sup> Várias passagens indicam esta preocupação em demonstrar o nascimento da jurisprudência dos interesses essencialmente a partir de considerações jurídicas realizadas e defendidas pelos próprios juristas (HECK, 1947, p. 315-316, p. 320).

se na *voluntas legis* a vontade do legislador racional estava perfeitamente encerrada no texto legal, e se na *voluntas legislatoris* devia-se pesquisar em casos de lacunas ou contradição a vontade efetiva, real do legislador (o seu “queria dizer”), a jurisprudência dos interesses trata de colocar a questão hermenêutica num momento anterior: “O centro de gravidade desloca-se da decisão pessoal do legislador e da sua vontade entendida psicologicamente, primeiro para os motivos e, depois, para os ‘fatores causais’ motivadores.” (LARENZ, 1997, p. 66).

O vínculo entre realidade e direito positivado é então realizado pelo legislador através da categoria do interesse.

A interpretação do direito deve retornar, portanto, aos interesses sociais que foram “traduzidos” pelo legislador em direito positivado. Ela deve levantá-los e somente assim alcança sua genuinidade<sup>55</sup>. “A antiga expressão ‘vontade do legislador’ tem conteúdo real: simplesmente o conceito de vontade não é psicológico, mas normativo - é um conceito de interesse. O legislador [...] é uma designação que engloba todos os interesses causais” (HECK, 1947, p. 10).

A forma de interpretação das leis que melhor satisfaz os interesses práticos é constituída pela investigação histórica dos interesses. É uma interpretação histórica - adota os métodos da investigação histórica - mas não exclusivamente subjetiva: deve procurar sim os pensamentos exteriorizados ou revelados por meio do ato legislativo, mas a sua ação retrospectiva deve ir mais longe, até aos interesses determinantes da lei, aos interesses causais. (HECK, 1947, p. 10).

É a proposição deste método teleológico-histórico o âmago diferencial da jurisprudência dos interesses para a jurisprudência dos conceitos. O método, segundo Heck, protege a hermenêutica fundada na categoria dos interesses tanto dos possíveis e corriqueiros erros de expressão do legislador (o problema da linguagem na *voluntas legis* ou a impossibilidade da linguagem legal conter toda a razão e toda a racionalidade) quanto duma jurisprudência formada pelos excessos de subjetivismos dos juízes (HECK, 1947, p. 11). No entanto, não se pretende suprimir a atividade criadora do juiz no momento da decisão judicial. Aliás, a reconhece e tenta direcioná-la justamente por meio das necessidades vitais, interesses, forças sociais, etc. Enquanto que na Escola da Exegese e na jurisprudência dos conceitos o juiz atem-se à subsunção lógico-formal dos conceitos jurídicos, demonstrando a prevalência do lógico sobre o real, na jurisprudência dos interesses há a nítida tentativa de conexão entre o mundo dos signos jurídicos e o mundo dos interesses fáticos.

<sup>55</sup> “Praticamente, este imperativo de investigar os interesses constitui o ponto culminante da jurisprudência dos interesses. Nenhuma regra jurídica será perfeitamente compreendida, enquanto não for olhada como resultante de uma composição de interesses ou como um erro legislativo. Não se trata dum princípio simplesmente teórico, mas duma norma de ação que, aplicada coerentemente, se mostra sempre do maior valor prático. Nem mesmo é nova, pois já se continha na antiga máxima que impunha ao juiz o dever de procurar sempre o fim e o alcance prático de cada disposição.” (HECK, 1947, p. 105).

No entanto, mesmo estas categorias têm uma função estritamente residual. Isto é, em casos de lacunas: no caso do juiz, primeiramente ele procede aos preceitos legais, após aos “valores legislativos” possíveis de determinação através dos preceitos legais, e somente neste último estágio o juiz utiliza-se do método teleológico-histórico e perquire acerca dos interesses deficientemente positivados pelo legislador.

À jurisprudência dos interesses coube a mediação entre, por um lado, a Escola da Exegese e a jurisprudência dos conceitos, e de outro, as várias correntes jurídico-sociológicas e principalmente o movimento do direito livre no desenvolvimento do positivismo exegético ao longo do século XIX. Ou seja, a categoria “interesse” contraposta, respectivamente, à racionalização conceitual do direito em textos positivados e à vontade do intérprete aplicador.

Nota-se uma guinada para a sociologia e para o voluntarismo, a ponto do movimento do direito livre poder ser considerado sua radicalização. Porém se apresentou alguma alternativa à esterilização conceitual da ciência jurídica e obteve algum êxito em não somente demonstrá-la, mas suplantando momentaneamente a jurisprudência dos conceitos e assim abrir novas possibilidades ao direito, restou muito distante duma verdadeira e permanente superação do positivismo exegético. Apesar de constatar um ponto importantíssimo e válido até hoje, qual seja ser o legislador o efetivo transformador dos interesses reais (sociais, políticos, econômicos, etc.) em direito positivado e vinculante para todos (vide o Congresso brasileiro e as mudanças legislativas progressivas ou conservadoras conforme as maiorias parlamentares), ainda permanece a subsunção lógico-formal, mas com um quê de tendência aproximativa da *práxis*: uma espécie de subsunção dos interesses abstratos contidos ou formadores da lei e os interesses em concreto, os presentes no caso. Procura desvencilhar-se da conceitualização abstrata através duma categoria que se pretende melhor articulada com a realidade, os interesses. Mas, como se disse, é também uma categoria formal ligada ao ideal de sistema<sup>56</sup>.

O ciclo da Escola da Exegese encerra-se, todavia, no limiar do século XIX com François Géný e seu *Método de interpretação e fontes do direito privado positivo* de 1899,

---

<sup>56</sup> “O sistema jurídico é necessariamente manifestação de uma unidade imanente, perfeita e acabada, que a análise sistemática, realizada pela dogmática, faz mister explicitar. Essa concepção de sistema, que informa marcadamente a Jurisprudência dos Conceitos, escola doutrinária que, na Alemanha, se seguiu à Escola Histórica, acentua-se e desenvolve-se com Puchta e sua pirâmide de conceitos, o qual enfatiza o caráter lógico-dedutivo do sistema jurídico, enquanto desdobramento de conceitos e normas abstratas da generalidade para a singularidade, em termos de uma totalidade fechada e acabada. Com o advento da chamada Jurisprudência dos Interesses, que se seguiu à Jurisprudência dos Conceitos, o sistema não perde seu caráter de totalidade fechada e perfeita, embora perca em parte sua qualidade lógico-abstrata. Com a introdução do conceito de interesse, e já anteriormente, com o de finalidade (IHERING), aparece na concepção de sistema uma dualidade que se corporificará mais tarde no que Heck denominaria de sistema exterior e sistema interior, ou sistema dos interesses, com o relacionamento das conexões vitais. A ideia de sistema fechado, marcado pela ausência de lacunas, acaba assim ganhando o caráter de ficção jurídica necessária, ou seja, o sistema jurídico é considerado como totalidade sem lacunas, apenas *per definitionem*.” (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 54).

praticamente um século, portanto, após o advento do Código Napoleônico. Gény reformula o programa da Escola da Exegese até então hegemônica em toda a cadeia de produção, transmissão e aplicação do conhecimento jurídico. Onde se ensinava exclusivamente o *Code civil*, Gény propõe a “livre investigação científica”. De fato, as críticas das quais parte Gény para a construção de seu método são ainda válidas no Brasil contemporâneo: o fetichismo pelas leis e códigos (atualmente abrangendo mais e mais as decisões das cortes superiores e as súmulas e orientações jurisprudenciais dos tribunais), o silogismo lógico-formal na aplicação do direito (ainda hegemônico embora a emergência dos princípios com força deontológica, juridicamente vinculantes, a partir do segundo pós-guerra, mas temperado, adaptado, pela jurisprudência dos valores, neoconstitucionalismo e a ponderação de princípios) e a conceitualização abstrata dos fenômenos jurídicos.

Assim, criticando o fetichismo exegético a partir da constatação que veio se formando ao longo do século XIX da existência de lacunas no direito positivado e a consequente impossibilidade do código conter em si todas as possibilidades de aplicação (o que equivale dizer o mito de encerrar em texto legal a totalidade da razão e da própria realidade), o método hermenêutico de Gény pretende-se *livre* pois não submetida tão somente ao código; *de investigação* pois irá pesquisar todas as fontes determinantes da *vontade do legislador* (sociais, econômicas, etc. ou, em suma, os *interesses* dos quais discorre a jurisprudência dos interesses), aliás, a vontade do legislador “[...] é o objetivo essencial de toda interpretação propriamente dita.” (GÉNY apud COSTA, 2008, p. 275), bem como as fontes nas quais se baseia ou se atualiza o direito positivado como a doutrina, a jurisprudência e o costume; *científica* pois repele o solipsismo na interpretação e aplicação do direito, pretendendo-se um método seguro nos termos do positivismo científico.

Se o direito positivado não é um sistema perfeitamente acabado e infalível, então as soluções para as suas lacunas obviamente devem ser investigadas fora do código. Neste compasso, há uma refutação das concepções exegéticas fundadas na simples análise sintática dos signos componentes do texto legal bem como do silogismo lógico-formal dos conceitos jurídicos, ou seja *o texto pelo texto*, ao mesmo tempo em que há uma revalidação das demais fontes de direito clássicas que foram olvidadas no advento do código moderno.

No entanto, mesmo estas fontes, assim como na jurisprudência dos interesses e no movimento do direito livre, apenas são recorríveis em caso de silêncio ou contradição do código<sup>57</sup>, cujo *status* de fonte maior do direito permanece inalterado. Ou seja, somente quando

---

<sup>57</sup> O mesmo permanece na atual Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB), art. 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

não for possível verificar a exata *voluntas legislatoris*. “Nada admito como conteúdo legítimo da lei, a ser evidenciado pela interpretação, senão aquilo que seus autores desejaram e souberam exprimir em sua imposição” (GÉNY apud COSTA, 2008, p. 274). Aliás, a máxima de Gény “*além do Código Civil, mas através do Código Civil*” indica bem a restrição da livre investigação científica aos limites estabelecidos ou reforçados pela positivação do direito, tais como a separação dos poderes, a hierarquia das fontes jurídicas e o princípio da autoridade (do legislador, do código e do juiz). Portanto, o Código Civil não é todo o direito civil, mas sempre se deve partir dele e, em casos de lacunas, contradições ou da impossibilidade de identificar exatamente a vontade do legislador, se deve chegar o mais próximo possível dele, ao que estaria no código.

A concepção de Gény, ao mesmo tempo que rechaça resolutamente a ideia de que o Código Civil constitui todo o direito positivo, proclama seu respeito à lei escrita, pois apenas em caso de lacuna o intérprete pode recorrer à livre investigação científica e esta livre investigação não passa de uma aplicação racional dos métodos científicos. Com isso, o método apregoado por Gény, na medida em que se aproxima bastante das teorias tradicionais, é mais importante pelos efeitos que produziu ao criticar as bases da Escola da Exegese, que por seu próprio conteúdo. (COSTA, 2008, p. 277).

Na crítica de Gény há também a derrocada da resposta correta exegeticamente considerada, ou seja, obtida através do silogismo lógico-formal. Não há somente uma *única* solução para cada caso (solução esta já presente no texto do código), como pretendia a Escola da Exegese, mas *algumas* possíveis. A tese, que aliás não é contribuição original de François Gény, mas afirma-se ao longo do desenvolvimento do positivismo jurídico ao longo do século XIX, é o pressuposto principal da moldura kelseniana e de toda a (falta de) teoria hermenêutica de Hans Kelsen.

A reelaboração de Gény dá-se na manutenção e modificação de elementos centrais da Escola da Exegese, num movimento dialético entre segurança e flexibilidade, onde aqueles são predominantes. O *Code civil* permanece como núcleo inabalável do direito civil, apenas retira-se sua exclusividade nos estudos e jurisprudência, isto pois permanece a obrigatoriedade de vinculação do intérprete aplicador à vontade do legislador, o que representa em última análise a subordinação de todos à lei. A flexibilidade dá-se principalmente na retomada das fontes jurídicas extralegais. Mas esta flexibilidade hermenêutica está sempre limitada pela segurança do código, já que utilizáveis somente quando por ele autorizadas como na presente LINDB, o que equivale à inexistência de



resposta indiscutível (lacuna, contradição ou demais impossibilidades de precisar a vontade do legislador).

Mesmo a polêmica da Jurisprudência dos Interesses – e mais tarde da Escola da Livre Interpretação – contra uma Jurisprudência dos Conceitos, não muda esta situação que domina a ciência dogmática. Ela não ocorre contra seu caráter abstrato, contra sua conceitualidade, mas somente contra uma pretensão de um dispor conceitual autônomo sobre questões jurídicas apenas de um ponto de vista cognitivo. (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 55).

Aqui encerra-se de fato o ciclo da Escola da Exegese. A seguir o voluntarismo do movimento do direito livre, mais um manifesto radical contra esta primeira fase do positivismo jurídico, o positivismo exegético.

#### 2.3.4 Movimento do direito livre (da lei)

As raízes do movimento do direito livre encontram-se em Ihering, o mais importante jurista alemão do século XIX. Lê-se em seu *A luta pelo direito*:

A nossa teoria do direito, e isto não pode ser mais claro, ocupa-se mais da balança do que da espada da justiça; o exclusivo do ponto de vista, puramente científico, com o qual ela considera o direito e que faz, em resumo, que o presente não pelo seu lado real, como noção de poder, mas antes pelo seu lado puramente lógico, como sistema de regras abstratas – imprimiu quanto a mim, a toda a sua concepção do direito, um caráter que de forma alguma concorda com a rude realidade. (IHERING, 1998, p. 3).

Nos informa Larenz (1997, p. 78) que a expressão “direito livre” é inaugurada numa conferência de Ehrlich em 1903. Porém num escrito anterior do grande processualista Oskar von Bulow (*Gesetz und Richteramt – Lei e Função Judicial de 1885*) já aparece a ideia central do movimento do direito livre de que a decisão judicial é atividade *criadora* de direito. Sob o “[...] véu ilusório da mesma palavra da lei oculta-se uma pluralidade de significações, cabendo ao juiz a escolha da determinação que lhe pareça ser em média a mais justa.” (BULOW apud LARENZ, 1997, p. 78, grifo nosso). É principalmente esta a proposição fundamental, se não a única, que permite reunir os diversos autores sob a mesma denominação, ainda que genérica. De fato, apesar de Ehrlich e Bulow serem considerados representantes do movimento do direito livre, as concepções de um ou outro autor são bastante pessoais. Mas de fato o grande manifesto do movimento é o de Hermann

Kantorowicz, *A luta pela ciência do direito* de 1906, cujo título, aliás, é inspirado por *A luta pelo direito* (1872) de Ihering.

Realmente, não se trata duma formação de escola jurídica propriamente, é mais um manifesto<sup>58</sup> “[...] e como todo movimento radical está fadado ao fracasso. [...] nós unanimamente temos a convicção de que a batalha não tem significação constitutiva, mas declarativa.” (KANTOROWICZ, 2011, p. 2007, tradução nossa). Assumindo que o movimento emerge da melhor parte do legado abandonado da Escola Histórica (KANTOROWICZ, 2011, p. 2020, tradução nossa), Kantorowicz admite que a nova concepção defendida é um renascimento do direito natural<sup>59</sup>, uma espécie de direito natural do século XX (KANTOROWICZ, 2011, p. 2009, tradução nossa), embora não aprofunde esta afirmação em qualquer sentido filosófico ou jurídico. Não chega a esboçar respostas de como este “direito natural renascido” possa ser efetivamente utilizado para superar o exegetismo, o silogismo lógico-judicial e os dogmas do direito legislado, principalmente o de completude do direito ou ausência de lacunas.

Aliás, o movimento do direito livre é a radicalização culminante do amadurecimento da convicção retirada da *práxis* da impossibilidade do texto legal conter todas as possibilidades de aplicação: a existência das *lacunas* no direito (direito identificado ao código). Diante do ilusório dogma da completude do código, condição para a efetividade formal do direito positivado, o qual encontra definição clássica no art. 4º do *Code civil*, o direito livre deve, ao menos, preencher suas lacunas. “*O código civil deve ao menos ser completado pelo direito livre; suas lacunas devem ser preenchidas.* [...] As reivindicações da existência dessas lacunas são totalmente incompatíveis com as negações da existência do direito livre.” (KANTOROWICZ, 2011, p. 2010-2011, tradução nossa, grifo nosso).

E a resposta às lacunas é dada pelo *voluntarismo*:

Sendo a fonte do próprio direito, deve (*o direito livre*) em consequência ter a mesma natureza de todas as outras fontes e, como o próprio direito, *deve ter a vontade como base*. Com este conhecimento, a ciência jurídica conclui seu curso humanista do século XIX e entra em sua fase voluntarista. [...] Apenas

<sup>58</sup> O nome “movimento do direito livre” é em analogia à Reforma Protestante, a qual Kantorowicz (2011, p. 2023-2024, tradução nossa), chama de “religião livre”. “O espírito da Reforma alemã fala bem aos ideais de nosso movimento, um espírito que superou as letras, libertou o indivíduo, começou a dar sentido à sua lei, e a ensinou a ouvir a voz interior da sua consciência. No entanto, a jurisprudência tem até agora esperado em vão o seu Lutero.”

<sup>59</sup> “Assim, o direito livre [...] vive independentemente do direito codificado. [...] O direito livre é a base da qual o direito codificado procede. Quase todos os conceitos legislativos existiram anteriormente como proposições de direito livre. Todas as críticas ao direito codificado [...] devem, portanto, ser desenhadas com base no direito livre.” (KANTOROWICZ, 2011, p. 2010, tradução nossa).

na ciência jurídica o voluntarismo pode comemorar seus maiores triunfos. (KANTOROWICZ, 2011, p. 2014, tradução nossa).

Na verdade, é o voluntarismo que diferencia as proposições do movimento do direito livre para o preenchimento das lacunas em relação à jurisprudência dos interesses e da livre investigação científica de Gény. Ou seja, no vazio legal (quando a realidade se mostra intocável pelo texto do código), oferece o voluntarismo como a solução mais prática, e efetivamente realizada pelos tribunais, em contraposição à pesquisa dos interesses por trás do legislador e de quaisquer métodos. Kantorowicz defende que todas as técnicas desenvolvidas pela hermenêutica jurídica para o preenchimento das lacunas (analogia, interpretação extensiva e restritiva, *ratio legis*, *ratio legislatoris*, etc.) encontram seu fundamento na *vontade* e não na razão<sup>60</sup>. Não são técnicas estritamente dogmáticas, *positivas*, mas voluntaristas. Em suma, *a resposta para onde não há direito (positivado) está na consciência do juiz*.

Não há passagem mais caracterizadora dos objetivos do movimento do direito livre do que a seguinte:

Esta é a ciência jurídica a que aspiramos. [...] Se a ciência jurídica reconhece o direito livre, então o juiz não basear-se-á no direito codificado! Se ele (*o direito livre*) é criativo, então o juiz deixará de ser meramente o servo do código! Se a ciência jurídica tem constantemente lacunas a preencher, a prática não será capaz de decidir corretamente todos os casos! Se a teoria abre espaço para valores emocionais, um veredicto racionalmente fundamentado não será mais necessário! [...] Se o fator individual da teoria for reconhecido, a prática perderia a sua qualidade de previsibilidade e uniformidade! No caso de a própria teoria se tornar antidogmática, a judicatura não poderia mais ser científica! Se a vontade é predominante no tribunal, então ele não pode mais permanecer sem afeto! Em suma, os ideais de legalidade, passividade, mérito, natureza científica, segurança jurídica e objetividade parecem ser incompatíveis com o novo movimento. (KANTOROWICZ, 2011, p. 2024, tradução nossa).

Afinal, o movimento do direito livre apresenta duas problemáticas importantíssimas.

Primeiramente, o direito livre não é tão “livre” assim. Em realidade, é a *ultima ratio* na aplicação do direito. Atem-se ao código até seus limites. Apenas o abandona quando ele não oferecer uma resposta incontestante ao caso *sub judice*, ou seja, apresentar lacunas, e quando não seja provável que a autoridade legislativa tomasse tal decisão se tivesse em mente o caso

<sup>60</sup> “A razão que entra na formação de um código de leis, ainda que seja perfeito e acabado como o *Corpus Iuris Civilis*, é a mesma, exatamente a mesma, que assiste ao delineamento de um edifício ou à confecção de um par de sapatos. Dizer portanto que o direito é um conjunto de regras, descobertas pela razão, importa simplesmente uma tolice, visto que se dá como característico exclusivo das normas de direito o que é comum à totalidade das regras da vida social.” (BARRETO, 2000, p. 91).

prático no momento da legislatura. Ainda assim, em ambos os casos o juiz deve chegar à decisão como se legislador fosse<sup>61</sup> e somente então, num terceiro estágio, na incapacidade de conseguir fazê-lo, é que deve recorrer ao direito livre (KANTOROWICZ, 2011, p. 2025, tradução nossa).

Em segundo lugar, todo o movimento do direito livre é inegavelmente dependente duma única figura: o juiz. “Em última análise, todo o progresso jurídico depende do estofado (*background*) cultural do juiz” (KANTOROWICZ, 2011, p. 2028, tradução nossa)<sup>62</sup>. É a ele, de fato, que se refere primordialmente o direito livre, quase uma tentativa de convencê-lo. Para o preenchimento das lacunas, embora de maneira bastante residual como vimos, recorre-se exclusivamente à consciência do juiz<sup>63</sup>. No entanto, Ehrlich, Bulow e Kantorowicz não esclarecem tampouco propõem critérios nos quais o juiz pode ou deve se basear para chegar à solução que, na média, lhe pareça a mais justa. Poderíamos pensar em critérios mais ou menos ditos “objetivos” como equidade, paz social, igualdade, etc. ou “subjetivos”. Mas, de qualquer maneira, mesmo os padrões “objetivos” apresentam uma pluralidade enorme de diversificações sociais, étnicas, religiosas, filosóficas e outras as quais certamente o juiz pertence, querendo ele ou não, sendo consciente deste pertencimento ou não. De modo que, inevitavelmente, o voluntarismo sempre retorna à consciência do juiz. *Esta é uma conclusão crucial para o nosso tema*, com profundos desdobramentos na hermenêutica normativista de Hans Kelsen presente no capítulo VIII de sua *Teoria pura do direito*, e também na hermenêutica pós-positivista, mormente o neoconstitucionalismo.

Num conclusivo balanço, o movimento do direito livre é uma atitude de combate, última e desesperada, contra o exegetismo que, na Alemanha, tornou-se asfixiante com a máquina de racionalizações lógico-formais da jurisprudência dos conceitos. Mas não se define o que é o direito livre, nem mesmo Kantorowicz o tenta, pois a preocupação maior como ele mesmo admite é a denúncia e não a construção. Nem tampouco se programa *como* utilizá-lo. Isto pois incumbe a cada juiz singularmente considerado de criar ou declarar o tal direito livre

---

<sup>61</sup> Kantorowicz (2011, p. 2026) exemplifica com o art. 1º do anteprojeto do Código Civil suíço de 1900 que dispunha exatamente sobre esta necessidade do juiz imaginar-se legislador caso não houvesse direito aplicável.

<sup>62</sup> A confiança no juiz na criação do direito confirma-se num certo ceticismo, relativização, da necessidade de motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX): “Toda decisão deve ser motivada.’ De modo algum subestimamos o grande valor deste postulado. Mas tivemos longas épocas em que os juízes não o conheciam, e, se por um lado é sempre sinal de falta de confiança, por outro lado é sinal de falta de autoridade. [...] E nós confiamos nossos bens mais elevados àquela classe de juízes que não necessitam justificar seus veredictos - o tribunal do júri.” (KANTOROWICZ, 2011, p. 2011, tradução nossa).

<sup>63</sup> A pluralidade de julgadores e o sistema recursal são suficientes, segundo Kantorowicz, para controlar todos os possíveis “excessos de subjetividade” (KANTOROWICZ, 2011, p. 2011, tradução nossa). Por fim, “Acreditamos que não damos mais ao juiz do que ele já possui.” (KANTOROWICZ, 2011, p. 2011, tradução nossa).

em cada caso singularmente considerado, e a partir, como não poderia deixar de sê-lo, de sua própria consciência, sem quaisquer responsabilidades jurídicas ou políticas, talvez somente morais. A deificação do legislador pela Escola da Exegese é comparável aqui à mistificação do juiz pelo movimento do direito livre.

No entanto, cabe-lhe o mérito inegável de demonstrar que a decisão judicial é, de fato, atividade *criadora* de direito.

### CAPÍTULO 3 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO NO POSITIVISMO NORMATIVISTA

Para que possamos servir-nos sem perigo de uma teoria é necessário que,  
anteriormente, tenhamos perdido completamente a fé nela.

Rudolf von Ihering (apud GRAU, 2008, p. 5)

Eis-nos diante novamente de Hans Kelsen.

Na introdução de *A democracia*, Giacomo Gavazzi adverte sobre alguns equívocos quanto à obra de Kelsen. De fato, o jurista austríaco é múltiplo, tendo produzido centenas de obras sobre praticamente todas as áreas das ciências humanas. Não somente os conteúdos são diversos, apesar de quase sempre desembocarem nas mesmas conclusões, mas o próprio estilo do discurso de Kelsen se remodela conforme trate da democracia, da ciência do direito ou da jurisdição constitucional, por exemplo, às vezes mais categórico, outras mais receptivo. “A *Reine Rechtslehre* certamente foi a contribuição mais original de Kelsen para a filosofia do Direito, mas não representa o Kelsen integral que foi, entre outras coisas [...] historiador do pensamento político-jurídico, antropólogo-sociólogo e filósofo político.” (KELSEN, 2000, p. 2).

De modo que, se não seria correto resumir toda sua imensa obra a apenas a ciência pura do direito (embora nela a dissertação tenha de se concentrar justamente por aí estar a hermenêutica jurídica do normativismo<sup>1</sup>), no entanto, e a par de toda a amplitude de seu pensamento, é indiscutível a muito maior difusão e influência da Teoria Pura do Direito no mundo jurídico ocidental do século XX<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> “O normativismo de Kelsen é o exemplo mais bem-sucedido do idealismo jurídico quanto identifica o objeto da ciência jurídica com a norma, que é um fenômeno reconhecidamente abstrato, de existência ideal.” (MACHADO, 2009, p. 24). “Por ‘normativismo’ entendo o modo de ver elaborado por Hans Kelsen, e depois difundido em teoria do direito e em metaciência jurídica segundo o qual: a) o direito é um conjunto de normas, de sorte que [...] b) [...] a ciência jurídica é uma ciência de normas; mas por outro lado [...] c) [...] as normas são distintas dos fatos; são entidades do *Sollen* (dever-ser), não do *Sein* (ser), e, portanto [...] d) a ciência jurídica não pode ser expressa em linguagem fatural: deve ser expressa em linguagem normativa, ou seja, deontica (em termos de ‘dever’, ‘obrigatório’, etc.).” (GUASTINI, 2005, p. 87).

<sup>2</sup> “Desse modo, a chama da filosofia, que o positivismo ameaçava abafar, acendia-se de novo no historicismo, no hegelianismo e no materialismo; mediante a consideração do ser penetrava a consideração valorativa. Essa chama extinguiu-se agora realmente: adentramos o século do positivismo jurídico. Já não procuramos mais na realidade jurídica a valoração do direito; qualificamos como anticientífica toda consideração valorativa do direito, e limitamo-nos conscientemente à sua investigação empírica. O lugar da filosofia do direito passa a ser ocupado pela *Teoria Geral do Direito*, o mais elevado degrau da recém-edificada ciência jurídica positiva, cuja tarefa é investigar os conceitos jurídicos mais gerais, comuns às diversas disciplinas jurídicas.” (RADBRUCH, 2010, p. 35).

Os juristas são mais ou menos unânimes em afirmar que o normativismo positivista, com a sofisticação teórica que lhe emprestou a teoria pura de Hans Kelsen na década de 1930, é a ideologia jurídica hegemônica que orienta tanto o conhecimento jurídico e sua reprodução quanto a *práxis* do direito na atualidade. (MACHADO, 2009, p. 16).

A breve introdução deste terceiro capítulo está dividida em três partes: uma pequena nota biográfica de Kelsen, a recepção de sua obra no Brasil e, finalmente, a proposta da Teoria Pura para a ciência do direito, na qual consta, afinal, a hermenêutica normativista.

Hans Kelsen nasceu em Praga, República Tcheca, então sob domínio do Império Austríaco, em 11 de outubro de 1881. Logo sua família, de classe média alta e projetando ascensão social nas carreiras jurídicas, muda-se para Viena. Contrariado, pois gostaria de seguir filosofia, Kelsen ingressa na faculdade de direito almejando a advocacia ou magistratura.

Também o jovem Hans, como quase todos nós, decepcionou-se na faculdade de direito. Recordando seus tempos na Universidade de Viena,

O romanista Czyhlarz ensinava direito romano sem entender sem entender sua conexão com a cultura antiga ou a sua importância para a sociedade do nosso tempo; então me dei conta de que poderia aprender em poucas semanas, mediante a leitura de seu texto, o que ele ensinava em seus não muito vivazes discursos durante todo um semestre. O germanista Zallinger era um orador singularmente mau, já que era visível que falava só com grandes esforço. Sigmund Agler, que ensinava história do direito austríaco, era uma figura cômica. Depois de pouco tempo, deixei de frequentar a maioria das aulas e me dediquei à leitura de obras filosóficas. (METÁLL apud FERREIRA, 2013, p. 24-25).

Mas sob a orientação de Leo Strisower, docente da disciplina “História da Filosofia do Direito”, judeu e *privatdozent* (autorizado a ministrar aulas, mas não possuindo cargo ou emprego na Universidade por causa do já latente antissemitismo) (METÁLL apud FERREIRA, 2013, p. 25), obtém o título de doutorado em 1906 com a tese sobre a doutrina política de Dante Alighieri, primeiro livro publicado. Livre-docente em 1911, publica também este ano o *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Problemas fundamentais da Teoria do Estado), onde já aparecem bastante consolidadas conceituações particulares acerca do Estado, do direito e de sua ciência. De 1919 a 1930 é professor na Universidade de Viena.

As principais conexões intelectuais de Kelsen no começo do século XX foram o Círculo de Viena dos neopositivistas lógicos (que trataremos ao analisar os fundamentos epistemológicos do normativismo kelseniano); o Partido Social Democrata, de tendência marxista moderada e com cujos dirigentes Kelsen manteve contato, apesar de nunca ter se filiado ao partido; e a escola psicanalítica de Freud<sup>3</sup>.

Kelsen é redator da Constituição austríaca de 1920. A influência da Carta está no pioneirismo do controle de constitucionalidade, construção kelseniana. Não admitindo o controle por todo e qualquer juiz sobre os atos normativos do parlamento nacional, em respeito à rigorosa separação dos poderes continental e, por outro lado, conhecendo o sistema *judicial review* dos EUA, donde retirou a supremacia normativa da Constituição e a eventualidade de se editar normas contrárias a ela, Kelsen cria, através da Constituição Austríaca de 1920, o Tribunal Constitucional. Órgão autônomo aos três poderes, teria exclusivamente a tarefa do controle de constitucionalidade. A especialidade duma Corte em conflitos constitucionais e a eficácia *erga omnes* de suas decisões consistem na originalidade de Kelsen, membro da Corte Constitucional Austríaca até 1930.

Na década em que vem a lume a primeira edição da Teoria Pura do Direito (1934), o antissemitismo crescente obrigou Kelsen a mudar-se para Colônia e Genebra. Devido à eclosão da Segunda Guerra Mundial, refugia-se nos Estados Unidos em 1940. Naturalizado estadunidense, e tendo lecionado nas Universidades de Harvard e Berkeley, desenvolve no país americano grande parte de pensamento, em todos os ramos, e influencia decisivamente também o positivismo normativista do *common law*, cujo principal expoente é Herbert L. A. Hart. Falece em 1973.

No Brasil, a recepção de Hans Kelsen dá-se a partir da década de 1930.

O fenômeno da ‘recepção’ entre as culturas jurídicas não é um processo automático, considerando-se que preexiste uma cultura autóctone que tende a absorver ou a rejeitar a influência da cultura dominante. Nesse sentido, as teorias não são ‘recepcionadas’ e aplicadas segundo a ideação da matriz epistemológica, em razão de diferentes concepções, tanto no plano da política como das instituições locais. (BOUCAULT, 2015, p. 97).

---

<sup>3</sup> “Os contatos de Kelsen com Freud e a escola da psicanálise vienense foram muito profícuos, tendo influenciado profundamente o jurista. Em 1911 ele se tornou membro da Sociedade de Psicanálise de Viena, onde inclusive proferiu algumas palestras. A mais importante delas versava sobre a psicologia das massas em Freud e sua relação com a teoria do Estado, sendo posteriormente publicada como um denso artigo.” (MATOS, 2004, p. 31). As obras tardias de Kelsen sobre teoria do Estado e democracia contêm em algumas seções muitos aspectos da psicanálise freudiana. Por exemplo, no item 3.3, onde discutimos o Estado da doutrina kelseniana, há correlação entre o absolutismo filosófico (na forma de solipsismo) e a negação de outros egos.



No contexto mundial da disseminação do fascismo, a histórica tendência brasileira de centralização do poder nas mãos do Executivo federal gera o Estado Novo. Com as reformas no ensino superior do direito, ensino com pouquíssima tradição se comparado aos nossos vizinhos latino-americanos<sup>4</sup>, a pureza metodológica então de vanguarda da Teoria Pura convém e muito a uma esterilização política progressiva dos bacharéis, em contrapartida aos ideais humanistas do iluminismo liberal ainda hegemônico nas faculdades e das propostas da Escola do Recife capitaneada por Tobias Barreto. É a partir da década de 1930 que o Brasil, país rural e dependente da agroexportação, constitui verdadeiramente o Estado desenvolvimentista e, conjuntamente à urbanização crescente, necessita de numeroso quadro técnico, burocrático e jurídico para sua fixação.

Diferentemente de outros países latinos<sup>5</sup>, a Teoria Pura do Direito foi a primeira obra de Kelsen a ter acolhida no Brasil e, durante décadas, o que é surpreendente, a única de sua vasta produção. Talvez explique esta situação o fato de países como Argentina e Colômbia terem acesso às traduções feitas para o espanhol nos EUA e México a partir da década de 1940, quando Kelsen, já instalado na Califórnia, discorre muito mais sobre temas da teoria política e da teoria do Estado do que da ciência do direito propriamente. No Brasil, a obra de Kelsen, já bastante célebre na Europa, é logo recepcionada por setores mais conservadores da sociedade brasileira (a maçonaria e a Igreja Católica, principalmente) mais afinados com a centralização política do Estado Novo. Nestes círculos, e em outros meios intelectuais brasileiros, o positivismo jurídico é compreendido e, portanto, recepcionado, nos moldes do positivismo científico de Comte, de grande influência desde a Proclamação da República.

Outro ponto a ser destacado é a influência direta de Kelsen num episódio da política nacional: trata-se dum obscuro parecer elaborado por ele em outubro de 1933 sobre as competências da Assembleia Constituinte instaurada logo depois, em 15 de novembro do mesmo ano, o qual será estudado oportunamente ao fim deste capítulo. A partir deste momento Kelsen passa a ser mais difundido na vida político-jurídica do país, o que muito

---

<sup>4</sup> “Na história da formação do pensamento jurídico brasileiro, como foco na difusão da Teoria Pura, de Kelsen, na cultura jurídica local, deve-se considerar, de antemão, o fato de que o ensino universitário, como instituição, somente se inicia no século XX, aspecto que traduz uma sedimentação tardia e precária dos centros de pesquisa, reflexão e crítica de teorias jurídicas, ou seja, no sentido de uma criação autônoma de centro de pesquisa e de debates teóricos como ocorreu na Escola Argentina. Por outro lado, a existência de uma única tradução da Teoria Pura em português reproduziu apenas a versão da primeira edição. Esses fatores evidenciam uma cultura jurídica lacunosa que caracterizará a recepção da *Teoria Pura* nos ambientes jurídicos nacionais.” (BOUCAULT, 2015, p. 101).

<sup>5</sup> “No que tange à recepção do pensamento kelseniano no Uruguai, Argentina e na Colômbia, verifica-se que a teoria kelseniana incide no âmbito do Direito Público, na classe do Direito Constitucional. Administrativo, e, posteriormente, no Direito Internacional e Filosofia do Direito.” (BOUCAULT, 2015, p. 99).

devem ter contribuído as conclusões do parecer reconhecendo poderes ao governo então provisório de Vargas.

Finalizando esta introdução, discorramos agora sobre o contexto e as propostas centrais da Teoria Pura do Direito.

O próprio Kelsen não acreditava ser o período entre guerras mundiais o momento mais propício para a recepção de sua obra mais influente. A Teoria Pura, em gestação desde 1911 com *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Problemas fundamentais da Teoria do Estado), segundo a identificação entre Estado e direito, é melhor compreendida, como qualquer produto histórico, em seu contexto, apesar da negação temporal e espacial que ao fim leva a própria metodologia “pura” do autor. Assim, “[...] a *Teoria pura* pode ser lida como uma longa resposta de Kelsen ao ‘assalto à razão’ que representava o contexto de ‘tentação das ideologias’, propício ao surgimento dos regimes totalitários e ditaduras que resultariam nas duas Guerras Mundiais.” (VELLOSO, 2014, p. 214).

Em 1934 vem à luz a Teoria Pura do Direito. No mesmo ano, Adolf Hitler é nomeado chanceler.

Após a Guerra difundiu-se mesmo na Alemanha a responsabilidade de Kelsen, judeu e liberal, com cuja família teve de se refugiar algumas vezes durante a década de 30 até se estabelecerem nos EUA, pela emergência ou justificação do nacional-socialismo, imputando-lhe a culpa através do que seria sua doutrina, “lei é lei”. Grandes professores como Hermann Weinkauff, Karl Larenz e Gustav Radbruch (este anteriormente normativista e relativista moral como Kelsen) para condenar as ações de todos os membros do Terceiro Reich, “[...] atacavam as teses que os atores do nazismo utilizavam para se defender e, com isso, atacavam as teses de Hans Kelsen.” (VELLOSO, 2014, p. 216). Mas fato é que ao se ler a obra de Kelsen não se chega a nenhuma proximidade, fundamentação ou justificativa com o nacional-socialismo, não mais do que qualquer outra obra de qualquer outro autor. Hoje esta polêmica se encontra encerrada, havendo consenso ser o grande jurista justificador do nazismo Carl Schmitt, adversário de Kelsen. O mesmo erro aconteceu com Nietzsche.

A Teoria Pura teve duas edições originais em alemão: a primeira em 1934 e a definitiva em 1960. No entremeio, há uma tradução francesa de 1953 que o próprio Kelsen considera uma edição a parte, trazendo modificações importantes quanto à hermenêutica jurídica. Trataremos dela na seção 3.4.

As edições originais são, justificadamente, “[...] tratadas pela bibliografia secundária como responsáveis por trabalhos separados e distintos.” (VELLOSO, 2014, p. 206). A

segunda edição, redigida em contexto completamente diverso do da primeira, é mais longa e traz muitas mudanças. A principal delas talvez seja precisamente a questão da hermenêutica jurídica, no seu momento de aplicação, constante do capítulo VIII.

Lê-se no prefácio:

Ao passo que, então (*na primeira edição da Teoria Pura do Direito*), me contentei com formular os resultados particularmente característicos de uma teoria pura do direito, agora procuro resolver os problemas mais importantes de uma teoria geral do Direito de acordo com os princípios da pureza metodológica do conhecimento científico-jurídico e, ao mesmo tempo, precisar, ainda melhor do que antes havia feito, a posição da ciência jurídica no sistema das ciências. (KELSEN, 2009, p. XVII).

*A teoria é pura, não o direito.*

O objetivo fundamental da ciência jurídica de Kelsen consta no prefácio à primeira edição. É justamente depurar a *ciência jurídica* de quaisquer elementos extranormativos. Todas as questões filosóficas, morais, políticas, históricas, etc., e que certamente influem na produção do *direito* como reconhecido pelo próprio Kelsen, devem ser todas expurgados em prol duma verdadeira, correta e *pura* ciência do direito.

Como observamos no capítulo precedente, a ciência jurídica do começo do século XX encontrava-se numa situação de confusão principiológica e metodológica em que se debatiam inúmeras correntes que postulavam, principalmente, formas de superação das insuficiências dos cânones hermenêuticos oferecidos pela Escola da Exegese (o silogismo lógico-judicial e o dogma da completude do código destruído pela constatação irrefutável da existência de lacunas). Mas nenhuma delas, da investigação livre de Gény na França à jurisprudência dos interesses e o movimento do direito livre na Alemanha, conseguiu se sobrepôr como doutrina competente para suprir as deficiências exegéticas. Neste contexto, o objetivo da Teoria Pura do Direito, como consta no prefácio à primeira edição, é justamente “limpar o terreno” da ciência jurídica:

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão. (KELSEN, 2009, p. XI).

A Teoria Pura é doutrina de combate. Combate à doutrina “tradicional”, termo bastante repetido por Kelsen em toda sua obra, e que aqui refere-se tanto às doutrinas de caráter sociológico (Escola Histórica, jurisprudência dos interesses, Gény, direito livre, etc.) quanto ao velho jusnaturalismo, cristão ou racional.

Na verdade, a teoria combatida (*a própria Teoria Pura do Direito*) não é de forma alguma algo assim de tão completamente novo e em contradição com tudo o que até aqui surgiu. Ela pode ser entendida como um desenvolvimento ou desimplicação de pontos de vista que já se anunciavam na ciência jurídica positivista do século XIX [...] não foi tanto a novidade, mas antes as consequências da minha doutrina, que provocaram este tumulto na literatura. (KELSEN, 2009, p. XII).

Investigaremos a seguir a veracidade e a precisão desta última afirmação de Kelsen. Para tanto, para desembocarmos na hermenêutica do positivismo normativista, estudaremos os fundamentos epistemológicos do normativismo, as renovadas relações estabelecidas entre direito e moral e direito e justiça, e a correspondência entre direito e Estado, concluindo as transformações operadas por Kelsen na ciência jurídica do século XX ou, em outras palavras, o que difere essencialmente o exegetismo do normativismo.

### 3.1 Fundamentos epistemológicos do normativismo

A teoria é *pura*, não o direito.

A ciência do direito é (ou *deve ser*) *pura*, não o direito.

Tratam-se de constatações óbvias a partir da simples leitura do título da obra jurídica mais influente dos últimos séculos, e reafirmadas insistentemente ao longo de toda a Teoria Pura do Direito.

Não há “*ciência do direito puro*”, por mais positivista que Hans Kelsen fosse. Há sim “*ciência pura do direito*”<sup>6</sup>. A pureza é do método, não do objeto. É da forma, não do conteúdo. É da teoria, não da prática<sup>7</sup>. Aqui a questão terminológica importa bastante, apesar

<sup>6</sup> “Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.” (KELSEN, 2009, p. 1).

<sup>7</sup> Uma das características que tornaram a Teoria Pura do Direito original, ao menos na modernidade, a *generalidade*, a possibilidade de aplicação universal abstraindo-se das legislações nacionais, diferentemente das escolas jurídicas tratadas no capítulo anterior: “No que claramente se distingue a ‘teoria pura do Direito’ da tradicionalmente chamada ciência dogmática do Direito, que se propunha conhecer um certo Direito positivo no seu particular conteúdo e no seu nexos sistemático e facilitar a aplicação do mesmo. A ‘teoria pura do Direito’, muito ao invés, não se preocupa com o conteúdo, mas só com a estrutura lógica das normas jurídicas; verifica o sentido, a possibilidade e os limites de todo e qualquer enunciado jurídico (não de um certo enunciado jurídico), bem como a espécie e o modo do seu estabelecimento.” (LARENZ, 1997, p. 94).

de evidente. A partir desta simples constatação muitas confusões são desfeitas e a crítica obtém o substrato mínimo de fundamentação.

Nesta primeira parte dedicada ao positivismo normativista, abordaremos os principais fundamentos epistemológicos de Kelsen para a construção de sua Teoria Pura. Assim, considerando despidendo retomar os cânones epistemológicos do positivismo científico tratados na seção 1.1, para o qual remetemos o leitor, tais como o método e a transparência do dado, bem como a própria definição e função da ciência, os quais certamente também são fundamentos epistemológicos da ciência jurídica de Kelsen<sup>8</sup>, tratamos agora da separação entre a ciência e a política (também herança do positivismo de Comte e melhor explanada por Max Weber, que compartilhava influências do Círculo de Viena com Kelsen) e, principalmente, as relações entre Kant e Kelsen, menos amplas e profundas do que geralmente se pensa. Aqui os pontos de divergência e recusa de Kelsen para com Kant são muito mais numerosos e importantes do que as aproximações; pois que explicam muito melhor, estas divergências, não tanto na teoria epistemológica kantiana mas especialmente em sua doutrina moral e do direito, a Teoria Pura de Kelsen, suas consequências e a hegemonia de que desfruta desde sua primeira edição em 1930.

### *3.1.1 A separação entre ciência e política de Max Weber*

De origem marcante no positivismo científico, a *neutralidade (axiológica) científica* ocupa o centro de todo o pensamento de Kelsen. Igualmente, o grande pensador da primeira metade do século XX, Max Weber, com quem Kelsen, contemporâneo, compartilhava influências do neopositivismo lógico do Círculo de Viena<sup>9</sup>, debruça-se longamente acerca do papel da ciência e do cientista.

---

<sup>8</sup> “Fundado em convicções gerais epistemológicas, o positivismo jurídico segue o ideal da ciência do positivismo lógico, respectivamente, do empirismo lógico e se poderia designar por isso positivismo lógico-jurídico, ou então empirismo jurídico. Segundo este, somente proposições jurídicas, de caráter empírico ou analítico, têm um caráter científico, enquanto os enunciados normativos, a saber, os enunciados da justiça, são considerados não-científicos. Segundo o positivismo jurídico enquanto empirismo jurídico, as ciências do direito somente são possíveis como ciências do direito em vigor ou então como teorias do direito puramente analíticas.” (HOFFE, 2005, p. 98).

<sup>9</sup> “Kelsen provinha do círculo de Viena do neopositivismo ou positivismo lógico em torno de Rudolf Carnap (1881-1970). Segundo esta orientação filosófica, só faz sentido e só é compreensível o que for suscetível de ‘verificação’ lógica. Asserções de tipo metafísico, em especial as que incidem sobre conteúdos de valores e normas, são, por isso, desprovidas de sentido. As valorações são consideradas mera expressão de sentimentos.” (KAUFFMAN; HASSEMER, 2002, p. 178).

Weber distingue ciência e política como duas vocações, como duas respostas a impulsos do espírito humano: a política como vontade de poder e a ciência como busca da verdade. Portanto, a política liga-se ao poder e a ciência ao conhecimento. A partir desta distinção básica, Weber confere à política e à ciência diferentes exigências que se refletem nos misteres do político e do cientista.

O critério separador entre ciência e política está na racionalidade como cálculo, previsibilidade e segurança, portanto a racionalidade do positivismo científico e não a iluminista. “A ciência, portanto, tem o papel de substituir a qualidade mágica das explicações dos fenômenos físicos ou sociais pela argumentação indutiva e dedutiva do método científico, que se faz pela evidência comprovada e experimentada das explicações.” (MICHILES apud MATOS, 2004, p. 26).

Ora, enquanto a racionalidade é imprescindível à ciência, na política, ao contrário, não é necessária e nem ao menos suficiente.

Weber exemplifica as funções do cientista e do político em dois temas distintos: os partidos políticos, “[...] com efeito, *uma coisa é tomar uma posição política prática, e outra coisa é analisar cientificamente* as estruturas políticas e as doutrinas de partidos.” (WEBER, 2011, p. 26, grifo nosso) e o divino, em análise sociológica:

*O máximo que podemos compreender é o que o divino significa para determinada sociedade, ou o que esta ou aquela sociedade considera como divino. Eis aí o limite que um professor não pode ultrapassar enquanto ministra uma aula, o que não quer dizer que se tenha assim resolvido o imenso problema vital que se esconde por detrás dessas questões. Entram, então, em jogo poderes outros que não os de uma cátedra universitária. Que homem teria a pretensão de refutar ‘cientificamente’ a ética do Sermão da Montanha, ou, por exemplo, a máxima ‘não oponha resistência ao mal’ ou a parábola do oferecer a outra face? (WEBER, 2011, p. 29, grifo nosso).*

Sendo a função da ciência o conhecimento do mundo exige-se dela e do cientista a neutralidade axiológica, ou seja, a não valoração da realidade e dos objetos sob análise científica. A função da ciência é *conhecer*, não *julgar*. A política, ao contrário, tendo por ofício o poder, ou seja, a influência e modificação das realidades, é indissociável das opções axiológicas, quaisquer que sejam, por princípios ou por conveniência.

Mas a neutralidade axiológica ou objetividade do cientista não significa desconhecer a existência de valores, mesmo daqueles que desinteressadamente o cientista constate existir no próprio objeto científico. Nem tampouco significa despojar o próprio cientista de quaisquer valores. A neutralidade axiológica requerida pela ciência, segundo Weber, expressa a

necessidade do cientista desvalorá-los todos perante a ciência (o que, por sua vez, resulta em inafastável opção valorativa: o *valor ciência*).

Há, assim, algum controle possível sobre as subjetividades. A razoável conclusão de Weber faz-se tão mais exequível quanto o cientista faça mais claros suas premissas e objetivos.

No entanto, a completa eliminação de quaisquer valores e subjetividades na ciência, como quer fazer possível o positivismo científico estrito e também a Teoria Pura de Kelsen, torna-se irrealizável, utópica, exemplo do cientificismo como crença religiosa na deificação da ciência salvadora do mundo.

Todavia, Kelsen dogmatiza a neutralidade axiológica, tornando-a condição *sine qua non* da ciência<sup>10</sup>. “Como ciência, não tem de decidir o que é justo, isto é, prescrever como devemos tratar os seres humanos, mas descrever aquilo que de fato é valorado como justo, sem se identificar a si própria com um destes juízos de valor.” (KELSEN, 1998b, p. 16), numa postura mais próxima a de Comte e dos neopositivistas lógicos que de Weber.

A separação absoluta entre ciência e política encontra-se no âmago do pensamento kelseniano, aparecendo conjuntamente a neutralidade axiológica e o relativismo filosófico dela decorrentes tanto em sua doutrina jurídica como na teoria do Estado, democracia e outros temas.

No âmbito do direito, esta separação corresponde à delimitação estrita ao objeto, método e fundamento específicos com os quais Kelsen molda a ciência jurídica e assim a considera. Toda e qualquer consideração estranha à norma jurídica<sup>11</sup>, ao método lógico-formal e à norma hipotética fundamental (premissa científica fundamental), a ciência jurídica assim formada, portanto, e tendo como objetivo exclusivo o conhecimento e a descrição das normas jurídicas (KELSEN, 2009, p. 77-78, 81-82 et seq.), é deslocada para o que Kelsen

---

<sup>10</sup> “Cada um dos modos de observação - o ‘explicativo’, como diz Kelsen, o que descreve os fatos e os explica a partir das suas causas, e o ‘normativo’, que, a partir de uma dada norma, reconhece o conteúdo de um dever ser - é independente do outro e segue o seu método específico. A ciência do Direito, segundo Kelsen, não tem a ver com a conduta efetiva do homem, mas só com o prescrito juridicamente. Não é, pois, uma *ciência de fatos*, como a sociologia, mas uma *ciência de normas*; o seu objeto não é o que é ou que acontece, mas sim um complexo de normas. Só se garante o seu carácter científico quando se restringe rigorosamente à sua função e o seu método se conserva ‘puro’ de toda a mescla de elementos estranhos à sua essência, isto é, não só de todo e qualquer apoio numa ‘ciência de fatos’ (como a sociologia e a psicologia), como de todo e qualquer influxo de ‘proposições de fé’, sejam de natureza ética ou de natureza religiosa. Como conhecimento ‘puro’, não tem de prosseguir imediatamente nenhum fim prático, mas antes de excluir da sua consideração tudo o que não se ligue especificamente com o seu objeto como complexo de normas. Só assim logra afastar a censura de estar ao serviço de quaisquer interesses, paixões ou preconceitos políticos, económicos ou ideológicos, isto é, só assim pode ser *ciência*.” (LARENZ, 1997, p. 92-93, grifo nosso).

<sup>11</sup> “Segundo Kelsen, a normatividade é sua alternativa aos demais pontos de vista no âmbito da Filosofia do Direito. Sem embargo – e eis aí o problema nuclear – nunca houve um consenso acerca do que ele pretende dizer com isso.” (PAULSON, 2011, p. 118).

repetidamente chama de “política jurídica”, inclusive elementos que sem dúvida, e segundo o próprio Kelsen, são determinantes para o direito<sup>12</sup>. Determinantes *para o direito*, e não para a ciência jurídica. “Portanto, a ciência jurídica é uma ciência ‘normativa’ em duplo sentido: a) versa sobre normas e b) exprime-se em linguagem normativa (deôntica).” (GUASTINI, 2005, p. 89).

Neste compasso, a Teoria Pura do Direito cuja blindagem antimetafísica provém antes do positivismo científico que do iluminismo visionário,

*Recusa-se a valorar o Direito positivo. Como ciência, ela não se considera obrigada senão a conceber o Direito positivo de acordo com sua própria essência e a compreendê-lo através de uma análise de sua estrutura. [...] Por tal fato, a Teoria Pura do Direito surge em aguda contradição com a ciência jurídica tradicional que – consciente ou inconscientemente, ora em maior, ora em menor grau – tem um caráter ‘ideológico’, no sentido que acaba de ser explicitado. Precisamente através desta sua tendência antiideológica se revela a Teoria Pura do Direito como verdadeira ciência do Direito.* (KELSEN, 2009, p. 118, grifo nosso).

Com seu *objeto* específico, a *norma*<sup>13</sup>, com seu *método* específico, *conhecimento e descrição*<sup>14</sup> da *norma*, e com sua *premissa fundamental* específica, a *norma hipotética*, Kelsen estabelece os paradigmas científicos do conhecimento jurídico na Teoria Pura do Direito (MACHADO, 2009, p. 24), repetidamente por ele chamada “ciência do direito”<sup>15</sup>, revelando que, para Kelsen, a legítima ciência do direito apenas seria apenas possível segundo os rigorosos cânones epistemológicos com os quais constrói a Teoria Pura.

<sup>12</sup> Principalmente a questão da moral e da justiça tratada no item 3.2.

<sup>13</sup> “[...] são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas.” (KELSEN, 2009, p. 79).

<sup>14</sup> “Enquanto teoria da ciência jurídica, o normativismo manifesta-se como tentativa de descrição (e de racionalização da praxe efetiva dos juristas e das ideias correntes no pensamento jurídico. Por um lado, isto que os juristas dizem (e crêem) fazer quando interpretam esses textos que se costuma chamar de ‘fontes do direito’ (leis, regulamentos, etc.), é precisamente uma descrição de normas, concebidas como ‘dados’ antecedentes à própria interpretação; por outro lado, os juristas, de fato, costumam na verdade exprimir-se em linguagem deôntica – ou, de uma maneira ou outra, numa linguagem sintaticamente indistinguível daquela das próprias fontes – exatamente como recomenda o normativismo.” (GUASTINI, 2005, p. 90).

<sup>15</sup> “Parece-me que todos os paradoxos e implicações filosóficas da teoria pura do direito são fruto de uma teoria do conhecimento cujo único compromisso é com o desenvolvimento de suas teses a partir de um saber incontroverso, inteiramente fundado sobre os dados da experiência e da prova demonstrativa, que desconsidera, por completo, o papel da argumentação.” (PERELMAN, [20--], p. 3).



### 3.1.2 Kelsen vs. Kant

O grande mérito de Immanuel Kant que o faz figurar no panteão dos maiores autores da humanidade é a sua investigação e sistematização de todo o conhecimento humano. Para Kant, a razão origina-se de duas fontes diferentes em dois momentos diferentes, ambas se completando continuamente a formar aquilo a que chamamos conhecimento.

Não resta dúvida de que todo o nosso conhecimento começa pela experiência; efetivamente, que outra coisa poderia despertar e pôr em ação a nossa capacidade de conhecer senão os objetos que afetam os sentidos e que, por um lado, originam por si mesmos as representações e, por outro lado, põem em movimento a nossa faculdade intelectual e levam-na a compará-las, ligá-las ou separá-las, transformando assim a matéria bruta das impressões sensíveis num conhecimento que se denomina experiência? Assim, *na ordem do tempo*, nenhum conhecimento precede em nós a experiência e é com esta que todo o conhecimento tem o seu início. Se, porém, todo o conhecimento se inicia *com* a experiência, isso não prova que todo ele derive *da* experiência. (KANT, 2001, p. 62, grifo do autor).

A *razão pura*<sup>16</sup>, ou razão teórica, formada por categorias racionais *a priori* das quais são dotados todos os seres racionais, “[...] um conhecimento assim, independente da experiência e de todas as impressões dos sentidos. Denomina-se *a priori* esse conhecimento e distingue-se do *empírico*, cuja origem é *a posteriori*, ou seja, na experiência.” (KANT, 2001, p. 63, grifo do autor). A razão pura independe de fins. A razão pura apenas *conhece*, se expressando em relações racionais necessárias. Como maiores exemplos, o espaço e o tempo. “Por uma crítica assim, não entendo uma crítica de livros e de sistemas, mas da faculdade da razão em geral, com respeito a todos os conhecimentos a que pode aspirar, *independentemente de toda a experiência*.” (KANT, 2001, p. 31-32, grifo do autor).

A *razão prática*, formada pela experiência *a posteriori*; experiência esta, por sua vez, moldada por aquelas categorias puras *a priori*. A razão prática objetiva fins. A razão prática *quer*, se expressando em relações de obrigatoriedade.

Da razão prática, ou vontade em sentido amplo, utilizadas como sinônimos a partir de agora, derivam tanto o imperativo categórico acima analisado como a vontade em sentido estrito. *A razão prática é razão que age, é razão fundamento da ação* ao conferir significado a si mesma e aos objetos da vontade, e isto em suas duas derivações. É dela que se origina a noção de *dever ser*.

---

<sup>16</sup> “Kant, porém, para consolo dos que compulsam as páginas difíceis da *Crítica da Razão Pura*, admitia, humildemente, não compreender o que ele próprio havia escrito!” (BONAVIDES, 2009, p. 92).

Neste ponto poderia surgir o questionamento se a doutrina de Kant não seria mais outra reformulação da tradição platônica, a cisão entre teoria e prática e o mundo da caverna, com a qual ilustramos o capítulo metodológico. Há diferenças essenciais. O *dever ser* platônico está no mundo das ideias, padrão para o *conhecimento*. O *dever ser* kantiano encontra-se na consciência humana, é a própria lei moral *a priori* da racionalidade, padrão para o *agir*. *A razão prática de Kant age, a razão prática é vontade* que possui finalidades, ou seja, *objetiva modificar o mundo*.

O conceito de vontade como sendo a própria razão prática forneceu a faculdade de a razão agir por si mesma, de ser prática sem deixar de ser pura e criar não mais uma regra para o sujeito no sentido de organizar o conhecimento em sistema ou de retroagir ao incondicionado na série das causas naturais, mas no sentido de criar o próprio conteúdo da regra para o sujeito, isto é, regular o próprio incondicionado como princípio de ação. (SALGADO, 1995, p. 170).

Eis a cisão das filosofias antiga e medieval para a moderna.

Por isto o *criticismo* kantiano, por isto suas principais obras são *Críticas*<sup>17</sup>. À cisão filosófica corresponde a cisão de mundo<sup>18</sup> entre Idade Média e Modernidade, entre o absoluto e a consciência<sup>19</sup>, cuja primeira revelação se dá ainda antes de Kant com o Hamlet de Shakespeare.

*Vontade*<sup>20</sup>, ou o âmago de toda a doutrina kantiana da ética (em sentido amplo, abarcando moral e direito), é capacidade racional, “[...] só um ser racional tem a capacidade de agir *segundo a representação* das leis, isto é, segundo princípios, ou: só ele tem uma *vontade*.” (KANT, 2007, p. 47, grifo nosso). Na *Fundamentação da metafísica dos*

<sup>17</sup> “Kant foi o introdutor do termo ‘crítica’, com o qual designou o processo através do qual a razão empreende o conhecimento de si mesma. Com essa palavra, Kant quer dizer que não serão examinados os itens ou objetos que a razão alcança e sim as condições nas quais o conhecimento racional (ou científico) é possível.” (SANTOS, 2010, p. 32).

<sup>18</sup> E do direito também, por consequência: “O golpe definitivo contra o direito natural não foi dado pela história do direito e pelo direito comparado, mas pela teoria do conhecimento; nem pela escola histórica, mas pela filosofia crítica; nem por Savigny, mas por Kant. A crítica da razão de Kant mostrou que a razão não é um arsenal de conhecimentos teóricos conclusos, de normas éticas e estéticas prontas para a sua aplicação, antes a faculdade de alcançar tais conhecimentos e normas; que não constitui um conjunto de respostas, mas de perguntas [...] Semelhantes conhecimentos, determinados quanto ao conteúdo ou valorizações, jamais são o produto da razão ‘pura’, mas sempre apenas a sua aplicação a dados determinados – e, por isso, jamais são válidos de modo geral, mas apenas para esses dados. Assim, à *pergunta* sobre a validade geral do direito ‘natural’, quer dizer, do direito justo, pode-se conceber validade a cada uma de suas respostas apenas para um estado social dado, para uma época e um povo determinados.” (RADBRUCH, 2010, p. 26-27).

<sup>19</sup> O imperativo categórico, máximo critério da moralidade, independe da religião, da ciência, da política, etc., residindo na consciência humana. *O homem como centro do universo*.

<sup>20</sup> Vontade que também origina o contrato social. Veja-se a conceituação de Kant através dos conceito de *liberdade* (exterior, jurídica e obrigacional) e de *vontade*: “Há que se explicar minha liberdade exterior (jurídica) como sendo a faculdade de não obedecer a nenhuma lei exterior a não ser que tenha dado eu o consentimento. Desta forma, *a igualdade exterior (jurídica)* em um Estado *consiste na relação entre os cidadãos segundo a qual ninguém pode impor ao outro uma obrigação jurídica sem submeter-se, ele mesmo, também a esta e poder ser, da mesma maneira, obrigado*.” (KANT, 2006, p. 67).

*costumes*<sup>21</sup>, ou *Crítica da razão pura prática*<sup>22</sup>, Kant (2007, p. 47) a define como a *própria razão prática*: como não possui fundamento determinante, a vontade é ela mesma *fundamento das ações*, a *razão que faz derivar as ações das leis morais*.

Uma ação praticada *por* dever tem o seu valor moral, *não no propósito que com ela se quer atingir, mas na máxima que a determina*; não depende portanto da realidade do objeto da ação, mas somente do *princípio do querer* segundo o qual a ação, abstraindo de todos os objetos da faculdade de desejar, foi praticada. *Que os propósitos que possamos ter ao praticar certas ações e os seus efeitos, como fins e móveis da vontade, não podem dar às ações nenhum valor incondicionado, nenhum valor moral, resulta claramente do que fica atrás.* (KANT, 2007, p. 30, grifo nosso).

O próprio Kelsen afirma em carta dirigida a Renato Treves a fundamentação da Teoria Pura do Direito na epistemologia da *Crítica da razão pura* e a completa recusa, justificada na alegação de quebra de fidelidade, da doutrina moral e ética de Kant (contidas *Crítica da razão prática*, na *Metafísica dos costumes* e sua *Fundamentação*):

*É absolutamente verdadeiro que o fundamento filosófico da Teoria Pura do Direito se assenta na filosofia kantiana* ou, mais precisamente, na interpretação coheniana dessa filosofia. [...] *Assim como a filosofia transcendental de Kant se erige contra a metafísica, a Teoria Pura do Direito se erige contra o direito natural*, este sendo o correspondente exato, no domínio da realidade social, em geral, e do direito positivo em particular, da metafísica. [...] Na medida que a Teoria Pura do Direito tentou, de maneira totalmente inédita, apresentar a filosofia de Kant como uma teoria do direito positivo (em oposição a Stammler, ainda muito ligado à teoria do direito natural) ela foi, em um certo sentido, além do pensamento de *Kant* que, em sua doutrina do direito, abandona o método transcendental. (KELSEN apud MATOS, 2004, p. 38, grifo nosso).

Cohen é neokantiano da Escola de Marburgo. A fundamentação da Teoria Pura limita-se, quanto à doutrina kantiana, na filosofia transcendental, mas não transcendente, da *Crítica da razão pura* (os conceitos e categorias *a priori*, *totalmente reformulados* na Teoria Pura). Kelsen reafirma o paralelo de objetivos entre a Teoria Pura, de combate contra o direito

<sup>21</sup> “Pode-se chamar empírica a toda a filosofia que se baseie em princípios da experiência, àquela porém cujas doutrinas se apoiam em princípios *a priori* chama-se filosofia pura. Esta última, quando é simplesmente formal, chama-se Lógica; mas quando se limita a determinados objetos do entendimento chama-se Metafísica. Desta maneira surge a ideia duma dupla metafísica, uma Metafísica da Natureza e uma Metafísica dos Costumes.” (KANT, 2007, p. 14). Ou seja, filosofia empírica é a baseada na experiência, *a posteriori*, enquanto filosofia pura é a fundamentada nos princípios *a priori*. A filosofia pura divide-se em formal (Lógica) ou limitada a algum âmbito da racionalidade pelo qual recebe seu nome (Metafísica da Natureza e Metafísica dos Costumes).

<sup>22</sup> A outra denominação da *Fundamentação* (KANT, 2007, p. 18-19). “A ação moral se resume em elevar o individual e subjetivo ao plano do universal e objetivo (válido) do imperativo categórico. Ora, somente é possível fundamentar a ética válida universalmente, na vontade, se não se levar em conta alguma matéria (ou conteúdo) determinadora da vontade como razão, mas tão somente a vontade como pura forma do agir, isto é, se for possível que a razão pura seja prática.” (SALGADO, 1995, p. 156). Em outras palavras, a razão é “pura” pois aqui é dada *a priori* independente da experiência; e é também “prática” pois direciona a ação.

natural, e a *Crítica da razão pura* contra a metafísica. Neste aspecto, o paralelo invocado por Kelsen dá-se com qualquer outra obra filosófica antimetafísica e não somente com a de Kant.

No entanto, o paralelo termina aí. As relação entre as obras de Kant e Kelsen são bastante limitadas em amplitude e profundidade. Kelsen pouco deve à Kant, não muito mais do que qualquer outro pensador da modernidade (considerando-se Kant o principal “artífice filosófico” da modernidade). Isto pois como consta da carta acima, Kelsen acredita que há uma ruptura entre as doutrinas kantianas epistemológica, de um lado, e a moral e jurídica, do outro, tendo nestas últimas Kant renunciado ao método transcendental. Por conseguinte, neste âmbito a doutrina de Kant é somente outra *metafísica*.

Ora, aqui a concepção de *metafísica* torna-se decisiva:

Para Kant, por “metafísica” entende-se a filosofia pura *a priori*, independente da experiência e da vontade, limitada a algum objeto do entendimento humano. Desta forma, há tantas “metafísicas” quanto os objetos da filosofia pura, exemplificando-se com a *Metafísica da Natureza* e a *Metafísica dos Costumes* (KANT, 2007, p. 14).

Para Kelsen, por “metafísico” entende-se tudo o que não pode ser medido nalgum padrão calculável, tudo o que não pode ser *demonstrado*<sup>23</sup>. Kelsen é, antes de tudo, *cientificamente positivista*, e no estrito positivismo científico não lhe são admissíveis os conceitos *a priori* bem como a *vontade* da filosofia de Kant. Não lhe sendo compreensíveis, resta a Kelsen somente inabilitá-los como *metafísicos*, acusando Kant de incorrer nas mesmas falhas dos jusnaturalistas.

A partir desta diferenciação, torna-se possível verificar alguns erros na interpretação kelseniana de Kant.

Pois bem,

A filosofia moral ‘aplicada ao homem, não vai buscar, o mínimo que seja, ao conhecimento do mesmo homem (antropologia), mas dita-lhe, enquanto ser racional, leis *a priori*’. *O conhecimento da razão designado como ética ou filosofia moral é legiferante. A ética e a moral, o conhecimento e o seu objeto são, assim, identificados. É esta a consequência do conceito de razão prática.* Tal consequência revela-se bem no fato de Kant, assim como identifica a ética com a moral, identifica a ciência jurídica com o direito. Diz ele: ‘O conjunto das leis para as quais é possível uma legislação externa chama-se teoria do direito (*ius*). Se uma tal legislação é efetiva (*wirklich*), aquela será uma teoria do direito positivo’. (KELSEN, 2001, p. 128, grifo nosso).

Ora, “ética” e “moral” não são identificadas, não *totalmente*. Isto está claríssimo em Kant, sendo “ética” (em sentido *amplo*) o conjunto de normas morais que abarcam tanto a doutrina da

<sup>23</sup> Cf. seção 1.1 “Positivismo científico”.

“*moral*” (em sentido *estrito*) como do direito. Os termos “ética” e “moral” não são sinônimos como faz pretender Kelsen. Aliás, da primeira frase grifada acima (“*o conhecimento da razão designado como ética ou filosofia moral é legiferante*”) não decorre a segunda (“*a ética e a moral, o conhecimento e o seu objeto são, assim, identificados*”). Nem tampouco na doutrina kantiana “ética” refere-se à ciência e “moral” ao conteúdo. Trata-se da organização aristotélica.

Do mesmo modo, o conceito kantiano de *vontade*:

Para poder atribuir à vontade a ‘liberdade’ da razão frente aos seus juízos, ou seja, portanto, a liberdade da razão cognoscente, Kant tem de identificar a vontade com a razão. A razão identificada com a vontade é a razão prática. Kant acentua repetidas vezes que a razão prática é vontade. Diz ele: ‘A vontade não é senão razão prática’. Ele equipara a ‘razão prática’ à ‘vontade’ aditando à expressão ‘razão prática’, entre parêntesis, a palavra ‘vontade’. E somente porque vê na razão prática a vontade é que ele pode figurar esta razão como legisladora. (KELSEN, 2001, p. 124).

Quanto à razão prática ser vontade não há dúvidas. No entanto, a *razão não é prática*, somente ou, em outras palavras, a *razão não é apenas vontade*. Kant não limitou-se à *Crítica da razão prática*, deixando bastante claro que a razão é *uma*: a enorme tarefa de investigar como se dá a entendimento humano não poderia ser realizada sem alguma organização dos tópicos, alguma organização teórico-racional das principais fontes do entendimento humano que para Kant, como é óbvio, são a *razão pura* e a *razão prática*, ambas estando umbilicalmente ligadas ou sendo, de fato, a Razão uma, “[...] pois no fim das contas trata-se sempre de uma só e mesma razão, que só na aplicação se deve diferenciar.” (KANT, 2003, p. 18, grifo nosso).

*Vontade de todo o ser racional concebida como vontade legisladora universal.* Segundo este princípio são rejeitadas todas as máximas que não possam subsistir juntamente com a própria legislação universal da vontade. A vontade não está pois simplesmente submetida à lei, mas sim submetida de tal maneira que tem de ser considerada também como *legisladora ela mesma*. (KANT, 2007, p. 72, grifo do autor).

Da citação acima sabe-se que tanto a *vontade* como a *lei moral* são fundamentos da ação e, deste modo, consideradas *legisladoras* universais porque pertencentes a todo ser racional. A “legislação” aqui diz respeito ao âmbito moral e racional mais primário do ser humano e não, logicamente, à questão jurídica a qual, por sua vez, deriva de ambas. Inclusive, entre as duas, a vontade encontra-se *submetida* à lei moral e o imperativo categórico não é nada mais, nada menos, que o critério para se saber se esta vontade está contida ou se pode se tornar ela mesma a própria lei moral.

Kelsen omite ou altera decisivamente questões essenciais da doutrina kantiana, chegando ao extremo de acusar a razão prática (vontade) de *teológica-religiosa*<sup>24</sup>. Os evidentes equívocos interpretativos de Kelsen sobre Kant nos temas acima expostos (o que são e as relações entre “ética” e “moral” bem como a razão prática, vontade), e que modificam radicalmente a Teoria Pura e, por conseguinte, a ciência jurídica desde então, são desinteressados, frutos talvez da ótica neokantiana de Marburgo, ou são *a posteriori* em nome da manutenção e justificação das próprias opções?

Hans Kelsen, apesar de todo o seu alegado *democrático* relativismo filosófico, julga a tudo e a todos com a régua absoluta do seu método autoral. Mesmo Kant, talvez o pensador mais amplo e profundo da humanidade, é julgado segundo o *positivismo científico e jurídico, amoral* (e não imoral).

Para Kelsen, apenas o método de Kelsen está correto.

Se nos é permitida uma analogia, eleva sua *máxima* (a Teoria Pura do Direito) a *lei universal da ciência jurídica*.

Portanto, o *imperativo categórico* kelseniano poderia ser formulado nestas palavras: “*Construas uma doutrina do direito como a Teoria Pura e apenas assim será ela ciência*”.

### 3.1.2.1 O imperativo categórico

O imperativo<sup>25</sup> categórico<sup>26</sup>, dentre algumas versões, “*Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.*” (KANT, 2007, p. 59), princípio fundamental da doutrina moral (e jurídica) de Kant. O imperativo categórico

<sup>24</sup> “A normação, a legislação, não é, porém, uma função do conhecimento. Com a fixação de uma norma não se conhece um objeto já dado, tal como ele é, mas exige-se algo que deve ser. Neste sentido, a normação é uma função do querer, não do conhecer. Uma razão normadora é ao mesmo tempo uma razão cognoscitiva e querente, é, simultaneamente, conhecer e querer. Estamos em face do conceito em si contraditório de *razão prática*, que desempenha um papel decisivo não só na teoria do direito natural concebida como teoria do direito racional mas ainda na ética. *Este conceito de razão prática é de origem teológico-religiosa.*” (KELSEN, 2001, p. 116, grifo nosso).

<sup>25</sup> “A representação de um princípio objetivo, enquanto obrigante para uma vontade, chama-se um mandamento (da razão), e a fórmula do mandamento chama-se *imperativo*. Todos os imperativos se exprimem pelo verbo *dever (sollen)*, e mostram assim a relação de uma lei objetiva da razão para uma vontade.” (KANT, 2007, p. 48).

<sup>26</sup> “Ora, todos os *imperativos* ordenam ou *hipotética* ou *categoricamente*. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade. [...] No caso de a ação ser apenas boa como *meio* para *qualquer outra coisa*, o imperativo é *hipotético*; se a ação é representada como boa *em si*, por conseguinte como necessária numa vontade em si conforme à razão como princípio dessa vontade, então o imperativo é *categórico* [...] O imperativo hipotético diz pois apenas que a ação é boa em vista de qualquer intenção *possível* ou *real*. No primeiro caso é um princípio problemático, no segundo um princípio assertórico-prático. O imperativo categórico, que declara a ação como objetivamente necessária por si, independentemente de qualquer intenção, quer dizer sem qualquer outra finalidade, vale como princípio apodítico (prático).” (KANT, 2007, p. 50-51).

pressupõe conhecimentos inatos e *a priori* da racionalidade, independentes da experiência e da vontade<sup>27</sup>. A partir deles o ser racional homem torna-se capaz de compreender se a própria ação pode ser estendida objetivamente a todos os seres racionais como norma moral válida<sup>28</sup>.

O imperativo categórico, portanto, é o critério fundamental, a medida maior, o *teste*<sup>29</sup>, enfim, que toda ação racional tem de passar para se saber moralmente boa ou moralmente má.

A lei moral, segundo Kant, é de *per se* evidente a qualquer ser racional, o que em verdade o caracteriza como racional. Portanto, as faculdades racionais inatas ao homem tornam-no capaz, independentemente de sua vontade, de compreender quando sua máxima torna-se possível de se transformar em lei universal<sup>30</sup>.

Pois bem, Hans Kelsen afasta a possibilidade desta lei moral *a priori*, padrão supremo tanto para a ética como para o direito e a vontade, como metafísica. Kelsen *relativiza* esta lei moral. “Mas, de que máxima devo eu querer e de que máxima devo eu não querer que ela se torne numa lei universal? A esta questão não dá o imperativo categórico qualquer resposta.” (KELSEN, 2001, p. 61). A pressuposição fundamental de Kelsen a partir da qual ele altera o imperativo categórico de lei moral para *fórmula de vontade*, pedra de toque para todas as críticas e refutação da doutrina moral e jurídica de Kant, é esta:

Se, efetivamente, como parece ser o caso, segundo a fórmula citada, se tratasse de saber se nós *podemos* querer que aquilo que nos propomos a nós próprios como regra do nosso agir se transforme numa lei universal, então o imperativo categórico não conduziria necessariamente a uma atuação moralmente boa. Com efeito, um homem pode de fato querer de toda e qualquer máxima que ela se transforme numa lei universal. (KELSEN, 1998a, p. 21-22).

<sup>27</sup> “Mas que lei pode ser então essa, cuja representação, *mesmo sem tomar em consideração o efeito que dela se espera, tem de determinar a vontade para que esta se possa chamar boa* absolutamente e sem restrição? Uma vez que despojei a vontade de todos os estímulos que lhe poderiam advir da obediência a qualquer lei, nada mais resta do que a conformidade a uma lei universal das ações em geral que possa servir de único princípio à vontade, isto é: devo proceder sempre de maneira que *eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal.*” (KANT, 2007, p. 33, grifo nosso). “O imperativo é categórico. *Não se relaciona com a matéria da ação* e com o que dela deve resultar, mas com a forma e o princípio de que ela mesma deriva [...] Este imperativo pode-se chamar o imperativo da moralidade.” (KANT, 2007, p. 52, grifo nosso).

<sup>28</sup> “Podes tu querer também que a tua máxima se converta em lei universal? Se não podes, então debes rejeitá-la, e não por causa de qualquer prejuízo que dela pudesse resultar para ti ou para os outros, mas porque ela não pode caber como princípio numa possível legislação universal.” (KANT, 2007, p. 35).

<sup>29</sup> “Decorre de tal máxima que a *Moral kantiana, na qual se incluem as regras jurídicas, é de natureza procedimental ou formal*, isto é, ao invés de prescrever uma lista de mandamentos, comandos e regras, prescreve um procedimento para se testar qualquer princípio de natureza moral. *Nesta medida, a Moral independe da religião, da tradição, da arte, do poder político e da própria ciência.* Nas palavras da dicotomia que ora estamos tratando, *as regras do ‘dever ser’ não decorriam das regras do ‘ser’.*” (SANTOS, 2010, p. 33-34).

<sup>30</sup> “*Máxima é o princípio subjetivo da ação e tem de se distinguir do princípio objetivo, quer dizer da lei prática.* Aquela contém a regra prática que determina a razão em conformidade com as condições do sujeito (muitas vezes em conformidade com a sua ignorância ou as suas inclinações), e é portanto o princípio segundo o qual o sujeito *age*; a lei, porém, é o princípio objetivo, válido para todo o ser racional, princípio segundo o qual ele *deve agir*, quer dizer um imperativo.” (KANT, 2007, p. 58, grifo do autor).

Em Kelsen<sup>31</sup>, o imperativo categórico transmuta-se de *máximo dever moral de adequação* para *vontade*, utilizando-se para tanto numa versão do imperativo categórico do próprio Kant ligeiramente modificada: “*Age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza.*” (KANT, 2007, p. 59, grifo do autor). “*É, assim, patente que, com o ‘poder querer’ do imperativo categórico, se quer significar um ‘dever querer’, que o verdadeiro sentido do imperativo categórico é: ‘atua segundo uma máxima da qual devas querer que ela se transforme numa lei universal.’*” (KELSEN, 1998a, p. 26, grifo nosso).

Rebatendo os exemplos dados por Kant na *Metafísica dos costumes* (o suicídio, o empréstimo sob o conhecimento da impossibilidade de restituí-lo e a caridade apenas para o próprio bem como ações, segundo Kant, impossíveis de se tornarem lei universal), Kelsen contrapõe que estas ações, mesmo se imorais, podem sim tornar-se lei universal através da *vontade* do agente. Logo o imperativo categórico apresenta esta falha intrínseca, o “poder querer” que em realidade significa “dever querer”, invalidando-o completamente de sua função de padrão ético, moral e jurídico máximo. Assim sendo o imperativo categórico, *vontade (a posteriori)* e não *moralidade (a priori)*, se esvai de qualquer conteúdo exatamente como todas as outras fórmulas tradicionais (a equidade, os Dez Mandamentos, a fórmula aristotélica, o *suum cuique tribuere*, etc.) reputadas metafísicas pelo positivismo kelseniano e portanto repelidas.

Segundo Kelsen, o imperativo categórico como fórmula racional sofre da mesma incapacidade destas outras fórmulas: a de ser uma espécie de *lacuna* preenchida contingencialmente por qualquer solução imaginável, não deduzível da generalidade da fórmula categórica, e que geralmente, se não invariavelmente, conduz a algum valor absoluto<sup>32</sup> de pessoas, grupos e sociedades concretas disfarçado sob aquela forma universal.

Contudo, a questão decisiva para qualquer ética, *a questão de saber qual seja o conteúdo da lei universal com a qual a máxima deve conformar-se, permanece par responder*. Também do imperativo que manda agir de acordo com uma lei universal cujo conteúdo não é indicado não se pode deduzir qualquer norma moral que prescreva uma determinada conduta. (KELSEN, 2001, p. 61, grifo nosso).

<sup>31</sup> “Este imperativo (*categórico*) não é propriamente pensado como uma norma de justiça, mas como um princípio geral e supremo da moral no qual está contido o princípio da justiça.” (KELSEN, 2001, p. 56), o que acaba por resultar na mesma consequência: o imperativo categórico é o critério supremo da moralidade racional para julgar as condutas humanas, inclusive as que lidarem com a justiça como a atividade legislativa, por exemplo.

<sup>32</sup> O termo “lacuna” foi propositadamente escolhido para relacionar prontamente esta questão moral com a questão dogmática das lacunas do direito positivo, onde Kelsen assume a posição exatamente oposta de inexistência das lacunas. Contradição?



O imperativo categórico não qualifica as máximas, quais são boas e quais são más. Neste sentido, nada obstará ao suicida ou ao egoísta dos exemplos kantianos de elevarem sua máxima de suicídio ou egoísmo como lei universal.

A interpretação kelseniana do imperativo categórico apenas se torna possível com a eliminação do elemento *a priori* da lei moral.

Sem ela, a lei moral<sup>33</sup>, só lhe resta o relativismo filosófico:

*À luz da teoria do conhecimento de Kant (a que ele claramente não se mantém fiel na sua ética), mandaria a coerência dizer que uma ciência da moral de forma alguma pode responder a esta questão (o que é bom e o que é mau), que aquela só pode determinar sob que condição ou pressuposto lógico são possíveis os juízos de que algo é bom ou mau, e que tal condição é: pressuporem-se como válidas normas gerais que prescrevem uma determinada conduta humana. (KELSEN, 1998a, p. 28, grifo nosso).*

Kelsen acusa Kant de não ter se mantido fiel à teoria do conhecimento na sua doutrina ética (que engloba a moral, direito e o imperativo categórico), e por isto a recusa.

### 3.1.2.2 Ser e dever ser

A distinção entre ser e dever ser também se encontra em Kelsen, embora completamente modificada. Kelsen pretende, assim como na separação entre ciência e política, erigir em absoluto as categorias do ser (*Sein*) e do dever ser (*Sollen*), dogmatizando a cisão como condição mesma para a ciência jurídica normativista. Ora, no normativismo o *dever ser* é simplesmente normativo, referindo-se às *normas* como objeto específico da ciência jurídica. Despido da qualidade de fundamentação da própria ética (em sentido amplo, englobando moral e direito) *a priori*, caráter ininteligível ao positivismo de Kelsen e por este motivo repetidamente rejeitado, o dever ser normativo assume o perfil lógico-formal tão identificado com o normativismo kelseniano.

*A Teoria Pura do Direito, como específica ciência do Direito, concentra – como já se mostrou – a sua visualização sobre as normas jurídicas e não sobre os fatos da ordem do ser, quer dizer: não a dirige para o querer ou para o representar das normas jurídicas, mas para as normas jurídicas como conteúdo de sentido – querido ou representado. Ela abrange e apreende quaisquer fatos apenas na medida em que são conteúdo de normas jurídicas,*

<sup>33</sup> “Kant crê poder demonstrar que não podemos querer que muitas máximas se transformem em lei universal, procurando mostrar que a vontade de elevar a uma lei universal uma máxima imoral, ou seja, uma máxima que Kant de antemão pressupõe como imoral, ou a lei a que esta máxima é elevada, ‘se contradiria a si própria’.” (KELSEN, 2001, p. 57). Portanto, sem esta *lei moral* anterior e suprema, qualquer máxima, mesmo se imoral, não teria com o que se contradizer, podendo se elevar como lei universal.

quer dizer, na medida em que são determinados por normas jurídicas. O seu problema é a específica legalidade autônoma de uma esfera de sentido. (KELSEN, 2009, p. 113-114, grifo nosso).

Ou seja, a Teoria Pura tem por objeto único e exclusivo o *dever ser normativo* compreendido como *norma*.

Assim *fenomena* e *noumena*, os reinos do ser e dever ser, respectivamente, são completamente abandonados. Como já analisado, enquanto o *ser* kantiano refere-se antes à razão pura *a priori*, ou categorias inatas à racionalidade independentes da experiência e da vontade, o *dever ser*, por sua vez, trata da razão prática como gênero ético que fundamenta moralmente as ações humanas, dela derivando as espécies moral e direito.

A separação decisiva entre Kant e Kelsen neste aspecto dá-se no *dever ser*<sup>34</sup>. Como explícito na citação de Kelsen colacionada acima, para o normativista austríaco o *dever ser* é apenas *jurídico*, não fundamentando nada a não ser *normas*<sup>35</sup>. Enquanto nesta concepção muito mais estreita o *dever ser* é um *ato de poder* (do legislador ou do juiz, mas não da ciência jurídica) que impõe a norma, o *dever ser* kantiano, ao invés, é dado racionalmente *a priori* e oferece a obrigatoriedade “ética” (“normatividade” em sentido amplo) das normas morais e jurídicas, também fundamentando eticamente as ações humanas. A única semelhança restante entre a doutrina de ambos é a localização do direito no âmbito do *dever ser* (*noumena*).

Kelsen exemplifica suas noções de *ser* e *dever ser* por meio da sociologia e da ciência jurídicas, ao rebater as críticas sobre a impossibilidade duma ciência normativa do *dever ser* como “ilusão ideológica”, não sendo, portanto, mais que outra forma de sociologia jurídica disfarçada:

A sociologia do Direito não põe os fatos da ordem do ser cujo conhecimento lhe compete em relação com normas válidas, mas põe-nos em relação com outros fatos da ordem do ser, como causas e efeitos. Ela pergunta, por exemplo, por que causas foi determinado um legislador a editar precisamente estas normas e não outras, e que efeitos tiveram os seus comandos. Pergunta por que forma os fatos econômicos e as representações religiosas influenciam, de fato, a atividade do legislador e dos tribunais, por que

<sup>34</sup> “Os representantes do método dualista atribuíram muita importância à crença de que as ciências sociais tratam do que ‘é’, enquanto a ciência jurídica trata do que ‘deve ser’. Para tanto não pode ser esquecido que tudo o que ‘deve ser’ já ‘é’. ‘Deve ser’ é ‘*seria*’.” (KANTOROWICZ, 2011, p. 2021, tradução nossa).

<sup>35</sup> “É exatamente neste ponto que Kelsen afasta-se de Kant e aproxima-se do positivismo científico, cuja principal reivindicação é a adoção, no âmbito das ciências sociais, da neutralidade e da objetividade das ciências naturais *justamente no intuito de evitar a interferência de juízos de valor na atuação do cientista*. O processo de purificação distancia Kelsen de Kant, uma vez que a filosofia moral kantiana possui elementos que o jurista austríaco busca afastar, tal como a vinculação ao *jusnaturalismo* e uma concepção de moral por ele tomada como absoluta.” (CONSANI, 2015, p. 278, grifo nosso).

motivos os indivíduos adaptam ou não a sua conduta à ordem jurídica. Assim, não é, a bem dizer, o próprio Direito que forma o objeto deste conhecimento: são-no antes certos *fenômenos paralelos da natureza*<sup>36</sup>. (KELSEN, 2009, p. 113, grifo nosso).

Segundo Larenz, “a mais importante objeção que tem de consentir a Teoria Pura do Direito é a de que Kelsen não consegue manter ‘a disparidade absoluta entre ser e dever ser’.” (LARENZ, 1997, p. 98, grifo nosso). A objeção mostra toda a sua força em dois momentos decisivos da Teoria Pura. Primeiramente, na norma hipotética fundamental, o dever ser lógico, a qual possui relações de interdependência para com o ordenamento jurídico, o ser. Deste modo, enquanto o ordenamento tem como fundamentação lógica-formal a norma hipotética, esta, por sua vez, sem o ordenamento jurídico é despojada de qualquer função. Em segundo lugar, e mais importante, ser e dever ser destroem-se mutuamente no momento crucial da aplicação do direito pois a decisão independe do *dever ser normativo*...

Ainda segundo Larenz (1997, p. 98), a objeção da não separação absoluta entre ser e dever ser nunca foi refutada por Kelsen, chegando a colacionar autores que não encontram na obra do normativista austríaco *nenhuma* definição da expressão “dever ser”, enquanto outros constataam nada mais, nada menos, que *dezoito* definições (LARENZ, 1997, p. 100).

Em realidade, Kelsen não discorre duas linhas sobre o significado filosófico de “dever ser” utilizado na Teoria Pura<sup>37</sup>; significação que teria de ir forçosamente para além do conceito kelseniano de *norma*. Afirma ser tão óbvio que não necessita de nenhuma explanação<sup>38</sup> já que nos é “dada imediatamente à nossa consciência. Ninguém pode negar que daquilo que é não pode concluir-se aquilo que deve ser, assim como daquilo que deve ser não pode concluir-se aquilo que é.” (KELSEN apud LARENZ, 1997, p. 94), o que se aproxima demais, se é que não se confunde aqui, com as categorias do conhecimento *a priori* de Kant tantas vezes rejeitadas como “metafísicas”.

<sup>36</sup> “A ‘teoria pura do Direito’ apreende, pois, o conteúdo jurídico do sentido de um certo evento - que, como tal, é ‘um fragmento da natureza’, portanto, ‘determinado por leis causais’ -, ao subsumi-lo a uma norma jurídica que retira a sua validade de ter sido ‘produzida’ de acordo com outra norma situada acima daquela. Em compensação, a ‘teoria pura do Direito’ abandona o aspecto fático desse acontecer - por exemplo, os intuítos e os motivos do legislador, bem como os efeitos da regulamentação que estabelece - a outra ciência, que é a sociologia do Direito como ‘ciência de fatos’. O que cai sob a alçada desta última não é verdadeiramente o próprio Direito, mas sim, certos fenômenos paralelos da natureza.” (LARENZ, 1997, p. 95).

<sup>37</sup> “Ora, assim como, segundo uma conhecida fórmula de F. H. JACOBI, sem pressupor a ‘coisa em si’ como ‘algo’ pensável não se pode entrar na teoria do conhecimento de KANT, mas sem abandonar esse pressuposto não se pode permanecer nela, também não podemos penetrar no edifício do pensamento kelseniano se não entendermos o ‘dever ser’ no seu sentido ético originário (o de uma exigência ética), e não podemos ficar dentro dele se não repudiarmos esse sentido.” (LARENZ, 1997, p. 100).

<sup>38</sup> “A distinção entre ser e dever ser não pode ser mais aprofundada. É um dado imediato da nossa consciência.” (KELSEN, 2009, p. 6).

Em conclusão, a (tentativa de) separação absoluta entre ser e dever ser tendo a Teoria Pura como objeto exclusivo o *dever ser normativo*, as *normas*, gera o inevitável engarrafamento da avenida jurídica. “Com efeito, nem a experiência, e, tampouco, a demonstração lógica, permitem a passagem do *ser* ao *dever-ser*, da realidade ao valor ou dos comportamentos às normas.” (PERELMAN, [20--], p. 3), liberando a via do *dever ser* e bloqueando a via do *ser*, alterando o tráfego e o traçado da avenida jurídica de mão dupla para mão única.

### 3.1.3 A pequena herança kantiana

Immanuel Kant realiza na filosofia o que Nicolau Copérnico realizou na astronomia, aproximação notada pelo próprio filósofo de Königsberg<sup>39</sup>. Se Nicolau Copérnico desconstruiu de maneira irreversível o milenar sistema ptolomaico adotado pela Igreja Católica, substituindo a Terra pelo sol como centro da ordem planetária, Kant faz a filosofia voltar-se totalmente para a mente humana, o modo de seu funcionamento, enfim, *como é possível o conhecimento e como o ser humano, ser racional, conhece*. Em suma, a razão humana de si para si mesma, destituída de qualquer consideração mística ou religiosa<sup>40</sup>. Eis a decisiva contribuição de ambos para o humanismo, na secularização do mundo projetada pela modernidade.

Kant não pergunta que é ou qual é a realidade, que são as coisas, que é o mundo. Pergunta, pelo contrário, como é possível o conhecimento da realidade, das coisas, do mundo. É uma mente que dá as costas ao real e se preocupa consigo mesma. Esta tendência do espírito a dobrar-se sobre si mesmo não era nova; antes caracteriza o estilo geral de Filosofia que começa com o Renascimento. A peculiaridade de Kant consiste em haver levado à sua forma extrema essa despreocupação pelo Universo. Com audaz radicalismo desaloja da Metafísica todos os problemas da realidade ou ontológicos e conserva exclusivamente o problema do conhecimento. Não lhe importa saber, senão saber se se sabe. Dito

<sup>39</sup> “Assim, as leis centrais do movimento dos corpos celestes trouxeram uma certeza total ao que *Copérnico* de início admitiu como hipótese e demonstraram, simultaneamente, a força invisível que liga a fábrica do mundo (a atração *de Newton*), que para sempre ficaria ignorada se Copérnico não tivesse ousado, de uma maneira contrária ao testemunho dos sentidos e contudo verdadeira, procurar a explicação dos movimentos observados, não nos objetos celestes, mas no seu espectador. Neste prefácio unicamente apresento, a título de hipótese, a mudança de método exposta na crítica e que é análoga a esta hipótese copernicana. Esta mudança será contudo estabelecida no corpo da obra, a partir da natureza das nossas representações do espaço e do tempo e a partir dos conceitos elementares do nosso entendimento. Será assim provada, já não hipoteticamente, mas apoditicamente. Apresento-a aqui como hipótese, unicamente para vincar o carácter sempre hipotético dos primeiros ensaios de uma reforma como esta.” (KANT, 2001, p. 49).

<sup>40</sup> “Nunca posso, portanto, nem sequer para o uso prático necessário da minha razão, *admitir Deus, liberdade e imortalidade*, sem ao mesmo tempo *recusar à razão especulativa a sua pretensão injusta a intuições transcendentais*, porquanto, para as alcançar, teria necessariamente de se servir de princípios que, reportando-se de fato apenas aos objetos de experiência possível, se fossem aplicados a algo que não pode ser objeto de experiência, o converteriam realmente em fenômeno, desta sorte impossibilitando toda a *extensão prática* da razão pura. Tive pois de suprimir *o saber* para encontrar lugar para *a crença*.” (KANT, 2001, p. 53).

de outra maneira: mais do que saber, importa-lhe não errar. (ORTEGA Y GASSET apud BONAVIDES, 2009, p. 96).

Na revolução copernicana operada por Kant, o sujeito cognoscente é o centro solar do universo racional em torno do qual giram os objetos cognitivos. Há a definitiva cisão no pensamento moderno entre sujeito e objeto, diferenciando a metafísica moderna da clássica. O conhecimento apenas é possível a partir desta separação entre o que conhece e o que é conhecido.

Somente com esta cisão entre sujeito e objeto do conhecimento torna-se possível para Hans Kelsen construir a Teoria Pura do Direito, onde cabe ao *sujeito* da interpretação não autêntica conhecer e descrever o *objeto* específico de sua ciência, a norma. Aí está a pequena grande herança de Kant para Kelsen: *pequena* pois, como vimos, da enorme obra kantiana Kelsen serve-se apenas da epistemologia, afastando veementemente a doutrina moral de estreitíssima conexão com o direito; *grande*, pois esta é a operação mais fundamental na filosofia do Ocidente desde os gregos, da qual Kelsen não poderia passar imune e também da qual a sua Teoria Pura depende. Longe de ser exclusiva, Kelsen compartilha a herança epistemológica de Kant com a própria modernidade, enfim.

Por outro lado, a Teoria Pura do Direito é toda ela, basicamente, conceitual. O discurso kelseniano constrói-se em definições e distinções entre conceitos; conceitos puros dados *a priori*, independentes da experiência, como a *norma* e a *norma hipotética fundamental*, residindo aí outra influência do pensamento de Kant.

O mestre de Königsberg também afirma a impossibilidade de derivar o *dever ser* do *ser*<sup>41</sup>, mas qualquer aproximação com a doutrina de Kelsen neste ponto mostra-se completamente incabível. Em Kant, a lei moral comanda a ação<sup>42</sup>, o *dever ser* é mandamento racional da moralidade (no que a doutrina de Kant deve muito a Descartes). Em suma, o *dever ser* refere-se a leis morais inatas à racionalidade. Já o *dever ser* de Kelsen, muito diferente, é simplesmente a *norma* com a qual se ocupa exclusivamente a Teoria Pura do Direito. De modo que, em conclusão, a semelhança está na nomenclatura e nada mais.

Despojada da doutrina ética (que compreende a moral e o direito), recusando em consequência o imperativo categórico, além de transformar decisivamente o ser e o dever ser originais, Kelsen recebe pouco de Kant.

---

<sup>41</sup> “Com efeito, relativamente à natureza, a experiência dá-nos a regra e é a fonte da verdade; no que toca às leis morais a experiência é (infelizmente!) a mãe da aparência e é altamente reprovável extrair as leis acerca do que *devo fazer* daquilo *que se faz ou* querer reduzi-las ao que é feito.” (KANT, 2001, p. 338, grifo nosso).

<sup>42</sup> “Por exemplo, a pura lealdade na amizade não pode exigir-se menos de todo o homem pelo fato de até agora talvez *não* ter existido nenhum amigo leal, porque este dever, como dever em geral, anteriormente a toda a experiência, reside na ideia de uma razão que determina a vontade por motivos *a priori*.” (KANT, 2007, p. 41).

### 3.2 Direito e moral

Kelsen recebe a herança kantiana através do neokantismo. Trata-se do movimento filosófico alemão da segunda metade do século XIX em oposição tanto ao irracionalismo de Schopenhauer quanto ao idealismo estatal de Hegel, então absoluto na Europa, para a recuperação da epistemologia filosófica de Kant. O neokantismo, ou neocriticismo kantiano, divide-se em duas grandes correntes: a Escola de Marburgo, *grosso modo*, fundada na *Crítica da razão pura*, e a Escola de Baden, *grosso modo*, na *Crítica da razão prática* (WOLKMER, 2003, p. 23), desta última fazendo parte Wilhelm Dilthey e Max Weber. Apesar de diversas as orientações segundo o ramo do pensamento kantiano, a Escola de Marburgo mais ligada à lógica e a Escola de Baden<sup>43</sup> cujos estudos giravam em torno da moral e da cultura (na qual se inclui o direito), ambas apresentam em comum o caráter antimetafísico da filosofia de Kant e o reestabelecimento de sua teoria do conhecimento.

São estas as heranças kantianas de Kelsen. Saliente-se novamente que de toda a ampla e profunda obra de Kant, Kelsen se utiliza abundantemente e exclusivamente da teoria do conhecimento, rejeitando sua filosofia moral e do direito consideradas jusnaturalistas. Já o caráter antimetafísico da Teoria Pura é herdado também da tradição filosófica do positivismo. “A recusa à metafísica faz com que a relação entre direito e moral se estabeleça no âmbito fenomênico e não no âmbito noumênico.” (CONSANI, 2016, p. 127) ou, em vocabulário kantiano, no *ser* (direito, norma) e não no *dever ser* (moral) dado *a priori*<sup>44</sup>. “Uma das consequências da assunção desse posicionamento é a rejeição de qualquer possibilidade de se falar num único conceito de moral ou de justiça.” (CONSANI, 2016, p. 127, grifo nosso) restando como única opção o relativismo filosófico quanto à moral e quanto à justiça.

As relações entre direito e moral na obra de Kant encontram-se principalmente em três obras: na *Metafísica dos costumes*, dividida entre doutrina do direito e doutrina da virtude<sup>45</sup> e

<sup>43</sup> “O neokantismo de Baden vem distinguir o objeto das ciências naturais, governado pelas leis universais da natureza, do objeto das ciências históricas, governado pelas leis axiológicas, do ser individual.” (WOLKMER, 2003, p. 23).

<sup>44</sup> “A experiência é, pois, moldada por conceitos *a priori*. Mas o que dá origem à experiência também é condicionado por coisas alheias à mente. A estas fontes de experiência Kant denomina ‘coisas em si’, ou *noumena*, em contraste com as aparências, ou *fenomena*. Segundo a teoria de Kant, é impossível experimentar uma coisa em si, pois toda experiência ocorre com a concorrência do espaço, do tempo e das categorias.” (RUSSELL, 2013, p. 373).

<sup>45</sup> “Embora o termo *ethisch* (de origem grega) e *moralich* (de origem latina) tenham o mesmo significado que o termo *sittlich* (de raiz germânica), Kant usa o termo *ethisch* ou *Ethik* com dois significados: em sentido amplo, é a ciência das leis da liberdade, que tem para ele o sinônimo de leis éticas, as quais se dividem em morais e jurídicas; em sentido estrito, ética é a teoria das virtudes e, como tal, diferencia-se do direito. Dessa forma, direito e ética em sentido estrito ‘são formas particulares de uma legislação universal, cujos princípios a ética em sentido amplo contém’.” (SALGADO, 1995, p. 153).

apresentando detalhadamente o fator moral nos mais variados institutos jurídicos públicos e privados; a *Fundamentação da metafísica dos costumes*, exposição de alguns conceitos fundamentais como *dever* e *imperativo categórico*; e *Para a paz perpétua*, uma espécie de “prática” da doutrina de Kant, entrelaçando moral, direito e política<sup>46</sup>.

Na *Metafísica dos costumes* constam a doutrina kantiana do direito e da ética (“ética” em sentido amplo, objetivo, como estudo; sendo “moral” no sentido estrito, subjetivo, de leis éticas internalizadas subjetivamente), mas cuja divisão é apenas doutrinária: ética e direito encontram sua fundamentação original na razão.

As leis morais são dadas ao conhecimento humano *a priori*, sendo inatas à racionalidade humana. Constituem o fundamento moral último tanto da ética (em sentido amplo o conjunto de leis morais objetivamente e universalmente válidas) como do direito, não sendo deriváveis, as leis morais, da razão prática, ou vontade, nem tampouco da cultura. Em outras palavras, *a deontologia do dever ser independe da vontade e do ser*.

As leis da liberdade são denominadas *leis morais*. Enquanto dirigidas meramente a ações externas e à sua conformidade à lei, são chamadas de *leis jurídicas*; porém, se adicionalmente requererem que elas próprias (as leis) sejam os fundamentos determinantes das ações, são *leis éticas* e, então, diz-se que a conformidade com as leis jurídicas é a legalidade de uma ação, e a conformidade com as leis éticas é sua moralidade. (KANT, 2003, p. 63).

Apenas a lei moral (*noumena*, o âmbito das essências e fonte do conhecimento humano *a priori*, ou seja, independente da experiência), tem o condão de submeter a razão prática, a própria vontade, que por sua vez não apresenta outro fundamento, sendo ela mesma, assim como a lei moral, fundamento para a ação. A razão prática é a lei prática, ou seja,

<sup>46</sup> “Para conciliar a filosofia prática consigo mesma, é necessário resolver com caráter prévio se se deve começar pelo princípio material da razão prática, o fim (como objeto do arbítrio), ou pelo seu princípio formal, ou seja, por aquele princípio que diz (princípio fundado sobre a liberdade na relação exterior): obra de tal modo que possas querer que a tua máxima converta-se em uma lei universal (seja qual for o fim). Sem dúvida alguma, este último princípio deve preceder ao outro, pois tem, como princípio de direito, uma necessidade incondicionada.” (KANT, 2006, p. 103). Ou seja, a correta conciliação entre a razão prática (vontade) e a política dá-se pelo imperativo categórico, *o qual independe dos fins da vontade*. Partindo-se da suprema lei moral, que é imperativo categórico, não há qualquer conflito objetivo (em teoria) entre moral e política (KANT, 2006, p. 106). O que não ocorre com a razão prática (vontade) cujos fins determinarão a política. “A moral é em si mesma uma prática em sentido objetivo, um conjunto de leis incondicionalmente obrigatórias segundo as quais devemos atuar. [...] *Não pode existir, portanto, nenhuma disputa entre a política, como teoria do direito aplicada, e a moral, como teoria do direito, mas teórica* (e, conseqüentemente, não pode existir nenhum conflito entre a prática e a teoria): seria necessário entender, neste caso, por moral uma teoria geral da prudência, isto é, uma teoria das máximas para escolher os meios adequados aos seus propósitos interessados, ou seja, negar que existe uma moral como tal.” (KANT, 2006, p. 95). “Pode-se considerar, então, que a relação entre Direito e Moral na filosofia prática kantiana tem como reflexo para a política a elaboração de um critério para avaliação do bom e do mau direito positivo ou da boa ou má ordem político-jurídica, ou seja, um critério para que se promovam reformas no intuito de aproximar o direito posto e a prática política do direito natural e da política moral.” (CONSANI, 2016, p. 156-157).

*vontade*, aquela que almeja um fim e é dada *a posteriori*. Ao contrário, a razão pura é a lei moral independente de qualquer fim dada *a priori*. O imperativo categórico, supremo critério de toda a moral e direito, conjuga estes dois fundamentos da ação humana: a ação praticada segundo a vontade subjetiva, contingente a almejar algum fim, pode ser estendida objetivamente a tornar-se válida para todos os seres racionais como lei universal?

*Formalmente*<sup>47</sup>, portanto, a distinção entre moral e direito está no foro de comando da norma, no *interior* (moral) ou no *exterior* (direito) da consciência humana, que dita também o respectivo âmbito de aplicação da norma moral ou jurídica. A diferença espacial (e temporal *a priori* ou *a posteriori*) da aplicação modula a *vontade*: a legislação moral não admite a ação praticada segundo a vontade, mas unicamente segundo o imperativo categórico; à legislação jurídica, por sua vez, a vontade é irrelevante porque a ela interessa exclusivamente a conformidade da ação à lei. Assim, “[...] tem-se moralidade quando a ação é cumprida *por* dever; tem-se, ao invés, a pura e simples legalidade quando a ação é cumprida *conforme* ao dever, segundo alguma inclinação ou interesse diferente do puro respeito ao dever.” (BOBBIO, 2000, p. 88, grifo nosso), o qual, segundo o normativismo kelseniano, é a ameaça da *sanção socialmente organizada*, justamente o que diferencia a ordem jurídica de qualquer outra ordem normativa. A conformidade duma ação à lei, independente do motivo da ação, é a *legalidade*; mas a conformidade “[...] na qual a ideia de dever que emerge da lei é também o motivo da ação, é chamada *moralidade*.” (KANT, 2003, p. 72).

No entanto, a distinção de Kant não gera a cisão entre moral e direito em compartimentos estanques, incomunicáveis. Aliás, toda a obra de Kant comprova o laço indissolúvel entre moral e direito (as classificações obedecem ao método doutrinário do autor – afinal, é impossível discutir tudo ao mesmo tempo). Diferentemente de Kelsen que, no capítulo II da Teoria Pura, ao criticar o critério formal de Kant, oferece o seu própria como estudaremos abaixo, e com isto opera a separação absoluta, na ciência jurídica, entre moral e direito. Muito pelo contrário, em Kant *moral e direito têm origem comum, a priori, na razão una*.

A doutrina do direito de Kant compreende tanto o direito natural quanto o direito positivo. “Os direitos, como doutrinas sistemáticas, são divididos em *direito natural*, o qual se apoia somente em princípios *a priori*, e *direito positivo* (estatutório), o qual provém da

<sup>47</sup> *Materialmente*, contudo, Norberto Bobbio acredita descobrir em Kant outra diferenciação, de conteúdo, entre moral e direito através do conceito supremo da obra kantiana: o conceito de *liberdade*. “Levando em conta os significados de liberdade interna e externa, podemos compreender que a distinção entre moral e direito, neles inspirada, adquire uma relevância diversa [...] Mais precisamente, no conceito de moralidade entendida como liberdade interna é evidente a referência *a uma relação de mim comigo mesmo*; no conceito de direito entendido como liberdade externa é igualmente evidente a referência *a uma relação minha com os outros*” (Cf. BOBBIO, 2000, p. 96, grifo do autor). Todavia, tradicionalmente apenas a diferenciação formal é imputada a Kant, até por causa da origem comum entre moral e direito em sua doutrina.



vontade de um legislador.” (KANT, 2003, p. 83), havendo não somente vinculação indissolúvel entre ambos, em analogia às relações entre ética e direito, mas, como o grande racionalista e iluminista que Kant é, subordinação necessária do direito positivo ao direito natural: “Como a cabeça de madeira da fábula de Fedro, uma doutrina do direito meramente empírica é uma cabeça possivelmente bela, mas infelizmente falta-lhe cérebro.” (KANT, 2003, p. 76). Moral e direito natural são estabelecidos *a priori* na razão.

No jusnaturalismo humanista, ou jurracionalismo, o direito positivo (em Kant a *razão prática*, a *vontade* do legislador; enfim, o *ser*) retira tanto sua legitimação moral como a fundamentação mesma de seu conteúdo jurídico do direito natural (em Kant a razão pura, *a priori*; enfim, o *dever ser*). O *ser*, ou seja, o direito positivado através dum ato de vontade do legislador, está em relação de dependência para com o *dever ser*, ou seja, os princípios *a priori* da razão humana.

“O direito é, portanto, a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade.” (KANT, 2003, p. 76). Do conceito<sup>48</sup>, Kant deduz a lei universal do direito “*age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal.*” (KANT, 2003, p. 77, grifo do autor) e a competência (contrária ao direito e à liberdade) de exercer coerção<sup>49</sup>, de toda relação milenarmente clara, mas não a tornando o elemento distintivo da ordem jurídica em relação às outras ordens normativas, como Kelsen.

Por sua vez, o normativista inicia o breve capítulo segundo da Teoria Pura dedicado às relações entre moral e direito retomando a lição aristotélica sobre a correta nomenclatura dos termos em questão. Enquanto “moral” refere-se ao conteúdo normativo, subjetivo ou subjetivado, de normas morais, “ética”, por sua vez, refere-se ao estudo objetivo, à análise sistemática, enfim, destas mesmas normas (KELSEN, 2009, p. 67). Esta classificação abona a

---

<sup>48</sup> “O conceito de direito, enquanto vinculado a uma obrigação a este correspondente (isto é, o conceito moral de direito) tem a ver, em *primeiro lugar*, somente com a relação externa e, na verdade, prática de uma pessoa com outra, na medida em que suas ações, como fatos, possam ter influência (direta ou indireta entre si). Mas, em *segundo lugar*, não significa a relação da escolha de alguém com a mera aspiração (daí, por conseguinte, com a mera necessidade) de outrem, como nas ações de beneficência ou crueldade, mas somente uma relação com a escolha do outro. Em *terceiro lugar*, nessa relação recíproca de escolha, não se leva de modo algum em conta a *matéria* da escolha, isto é, o fim que cada um tem em mente com o objeto de seu desejo; não é indagado, por exemplo, se alguém que compra mercadorias de mim para seu próprio uso comercial ganhará com a transação ou não. Tudo que está em questão é a *forma* na relação de escolha por parte de ambos, porquanto a escolha é considerada meramente como livre e se a ação de alguém pode ser unida com a liberdade de outrem em conformidade com uma lei universal.” (KANT, 2003, p. 76).

<sup>49</sup> “Se um certo uso da liberdade é ele próprio um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é injusto), a coerção que a isso se opõe (como um *impedimento de um obstáculo à liberdade*) é conforme à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é justa). Portanto, ligada ao direito pelo princípio de contradição há uma competência de exercer coerção sobre alguém que o viola.” (KANT, 2003, p. 77-78).

própria diferenciação que é o seio da Teoria Pura entre direito e ciência do direito, ou moral e ética, analogamente.

Criticando, como já vimos, a diferenciação formal entre direito e moral realizada por Kant com base na interioridade ou exterioridade da norma, defende Kelsen que tanto as normas morais como as jurídicas determinam ambas as espécies de conduta (2009, p. 68), ou seja, condutas interiores ou pensamentos e condutas exteriores ou ações.

Portanto, a diferença fundamental entre as ordens moral e jurídica não repousa no foro de comando da norma, mas em algo com o qual a ordem jurídica se diferencia de qualquer outra: *a sanção socialmente organizada*.

O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando [...] se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo. (KELSEN, 2009, p. 71).

Enquanto a ordem moral não possui equivalente sistema organizado de sanções em caso de descumprimento de suas normas, apenas se aprovando ou reprovando interiormente determinada conduta. Assim, Kelsen elimina os traços entendidos por ele como “metafísicos” (*a priori*) da doutrina kantiana, numa atitude teórica típica do positivismo.

A eliminação de tudo o que é conhecimento *a priori* na filosofia kantiana, por ser considerado metafísico, talvez seja a principal causa da ruptura entre as doutrinas, absorvendo Kelsen, como já analisamos, apenas a teoria epistemológica<sup>50</sup> de Kant. Ora, são justamente os conhecimentos *a priori* do gênio humano, aqueles que prescindem da experiência sensorial e organizam os dados do mundo por ela coletados<sup>51</sup> (consistindo na própria racionalidade do

---

<sup>50</sup> E ainda assim com alterações importantes: “Assim, mesmo que a distinção kelseniana entre *ser* e *dever ser* seja uma herança da teoria do conhecimento de Kant, a rejeição à metafísica dá origem a uma teoria bastante diferente daquela do filósofo de Königsberg. Enquanto o *dever ser* kantiano (leis morais/ ética/direito) é dado *a priori* pela razão, o *dever ser* kelseniano (moral/direito) é construído socialmente, seja a partir dos costumes e da tradição (moral), seja a partir da vontade de uma autoridade político-jurídica (legislador ou juiz). Moral e Direito na filosofia kelseniana, portanto, são fruto de uma construção social.” (CONSANI, 2016, p. 139).

<sup>51</sup> “Como Hume e os empiristas, Kant sustentou que todo conhecimento, de fato, surge da experiência mas, diferente deles, acrescentou a esta ideia uma importante observação: devemos distinguir entre o que realmente produz o conhecimento e a forma que tal conhecimento adquire. Assim, embora o conhecimento surja da experiência, não deriva exclusivamente dela. Poderíamos expressar isto de maneira diferente, dizendo que a experiência sensorial é necessária, porém não suficiente, para o conhecimento. Quanto à forma que o conhecimento adquire e aos princípios de organização que transformam em conhecimento as matérias-primas da experiência, Kant sustentava que não derivam da experiência. É óbvio que tais princípios são inatos no sentido cartesiano, embora Kant não o diga.” (RUSSELL, 2013, p. 369).

homem), que são a fonte original, primária, tanto da moral como do direito na filosofia kantiana<sup>52</sup>.

“Com efeito, quando se não pressupõe qualquer *a priori* como dado, isto é, quando se não pressupõe qualquer valor moral absoluto, não se tem qualquer possibilidade de determinar o que é que tem de ser havido, em todas as circunstâncias, por bom e mau, justo e injusto.” (KELSEN, 2009, p. 73). Deste modo, a desconsideração dos conceitos *a priori* elimina qualquer compreensão primitiva do que é *moral* ou *imoral* e do que é *justo* ou *injusto*, noções racionais as mais básicas, as quais tornam, afinal, o ser humano um animal racional segundo racionalismo humanista de Descartes e Kant. Consequentemente, apenas resta ao cientista vislumbrar a multiplicidade de ordens morais, mas não julgá-las, e assim realizar sua atividade científica *puramente*, alheia a todos os valores, inclusive aqueles possíveis de constar no próprio objeto estudado. Eis a cisão entre ciência e política do normativismo kelseniano combinada ao relativismo filosófico tão caro ao positivismo.

A pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral, e não a relação entre aquela e ‘a’ Moral. Desta forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor absoluto. Ora, isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral. (KELSEN, 2009, p. 75-76).

Porque “[...] a exigência de separar o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que a validade das normas jurídicas positivas não depende do fato de corresponderem à ordem moral.” (KELSEN, 2009, p. 77), pois não há *uma* ordem moral, não é possível verificar *a* ordem moral como padrão de conteúdo significativo para o direito positivado, portanto, a tarefa da ciência jurídica não se torna a pesquisa e a crítica da legitimação do direito, mas tão somente *conhecer e descrever a ordem normativa* (KELSEN 2009, p. 78, grifo nosso).

A separação entre moral e direito obedece duas exigências.

A exigência metodológica trata da separação entre direito e ciência do direito. Ora, a ciência do direito é qualificada como tal por ter seu objeto específico, a *norma*, e metodologia

---

<sup>52</sup> “[...] todos os conceitos morais têm a sua sede e origem completamente *a priori* na razão, e isto tanto na razão humana mais vulgar como na especulativa em mais alta medida; que não podem ser abstraídos de nenhum conhecimento empírico e por conseguinte puramente contingente; que exatamente nesta pureza da sua origem reside a sua dignidade para nos servirem de princípios práticos supremos.” (KANT, 2007, p. 46).

própria, a teoria pura com a qual Kelsen pretende dotá-la<sup>53</sup>. Outros elementos que sem dúvida e segundo o próprio Kelsen são essenciais para a compreensão do fenômeno jurídico são deslocados da *ciência* para o que ele chama de *política jurídica*, numa consequência direta da opção epistemológica de absoluta separação entre ciência e política.

A exigência filosófica diz respeito à compatibilização entre o positivismo jurídico e o relativismo filosófico, refutando-se no direito qualquer padrão normativo de justiça (que dê significado às normas positivas) por haver uma multiplicidade de conceitos, ideais ou valores de justiça. Nenhum melhor ou mais importante que qualquer outro, segundo o relativismo, de caráter antimetafísico em oposição ao absolutismo filosófico, abraçado pelo positivismo científico e jurídico.

Portanto, o fundamento de validade das normas positivadas não é, ou não deve ser, a identificação com normas de justiça, mas segundo critérios formais de produção normativa da própria ordem jurídica. “A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de *a Moral*.” (KELSEN, 2009, p. 75, grifo do autor). Neste passo, Hans Kelsen é indiscutivelmente representante do positivismo jurídico *exclusivo*<sup>54</sup>.

A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever [...] a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfreie*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo como valor jurídico por ele descrito. (KELSEN, 2009, p. 77).

Assim, a relação entre moral e direito na Teoria Pura fica confinada no capítulo II da edição definitiva, cerca de 10 páginas dum total de 400.

<sup>53</sup> “[...] segundo o preceito kelseniano de que ciência do direito é o mesmo que teoria pura do direito, o gesto de fixar um conteúdo moral geral para o direito, denominando-o justo e revestindo-o de *status* científico, é análogo ao de justificar uma posição política abjeta reivindicando para ela alguma sorte de juridicidade. São todos gestos de *política jurídica*. É por meio dessa operação intelectual que Kelsen é capaz de acolher o Kant da *Crítica da razão pura*, mas não o da *Metafísica dos costumes*. Em Kelsen a razão é uma só, mas os valores não.” (VELLOSO, 2014, p. 220).

<sup>54</sup> “O princípio da separação [...] – nega que ‘há uma sobreposição necessária’ entre o direito e a moral. O princípio da separação vale, portanto, como o oposto do princípio da moralidade, segundo o qual *há* uma ‘sobreposição necessária’ entre o direito e a moral, qualquer que seja a forma como ela possa ser explicada. O significado dessa negativa positivista do princípio da moralidade pode ser precisado, como sabemos, ao se apelar para a distinção entre o positivismo inclusivo e o exclusivo. O positivismo inclusivo deixa em aberto a possibilidade de que em dado sistema jurídico haja ou não uma sobreposição necessária entre o direito e a moral, ao passo que o positivismo exclusivo não reconhece a possibilidade dessa sobreposição necessária.” (PAULSON, 2011, p. 104).

Moral e direito, na ciência jurídica, são completamente apartadas e independentes. Isto significa que a validade da norma jurídica está na própria ordem jurídica (através a norma hipotética fundamental) e não na ordem moral; do mesmo modo, a norma moral não deixa de ser válida no âmbito moral por não ser ou não estar refletida na ordem jurídica. No entanto, “*Kelsen jamais afirmou a exigência moral de obedecer a normas jurídicas ou a obrigação jurídica de obedecer a normas morais.*” (VELLOSO, 2014, p. 217, grifo nosso), justamente pela completa independência entre as respectivas ordens normativas.

*Uma moral, uma justiça...* sendo impossível a demonstração de todos os valores de moral e justiça, bem como a definição dum critério de preferência de determinado valor, como defende o relativismo filosófico, apenas resta ao teórico e aplicador do direito o afastamento de qualquer consideração sobre a moral e a justiça em seu ofício, renunciando a qualquer racionalidade jurídica que as integre?

Toda a ciência jurídica do pós-guerra pode ser compreendida como tentativas de racionalização da produção e do discurso jurídicos, com a consideração em primeiro plano do elemento moral, assim como justificar adequadamente opções jurídico-políticas e da aplicação do direito.

Perelman, por exemplo, foca na justificação argumentativa (ou constitucionalmente adequada) das decisões jurídicas em todos os níveis, da legislação ao caso concreto:

Kelsen: não existe, no campo das normas e dos valores que regem nossas vidas, possibilidade de demonstração impositiva, a menos que sejam consideradas comprováveis as intuições controvertidas. Todavia, *desta impossibilidade de demonstração, segue, necessariamente, a renúncia à tentativa de justificar, através de uma argumentação tão convincente quanto possível, nossas escolhas e decisões, nossos valores e nossas normas?* Mesmo em se tratando de uma ciência ou de uma teoria pura do direito, será juridicamente arbitrária toda a tentativa que não puder ser justificada por uma argumentação nesses moldes? (PERELMAN, [20--], p. 3, grifo nosso).

Habermas, por sua vez, se insurge contra esta dicotomia entre normas morais vs. normas jurídicas, resgatando a íntima relação entre moral e direito já desvendada há muito por Kant<sup>55</sup>, mas obscurecida pelos neokantianos e negada pelos juristas, dos exegetas à Hans

---

<sup>55</sup> “Em sua ‘Fundamentação da Metafísica dos costumes’, Kant [...] começa com o conceito básico da lei moral e obtém dela leis jurídicas por meio de limitação. A teoria moral fornece os conceitos abrangentes: vontade e livre escolha, ação e incentivo, dever e inclinação, direito e legislação servem, em primeiro lugar, para caracterizar o julgamento moral e a ação. Na teoria jurídica, esses conceitos morais básicos sofrem limitações em três dimensões. Segundo Kant, o conceito de direito não se refere principalmente ao livre-arbítrio, mas à livre escolha dos destinatários; além disso, pertence às relações externas de uma pessoa para outra; finalmente, é fornecida com o poder coercivo que uma pessoa tem o direito de exercer em relação a outra em caso de violação. Sob estes três aspectos, o princípio do direito estabelece limites ao princípio moral.” (HABERMAS, 1996, p. 105-106, tradução nossa).

Kelsen. Aí a redescoberta da *cooriginariedade entre moral e direito*, ou a questão fundamental desde 1945.

Ao invés de subordinar a lei positiva ao direito natural ou à moralidade, começo com a suposição que, no nível pós-metafísico de justificação, regras legais e regras morais são simultaneamente diferenciadas da vida ética tradicional e aparecem lado a lado como *dois tipos de normas de ação diferentes mas mutuamente complementares*. (HABERMAS, 1996, p. 105, tradução nossa, grifo nosso).

Aqui, no âmbito das relações entre moral e direito aparece mais nitidamente pela primeira vez na doutrina jurídica de Hans Kelsen a famosa sétima proposição do *Tractatus logico-philosophicus* de Wittgenstein (1968, p. 129): “O que não se pode falar, deve-se calar.”. Em realidade, esta é a conclusão de algumas, senão todas, as questões mais delicadas da Teoria Pura do Direito. E aparecerá novamente, com toda sua força, na hermenêutica.

### 3.2.1 Direito e justiça

O relativismo filosófico causa a mesma consequência da moral para a justiça, ou as relações entre direito e justiça.

A rejeição radical de Kelsen de qualquer teoria da justiça se situa, de maneira singular, na tradição de um filósofo que conhece um conceito moral de direito (natural) e o desenvolve com detalhes: Kant. Mas Kelsen é marcado por aquela tradição do neokantismo cujo *pathos* científico não tem mais lugar para o conceito de direito (natural) moral de Kant. Esta tradição só reconhece mais, da obra de Kant, a validade da crítica da razão especulativa e não mais da crítica da razão prática. Além disso, esta tradição vê a primeira crítica da razão apenas como teoria do conhecimento e fundamentação de ciências positivas e não [...] como uma preparação suplementar da crítica da razão prática. (HOFFE, 2005, p. 99).

A validade da norma jurídica independe de seu conteúdo e, especialmente, da justiça ou injustiça deste conteúdo, de compatibilidade dele com qualquer conceito ou ideal de justiça. Neste ponto não há ruptura com a ciência jurídica anterior: de fato, o enfraquecimento da dicotomia entre “justiça” e “direito” (na esteira da irrelevância da quase completa irrelevância das relações entre direito natural e direito positivo, com preponderância daquele como ideal de adequação), ocorre com as codificações do século XIX e a ciência jurídica que

lhe seguiu, como vimos no capítulo segundo. Kelsen apenas reafirma esta ruptura segundo a sua própria doutrina<sup>56</sup>.

A Teoria Pura afasta qualquer discussão sobre a justiça na ciência do direito. Mas não afirma que tal questão simplesmente não exista ou seja irrelevante. Aliás, o próprio Kelsen dedica muito de sua obra a discuti-la, mas fora do âmbito científico do direito, em obediência estrita aos limites epistemológicos e metodológicos estabelecidos por ele mesmo.

Para se fazer justiça para com Kelsen, tem de se ter em conta o *ethos* científico que se esconde por detrás da sua, aparentemente, indiferente filosofia do direito. Ele quer defender a ciência do direito de ser manipulada como ‘propaganda de valores absolutos’ (Max Weber), como pretexto para opiniões políticas e ideológicas. No entanto, a própria *Teoria Pura do Direito* foi, muito injustamente, manipulada naquele sentido. (KAUFFMAN; HASSEMER, 2002, p. 179-180).

No direito, a questão da justiça é deslocada de qualidade da norma jurídica para qualidade “do ato pelo qual ela é posta, do ato de que ela é o respectivo sentido.” (KELSEN, 2001, p. 45; KELSEN, 1998a, p. 9). Ora, o “ato pelo qual a norma é posta” é totalmente irrelevante para a Teoria Pura do Direito, foge aos seus limites autotraçados, já que ela trata apenas da norma em si. A questão do “ato” é de política jurídica.

Assim, “[...] o problema da justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito que se limita à análise do Direito positivo como sendo a realidade jurídica.” (KELSEN, 2009, p. XVIII). Mas reconhecendo a suma importância da questão da justiça para a política jurídica, Kelsen acrescenta um apêndice à edição alemã de 1960 da Teoria Pura do Direito chamado *A justiça e o direito natural*, publicado em português em Coimbra como obra separada, não havendo este texto nas edições brasileiras da Teoria Pura. Juntamente com *O problema da justiça* forma o núcleo essencial da doutrina kelseniana (e do positivismo normativista) acerca da justiça.

---

<sup>56</sup> Inclusive, para tanto, Kelsen mais uma vez repele a doutrina moral e jurídica de Kant. Tanto a questão da justiça importava no pensamento do filósofo que afinal propôs fórmulas para ações e leis serem consideradas justas. Enuncia assim o princípio fundamental do direito público: “São injustas todas as ações que se referem ao Direito de outros homens cujos princípios não suportam a publicação”. Não é necessário considerar este princípio como um mero princípio ético (pertencente à doutrina da virtude), mas faz-se mister *considerá-lo também como um princípio jurídico* (que afeta o Direito dos homens).” (KANT, 2006, p. 110, grifo nosso). Revelando o iluminismo de sua doutrina jurídica, faz depender a justiça da publicidade do direito. Outro princípio do direito público, transcendental e positivo: “Toda as máximas que necessitam a publicidade (para não fracassar em seus propósitos) concordam com o Direito e a Política ao mesmo tempo.” (KANT, 2006, p. 115).

Em síntese,

Uma teoria do direito positivista, isto é, realista, não afirma - e isto importa acentuar sempre - que não haja qualquer justiça, mas que de fato se pressupõem muitas *normas de justiça*, diferentes umas das outras e possivelmente contraditórias entre si. Ela não nega que a elaboração de uma ordem jurídica positiva possa ser determinada - e em regra, o é de fato - pela representação de qualquer das muitas noções de justiça. Especialmente, *não nega que toda ordem jurídica positiva* - quer dizer, os atos através dos quais as suas normas são postas - *pode ser apreciada ou valorada segundo uma destas formas de justiça, como justa ou injusta [...]* *Uma teoria jurídica positivista não reconhece o fundamento de validade de uma ordem jurídica positiva em qualquer das muitas normas de justiça, pois não pode dar a qualquer delas preferência sobre as demais.* (KELSEN, 2001, p. 101, grifo nosso).

Segundo o relativismo filosófico (moral e axiológico) do positivismo científico, e combinado ao caráter antimetafísicos deste, o normativismo kelseniano rejeita o fundamento de validade da norma na justiça porque, racionalmente, reconhece-se a existência de milhares de conceitos ou ideais de justiça diferentes entre si e naturalmente contraditórios (KELSEN, 2001, p. 53). O relativismo filosófico abstém-se de uma “justiça” excluir outra, ou uma excluir todas as demais, numa consequência direta da separação metodológica positivista entre ciência e política. “Uma teoria dos valores relativista não significa [...] que não haja qualquer valor e, especialmente, que não haja qualquer Justiça. Significa, sim, que não há valores absolutos mas apenas valores relativos, que não existe uma Justiça absoluta mas apenas uma Justiça relativa.” (KELSEN, 2009, p. 76).

“Para Kelsen, a justiça é apenas um ‘bonito sonho da humanidade’; nós não sabemos o que ela é, e nunca o viremos a saber.” (KAUFFMAN; HASSEMER, 2002, p. 179, grifo nosso). Logo, o fundamento de validade da norma não pode repousar na contingência ou na relatividade<sup>57</sup>, mas segundo algum procedimento formal: a elaboração normativa segundo os ditames da matriz constitucional, ápice positivo (com exclusão da norma transcendental) da cadeia de normas, a pirâmide normativa.

Repetidamente Hans Kelsen trata os conceitos, ideais, valores, etc. de justiça como *normas* de justiça. A opção vai para além do estilo. Nas numerosas passagens em que Kelsen explica o relativismo filosófico do positivismo, ou a impossibilidade do *conteúdo justo* como

<sup>57</sup> “Quando se admita a possibilidade de normas de justiça diferentes e possivelmente contraditórias, no sentido não de que duas normas de justiça contraditórias possam ser havidas ao mesmo tempo como válidas, mas no sentido de que quer uma quer a outra das duas normas de justiça diferentes e possivelmente contraditórias podem ser tomadas como válida, então o valor de Justiça apenas pode ser relativo; e, nesse caso, toda a ordem jurídica positiva tem de entrar em contradição com qualquer destas diversas normas de justiça - pelo que, consequentemente, não poderá haver qualquer ordem jurídica positiva que deva ser considerada como não válida por estar em contradição com qualquer uma destas norma de justiça.” (KELSEN, 2001, p. 101).



fundamento normativo de validade, as tais *normas* de justiça confrontam-se num ambiente racional, destituído de tempo e espaço. Neste ambiente racional, a desarmonia entre as diferentes *normas* de justiça também é racional, não se podendo tampouco resolvê-la segundo os critérios hermenêuticos tradicionais para o conflito de normas, a colmatação de lacunas ou quaisquer outros.

Diante do caráter racional<sup>58</sup>, exclusivamente racional, que Kelsen empresta à questão da justiça, todas as fórmulas tradicionais da justiça como o *suum cuique tribuere*, os Dez Mandamentos e o princípio aristotélico segundo tratar os iguais igualmente e os desiguais na medida de sua desigualdade<sup>59</sup>, são tomadas apenas como fórmulas lógicas, destituídas de juridicidade.

O elemento comum a todas as normas de justiça do tipo racional não pode ser encontrado no tratamento por elas preceituado. Esse elemento comum consiste pura e simplesmente no fato de que todas elas são normas racionais que preceituam, sob condições determinadas – mas determinando as diferentes normas de justiça, condições ou pressupostos muito diferentes -, um tratamento determinado - porém, sendo determinados tratamentos muito diversos pelas diferentes normas de justiça. *Relativamente à questão decisiva de saber como devem os homens ser tratados para que o seu tratamento deva ser considerado justo, um conceito geral de justiça apenas pode ser algo de completamente vazio.* (KELSEN, 2001, p. 93, grifo nosso).

Se da generalidade da norma superior de justiça não se pode deduzir o *justo tratamento* aos homens, sendo ela, portanto, “completamente vazia” e incapaz de funcionar como fundamento de validade das normas, por que a norma hipotética fundamental o consegue, igualmente geral, racional e absoluta? Ora, à esta pergunta Kelsen provavelmente responderia que a norma hipotética fundamental, ao contrário de qualquer norma de justiça, é critério puramente formal, condição de possibilidade do sistema normativo e não de seu

<sup>58</sup> “Relativamente ao tratamento prescrito pelas diferentes normas de justiça do tipo racional, não se pode sequer determinar qualquer elemento comum. O tratamento preceituado pelas diferentes normas de justiça deste tipo é tão diverso que as diferentes normas de justiça têm de entrar necessariamente em conflito umas com as outras. Assim sucede quando, segundo a norma de justiça da retribuição, quem cometeu uma falta deve ser punido e quem prestou um serviço meritório deve ser premiado, mas, segundo a norma de justiça que prescreve que cada um deve ser tratado segundo as suas necessidades, não deve tomar-se em conta a falta, a culpa, ou o mérito das pessoas; ou quando pela maioria das normas de justiça e pressuposta uma ordem moral ou jurídica positiva que mais ou menos limita a liberdade dos indivíduos, mas, segundo a norma de justiça fundada na liberdade, se exclui a validade de toda e qualquer outra norma social.” (KELSEN, 2001, p. 93). Cf., inclusive, a crítica de Kelsen (1998a, p. 41), ao princípio da justiça (ou retribuição) de Marx sobre a proporcionalidade entre trabalho e salário.

<sup>59</sup> “[...] a regra segundo a qual os que são iguais devem ser tratados por forma igual e os que são desiguais devem ser tratados por forma desigual não é sequer uma exigência da justiça, mas uma exigência da lógica. Com efeito, ela é apenas a lógica consequência do caráter geral de toda a norma que prescreva que determinados indivíduos, sob determinadas circunstâncias, devem ser tratados de determinada maneira.” (KELSEN, 2001, p. 88).

conteúdo e, principalmente, que a norma hipotética fundamental, racionalmente, não se encontra em conflito com qualquer outra de mesma natureza<sup>60</sup>.

Em conclusão, “[...] *cada ordem jurídica positiva pode corresponder a qualquer das várias normas de justiça constitutivas apenas de valores relativos, sem que esta correspondência possa ser tomada como o fundamento de sua validade.*” (KELSEN, 2001, p. 101, grifo nosso) e, portanto, o relativismo inerente à questão da justiça - já que “[...] cada um deve fazer a escolha e ‘que nenhum outro, nem Deus, nem a natureza e tampouco a razão como autoridade objetiva, podem assumir a escolha’.” (KELSEN apud HOFFE, 2005, p. 100) - é também, e inevitavelmente, *decisionista*.

Se o direito positivo não pode ser injusto, também não pode ser justo. Ele apenas pode ser justo ou injusto, ou nem justo nem injusto [...] ou seja, admitir que a validade de uma norma do direito positivo é independente da validade de uma norma de justiça – o que significa que as duas normas não são consideradas como simultaneamente válidas – é justamente o princípio do *positivismo jurídico*. (KELSEN, 1998a, p. 11).

### 3.3 Direito e Estado

A “pureza” metodológica da ciência jurídica de Hans Kelsen faz-se presente do mesmo modo em sua teoria do Estado, e pelos mesmos motivos: o sincretismo metodológico e a falta duma unidade principiológica fundamental, oferecendo para tanto a mesma resposta positivista e formal que dera à ciência jurídica de inícios do século XX. Lê-se na introdução de sua *Teoria Geral do Estado*:

Ora, a ‘Teoria Geral do Estado’ só deixará de nos aparecer como um agregado, mais ou menos arbitrário, de questões heterogêneas, só demonstrará a sua unidade específica quando conseguir estudar e resolver todos os problemas reunidos sob o seu nome, por intermédio de um só e único princípio fundamental. (KELSEN, 1938, p. 6).

De modo que, sem qualquer perda de sentido, a citação acima se encaixaria perfeitamente em sua proposta de ciência do direito. *Teoria Pura do Estado*, nos mesmos moldes da Teoria Pura do Direito, não será exagero dizer, seria um título muito mais

---

<sup>60</sup> “Proposições de dever ser só podem ser fundamentadas e demonstradas mediante outras proposições do dever ser. Exatamente por isso, as proposições últimas do dever ser são indemonstráveis, axiomáticas, não passíveis de conhecimento, mas apenas de crença. Portanto, *onde asserções antagônicas sobre as proposições últimas do dever ser*, visões de mundo e de valor antagônicas se oponham de modo conflituoso, *entre elas não se pode mais optar com unicidade científica. A consideração científica do valor, já se disse, pode ensinar o que se pode e o que se quer, mas não o que deve ser.*” (RADBRUCH, 2010, p. 17, grifo nosso).

adequado à proposta kelseniana, presente desde suas primeiras obras, para a teoria do Estado. Aqui as semelhanças entre Estado e direito não são mera coincidência. Aliás, são mais que semelhança, são *identidade*: “A situação revela-se mais simples quando o Estado é discutido a partir de um ponto de vista puramente jurídico. *O Estado, então, é tomado em consideração apenas como um fenômeno jurídico.*” (KELSEN, 1998b, p. 261, grifo nosso).

A “pureza” metodológica é, de fato, o traço mais distintivo e permanente de Kelsen em toda sua construção jurídica (excluindo, seguindo próprio o critério kelseniano, os textos sobre a democracia e a justiça, por exemplo), o que engloba o Estado. Tomando-o como um fenômeno jurídico, pura e exclusivamente, o teórico se desembaraça de incontáveis questões complexas<sup>61</sup>, muitas das quais lhe exigem tomadas de posições não suficientemente explicáveis apenas por opções científicas e que, de outra maneira, não simplesmente amputando várias dimensões do fenômeno, se lhe apresentariam, inevitavelmente. Não somente, “[...] se o Estado é uma ordem jurídica, então deve ser possível transformar os problemas que surgem dentro de uma teoria geral do Estado em problemas que façam sentido dentro da teoria geral do Direito.” (KELSEN, 1998b, p. 299). A partir desta identidade fundamental, Kelsen reformula os elementos tradicionais da teoria do Estado através de seguidas deduções do primado fundamental de identidade entre Estado e direito, sempre sob, e unicamente sob, a metodologia pura com a qual ele funda o normativismo jurídico.

*Território*<sup>62</sup>, o primeiro elemento do Estado assim considerado pela quase totalidade dos autores (DALLARI, 2007, p. 86; BONAVIDES, 2000, p. 122), torna-se na doutrina

---

<sup>61</sup> Por exemplo, o tradicional problema da auto-obrigação do Estado, o qual os autores antes de Hans Kelsen batiam-se tanto: “[...] se o Estado é a autoridade de onde emana a ordem jurídica, como pode ele estar sujeito a essa ordem e como é possível o indivíduo receber dela obrigações e direitos? Nessa forma, trata-se do problema da auto-obrigação do Estado [...] o problema é considerado como de suprema dificuldade.” (KELSEN, 1998b, p. 284). Esta suma problemática, mais teórica que prática, na realidade, desaparece completamente com a identificação entre Estado e direito, a qual Kelsen chama de “pseudoproblema” resultante da diferenciação errônea entre eles (KELSEN, 1998b, p. 285).

<sup>62</sup> Bonavides (2000, p. 123-130) classifica quatro diferentes teorias acerca do território: a) A teoria do território-patrimônio: “a mais antiga, de grande voga na Idade Média, quando não se distinguia nitidamente o direito público do direito privado e se explicava a noção do território através do direito das coisas, confundindo-se o território com a propriedade ou com outros direitos reais.” (BONAVIDES, 2000, p. 123); b) a teoria do território objeto: “Deparamo-nos a seguir com a teoria dos juristas que vislumbram no território o objeto de um direito das coisas público ou de um direito real de caráter público. Segundo os adeptos dessa corrente o direito do Estado sobre o seu território é direito especial, eminente, soberano. Toma-se o território como coisa — não do ponto de vista do direito privado, qual se fazia na antiga concepção puramente patrimonial — mas do ponto de vista do direito público.” (KELSEN, 2000, p. 124); c) a teoria do território-espaco: “teoria mais em voga na moderna ciência jurídica, que é inquestionavelmente a teoria do território-espaco. Segundo essa doutrina, logo abraçada por G. Meyer, Jellinek, Anschuetz, Otto Mayer, Stammmler e outros clássicos da literatura jurídica alemã, o território do Estado nada mais significa que ‘a extensão espacial da soberania do Estado’. Consoante a teoria de Fricker a relação do Estado com o território deixa de ser uma relação jurídica, visto que não sendo o território objeto do Estado como sujeito, não pode haver nenhum direito do Estado sobre seu território. A essa

kelseniana do Estado, “[...] uma unidade jurídica, não geográfica ou natural. Porque o território do Estado, na verdade, nada mais é que a esfera territorial de validade da ordem jurídica chamada Estado.” (KELSEN, 1998b, p. 300). Como meramente o âmbito de validade da ordem jurídica do Estado, o território deixa de ser seu elemento constitutivo, essencial. O território como reflexo da ordem normativa do Estado no espaço, esta concepção de Kelsen (2000, p. 122), segundo Bonavides, já se encontra invalidada.

*Povo*<sup>63</sup>, o “conjunto dos cidadãos do Estado” (DALLARI, 2007, p. 100) e segundo elemento constitutivo do Estado segundo a doutrina tradicional, por sua vez, é a unidade subjetiva da ordem jurídica estatal, seu destinatário<sup>64</sup>: “Assim como o Estado tem apenas um território, ele tem apenas um povo, e, como a unidade do povo é jurídica e não natural, assim o é a unidade do povo. Ele é constituído pela unidade da ordem jurídica válida.” (KELSEN, 1998b, p. 334). Conclui disto que a cidadania, instituição jurídica, simplesmente não é necessária (1998, p. 345), apesar de constar em qualquer Constituição e, portanto, em qualquer ordem jurídica estatal válida e soberana. “Se a natureza da cidadania consiste no fato de ser ela a condição de certas obrigações e direitos, então deve-se enfatizar que nenhum deles é essencial a uma ordem jurídica do tipo que designamos como Estado” (KELSEN, 1998b, p. 345). Com os mesmos argumentos, Kelsen também deduz ser evidente “[...] que não é necessário que o povo tenha direitos políticos.” (KELSEN, 1938, p. 82), sendo ambos, cidadania e direitos políticos, meros reflexos subjetivos da ordem normativa.

Por fim, o *poder*, terceiro elemento constitutivo do Estado, “[...] nada mais é que a validade e a eficácia da ordem jurídica, de cuja unidade resultam a unidade do território e a do povo. O ‘poder’ do Estado deve ser a validade e a eficácia da ordem jurídica nacional.”

---

conclusão de Fricker, acrescentava-se outra de que o poder do Estado não é poder sobre o território, mas poder no território e qualquer modificação do território do Estado implica a modificação mesma do Estado [...] A doutrina do território-espaço, que derroga a velha concepção de direito real de Gerber e Laband, tampouco se embaraça com os óbices que poderiam derivar da relação entre o ordenamento estatal e o território na figura do estado federal, nem sequer com os direitos reais que possui o Estado sobre certas partes de seu território.” (KELSEN, 2000, p. 127); d) a teoria do território-competência: “A teoria do território-espaço acabou por desembocar na teoria do território-competência, obra dos juristas austríacos da chamada Escola de Viena, que passaram a ver no território simplesmente um elemento determinante da validade da norma, sobretudo um meio de localização da validade da regra jurídica. A teoria do território-competência, ardentemente patrocinada por Kelsen, chama logo a atenção do estudioso, como adverte Giese, por admitir de modo especial um conceito jurídico de competência e de modo geral um conceito de validade do direito.” (KELSEN, 2000, p. 129-130).

<sup>63</sup> Mas cuja noção jurídica é “[...] conquista bastante recente, a que se chegou num momento em que foi sentida a necessidade de disciplinar juridicamente a presença e a atuação desta entidade mítica e nebulosa e, paradoxalmente, tão concreta e influente.” (DALLARI, 2007, p. 96), tendo se consolidado juridicamente apenas com o constitucionalismo do século XX.

<sup>64</sup> “Um governo ‘para o povo’ significa um governo que atua no interesse do povo. Mas a questão relativa ao que seja o interesse do povo pode ser respondida de maneiras diversas, e aquilo que o próprio povo acredita ser seu interesse não constitui, necessariamente, a única resposta possível. Pode-se até mesmo duvidar da existência de algo como uma opinião do povo sobre o seu próprio interesse e de uma vontade do povo dirigida para sua realização.” (KELSEN, 2000, p. 140).

(KELSEN, 1998b, p. 364), e a soberania, a qual tratamos mais detalhadamente ao fim desta parte, é a qualidade deste poder, ou seja, não estar a validade da ordem jurídica estatal dependente de nenhuma outra. Poder, portanto, é elemento constitutivo não do Estado, mas da ordem normativa, a característica de fazer-se valer em tal território (determinado pela própria ordem) para tal povo (também determinado pela própria ordem jurídica).

Assim, a principal tarefa da teoria do Estado é diferenciar esta ordem normativa de quaisquer outras. Ora, e a resposta é dada na Teoria Pura do Direito: a norma, mais precisamente, a ordem de coação normativa:

Se o Estado, como todas as formações sociais, é uma ordem, um sistema de regras, em que difere dos outros agrupamentos sociais? A ordem estatal distingue-se das outras ordens sociais, principalmente por ser uma ordem de coação (*Zwangsordnung*) [...] porque o caráter coativo não é, no fundo, mais do que a expressão da validade objetiva das normas. (KELSEN, 1938, p. 24).

O que distingue o Estado de qualquer outro agrupamento humano “[...] não é que uns homens estão submetidos a outros, mas sim que todos os homens estão submetidos às normas.” (DALLARI, 2007, p. 113). *Normas*, aqui, no sentido estrito e característico da Teoria Pura<sup>65</sup>. Portanto, o que se chama de *poder* do Estado para Kelsen nada mais é que o sistema normativo de coação, a própria ordem jurídica estatal: “Resulta daí que o aparelho de coação, em que, geralmente, se pretende ver a característica do Estado, é idêntico à ordem jurídica.” (KELSEN, 1938, p. 25).

Em suma,

Os elementos do Estado: poder público, território do Estado, povo, são, simplesmente a validade da ordem estatal em si e a sua validade no espaço e quanto às pessoas [...] A teoria dos três poderes ou funções do Estado, tem por objeto as fases sucessivas da criação da ordem jurídica. Os órgãos do Estado só podem ser concebidos como fatores da criação do direito. E as formas políticas são, apenas, os diferentes métodos de criação da ordem jurídica, metaforicamente qualificada de ‘vontade do Estado’. (KELSEN, 1938, p. 34).

---

<sup>65</sup> “Ao submeter o Estado à ordem normativa, Kelsen afasta-se do conceito metafísico de soberania surgido com o contratualismo, conceito este que assegurava a própria existência da comunidade política. A existência do Estado é agora assegurada pela “validade e eficácia de uma ordem normativa” e, em último plano, pelos indivíduos responsáveis pela criação desta ordem.” (CONSANI, 2016, p. 163).

Do Estado como essencialmente *poder político*, afasta-se Kelsen para o extremo oposto: Estado como exclusivamente *poder jurídico*<sup>66</sup>. A atitude teórico-doutrinária de Hans Kelsen encontrada aqui e, em verdade, com a qual ele constrói sua obra, a atitude de meticuloso antagonismo de 180°, é muito explicável por seu pensamento classificatório e dualístico, ou binário, opondo-se uma coisa, ideia ou instituição a seu ideal contrário.

“*Criticou-se a Kelsen, e com razão, o haver criado uma Teoria do Estado sem Estado e uma Teoria do Direito sem Direito.*” (BONAVIDES, 2000, p. 48, grifo nosso). Kelsen não harmoniza ou amalgama Estado e direito, mas verdadeiramente *dissolve o Estado no direito, o político no normativo*, no que é absolutamente original. Claro que isto se deve a sua formação jurídica. Dificilmente algum importante autor de outra das ciências humanas, numa atitude equivalente à de Kelsen, descartaria simples e completamente o elemento jurídico da organização social, identificando direito com Estado<sup>67</sup>. Por outro lado, o fascismo em suas mais variadas formas, e isto ao longo da história, procura identificar, ou dissolver, *a sociedade no Estado*, este abarcando e comandando totalmente aquela, no que, ao menos diretamente, a doutrina do Estado de Hans Kelsen não fomenta ou justifica qualquer modelo fascista.

O jurídico não elimina o político, e vice-versa.

O que Kelsen almeja é a separação absoluta entre os campos político e jurídico, tidos como inconciliáveis, e o consegue ao menos em sua própria obra. Nela se distinguem claramente o Kelsen jurista e o Kelsen político, ambos respeitando absolutamente os limites epistemológicos estabelecidos pelo próprio Kelsen, em honestidade e tenacidade científicas impressionantes.

---

<sup>66</sup> “O Estado, segundo Kelsen, pertencendo ao mundo do dever ser, do *sollen*, se explica pela unidade das normas de direito de determinado sistema, do qual ele é apenas nome ou sinônimo. Quem elucidar o direito como norma elucidará o Estado. A força coercitiva deste nada mais significa que o grau de eficácia da regra de direito, ou seja, da norma jurídica. *O Estado, organização de poder, para Kelsen, se esvazia de toda a substantividade.* Os elementos materiais que o compõem — território e população — se convertem, respectivamente, na típica e revolucionária linguagem do antigo professor vienense, em âmbito espacial e âmbito pessoal de validade do ordenamento jurídico. A doutrina de Kelsen tem sua originalidade em banir do Estado todas as implicações de ordem moral, ética, histórica, sociológica, criando o Estado como puro conceito, agigantando-lhe o aspecto formal, retintamente jurídico, escurecendo a realidade estatal com seus elementos constitutivos, materiais, conforme vimos. *Chega à hipertrofia, já descomunal, do elemento formal — o poder, posto que dissimulado este na santidade inviolável de normas concebidas como direito puro.*” (BONAVIDES, 2000, p. 47).

<sup>67</sup> “O que é um Estado? Sociologicamente, o Estado não se deixa definir por seus fins. [...] Em nossa época, entretanto, devemos conceber o Estado contemporâneo como uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território — a noção de território corresponde a um dos elementos essenciais do Estado — reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física. É, com efeito, próprio de nossa época o não reconhecer, em relação a qualquer outro grupo ou aos indivíduos, o direito de fazer uso da violência, a não ser nos casos em que o Estado o tolere: o Estado se transforma, portanto, na única fonte do ‘direito’ à violência. Por política entenderemos, conseqüentemente, o conjunto de esforços feitos com vistas a participar do poder ou a influenciar a divisão do poder, seja entre Estados, seja no interior de um único Estado.” (WEBER, 2011, p. 37-38).

O tom do Kelsen político é bastante diverso do Kelsen jurídico. Menos peremptório, procura discutir (um pouco) mais as ideias que combate. A teoria da democracia a qual vamos tratar brevemente agora, cujo assunto, aliás, fomentou a maior parte da obra de Kelsen em importância e volume após a eclosão da Segunda Guerra Mundial e seu exílio nos Estados Unidos, é, acima de tudo, fundada no *relativismo filosófico*, o mesmo pelo qual Kelsen descartou quaisquer considerações sobre moral e justiça (e, em boa medida, a hermenêutica jurídica no momento de sua aplicação) na ciência do direito<sup>68</sup>, mas que agora, em política, se fazem inadiáveis.

O relativismo filosófico de Kelsen deita raízes no liberalismo, compreendido aqui limitadamente à filosofia e à política (desprezando-se, assim, as teorias liberais sobre a economia e o direito<sup>69</sup>). Ora, a tendência pioneira deste relativismo filosófico liberal é a de John Locke, ainda no século XVII, quando, no contexto das guerras civis motivadas por religião, discursa sobre a tolerância religiosa ou, em linguagem moderna também utilizada por Kelsen, relativismo religioso, uma das ramificações do relativismo filosófico. A laicidade do Estado moderno, muito obra dos iluministas liberais em luta contra o *Ancien Régime*, ordena duas atitudes negativas ao Estado: o não impor quaisquer cultos e o aceitá-los todos.

Outra influência marcante é a do racionalismo que, na ótica kelseniana, assume um inconfundível viés normativista:

O caráter racionalista da democracia manifesta-se sobretudo na tendência em estabelecer a ordem jurídica do Estado como um sistema de normas gerais criadas, com essa finalidade, por um procedimento bem organizado. Existe uma clara intenção de determinar, mediante uma lei preestabelecida, os atos

---

<sup>68</sup> O relativismo filosófico (gênero do qual se extraem suas espécies relativismo axiológico, político, moral, religioso, etc.) e a absoluta separação entre ciência e política são os motivos pelos quais Kelsen exime-se de qualquer consideração além da norma e do conjunto de normas (ordem jurídica) na Teoria Pura. Veja-se o seu entendimento sobre o termo “*absoluto*”, considerado metafísico, do qual ele deduz e com o qual assemelha prontamente “verdade” e “justiça”: “Esta metafísica (do absoluto – fora do tempo e espaço do conhecimento humano) tende a identificar a verdade, isto é, a conformidade com a realidade, com a justiça, no sentido da conformidade com um valor. Segue-se que um juízo sobre o que é justo ou injusto pode ser tão absoluto quanto um juízo sobre o que é verdadeiro ou falso.” (KELSEN, 2000, p. 164-165).

<sup>69</sup> No entanto, e novamente, se Kelsen em seu pensamento filosófico e político (estritamente *não jurídico*, nos próprios termos em que ele entende a ciência do direito) absorve muito do liberalismo, por outro lado, juridicamente sua Teoria Pura extrai qualquer conteúdo possivelmente *moral* dos direitos individuais ou de primeira geração, justamente construção dos liberais iluministas, como vimos no capítulo anterior ao tratar, principalmente, da propriedade no Código Napoleônico. A pessoa, assim como o Estado, torna-se um centro de imputações jurídicas, assim qualificada pela ordem jurídica e, portanto, desvinculada juridicamente de considerações morais, filosóficas, sociológicas, etc. Por isto, também, a redundância do conceito jurídico de cidadania e dos direitos políticos. “Na análise de Kelsen, o conteúdo moral dos direitos individuais perdeu expressamente sua referência, ou seja, o livre arbítrio (ou ‘poder de governar’ – *power to rule*) de uma pessoa que, do ponto de vista moral, merece ser protegida em sua autonomia privada. Nesta medida, sua opinião marca a contrapartida dessa jurisprudência de direito privado derivada de Savigny. Kelsen destacou o conceito jurídico de uma pessoa não só da pessoa moral, mas até da pessoa natural, porque um sistema legal plenamente autorreferencial deve passar por suas ficções autoproduzidas.” (HABERMAS, 1996, p. 86, tradução nossa).

individuais dos tribunais e órgãos administrativos, de modo a torna-los – o máximo possível – calculáveis. Há uma franca necessidade de racionalizar o processo no qual o poder do Estado se manifesta. É esse o motivo pelo qual a legislação é vista como a base das outras funções do Estado. (KELSEN, 2000, p. 185).

*A democracia como organização racional e normativa do Estado*, esta a definição que podemos extrair de Kelsen. Mas ainda que a característica essencial da democracia seja a participação no governo “[...] ou seja, na criação e aplicação das normas gerais e individuais da ordem social que constitui a comunidade.” (KELSEN, 2000, p. 142), isto não afeta de nenhum modo a característica fundamental da ordem jurídica, sua autocriação: “O método de criação da ordem é sempre regido pela própria ordem, desde que a mesma seja uma ordem jurídica.” (KELSEN, 2000, p. 142). Note-se que a organização a que se diz respeito nem é a da sociedade, mas somente do Estado, e o quanto ela se aproxima das ideias do positivismo científico de planificação social e estatal.

Em sua defesa da democracia, Kelsen parte de três pares de dualismo: autocracia/democracia; absolutismo político/relativismo político; absolutismo filosófico/relativismo filosófico, colocando os primeiros e os segundos termos de cada dualismo em dois grupos diferentes, não conforme algum critério formal, mas de acordo com “uma relação interna” fundamental entre os antagonismos (KELSEN, 2000, p. 161).

Dos três pares de dualismo, Kelsen relaciona diretamente a autocracia com os absolutismos e a democracia com os relativismos<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> Trata-se da teoria do Estado e da democracia com menos conceitos das que estudamos até agora. Adicionando às várias que já trazemos no segundo capítulo ao tratamos da doutrina da separação dos poderes, veja-se a diferenciação, de todo bastante comum, entre *forma de soberania* e *forma de governo* feita por Kant. De fato, Kelsen emprega somente a teoria epistemológica de Kant, no direito e em qualquer outra área: “Para que não se confunda a constituição republicana com a democrática (como costuma acontecer) é preciso atentar para o seguinte: as formas de um Estado (*civitas*) podem se classificar pela diferença das pessoas que possuem o poder supremo do Estado ou pelo modo de governar o povo, seja quem for o governante. Com a primeira via denomina-se realmente a *forma da soberania (forma imperii)* e somente há três formas possíveis: a soberania que possui um só, ou alguns relacionados entre si, ou todos os que formam a sociedade civil conjuntamente (autocracia, aristocracia e democracia: poder do príncipe, da nobreza e do povo). A segunda via é a *forma de governo (forma regiminis)* e refere-se ao modo como o Estado faz uso da plenitude do seu poder, modo baseado na constituição (no ato da vontade geral pelo que uma massa se converte em um povo): neste sentido, a constituição é ou republicana ou despótica.” (KANT, 2006, p. 69) [...] “Das três formas de Estado, a democracia é, no sentido próprio da palavra, necessariamente um despotismo, porque funda um poder executivo no que todos decidem sobre e, em todo caso, também contra um (quem, portanto, não dá o seu consentimento); com o que todos, sem ser todos, decidem.” (KANT, 2006, p. 70). Aliás, “[...] não há dúvida de que a concepção que Kant tem do Estado é jurídica, no sentido de que a característica da atividade do Estado é a atividade jurídica, ou seja, a instituição e a manutenção de um ordenamento jurídico como condição para a coexistência das liberdades externas.” (BOBBIO, 2000, p. 216). Em suma, o Estado de Kant “[...] além de *liberal e jurídico*, pode também ser dito *formal*. Com esse adjetivo queremos dizer que o Estado, segundo Kant, não deve ter em conta o conteúdo das normas jurídicas, mas o fato de que elas existem como conjunto de preceitos impostos de maneira coercitiva para possibilitar a coexistência dos cidadãos, ou, em outras palavras, se preocupa não tanto com *que coisa* devem fazer os cidadãos, mas *como* devem fazer.” (BOBBIO, 2000, p. 216-217).



O absolutismo filosófico é a concepção metafísica da existência de uma realidade absoluta, isto é, uma realidade que existe independentemente do conhecimento humano. [...] O relativismo filosófico, por outro lado, defende a doutrina empírica de que a realidade só existe na esfera do conhecimento humano, e que, enquanto objeto do conhecimento, a realidade é relativa ao sujeito cognoscitivo. [...] Ao pressuposto da existência absoluta corresponde a possibilidade da verdade absoluta e valores absolutos, negados pelo relativismo filosófico, que só admite uma verdade relativa e valores relativos. (KELSEN, 2000, p. 164).

Exemplificando, a autocracia é o “*l’État c’est moi*” de Luís XIV. A democracia, o “*l’État c’est nous*” da Revolução Francesa (KELSEN, 2000, p. 191). Com outras palavras, a autocracia é a *prática política* dos absolutismos filosófico e político, enquanto a democracia é dos relativismos.

Kelsen não se encontra inadvertido sobre as consequências problemáticas que também o relativismo filosófico, assim como o absolutismo, possa trazer. De um lado, o *solipsismo*, “o pressuposto de que, enquanto sujeito do conhecimento, o ego é a única realidade existente, a impossibilidade de reconhecer a existência simultânea de outros egos, a negação egoísta do tu.” (KELSEN, 2000, p. 166), ou seja, outra forma de absolutismo. Por outro lado, o relativismo também pode se degenerar num pluralismo irracional e destrutivo, pois capilarizado à enésima potência. “O outro perigo é um pluralismo não menos paradoxal: [...] se a existência de muitos egos deve ser admitida, parece inevitável a consequência de que tantos mundos existem quantos são os sujeitos cognoscitivos.” (KELSEN, 2000, p. 166). Kelsen acredita que o relativismo filosófico rejeita tanto o solipsismo (numa máxima, *eu=mundo*) e o pluralismo naqueles termos (*cada cabeça um mundo diverso*).

No entanto, a teoria da democracia de Kelsen, assim como a Teoria Pura do Direito e a teoria do Estado, desmitifica-se, a par de todas as consequências práticas, situação propiciada pela própria metodologia do autor. Quando se aceitam os pressupostos kelsenianos, é difícil não chegar às mesmas conclusões. Talvez seja esta a notável característica comum entre grandes pensadores. De fato, o encadeamento argumentativo de Kelsen é logicamente perfeito. Esta perfeição, é claro, está condicionada à aceitação dos pressupostos. Ora se admitindo que os regimes políticos são autocracia ou democracia, e tomando os termos “absolutismo” e “relativismo” em suas acepções mais gerais, tudo se resume a esta questão:

*Qual o melhor governo, entre autocracia (o poder de um) e democracia (o poder de todos ou da maioria), que permita todos ou a maioria dos pontos de vista sobre o próprio poder político e os demais dele decorrentes (moral, religioso, social, etc.)?*

Trata-se, apenas, de simples compatibilização racional entre conceitos.

É, no fundo, simplesmente a democracia como melhor organizadora, quando comparada à autocracia, da ordem normativa do Estado, ou o próprio Estado, na identificação kelseniana. *A democracia como organização racional e normativa do Estado*, como já dissemos. Do ponto de vista da ordem jurídica, também assumido por Kelsen, mesmo a dicotomia entre autocracia e democracia se torna totalmente dispensável: trata-se de uma questão para saber quem, tirano ou povo, dará início e influenciará mais a ordem jurídica que, de qualquer maneira, é autossuficiente, prescindindo de ambos. No mais, Kelsen não “desce” à problemas fundamentais da democracia, como a representação popular, o funcionamento dos parlamentos, o processo político-parlamentar de produção das leis, o grau e as consequências das forças dos grupos de influência, etc.

Mais importante, Kelsen cai em contradição como qualquer relativista. A defesa da democracia de Kelsen, por mais embasada que esteja e por melhores que sejam suas intenções, revela a opção do pensador Kelsen, do sujeito Kelsen, em determinado valor. Ora, relativismo é, justamente, *pluralidade de valores*. Não os julga, não os hierarquiza e não propõe qualquer valor dominante, mas admite a existência e a competitividade entre todos ou a maioria dos valores da comunidade. *Relativamente falando*, a democracia é apenas um sistema, uma opção, um valor, enfim, dentre os muito possíveis. *Relativamente falando*, não há, nem pode haver, qualquer critério que a defina como melhor valor, mesmo se fosse a vontade da maioria. Aliás, no atual contexto mundial, a democracia liberal como a conhecemos agoniza e talvez não seja tampouco a vontade da maioria.

O relativismo filosófico de Kelsen lhe tomaria a possibilidade de julgar qualquer posição política, muito menos de se posicionar politicamente. Aqui há, portanto, uma exceção ou uma contradição na tão decantada e tenaz separação existente na obra kelseniana entre o jurídico e o político, o político e o filosófico.

Tema correlato, a questão da soberania estatal aparece pela primeira vez no *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (O problema da soberania e a teoria do direito internacional, de 1920), cujas investigações, ainda que iniciais, permitiram a Kelsen a consolidação teórica de sua identidade entre Estado e direito. A soberania para Kelsen é, outra vez, puramente jurídica, não como característica do próprio Estado como tradicionalmente a doutrina a concebeu, mas da *ordem jurídica estatal* cuja validade não está subordinada a nenhuma outra (KELSEN, 1938, p. 41-42). “Uma concepção puramente jurídica leva ao conceito de soberania como o *poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas*, vale dizer, sobre a eficácia do direito.” (DALLARI, 2007, p. 80). Destituídas, novamente, de todas as inúmeras problemáticas extrajurídicas (políticas,

históricas, sociológicas, morais, filosóficas, etc.), o complexo conceito de soberania torna-se descomplicado, bastante simples. Este é um procedimento teórico-doutrinário, correto ou incorreto, que Kelsen lança mão à larga em toda sua obra. Assim, mesmo se partimos do pressuposto kelseniano de que soberania equivale à validade da ordem jurídica estatal não submetida a nenhuma outra, as ordens jurídicas não se impõe por si só, como forças, dependendo de algum poder de calibração ou validação. Vide as guerras no Oriente Médio neste século ou o atual caso da Síria, por exemplo<sup>71</sup>.

### 3.4 A hermenêutica do positivismo normativista

#### 3.4.1 A norma hipotética fundamental

Iniciemos a parte sobre a hermenêutica do positivismo normativista com a norma hipotética fundamental, justamente aquela que fundamenta, lógica e racionalmente, a ordem normativa, dando-lhe simultaneamente validade a todas as suas normas bem como unidade sistêmica.

O que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas, por que é que uma norma determinada pertence a uma determinada ordem? E esta questão está intimamente relacionada com esta outra: Por que é que uma norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade? (KELSEN, 2009, p. 215).

A norma hipotética fundamental não é *transcendental* na acepção kantiana do termo, isto é, não é dada *a priori* como categoria inata à racionalidade que, por sua vez, possibilita a liberdade e a ética (em sentido amplo, a moral e o direito). A norma hipotética é simplesmente a pressuposição básica da qual parte Kelsen para a construção de sua teoria jurídica, sem a qual esta não se fundamenta nem tampouco se sustenta. Com ela, a Teoria Pura preenche uma das condições de possibilidade da ciência moderna: a de partir de certos pressupostos precários que no decorrer da construção científica serão descartados ou confirmados, em vista à pesquisa de determinados temas.

Da norma hipotética então *pressuposta* a partir da experiência jurídica depura-se sua antecedência *a priori*. Sendo, portanto, *a posteriori* em termos kantianos, pois derivada da

<sup>71</sup> Uma teoria da soberania sem *soberania*, portanto, exatamente como as teorias kelsenianas do Estado e do direito, respectivamente, sem Estado e sem direito. “Kelsen resolve o problema do conceito de soberania negando o próprio conceito. Eis aqui a conclusão de suas deduções: ‘deve-se eliminar radicalmente o conceito de soberania’. É, no fundo, a velha negação liberal do Estado frente ao direito e a ignorância do problema substantivo da realização do direito.” (SCHMITT, 2009, p. 24-25, tradução nossa, grifo nosso).

experiência, a norma hipotética perde qualquer traço metafísico, deixando de ser *transcendental* para ser mera *convenção*<sup>72</sup>. Outra vez a consequência das conceituações de ciência e metafísica do positivismo científico, bem como de seus cânones epistemológicos, na Teoria Pura.

Aqui cabe justamente à Teoria Pura a acusação de não se ter mantido nos estritos e estreitos limites de separação entre ser e dever ser; crítica, aliás, que não soubemos ser refutada pelos normativistas. De fato, sendo claramente a norma hipotética fundamental um *dever ser* normativo (o mais alto, afinal) ela depende, sua própria “existência” como convenção científica e hipótese fundamental, da existência do ordenamento jurídico por ela fundamentado, ou seja, do *ser*. Há aqui uma indisfarçável inversão na relação de dependência tantas e tantas vezes salientada por Kelsen: quanto à norma fundamental, o *dever ser* depende do *ser*, e não o contrário como ocorre em toda relação jurídica quando a existência e validade do *dever ser*, a norma, não depende do *ser*, a observação daquela pela ação ou pelo fato. Há aqui contradição intrínseca à Teoria Pura, de validade científica mesmo de toda ela, pois infiel ao seu pressuposto científico mais essencial, o de separação entre as esferas do ser e do dever ser.

Sendo, portanto, o *deus ex machina* da Teoria Pura, a norma hipotética fundamental não admite, por ser justamente *convenção*, arbitrária e última, qualquer origem mesmo no dever ser normativo ao qual pertence, o que levaria uma regressão ao infinito. Reaparece, neste passo, o problema do fundamento último, como na mitologia grega o titã Atlante que carrega o mundo sobre seus ombros. O que, ou quem, carrega Atlante?

Apenas uma autoridade competente pode estabelecer normas válidas; e uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas. [...] Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do *fundamento de validade de uma norma não pode*, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, *perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada*. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. [...] *Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas* pertencentes a uma e mesma

<sup>72</sup> “Não é, portanto, uma norma *posta*, mas uma norma necessariamente *pressuposta* pela ciência do Direito, a fim de poder interpretar como uma ordem jurídica o material normativo que se lhe oferece. Em analogia com os conceitos da teoria do conhecimento de Kant, poderá designar-se como ‘a condição lógico-transcendental desta interpretação.’” (LARENZ, 1997, p. 99).

ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. (KELSEN, 2009, p. 216-217, grifo nosso).

A norma hipotética fundamental é *dogma* na acepção mais corrente do termo: ou se acata a norma hipotética e assim se adentra na Teoria Pura ou simplesmente não se torna mais possível qualquer análise jurídico-científica, tal como concebida por Kelsen, na própria Teoria de Kelsen. Por sua natureza de fundamento original, a norma hipotética fundamental *escapa* ao próprio ordenamento normativo que funda, ao próprio direito em si. Qualquer contestação ou aceitação parcial deste pressuposto residirá fora do âmbito jurídico<sup>73</sup>: “A *norma fundamental determina tão-só o fundamento de validade* do direito positivo. Este fundamento de validade é *completamente independente* do conteúdo de validade.” (KELSEN, 2001, 152, grifo nosso). A norma hipotética fundamental, realiza assim, a depuração sucessiva do dever ser normativo em dois processos: *filtragem* e *qualificação*, e *unificação*. Primeiramente, e mais importante, a norma hipotética *filtra* determinados atos de vontade do mundo do ser, *qualificando-os* como aptos à criação da norma jurídica. Sendo a ponte entre as esferas do ser e do dever ser, separando-as definitivamente, ela se torna deste modo o critério maior do jurígeno, o que caracteriza distintivamente o jurídico. Em segundo lugar, os produtos destes atos normativos universais do dever ser (Constituição, leis, regulamentos, portarias, decisões, etc.) são *unificados* e escalonados de modo a se formar a ordem jurídica em que cada norma retira sua validade da norma superior e em cujo ápice, dando validade a todas as normas do sistema, encontra-se a norma hipotética fundamental.

Quanto à Constituição, Kelsen (2009, p. 222). No sentido lógico-jurídico, Constituição é a própria *norma hipotética fundamental* que, por sua vez, origina a Constituição normativa. Constituição de “primeiro grau” (tendo em mente o escalonamento normativo) ou “lógica-racional” (científica e filosoficamente) poderia ser chamada. A questão da nomenclatura aqui não importa muito. Neste sentido lógico-jurídico, a depuração do dever ser faz-se notória: a categoria do *ser* (o quê ou quem de fato impôs, por ato de vontade, a primeira ordem jurídica e suas sucessivas rupturas) transmuta-se no supremo *dever ser* normativo. Havendo a passagem das categorias, há conseqüentemente a eliminação de quaisquer elementos do *ser* no *dever ser* final. A norma hipotética fundamental torna-se, assim, *pura*.

---

<sup>73</sup> “À pergunta ‘sobre o que ela se funda’ deve-se responder que ela não tem fundamento, porque, se tivesse, não seria mais a norma fundamental, mas haveria outra norma superior, da qual ela dependeria. Ficaria sempre aberto o problema do fundamento da nova norma, e esse problema não poderia ser resolvido senão remontando também a outra norma, ou aceitando a nova norma como postulado. Todo sistema tem um início. Perguntar o que estaria por trás desse início é um problema estéril. A única resposta que se pode dar a quem quiser saber qual seria o fundamento do fundamento é que para sabê-lo seria preciso sair do sistema.” (BOBBIO apud MATOS, 2004, p. 42).

No sentido jurídico-positivo, a Constituição nada mais é do que o ápice da pirâmide normativa<sup>74</sup>, a lei suprema que regula a criação das outras leis<sup>75</sup> (KELSEN, 2009, p. 247). Kelsen não discorre sobre outras funções e outros conteúdos constitucionais já presentes nas Constituições positivas de seu tempo, como direitos e garantias e a organização dos Estados e dos poderes. A Constituição, neste sentido jurídico-positivo, e tendo por fundamento a Constituição em sentido lógico-jurídico, ou a própria norma hipotética fundamental, faz parte do ordenamento normativo, é *jurídica* e não *metajurídica* como a outra.

Logicamente perfeita, a Teoria Pura do Direito fecha-se em si mesma com a norma hipotética fundamental<sup>76</sup>, cuja função é a mesmíssima do pacto social para a teoria do Estado liberal de direito.

### 3.4.2 A evolução hermenêutica nas sucessivas edições da Teoria Pura do Direito

Traremos agora, com esteio em Cattoni de Oliveira, breve esboço histórico-evolutivo acerca da hermenêutica jurídica nas distintas fases do pensamento kelseniano que atravessa, neste quesito, três décadas.

#### 3.4.2.1 A primeira edição de 1934

Na edição original de 1934 da Teoria Pura do Direito ainda não há qualquer distinção entre a atividade hermenêutica da ciência do direito e a dos órgãos estatais aplicadores. O

---

<sup>74</sup> Mais um exemplo de como a herança de Kant vem bastante mitigada na Teoria Pura. Nas seguintes sugestões contidas na *Paz perpétua* sobre a constituição republicana, Kelsen, como bom positivista e portanto tributário de Thomas Hobbes, apenas se deixa influenciar pelo segundo item: “A constituição civil de todo Estado deve ser republicana. A constituição republicana é aquela estabelecida em conformidade com os princípios: 1) da liberdade dos membros de uma sociedade (enquanto homens), 2) da dependência de todos a uma única legislação comum (enquanto súditos) e 3) de conformidade com a lei da igualdade de todos os súditos (enquanto cidadãos): é a única que deriva da ideia do contrato originário e sobre a qual devem fundar-se todas as normas jurídicas de um povo.” (KANT, 2006, p. 67).

<sup>75</sup> A Constituição, apesar de ser a “Lei Maior” e outras nomenclaturas equivalentes, não deixa de ser no normativismo kelseniano *também* e igualmente *lei*. A diferença para as outras leis é meramente quantitativa, relacionada à posição desta no escalonamento da ordem normativa, e não qualitativa. Deste modo, e exatamente como qualquer outra lei, a Constituição é um *quadro*, uma *moldura*, só que maior... “Com efeito, no sentido mais lato e material da palavra, a Constituição é um sistema de normas que regula a criação de outras normas. [...] Neste sentido, a Constituição é apenas a ‘escorva’ da criação do direito, por assim dizer; é um simples quadro, que só recebe um conteúdo positivo por meio das leis, elaboradas de acordo com as suas prescrições.” (KELSEN, 1938, p 112).

<sup>76</sup> “Tal teoria foi submetida a muitas críticas. E, com efeito, pode-se duvidar que chegue a resolver o problema par ao qual foi formulada, isto é, fechar o sistema normativo, assegurando-lhe a perfeita unidade. De fato, se fizermos a indagação: no que se funda a norma fundamental? ou respondemos fazendo referência a uma outra norma, agora estaríamos diante de um *recursus ad infinitum* ou respondemos que tal norma existe juridicamente enquanto for de fato observada, e recaímos na solução que se desejava evitar com a teoria da norma fundamental, isto é, fazemos depender o direito do fato.” (BOBBIO, 1995, p. 201-202).

então capítulo VI da obra, que basicamente reproduz um hoje esquecido artigo publicado na *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* no início da década de 1930, não trata sobre a interpretação autêntica e a interpretação não autêntica. Aliás, estas expressões ainda não existem na doutrina kelseniana.

Há cinco constatações que permanecerão na edição definitiva: a) a necessidade da hermenêutica, pois é preciso interpretar para aplicar, b) sendo a atividade hermenêutica essencialmente criativa<sup>77</sup> e que c) todo ato normativo não está inteiramente determinado pela outra norma de escalão superior<sup>78</sup>. Deste modo, d) a indeterminação, seja por motivos linguísticos, seja pelas causas e consequências materiais deste ato normativo, gera inevitavelmente um *espaço em branco*, *vácuo* ou *discricionariedade*, enfim, para o intérprete aplicador.

A interpretação é uma atividade intelectual que acompanha o processo de criação do Direito enquanto este se move de um nível mais alto da estrutura hierárquica ao nível mais baixo governado por aquele nível mais alto. [...] Há, em suma, interpretação de todas as normas jurídicas na medida em que elas são para ser aplicadas – isto é, na medida em que o processo de criação e aplicação do Direito se move de um nível do sistema jurídico a outro. (KELSEN apud CATTONI DE OLIVEIRA, 2012, p. 124, grifo nosso).

Logo, e) há somente respostas possíveis. Quanto a isto, o direito positivo nada diz: entre as respostas possíveis, o direito positivo não confirma, nem pode confirmar, nenhuma delas. Tampouco oferece critérios que poderiam guiar o intérprete à correta solução. Todos os métodos hermenêuticos da “jurisprudência tradicional” desenvolvidos para a obtenção da resposta *única, correta e inevitável* são frutos duma ilusão a serviço não da ciência, mas da política do direito<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> “Uma norma que regula a produção de outra norma é aplicada na produção, que ela regula, dessa outra norma. A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite – a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercivo – entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior.” (KELSEN, 2009, p. 260-261, grifo nosso).

<sup>78</sup> “A relação entre o nível superior e o nível inferior do sistema jurídico – entre a constituição e a lei, ou entre a lei e a decisão judicial – não é uma relação de determinação ou de vinculação formal (quanto ao processo de criação da norma inferior) e material (quanto ao conteúdo da norma inferior) completa. Nas palavras de Kelsen: ‘A determinação, todavia, nunca é completa. A norma superior não pode ser determinante acerca de todos os detalhes do ato que a põe em prática. Deve restar sempre um espaço de discricionariedade, às vezes maior, às vezes menor, já que a norma superior, em relação ao ato que a aplica (um ato de criação normativa ou simples implementação), tem simplesmente o caráter de uma moldura a ser preenchida pelo ato.’” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2012, p. 125).

<sup>79</sup> “A questão de saber qual é, dentre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer [...] uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito.” (KELSEN, 2009, p. 393).

Eis o relativismo moral de Kelsen que ora invade as fronteiras do mundo jurídico e aí permanece definitivamente.

Eis também o esboço da noção de *moldura* desenvolvida a seguir.

Apesar de considerar a hermenêutica *necessária* para esta “passagem” sucessiva de nível a nível, ou de norma geral a norma cada vez mais particularizada<sup>80</sup>, do ordenamento jurídico, Kelsen se cala absolutamente sobre como se dá ou como deveria se dar esta passagem hermenêutica.

#### 3.4.2.2 A tradução francesa de 1953

Grande transformação em nosso tema acontece na tradução francesa de 1953, considerada por Kelsen no prefácio a ela uma verdadeira edição a parte, um apuramento da edição original da Teoria Pura. Nela aparece a separação entre a interpretação realizada pela ciência do direito e aquela realizada pelos órgãos estatais aplicadores do direito, introduzindo a clássica lição entre interpretação autêntica e interpretação não autêntica.

Esta questão, melhor estudada abaixo quando da análise da hermenêutica definitiva da Teoria Pura de 1960, revela um amadurecimento dos rígidos pressupostos epistemológicos de Kelsen. Se na primeira edição Kelsen limita-se a afirmar que não há qualquer critério oferecido pela própria norma que possibilite escolher a correta aplicação dentre as possibilidades sugeridas por seu espectro linguístico-normativo, nesta tradução francesa Kelsen abre o caminho para o passo definitivo da hermenêutica de sua Teoria e, portanto, da Teoria Pura do Direito como um todo: a *vontade*, conclusão latente mas ainda não expressa em 1953.

De fato, como vimos nos itens anteriores, a purificação da ciência do direito intentada por Kelsen responde, antes de tudo, à necessidade de separação absoluta entre ciência e política, fronteira então permeabilíssima nos anos 1930. Ora, a distinção entre interpretação autêntica e interpretação não autêntica é decorrência lógica, no campo da hermenêutica jurídica, desta separação entre ciência e política, bem como da separação entre ser e dever ser. A interpretação autêntica, a realizada pelos órgãos oficiais do Estado é o *ser* determinado por

---

<sup>80</sup> “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.” (KELSEN, 2009, p. 247).



um ato de *vontade*. A ciência jurídica, por mais que faça, apenas pode apenas influenciar desta ou daquela maneira o resultado do *ser*, já que, tendo por objetivo o conhecimento, e não o poder, está confinada à esfera do *dever ser*.

### 3.4.2.3 A edição definitiva de 1960

Vimos anteriormente que Kelsen introduz na tradução francesa de 1953 pela primeira vez a distinção entre interpretação autêntica e interpretação autêntica, inclusive as expressões. A diferenciação é outro exemplo do esforço constante de Kelsen de se manter fiel aos seus pressupostos científicos, já que esta separação equivale, na hermenêutica jurídica, às separações epistemológicas entre ciência e política, ser e dever ser.

Pois bem, na edição definitiva de 1960, a qual usaremos a partir de agora ao nos aprofundarmos acerca das principais questões hermenêuticas do normativismo, Kelsen reestrutura radicalmente o capítulo dedicado à hermenêutica jurídica. O agora capítulo oitavo, último da obra e constituído de apenas 10 páginas dum total de 400, traz remodelado principalmente o segundo item, “*A interpretação como ato de conhecimento ou como ato de vontade*”, de somente duas páginas, curiosamente o mais importante:

Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: *na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva [...] Através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica. A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito.* (KELSEN, 2009, p. 394, grifo nosso).

Ora, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do direito – órgãos oficiais do Estado, qualificados como tais pela própria ordem jurídica estatal -, realiza-se simultaneamente como atividade cognoscitiva e atividade volitiva. A primeira dá-se na compreensão das possibilidades contidas na moldura da norma; a segunda ocorre justamente na “*escolha*” dentre estas possibilidades: “*A obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária.*” (KELSEN, 2009, p. 393, grifo nosso).

Dito de outro modo, a interpretação autêntica forma-se na combinação entre conhecimento e vontade, ou entre ciência e poder. Ao contrário, a interpretação não autêntica, é claro, restringe-se como atividade cognitiva; é, portanto, conhecimento, ciência.

A interpretação é autêntica porque *cria* direito. Aliás, a “autenticidade” refere-se melhor aos sujeitos intérpretes que à atividade interpretativa em si. De fato, a criação do direito através da interpretação autêntica dá-se pela qualificação dos sujeitos como fontes normativas.

Na edição definitiva de 1960, Kelsen insere a *vontade* como elemento diferenciador das interpretações autêntica e não autêntica. Portanto, na versão final do normativismo kelseniano, por *ato de vontade* não se compreende apenas o ato original e exclusivo do soberano pelo qual este impõe ou inova a ordem jurídica. Aqui se ouvem os ecos do positivista moderno por excelência, Thomas Hobbes. Na Teoria Pura, em adicional, a *vontade* é inerente aos atos das autoridades oficiais responsáveis pela aplicação do direito. *Ato de vontade*, também, a interpretação autêntica.

Esmiuçemos melhor a separação entre interpretação autêntica e não autêntica, agora amadurecida na edição definitiva da Teoria Pura, a moldura normativa e a aplicação final do direito.

### 3.4.3 *Interpretação autêntica vs. interpretação não autêntica*

A ciência tem por missão o *conhecimento*. Na ciência do direito, a decorrência deste postulado de separação entre ciência e política, herdado por Kelsen através do neopositivismo lógico de Viena e mais bem elaborado por Max Weber (sendo que neste, precisamente, a separação é condição imprescindível para o fazer ciência, todavia de ser *absoluta*), é da que a missão do cientista do direito cinge-se à análise e descrição do direito; por “direito”, é claro, entendido o seu objeto científico específico, a norma jurídica, tanto em seu aspecto estático como dinâmico. O normativismo kelseniano sofisticou sobremaneira as concepções neste campo da já então extinta Escola da Exegese; concepções da missão científica dos juristas as quais, nela, Escola da Exegese, se desacreditam, mas que sobrevivem paradoxalmente em outra forma através da Teoria Pura.

É frequentemente ignorada a distinção entre a função da ciência jurídica e a função da autoridade jurídica, e, portanto, a distinção entre o produto de uma e outra. [...] A ciência jurídica, porém, apenas pode descrever o Direito; ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (através de normas gerais ou individuais), *prescrever* seja o que for. (KELSEN, 2009, p. 82).

A interpretação autêntica dos órgãos jurídicos oficiais do Estado – órgãos da *sanção socialmente organizada*, o que diferencia o direito das outras ordens normativas – produz o direito a ser conhecido, analisado e descrito pela interpretação não autêntica (KELSEN, 2009, p. 81). Não há uma relação de interdependência. A distinção kelseniana faz, pelo contrário, com que “[...] uma proposição jurídica, formulada pela ciência do Direito, seja supérflua ao lado da norma jurídica.” (KELSEN, 2009, p. 83). A interpretação autêntica prevalece sobre a não autêntica; a *vontade*, ou poder, prevalece sobre o *conhecimento*, ou ciência.

Esclarecida a distinção, as considerações a seguir de Kelsen são apenas em relação à interpretação autêntica (2009, p. 388). O que é bastante paradoxal, visto que a Teoria Pura é ciência, interpretação não autêntica, portanto, sobre um *ser* (o que é a interpretação autêntica), e não um *dever ser*.

No entanto,

Essa determinação (*a relação entre um escalão superior e um escalão inferior*) nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior, ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. (KELSEN, 2009, p. 388).

A *indeterminação* é inerente ao ordenamento jurídico. A norma superior, por razões de ambiguidade e vagueza linguísticas, pelas causas ou consequências materiais do ato ou pela infinidade de aplicações não previstas ou previsíveis, enfim, a *impossibilidade de conter em seu texto todas as possibilidades de aplicação*, como acreditava o exegetismo, não consegue incidir totalmente sobre a norma inferior. A passagem de escalões normativos não se dá automaticamente.

Eis o grande passo de transformação do positivismo exegetico para o normativista, residindo precisamente na hermenêutica. Enquanto no exegetismo texto e norma se confundiam, e o texto legal continha todas as possibilidades fáticas de aplicação, o normativismo os distingue e, no escalonamento normativo, não somente a norma superior não se projeta perfeitamente sobre a norma inferior como todas elas, as *normas*, abstratas e racionais (ao contrário do *texto legal, positivo*) não lidam e tampouco se preocupam com o fático, exigência do pressuposto epistemológico adotado por Kelsen de separação entre as esferas do ser e do dever ser.

Em síntese, a interpretação não autêntica dos juristas limita-se a traçar as possibilidades de aplicação da norma, a *moldura*. Mesmo aqueles que participam do jogo processual, como o advogado, estão forçosamente adstritos a esta função exclusiva de *conhecimento*, e quando indicam esta ou aquela possibilidade normativa da moldura o fazem por motivos de conveniência, não vinculando o órgão aplicador<sup>81</sup>. “*Um comentário científico deve se limitar a indicar as interpretações possíveis de uma norma. [...] Essa decisão é um ato de vontade que cabe exclusivamente ao órgão que tem a competência de aplicar a norma em se criando uma nova.*” (KELSEN apud CATTONI DE OLIVEIRA, 2012, p. 130, grifo nosso). O órgão aplicador, por sua vez, realiza a interpretação autêntica e seu ato é o próprio *ser jurídico*, ato ao mesmo tempo de *conhecimento* das possibilidades normativas oferecidas pela moldura e de *vontade* ao optar por uma delas.

Com o elemento volitivo, a interpretação autêntica transforma-se e, com ela, a hermenêutica kelseniana no seu momento de aplicação. Em outras palavras, o momento culminante de toda a Teoria Pura, o momento decisivo de aplicação da norma jurídica, guarda estreitíssima ligação com este sucessivo alargamento da interpretação autêntica ao longo das edições da Teoria Pura com a inserção do componente volitivo, o que gerará interrogações acerca da fidelidade epistemológica de Kelsen, a coerência interna da Teoria Pura, sua efetividade e, acima de tudo, sua enorme herança problemática.

#### 3.4.4 A “moldura”

O ato de vontade distingue a interpretação autêntica da não autêntica.

A interpretação autêntica é cognoscitiva e volitiva.

A interpretação não autêntica é cognoscitiva, apenas.

Logo, a função desta é unicamente conhecer e descrever o objeto da ciência jurídica, a *norma*, tanto em sua dinâmica como em sua estática, formando uma moldura, uma representação, enfim, que reúna de maneira científica (avalorativa e meramente descritiva), os sentidos possíveis desta norma, as possibilidades possíveis de aplicação desta norma.

---

<sup>81</sup> A interpretação jurídico-científica (doutrinadores, advogados e partes em seus casos, alunos, etc.) apenas pode apontar esta ou aquela significação de tal norma como a melhor dentro da moldura. Eles realizam uma função *jurídico-política*: “Eles procuram exercer influência sobre a criação do Direito. Isto não lhes pode, evidentemente, ser proibido. Mas não o podem fazer em nome da ciência jurídica.” (KELSEN, 2009, p. 396).

Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ele a contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é *a* norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral. (KELSEN, 2009, p. 390-391).

Eis a função da interpretação não autêntica, o que engloba principalmente a ciência jurídica: montar a tal *moldura normativa*, o conjunto de sentidos, possibilidades e respostas possíveis da norma, *sem jamais preferir uma a qualquer outra, por qualquer razão*.

Isto pois “[...] *não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra.*” (KELSEN, 2009, p. 391, grifo nosso). Eleger alguma destas possibilidades por critério de conveniência como no caso do advogado, ou o que aqui deságua no mesmo, quando o cientista do direito argumenta por qualquer motivo por uma delas, é transgredir a fronteira da ciência e adentrando-se no campo político<sup>82</sup>. A “escolha” de uma das possibilidades oferecidas na moldura normativa não pertence à ciência jurídica, mas à política jurídica.

Todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto. Fixar-se na vontade presumida do legislador desprezando o teor verbal ou observar estritamente o teor verbal sem se importar com a vontade – quase sempre problemática – do legislador tem – do ponto de vista do Direito positivo – valor absolutamente igual. [...] *É um esforço inútil querer fundamentar ‘juridicamente’ uma com exclusão da outra.* (KELSEN, 2009, p. 392, grifo nosso).

A cientificidade jurídica detém-se na elaboração da moldura normativa. A partir daí, ou seja, no momento de escolha dentre as possibilidades disponibilizadas, faz-se política e não

---

<sup>82</sup> “Kelsen diz-nos que os conteúdos normativos, objetivo de uma interpretação doutrinária, são, por sua natureza linguística, plurívocos. [...] se o objeto da hermenêutica são conteúdos normativos essencialmente plurívocos, se o legislador, porque age por vontade e não por razão, sempre abre múltiplas possibilidades de sentido para os conteúdos que estabelece, então à ciência jurídica cabe descrever esse fenômeno em seus devidos limites. Isto é, apenas *mostrar a plurivocidade*. Querer, por artifícios ditos metódicos, ir além dessa demonstração [...] é falsear o resultado e ultrapassar as fronteiras da ciência.” (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 229).

ciência<sup>83</sup>, aí reaparecendo igualmente a velha separação entre ser e dever ser. De outra monta, o posicionamento de Kelsen nesta questão aproxima-se bastante do seu relativismo filosófico.

Não há raciocínio que simplesmente faça extrair a resposta correta para o caso concreto, muito menos ainda através da interpretação não autêntica<sup>84</sup>, nem tampouco há método para se avaliar os interesses<sup>85</sup> em conflito, seu valor ou peso. Daí a principal crítica de Kelsen à “jurisprudência tradicional”, como ele repetidamente designa toda a ciência jurídica anterior: todas as escolas jurídicas ao proporem qualquer *supra* ou *meta método* para a descoberta daquela única e correta resposta (aliás, já presente no texto normativo) falharam miseravelmente por fazer política e não ciência, fomentando uma ilusão ideológica.

Neste passo, Kelsen desconstrói definitivamente o já então fragilizado cânone hermenêutico do silogismo judicial com o qual, mais estreitamente ou de maneira indireta, se construiu toda a ciência jurídica ao longo do século XIX<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> “A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica.” (KELSEN, 2009, p. 396). “A interpretação doutrinária é ciência até o ponto em que denuncia a equivocidade resultante da plurivocidade. Daí para frente, o que se faz realmente é política [...] dentro de um contexto ideológico, para uma estrutura de poder. Tudo o que existe, portanto, quando a interpretação doutrinária se apresenta como verdadeira porque descobre o sentido ‘unívoco’ do conteúdo normativo é, no máximo, uma proposta política que se esconde sob a capa de uma pretensa cientificidade.” (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 229, grifo nosso).

<sup>84</sup> Crítica à jurisprudência dos conceitos por esta acreditar-se capaz de “criar” direito através da interpretação não autêntica (científica): “A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica. A ideia de que é possível, através de uma interpretação simplesmente cognoscitiva, obter Direito novo, é o fundamento da chamada jurisprudência dos conceitos, que é repudiada pela Teoria Pura do Direito. A interpretação simplesmente cognoscitiva da ciência jurídica também é, portanto, incapaz de colmatar as pretensas lacunas do Direito. O preenchimento da chamada lacuna do Direito é uma função criadora de Direito que somente pode ser realizada por um órgão aplicador do mesmo; e esta função não é realizada pela vida da interpretação do Direito vigente.” (KELSEN, 2009, p. 395, grifo nosso).

<sup>85</sup> Crítica à jurisprudência dos interesses e à ponderação dos interesses: “Também o princípio da chamada apreciação dos interesses é tão-só uma formulação, e não qualquer solução, do problema que aqui nos ocupa. Não fornece a medida ou critério objetivo segundo o qual os interesses contrapostos possam ser entre si comparados e de acordo com o qual possam ser dirimidos os conflitos de interesses. Especialmente, tal critério não pode ser retirado da norma interpretanda, da lei que a contém ou da ordem jurídica global, como pretende a teoria chamada da ponderação dos interesses.” (KELSEN, 2009, p. 392).

<sup>86</sup> “A interpretação deveria desenvolver um método que tornasse possível preencher ajustadamente a moldura prefixada. A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada) e que a “justeza” (correção) jurídico-positiva deste decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo.” (KELSEN, 2009, p. 391).

### 3.4.5 Aplicação ateórica do direito ou o resultado paradoxal da Teoria Pura do Direito

É, no mínimo, frustrante a conclusão da Teoria Pura (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 228). O capítulo oitavo consagrado à hermenêutica jurídica, em outras palavras, à aplicação de todas as importantes discussões travadas por Kelsen ao longo dos sete capítulos precedentes (a epistemologia necessária para a construção duma teoria do direito, as relações e diferenças entre direito e moral, a norma hipotética fundamental, direito e Estado, direito interno e direito internacional, etc.) nos deixa *sem resposta alguma sobre como o aplicador procede ou deveria proceder para a solução hermenêutica do direito*, seja ele autêntico ou não autêntico, partidário, apartidário ou adversário do positivismo jurídico normativista. Não há qualquer fundamentação para o saber hermenêutico do direito<sup>87</sup>, enorme *lacuna* da Teoria Pura, a sua *herança maldita*, não obstante passar despercebida pela maior parte da ciência jurídica nacional.

E no momento decisivo, mais crítico<sup>88</sup> e mais falho da Teoria Pura do Direito reside a grande questão com a qual nós, juristas, lidamos, batemos e nos debatemos há décadas<sup>89</sup>: *Kelsen admite a possibilidade de aplicação fora da moldura!*

Importa notar que, *pela via da interpretação autêntica*, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, *não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma*, como também *se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura* que a norma a aplicar representa. (KELSEN, 2009, p. 394, grifo nosso).

<sup>87</sup> “Kelsen frustra um dos objetivos fundamentais do saber dogmático [...] sua produção teórica fica sem fundamento, aparecendo como mero arbítrio. Não teria, pois, realmente nenhum valor racional procurar um fundamento teórico para a atividade metódica da doutrina, quando esta busca e atinge o sentido unívoco das palavras da lei? Seria um contrassenso falar em *verdade* hermenêutica? Enfrentar essa questão constitui o que chamaríamos, então, de *desafio kelseniano*.” (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 230, grifo nosso).

<sup>88</sup> “Schmitt considera que Kelsen, assim como outros autores normativistas, buscam a todo custo submeter a política ao Direito, negando sua principal característica: a decisão.” (CONSANI, 2016, p. 165) “[...] advertência feita pelo próprio Schmitt: *não existe espaço vazio quando se trata de decidir politicamente*. Caso aqueles que possuem legitimidade para decidir assim não o façam, certamente a decisão será tomada por outros. *A questão é que, se existe a necessidade da tomada de decisões fora do âmbito do direito positivo, é melhor que se tenha um critério para avaliar tais decisões do que se encontrar diante de uma pluralidade de critérios não terminativos e deixar que a força ou a astúcia do moralista político tomem o lugar da decisão.*” (CONSANI, 2016, p. 166).

<sup>89</sup> Como racionalizar o direito irracionalizado pela Teoria Pura? Habermas disserta sobre as três grandes bases da ciência jurídica contemporânea: hermenêutica, realismo jurídico e positivismo: “O problema da racionalidade consiste nisto: como a aplicação de uma lei contingente pode ser levada a cabo com coerência interna e justificação externa racional, de modo a garantir simultaneamente a certeza da lei e a sua justiça? Se se pressupõe que a opção da lei natural, que simplesmente subordina o direito positivo aos padrões suprapositivos, não está mais disponível, então há três alternativas bem conhecidas para tratar esta questão central na teoria jurídica: (a) hermenêutica legal, (b) realismo jurídico, e (c) positivismo jurídico.” (HABERMAS, 1996, p. 199, tradução nossa). Cf. As três vias ainda existentes em Habermas (1996, p. 199-203, tradução nossa).

A constatação revela-se de suma importância. Dividamos as considerações acerca da desta permissão de aplicação do direito fora das possibilidades disponibilizadas pela moldura em dois conjuntos: em primeiro lugar, a autodestruição que este postulado traz à própria Teoria Pura do Direito, corrompendo absolutamente os puros e rígidos pressupostos científicos adotados por Kelsen, fazendo da Teoria Pura um “monstro sem cabeça”; em segundo lugar algumas consequências na ciência jurídica brasileira contemporânea, principalmente na jurisprudência, desta inaptidão e peremptória recusa da Teoria Pura de guiar a hermenêutica jurídica para aonde quer que seja, ainda como a total incompatibilidade desta sua conclusão com o Estado Democrático e Constitucional de direito.

A licença para a aplicação dum possibilidade normativa exterior à moldura é, juridicamente, ilimitada. Trata-se, sem dúvidas, dum “carta branca” dada ao intérprete autêntico sem as fronteiras esboçadas pela moldura normativa. Kelsen não justifica esta sua posição ou, melhor dizendo, mera constatação decorrência lógica da Teoria Pura, muito menos esclarece sob quais condições ela se verifica, o *quando* e o *porquê*: apenas diz ligeira e superficialmente sobre a possibilidade de se produzir uma norma que se situe fora da moldura.

Ora, a interpretação autêntica, aquela que cria o direito, materializa-se num ato dúplice, misto de conhecimento e vontade. Pois bem, segundo os pressupostos epistemológicos de Kelsen, a vontade estaria fora da esfera da ciência e do dever ser, pertencendo à esfera política do ser, e por esta razão não cuida dela na questão da interpretação autêntica e assim permanece fiel à sua base científica. No entanto, eis aqui o paradoxo inafastável de toda a Teoria Pura do Direito: a criação da norma inferior ou a aplicação dum possibilidade normativa exterior à moldura jurídica esboçada pela norma superior rompe este mesmo postulado metodológico de separação entre ser e dever ser, entre ciência e política, entre a ciência jurídica e a sociologia, a religião, a ideologia, etc., e de certo modo o inverte: a questão já não é mais sobre a *validade da norma* (conferida pelo *dever ser* normativo e que independe do cumprimento ou descumprimento desta norma), mas sim sobre a *eficácia da norma*, pertencente ao mundo do *ser*, já que pela *vontade* o intérprete autêntico cria, de fato, direito exterior não pressuposto, independente, enfim, daquele dever ser normativo.

Por esta razão, “[...] a teoria pura do Direito, que postula a indedutibilidade do dever ser de um ser, acaba, porém, na faticidade.” (LARENZ, 1997, p. 98). Se o *dever ser* não pode ser deduzido do *ser*, ou seja, *a norma não pode ser deduzida do fato* (pressuposto básico do normativismo), *tampouco o ser pode ser deduzido do dever ser*, já que pode fugir a este. O vácuo então existente é criado e preenchido pela *vontade* do intérprete autêntico.



Sim, a aplicação jurídica passaria a ser tratada, simplesmente, como uma questão de eficácia do Direito, ou seja, da aplicação ou não das normas jurídicas, e não mais como uma questão de validade do Direito, isto é, de como a aplicação do Direito, segundo o próprio Direito, deve dar-se; uma confusão entre o nível do ‘ser’ e o nível do ‘dever-ser’ que a Teoria Pura tanto procurou evitar. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2012, p. 142).

Kelsen cai novamente em contradição. Aliás, a rigor não há qualquer contradição no discurso da Teoria Pura, pois ele omite o problema que, no entanto, permanece latente:

Se não há método capaz de extrair do dever ser normativo a resposta correta, se a resposta correta é uma ilusão e, portanto, apenas existem possibilidades normativas, como verificar estas possibilidades e como saber se de fato todas elas estão contidas na moldura? De que modo então é possível classificar a norma inferior produzida pela interpretação autêntica como interior ou exterior à moldura?

“Como” ou com qual método, com qual material, afinal, se constrói a moldura?

Todas estas perguntas fundamentais ficam sem respostas.

Kelsen apenas discorre que na interpretação autêntica, principalmente no elemento volitivo desta, adentram certamente “outras normas” de moral, justiça, etc., mas não sendo normas jurídicas, a ciência do direito positivo nada pode dizer sobre sua “validade e verificabilidade”, limitando-se a admitir sua existência e influência na norma final.

Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. [...] Relativamente a este, a *produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre*, isto é, *realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato*. (KELSEN, 2009, p. 393, grifo nosso).

“O que não se pode falar, deve-se calar.” (WITTGENSTEIN, 1968, 129). A famosa sétima proposição do *Tractatus* reaparece em questão decisiva da Teoria Pura; antes fora no tópico sobre as relações entre direito e moral. Outra vez a grande herança do neopositivismo lógico, cujo principal expoente, diga-se de passagem, é o próprio Ludwig Wittgenstein da primeira fase do *Tractatus*, da impossibilidade científica de mensurar valores e ideais,

recorrendo-se assim ao relativismo filosófico que simultânea e convenientemente justifica a depuração axiológica da ciência<sup>90</sup>.

Por outro lado, Kelsen constata que, em decorrência, a norma gerada pela interpretação autêntica cuja escolha se deu por alguma possibilidade normativa de *fora da moldura* pode, como qualquer outra, tornar-se precedente, adquirindo assim generalidade e vinculatividade se não for anulada pelo Tribunal de última instância<sup>91</sup>.

Por exemplo, discorramos brevemente sobre o HC 126.292, aquele cujo julgamento alterou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e resultou na limitação do princípio da presunção de inocência. Tudo se inicia com a acusação de roubo qualificado em Itapeverica da Serra. Ambos os réus são condenados em primeira instância e apelam, sendo que um deles em liberdade. O Ministério Público não recorreu da decisão condenatória. Pois bem, no Tribunal de Justiça de São Paulo o réu que apelou em liberdade *não só não obteve o provimento da apelação como foi preso ex officio em regime fechado apesar da pena ser menor que 8 anos*. O período anterior menciona várias inconstitucionalidades e ilegalidades evidentes. No STF, o então Ministro Teori Zavascki em decisão monocrática concedeu a ordem de Habeas Corpus por não ter sido a prisão preventiva do paciente no TJSP fundamentada no artigo 312 do Código de Processo Penal, e também por ser incompatível com a jurisprudência do próprio STF. O Habeas Corpus então julgado pelo plenário no dia 17 de fevereiro de 2016 modificou a jurisprudência consolidada do Supremo e, pelo placar de 7 a 4, onde na maioria constava o voto do Ministro Teori Zavascki divergindo de seu julgamento anterior, permitindo a execução da pena após a o acórdão confirmatório da condenação. O réu voltou para a prisão. O réu que, lembre-se, recorreu em liberdade da sentença condenatória de primeiro grau e foi preso *ex officio* pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, já que o Ministério Público contentara-se com a sentença. Portanto, *no Brasil a presunção de inocência acabou por ser extinta ou limitada a partir duma apelação exclusiva da defesa*.

Este exemplo de grandes repercussões nos oferece uma visão privilegiada tanto acerca das consequências possíveis e de fato existentes da hermenêutica da Teoria Pura, ainda mais perniciosas em países periféricos de baixa tradição democrática e constitucional, quanto de sua

<sup>90</sup> “[...] poderíamos dizer que, *para nosso jurista, o que a ciência jurídica não pode descrever, deve omitir*. Essa coerência de Kelsen com seus princípios metódicos, porém, deixa-nos sem armas. Sua renúncia pode ter um sentido heroico, de fidelidade à ciência, *mas deixa sem fundamento a maior parte das atividades dogmáticas, as quais dizem respeito à hermenêutica*.” (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 229, grifo nosso), especificamente no momento mais decisivo da hermenêutica, a aplicação.

<sup>91</sup> “[...] para interpretar o Direito – para aplicá-lo – é necessário levar em consideração, e isso é justamente o que Kelsen não faz, o caso concreto como constitutivo do processo de interpretação do Direito. Que várias interpretações sejam possíveis ou que várias normas sejam válidas, isso não quer dizer que todas elas sejam adequadas ao caso concreto.” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2012, p. 149).

fragilidade perante os próprios pressupostos científicos da Teoria Pura do Direito e os novos paradigmas de criação e atuação do direito e dos juristas no Estado Democrático de Direito. A doutrina hermenêutica contida na Teoria Pura, mormente a interpretação autêntica e seu elemento volitivo, “[...] é dificilmente compatível com a função da judicatura no Estado constitucional.” (LARENZ, 1997, p. 108). Como última consequência, é exatamente este elemento volitivo, a *vontade*, que de fato produz ou aniquila o direito, legitima-o ou deslegitima-o, indiferente a qualquer dever normativo, independentemente de qualquer teoria ou ciência.

Por esta razão o positivismo normativista de Hans Kelsen permanece tão forte. *Ele traz sub-repticiamente muito do que, erroneamente, considera-se como seu antídoto*. Pode-se dizer que a conclusão da Teoria Pura do Direito expressa na hermenêutica jurídica do capítulo oitavo seja apenas outra forma mais sofisticada de defender os postulados do movimento do direito livre, o qual propunha a liberdade total do intérprete e aplicador. À hora da aplicação do direito vale tudo, os juristas estão livres... da lei. Curiosamente uma das escolas de combate ao positivismo exegético, abrindo caminhos para o normativismo de Kelsen e que hoje apresenta força em suas variadas formas de correntes voluntárias.

Por fim, alguém convictamente normativista poderá utilizar-se de toda a doutrina da Teoria Pura do Direito e, no momento máximo de aplicação do direito, desfazer-se de toda ela e agir conforme as próprias consciência e vontade.

Após Kelsen e a Teoria Pura, todos os esforços da ciência jurídica concentraram-se na superação de suas evidentes e fatais lacunas. Principalmente almejaram conferir algum tipo de racionalidade ao direito, discurso e aplicação. No próximo capítulo, trataremos destas tentativas mais influentes no atual cenário jurídico brasileiro contemporâneo.

### 3.5 Do exegetismo ao normativismo

Não há melhor ilustração da passagem hermenêutica do exegetismo para o normativismo do que a comédia *Medida por Medida* de William Shakespeare<sup>92</sup>.

O enredo desenrola-se em Viena. A sociedade encontrava-se imersa em libertinagem, apesar das rigorosas leis que puniam mesmo com a morte, mas que, a par e por causa de seu

<sup>92</sup> “Seria bom que os juristas estudassem a interpretação literária e outras formas de interpretação artística. Isso pode parecer um mau conselho (escolher entre o fogo e a frigideira), pois os próprios críticos estão completamente divididos sobre o que é a interpretação literária, e a situação não é melhor nas outras artes. Mas é exatamente por isso que os juristas deveriam estudar esses debates. Nem todas as discussões na crítica literária são edificantes ou mesmo compreensíveis, mas na literatura foram defendidas muito mais teorias da interpretação que no Direito, inclusive teorias que contestam a distinção categórica entre descrição e valoração que debilitou a teoria jurídica.” (DWORKIN, 2005, p. 220-221).

excessivo rigor, eram letra morta, esquecidas ou ridicularizadas pelos cidadãos. O Duque, sob cujo mandato se deram estas leis, não deseja ser reputado tirano caso venha, de uma hora para outra, fazer valer tais leis. Assim, simula alguma viagem diplomática, mas disfarçado de frei observa o comando do governo o qual deixara a cargo de Ângelo, profundo conhecedor dos assuntos do Estado e que, homem sério e firme, não deixaria de aplicar as rigorosas leis.

A primeira atitude de Ângelo no poder provisório é condenar Cláudio por haver engravidado Julieta antes de contraído o matrimônio, prática então comum mas proibida na Viena da peça. E Cláudio recebe a sentença de morte.

Isabela, irmã de Cláudio, é chamada por um amigo deste para rogar clemência a Ângelo. O governante a repele, argumentando ser nada mais, nada menos, que leal servidor de Viena e de suas leis: “Ângelo: O seu irmão é um transgressor da lei/’Stás perdendo o seu tempo [...] A lei, não eu, condena o seu irmão/Se fosse meu parente, irmão ou filho/Seria o mesmo.” (SHAKESPEARE, 2015, p. 47) e assim, caso perdoe Cláudio, abriria perigoso precedente e faria cair as leis novamente em descrédito para com a população.

Mas no entremeio Ângelo se apaixona por Isabela e, no segundo encontro quando ela outra vez vem a lhe pedir o indulto ao irmão, Ângelo propõe a absolvição de Cláudio em troca da – como dizer? – castidade de Isabela<sup>93</sup>.

Ângelo: Pois eu pergunto, então/O que preferes: que uma lei justa/Tire a vida ao irmão, ou redimi-lo/Dando o seu corpo à doce corrupção/Que maculou a outra? [...] Responda só isso:/*Eu, como voz da lei oficial*/ Dou sentença de morte ao seu irmão;/Não seria caridade, então, pecar/Pra salvar-lhe a vida? (SHAKESPEARE, 2015, p. 56, grifo nosso).

Isabela recusa e ameaça Ângelo de tornar sua ofensa pública mas este, na posição de representante do duque, responde na exemplar maneira insolente da autoridade arrogante, tão típica de países provincianos e de baixa tradição democrática e educacional, como o Brasil, por exemplo. Os grandes autores realmente revelam algo de universal e atemporal.

Ângelo: Quem vai acreditar?/Meu nome limpo, a minha vida austera/Minha voz contra a sua, o cargo público/Pesarão tanto contra sua acusação/Que você, sufocada pelo que afirma/Vai cheirar a calúnia. Comecei/Dou rédea solta à sensualidade/Trate de contentar meu apetite;/ [...] Resgate seu irmão entregando-se a mim;/De outro modo não só ele morre/Mas seu descaso fará com que sua morte/Venha após longa tortura. (SHAKESPEARE, 2015, p. 60).

<sup>93</sup> “Ângelo: Não pense em outro meio de salvá-lo [...] suponha/Que você, sua irmã, seja o desejo/De quem tenha prestígio junto ao juiz;/Ou posição capaz de remover/Os grilhões que a lei pôs em seu irmão/Sem haver outro meio de salvá-lo/Senão dando o tesouro do seu corpo/A esse tal, ou deixando-o morrer/O que faria?” (SHAKESPEARE, 2015, p. 57).

Por fim, o verdadeiro Duque retorna e casais casam-se. Eis o resumo da trama no que concerne ao nosso tema.

As leis já existiam anteriormente ao poder de Ângelo, eram válidas juridicamente. Ângelo aparece como o agente moralizador, resgatando a eficácia das leis de Viena, principalmente as relacionadas a sexo e casamento. Algo semelhante ocorre no Brasil com o escancaramento da corrupção generalizada nas relações entre o poder econômico corporativo e o poder político, enquanto que as questões que afligiam Ângelo estão mais ou menos adstritas aos discursos neopentecostais.

No primeiro momento, Ângelo é o famigerado *escravo da lei*. Ele nada faz porque nada pode fazer. Preso ao texto da lei, ele o faz cumprir (o *texto*) pura e simplesmente, de maneira desinteressada. Ângelo apenas *reproduz* a lei, cujo sentido já está completamente contido em seu texto, e nada mais. Ângelo é o *boca da lei*.

No segundo momento, Ângelo é o *dono da lei*, aquele que atribui sentidos *livremente* ao texto da lei, e cuja norma resultante é um arbítrio. A escolha de Ângelo não está dentre as possibilidades oferecidas pela moldura da lei que proibia o ato sexual antes da celebração do matrimônio. Aliás, a lei não prevê possibilidades de absolvição. Ela é inventada por Ângelo, autoridade máxima na interpretação autêntica, justamente a conclusão a que chega Kelsen no capítulo oitavo da Teoria Pura do Direito.

Saindo da ficção ampliadora e reveladora de horizontes, Hans Kelsen redigiu parecer sobre as competências da Assembleia Constituinte de 1933. Não se sabe quem requisitou e os motivos, mas é a partir deste episódio que Kelsen começa a ser conhecido e discutido no Brasil. Principalmente a Teoria Pura do Direito já que, como veremos, o parecer antecipa os postulados e conclusões nela contidos, de resto já em maturação no pensamento kelseniano por duas décadas.

A situação político-jurídica geradora do parecer é a seguinte:

Desde 11 de novembro de 1930, o líder da revolução e chefe do Governo Provisório, Getúlio Vargas, baixou decreto, assinado pelos novos ministros, e vigente à época da Constituinte, que dava ao governo o direito de exercer não apenas o Poder Executivo, mas também plena autoridade legislativa, ‘até que, eleita a Assembleia Constituinte estabeleça esta a reorganização constitucional do país’. Por meio desse decreto a revolução começava a, pelo direito, legitimar-se. O lapso entre o momento em que tem início a revolução e instauração da Assembleia não é lido meramente como processo revolucionário, mas como se a ruptura se afirmasse por meio daquele governo novo, e não por meio do movimento que o instaurou. Por esse motivo, o Governo Provisório foi lido como a mais alta autoridade legislativa. De um ponto de vista de teoria pura, a lei que ele punha era hierarquicamente superior a todas as outras. (VELLOSO, 2014, p. 221-222).

Utilizamos o parecer de Kelsen contido no artigo de Gustavo Silveira Siqueira. “Respondo aos quesitos, não do ponto de vista político ou de direito natural, mas exclusiva e unicamente do ponto de vista do *direito positivo*.” (KELSEN apud SIQUEIRA, 2015, p. 366).

São cinco quesitos. No primeiro e mais importante deles, é perguntado a Kelsen se o Governo Provisório de Getúlio Vargas, por ser governo de fato e ainda não governo de direito<sup>94</sup>, teria o poder de estabelecer o Regimento 22.621, que incumbia a Assembleia de redigir uma Constituição segundo algumas poucas diretrizes, e se a Assembleia, sendo soberana, não poderia rejeitá-lo e elaborar outro. Kelsen responde que “[...] a concepção da soberania, no verdadeiro sentido da palavra, de nenhum modo pode ser enquadrada no domínio do direito positivo.” (KELSEN apud SIQUEIRA, 2015, p. 367). Aqui entra em questão a já analisada identificação kelseniana entre Estado e direito. Ora, a Assembleia Nacional Constituinte apresenta-se como órgão estatal derivado, subordinando-se ao Estado e ao direito em sua instância máxima, ou seja, o Governo Provisório e o regimento por ele imposto. Em suma, a Assembleia encontra-se hierarquicamente subordinada, tanto política quanto juridicamente (o que na doutrina kelseniana se confunde), às disposições do Regimento 22.621, não podendo revogá-lo, mas somente executá-lo tal como órgão administrativo com poderes delegados. “A Assembleia Nacional Constituinte não possui outros direitos além dos que lhe foram outorgados pelo Regimento de 7 de abril de 1933. Por isso ela não tem o direito de revogar o regimento e substituí-lo por outro.” (KELSEN apud SIQUEIRA, 2015, p. 367). Portanto, e sendo que a questão sobre a presumível soberania da Assembleia foge às considerações restritas ao direito positivo, apenas por meio de revolução a Assembleia Nacional Constituinte poderia tornar-se incondicionada, soberana de fato. No entanto, na situação dada, ela está adstrita aos limites do Regimento: não é constituinte plenamente, mas executora dos ditames preestabelecidos para se fazer a Constituição; não é órgão originário, mas derivado. O Regimento é uma espécie de norma fundamental não hipotética, positiva.

Já o quarto quesito, cuja a resposta é a mesma do quinto, adentra no ponto exato da disputa política entre a Assembleia e o Governo Provisório originados da Revolução de 1930. Pergunta-se a Kelsen se o Governo Provisório dela originado não teria transmitido a totalidade de seus poderes à Assembleia, já que a dita Revolução não pretendia a instituição de um “regime ditatorial permanente”, como o classificaram os redatores dos quesitos e como

---

<sup>94</sup> “Não existe diferença essencial entre um governo de fato e um governo ‘*de jure*’ [...] Admitindo que o Governo Provisório é a *mais alta autoridade legislativa* que saiu *diretamente da revolução*, sem dúvida daquele governo depende determinar a *convocação e a competência da Assembleia Nacional Constituinte*.” (KELSEN apud SIQUEIRA, 2015, p. 366, grifo nosso).

então se encaminhava o regime aconstitucional de Getúlio Vargas. À primeira vista, a resposta não parece proceder do mesmo autor da Teoria Pura do Direito<sup>95</sup>:

As capacidades do poder de um governo originado de uma revolução não podem ser determinados do ponto de vista do direito positivo pelos objetivos que teve o movimento revolucionário no início. A denominação de um governo como ‘provisório’ tem geralmente uma significação política e de nenhum modo uma de direito positivo. *Um governo formado por meio revolucionário possui os poderes que quer possuir sob a condição de que possa obter geralmente a obediência às suas prescrições. É o princípio da efetividade que vale para um governo originado de uma revolução como princípio de direito positivo.* A indicação sobre as intenções do movimento revolucionário não é fundamento suficiente para que possa obrigar o governo a transmitir a totalidade dos seus poderes a uma Assembleia Nacional Constituinte por ele próprio criada. (KELSEN apud SIQUEIRA, 2015, p. 369-370).

A grande controvérsia gira basicamente em torno da soberania da Assembleia Nacional Constituinte, sobre a liberdade e o poder desta para fazer a Constituição (devendo observar somente, segundo o Regimento 22.621, a forma republicana e o regime federativo) em face do próprio Governo Provisório expresso no tal Regimento. Ao negar soberania à Assembleia, Kelsen transfere e legitima totais poderes para o Governo Provisório; governo de fato, governo de exceção. Exemplifica, enfim, a tradicional fragilidade do constitucionalismo brasileiro. A Assembleia Nacional Constituinte torna-se meramente órgão delegado para a simples execução duma ordem do Executivo revolucionário, o poder de fato. “Deduzo as minhas conclusões admitindo que para a situação e competência da Assembleia Nacional Constituinte não pode ser considerada outra norma de direito que o Regimento 22.621, de 7 de abril de 1933.” (KELSEN apud SIQUEIRA, 2015, p. 366).

As conclusões de Kelsen no parecer sobre as competências da Assembleia Nacional Constituinte de 1933 seriam paradoxais sem o capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, a hermenêutica segundo o positivismo normativista. Mas com a moldura normativa, a interpretação autêntica e não autêntica, a possibilidade de aplicação fora da moldura e tudo o

---

<sup>95</sup> “Os tópicos principais da Teoria Pura se ilustram nas seguintes questões: a) a separação entre o direito e a moral; b) o positivismo e o jusnaturalismo como expressão de uma dicotomia enfraquecida, segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr; c) as funções do Direito e a teoria funcional; d) o positivismo jurídico e seu caráter autoritário e coativo; e) a questão da validade e da eficácia das normas em face dos pressupostos da validade, a norma jurídica isolada e o pertencimento ao sistema jurídico; f) a questão da validade e da justiça de normas e seu perfil objetivo; g) o formalismo como fator equivalente ao positivismo; h) os fundamentos teóricos do ‘Ser’ e do ‘Dever Ser’ e a questão do Direito Natural; i) a Supremacia da Constituição no sistema jurídico; j) a teoria da Norma Fundamental: sua aporia e filiação à doutrina de Kant; k) a faticidade e a autonomia do Direito Internacional; l) o domínio da interpretação das leis – a teoria da moldura e o poder do intérprete; m) a hierarquia das normas, do aluno de Kelsen, Adolf J. Merkl, e a dinamização do sistema jurídico; n) a interpretação das normas como ato de vontade.” (BOUCAULT, 2015, p. 102).

que tratamos no item anterior, estas conclusões tornam-se perfeitamente naturais, compatíveis. A incompatibilidade está com a doutrina liberal de Kelsen sobre a democracia, a moral e a relatividade dos valores, mas não segundo a Teoria Pura, já que como alerta Kelsen, os quesitos são respondidos exclusivamente sob o “ponto de vista do direito positivo”.

Agora comparemos Estado e direito tendo como parâmetro a questão hermenêutica: o comandante do Estado (quem esteja no poder, seja por qualquer meio) possui algumas possibilidades de atuação dentro dum quadro consensual; razoabilidades, enfim, segundo os objetivos da revolução ou do projeto eleitoral vencedor, por exemplo. No entanto, precisamente por estar na posição de poder, ao *intérprete autêntico do poder* é facultado qualquer ação, qualquer aplicação, ainda que fora daquele quadro de expectativas. Isto talvez apareça mais claramente nos governos de exceção, exatamente como o Governo Provisório objeto de análise de Kelsen.

O governo revolucionário possui tantos poderes quanto queira, o quanto conseguir impor, pela força, aos demais. Kelsen legitima juridicamente um governo de exceção!

Outro grande exemplo da atuação de Kelsen está no prolífico debate com Carl Schmitt, seu grande adversário<sup>96</sup>, sobre o conceito e as funções da jurisdição constitucional<sup>97</sup>. “É sempre a mesma técnica de deduzir de um conceito jurídico pressuposto uma configuração jurídica desejada, *a típica mistura de teoria jurídica com política do direito*.” (KELSEN, 2003, p. 260, grifo nosso) acusa Kelsen a Schmitt<sup>98</sup> repetidas vezes.

---

<sup>96</sup> Em outro contexto: “*Fácil é conseguir a unidade e a pureza quando não se adentra na dificuldade verdadeira e quando, baseando-se em razões formais, se elimina como ‘impuro’ tudo aquilo que contradiz o sistema. A crítica é fácil para quem a nada se aventura e segue resolutamente uma linha ideológica sem se preocupar de provar com algum exemplo concreto no que sua própria jurisprudência se distingue da anterior. As conjecturas metodológicas, a agudeza dos conceitos e a crítica penetrante só têm valor como exercícios preparatórios.*” (SCHMITT, 2009, p. 24, tradução nossa, grifo nosso).

<sup>97</sup> “Permanece apenas a questão sobre por que um autor de inteligência tão extraordinária como Schmitt se enreda em contradições tão palpáveis apenas para poder sustentar a tese de que a jurisdição constitucional não seria jurisdição, mas sim legislação, quando de seu próprio raciocínio se depreende que ela pode e deve ser as duas coisas. É difícil que haja outra explicação além desta: a tese de que a jurisdição constitucional não é jurisdição é tão importante, sendo até mesmo sustentada por Schmitt em contradição com sua própria compreensão teórica, porque constitui o pressuposto de uma exigência da política do direito.” (KELSEN, 2003, p. 259).

<sup>98</sup> “Essa análise crítica, naturalmente, não deseja nem pode colocar em questão o valor político que em determinadas circunstâncias possuem a busca da máxima expansão possível do poder do presidente do *Reich*, isto é, do governo, e a conseqüente rejeição de uma jurisdição constitucional. O escrito de Schmitt é objeto desta crítica não porque sirva a esse escopo, o qual não deve em absoluto ser rebaixado aqui como “político-partidário”, mas sim apenas porque se serve, para tal escopo político, de certos métodos que se apresentam como conhecimento sociológico e interpretação constitucional dentro da teoria do Estado, em resumo, como “discussão científica” da matéria. *Esta crítica deve mostrar, com um exemplo particularmente instrutivo e altamente sintomático da situação atual da nossa teoria do Estado e do direito público, o quanto se justifica a busca de uma separação a mais rigorosa possível entre conhecimento científico e juízo de valor político.*” (KELSEN, 2003, p. 297-298, grifo nosso).



Hans Kelsen, infelizmente, faz parte daqueles autores no Brasil muito mais citados que lidos, e ainda mal lido!

Vale dizer, se a formação cultural do jurista é eminentemente tecnológica, prescindindo de qualquer conteúdo autenticamente teórico, por dispensável, *então é o bastante para sustentá-la teoricamente a vulgata do pensamento de Kelsen*, especialmente o pórtico de sua obra, onde o jurista vienense identifica direito com norma e põe fim às intermináveis questiúnculas da ontologia sobre a essência do fenômeno jurídico. *Essa apressada leitura de Kelsen basta para o ‘senso comum teórico do jurista’, uma vez que a formação cultural deste último não reservou espaço para a reflexão interpretativa de todas as demais dimensões do fenômeno jurídico, comprazendo-se com a investigação apenas do nível normativo ou formal deste fenômeno.* E se o direito é mesmo norma, como afirmou Kelsen no início de sua obra, então não há mais nenhum motivo para se perquirir acerca daquelas outras dimensões não normativas do fenômeno jurídico, que, é bom saber, o próprio Kelsen admitiu como dimensões reais do direito. (MACHADO, 2009, p. 107, grifo nosso).

Muitas das críticas a Kelsen não são embasadas. Algumas partem de clichês descabidos a Kelsen, como dele ter reduzido o “direito” à “lei” e assim ser o precursor ou consolidador do “juiz boca da lei”, ataques referentes ao exegetismo e não ao normativismo, alvo mais fácil e já há muito superado pelo próprio Kelsen! De fato, com a Teoria Pura do Direito há o definitivo descolamento entre “texto” e “norma”<sup>99</sup>, assim como a autorização ao intérprete autêntico de desconsiderar completamente a lei. Imaginação e boa vontade não suprem a compreensão dos originais. Ataques mal feitos acabam por se tornar, curiosa situação!, a defesa mais sólida.

Alcançando ou não o objetivo fundamental de criar a ciência jurídica imaculada de elementos não normativos, fato é que o monstro criado, o normativismo da Teoria Pura do Direito, acabou por se mostrar muito mais forte e duradouro que os monstros derrotados<sup>100</sup>. Toda a ciência jurídica do pós-guerra se empenha nas grandes lacunas da Teoria Pura e seus efeitos desastrosos, a par da boa vontade pessoal de seu criador, principalmente nas relações inelidíveis entre moral e direito, a convivência entre ambos, de modo que o direito assuma

<sup>99</sup> Para uma definição de *norma*: “Espécie de imperativo despisicologizado, isto é um *comando* no qual não se identifica o comandante nem o comandado, posto que, de um lado, a figura do legislador ou quem quer que seja o emissor de normas parece perder sua importância depois de posta a norma e, de outro, os destinatários da norma não se identificam, posto que normas jurídicas são *comandos* genéricos e universais.” (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 90).

<sup>100</sup> “A crítica ao positivismo jurídico foi, a princípio, imanente. Os seus dois dogmas, de que o juiz não pode criar direito, mas que, ao mesmo tempo, não pode denegar a justiça, isto é, a proibição de criação de direito e a proibição de denegação de justiça, pressupõe, por imperativo lógico, um terceiro: o de que a ordem jurídica positiva seja um todo fechado e completo. Mas esta *pressuposição da ausência de lacunas das leis* mostrou-se insustentável.” (KAUFFMAN; HASSEMER, 2002, p. 121) “A isto somou-se uma circunstância ainda mais gravosa, que, aliás, permaneceu latente durante muito tempo: *o positivismo é impotente face à leis injustas ou imorais.*” (KAUFFMAN; HASSEMER, 2002, p. 122, grifo nosso).

algum grau de autonomia e não seja a todo momento absorvido pelas moralidades, e a hermenêutica jurídica racional e democraticamente legítima.

“É-se positivista por resignação cética.” (KAUFFMAN; HASSEMER, 2002, p. 127, grifo nosso). Também difícil não concluir com Celso Lafer sobre o *decisionismo* intrínseco ao positivismo jurídico, pouco afeito e mesmo contrário à democracia<sup>101</sup>, principalmente na forma mais sofisticada que lhe deu Hans Kelsen, bem como com Karl Larenz sobre ser *a Teoria Pura do Direito de altíssimo nível teórico, mas de pouquíssimos resultados práticos*<sup>102</sup>. E isto principalmente, se não totalmente, em razão das conclusões hermenêuticas de Kelsen. Se conseguimos fazer o leitor compreender os resultados delas, então o trabalho terá atingido um de seus objetivos essenciais.

---

<sup>101</sup> “Neste sentido, se o positivismo jurídico combina a decisão com uma norma inserida no ordenamento, pode dizer-se que ele se vê efetivamente posto em questão pelo totalitarismo que, exacerbando o decisionismo, termina por prescindir de normas, pois é *lex soluta*. O totalitarismo, por isso mesmo, não cria uma nova forma de legalidade, substitutiva de uma legalidade anterior: aniquila-a.” (LAFER, 1991, p. 97).

<sup>102</sup> “[...] assim como a Jurisprudência dos interesses é deficiente como teoria, mas foi de grande utilidade prática, assim a ‘teoria pura do Direito’ atinge um alto nível como teoria, mas do ponto de vista prático os seus resultados são escassos.” (LARENZ, 1997, p. 92).

## CAPÍTULO 4 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO NO PÓS-POSITIVISMO

Eu estava sobre uma colina e vi o Velho se aproximando, mas ele vinha  
como se fosse o Novo.

Ele se arrastava em novas muletas, que ninguém antes havia visto, e  
exalava novos odores de putrefação, que ninguém antes havia cheirado.

A pedra passou rolando como a mais nova invenção, e os gritos dos  
gorilas batendo no peito deveriam ser as novas composições.  
Em toda parte viam-se túmulos abertos vazios, enquanto o Novo movia-  
se em direção à capital.

E em torno estavam aqueles que instilavam horror e gritavam: Aí vem o  
Novo, tudo é novo, saúdem o Novo, sejam novos como nós! E quem  
escutava, ouvia apenas os seus gritos, mas quem olhava, via pessoas que  
não gritavam.

Assim marchou o Velho, travestido de Novo, mas em cortejo triunfal  
levava consigo o Novo e o exibia como Velho.

O Novo ia preso em ferros e coberto de trapos; estes permitiam ver o  
vigor de seus membros.

E o cortejo movia-se na noite, mas o que viram como a luz da aurora era  
a luz de fogos no céu. E o grito: Aí vem o Novo, tudo é novo, saúdem o  
Novo, sejam novos como nós! seria ainda audível, não tivesse o trovão  
das armas sobrepujado tudo.

Bertold Brecht, “Parada do Velho Novo” (2016)

“Disse Eça de Queiroz que, dos males que afligiam Portugal, uns eram devidos ao próprio temperamento do povo, mas que outros eram ‘traduzidos do francês’. Com os nossos podemos dizer a mesma coisa.” (VIANNA, 1927, p. 26). E, infelizmente, ainda continuamos a poder dizer a mesma coisa, com a diferença de que hoje, início do século XXI, alguns males brasileiros são traduzidos do inglês ou alemão.

A Segunda Grande Guerra fez revelar as deficiências do positivismo jurídico. Se logo Hans Kelsen fora alvo de muitos por ter supostamente justificado ou auxiliado o nazismo, o que não lhe cabia, por outro lado a tão tenaz atitude positivista de neutralidade ideológica, embora talvez desejável durante o período entre guerras, não se verificou durante os anos da Segunda Guerra, se é possível que ocorrera em algum momento da história. Carl Schmitt, o “jurista maldito”, chegou a redigir o famigerado artigo “*O Führer protege o Direito*” logo antes da tomada de poder de Adolf Hitler, o qual teve a réplica de Hans Kelsen em “*Quem deve ser o guardião da Constituição?*”. Mesmo após o conflito bélico, ambos continuaram a se digladiar acerca do conceito, objetivos e funções da jurisdição constitucional.

No entanto, inevitavelmente as feridas do direito escamoteadas pela Teoria Pura<sup>1</sup> vieram à luz, principalmente as relações entre direito e moral e a interpretação do direito.

O pós-positivismo jurídico tem sua gênese neste cenário de *reconstrução* mundial e, pode-se dizer, os países periféricos como o Brasil ainda se ambientam, após períodos de ditaduras, a este cenário de reconstrução mais próprio e atual dos países de modernidade tardia que da Europa ocidental, num contínuo movimento de *crítica (destruição) do velho* e a *recepção e concretização do novo (construção)*.

Sob o amplíssimo rótulo “pós-positivismo”, diz-se literalmente tudo o que vem após o positivismo, numa anemia criativa típica da *pós-modernidade*<sup>2</sup>. Se o pós-positivismo necessariamente tem de tratar da moral e da aplicação do direito, heranças malditas da Teoria Pura, igualmente tem de tratar da normatividade dos princípios jurídicos, da relação destes para com as regras, valores morais e opção política, da revalorização da argumentação jurídica e do dirigismo constitucional, da Constituição como organizadora e propulsora da sociedade, ao mesmo tempo em que garante e procura efetivar direitos, e relaciona Estado, mercado e sociedade num pacto civilizatório mínimo.

Na segunda metade do século XX, a argumentação jurídica recupera importância através do entendimento do direito como essencialmente *processo argumentativo* com Luís Recaséns Siches e a lógica do razoável, Theodor Viehweg e Chaïm Perelman<sup>3</sup>. Em comum, a reintegração da tradição argumentativa grega e as noções de tópica, retórica e dialética<sup>4</sup>. Por

---

<sup>1</sup> “Para a construção de uma ciência do direito tal qual ela é - e não tal qual ela *deve ser* -faz-se necessário, parece-me, renunciar ao positivismo jurídico, como concebido por Kelsen, para se dedicar a uma análise detalhada do direito positivo, na forma como se manifesta efetivamente na vida individual e social e, especificamente, no interior dos tribunais. Esta observação revela que o dualismo kelseniano não corresponde nem a qualquer metodologia jurídica e nem à prática judiciária.” (PERELMAN, 2016, p. 3, grifo nosso).

<sup>2</sup> “O conjunto desses estudos caracteriza-se pelo fato de que, embora constituam uma reação contra o positivismo jurídico, não se fundamentam numa ideologia prévia, ou numa teoria qualquer do direito natural, mas resultam de uma análise do raciocínio judiciário, de uma reflexão de ordem essencialmente metodológica.” (PERELMAN, 2000, p. 113).

<sup>3</sup> “Já Perelman entende que os diversos princípios de justiça têm algo em comum e, partindo do pressuposto de que a retórica fornece o modo por meio do qual um problema pode ser posto ou formulado praticamente, examina a relação entre o processo de justificação e a ideia de justiça para mostrar como a justificação, se não pode ser uma *validatio cognitionis*, é uma *vindicatio actionis*. A justificação da ação implica, para Perelman, o reconhecimento do uso prático da razão e os argumentos utilizados não são corretos ou incorretos, mas sim fortes ou fracos, relevantes ou irrelevantes para distintos auditórios, cuja instância última é o auditório universal, que ele identifica com uma razão filosófica aberta ao razoável, que por isso não comporta a coisa julgada.” (LAFER, 1991, p. 63).

<sup>4</sup> “Tais correntes do pensamento jurídico com uma clara origem no pensamento clássico, propõe a utilização dos antigos métodos da tópica, da retórica, da dialética e da argumentação para justificar a escolha e a aplicação dos valores contidos nos princípios jurídicos. Segundo essas teorias, que se podem chamar ‘neoaristotélicas’, a escolha e a efetivação dos valores que estão entranhados nos princípios jurídicos nunca podem ser definidas por critérios rigorosamente científicos ou com a exatidão dos métodos lógico-matemáticos, logo, as opções valorativas devem ser justificadas, e essa justificação somente pode ser feita por meio de um processo argumentativo que, se não é capaz de levar a resultados matematicamente corretos, poderá, no entanto, produzir decisões razoáveis, persuasivas e aceitáveis.” (MACHADO, 2012, p. 58).

exemplo, Viehweg em *Tópica e Jurisprudência* de 1953, retoma as lições de Aristóteles sobre os tópicos jurídicos. Trata-se de lugares específicos do direito utilizados na persuasão dos auditórios particulares, em contrapartida aos lugares comuns utilizados no discurso persuasivo geral (PERELMAN, 2000, p. 119-120), procurando Viehweg inverter o modo tradicional de se pensar o problema jurídico: do problema para norma. A tópica jurídica foi trazida ao Brasil Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

A nova retórica de Perelman também retoma Aristóteles. Se a lógica formal aristotélica atravessou os séculos e tornou-se totalizante na filosofia ocidental, Perelman resgata a lógica não-formal também desenvolvida por Cícero e Quintiliano, a oratória, abandonada desde fins da Idade Média. A lógica não-formal desenvolve-se no estudo das provas, qualificadas por Aristóteles de dialéticas em oposição às provas analíticas, as quais prevalecerem ao longo da história (PERELMAN, 1996, p. 184). A lógica formal é demonstrativa, amplamente desenvolvida pela filosofia ocidental, enquanto que a lógica não formal é argumentativa ou persuasória, ainda incipiente.

Por esquecimento da argumentação, técnica de raciocínio indispensável ao juízo prático, ao menosprezar os meios discursivos de obter a adesão que não se baseassem no cálculo e na experiência, era-se inevitavelmente conduzido à conclusão de que os valores eram logicamente arbitrários e, por conseguinte, desprovidos de justificação racional. Na falta de uma teoria da argumentação, nem sequer se consegue conceber o que há de específico no processo de justificação e, *a fortiori*, precisar suas relações com a ideia de justiça. (PERELMAN, 1996, p. 185).

A solução para o caso concreto não se dá *a priori* ou subsuntivamente. Trata-se dum processo multidualético de necessariamente argumentativo e persuasório para se chegar à conclusão mais ou menos adequada; todavia *adequada* dentro de alguns parâmetros racionais e constitucionais, e não binariamente, certo ou errado.

Dialecicidade, e não logicidade. Discussão, e não imposição. Justificação, e não certeza. Eis o estado d'arte atual da hermenêutica jurídica em todo o mundo.

Assim como todo o trabalho, o projeto do capítulo está delineado conforme a *práxis* hermenêutica brasileira. Seria infrutífero, e mesmo impossível, analisar toda e qualquer teoria pós-positivista de pequeno alcance no Brasil como, por exemplo, a análise econômica do direito de Richard Posner. Por esta razão, na primeira parte dissertaremos sobre o constitucionalismo contemporâneo, direitos fundamentais e a normatividade dos princípios, conquistas do direito no pós-guerra, seguras condições de compreensão para a atualidade brasileira. Após, na segunda parte, trataremos as principais problemáticas e as teorias mais em voga nos meios jurídicos

nacionais, das faculdades ao Supremo: a técnica da ponderação de Alexy (com o complemento da teoria da argumentação do mesmo autor), a questão dos princípios e valores e o realismo jurídico, ou o direito produzido pelos tribunais (*judge-made law*). Em posse da análise crítica destas tendências, apontaremos algumas consequências práticas delas, em consonância, muitas vezes, com o positivismo exegético e com o positivismo normativista, na cultura jurídica brasileira contemporânea, do ensino à legislação. Eis o nosso grande objetivo.

Por fim, dissertaremos mais abertamente sobre a limitada recepção constitucional no Brasil e os entraves hermenêuticos para a consolidação duma legítima tradição constitucional brasileira, algo ainda por fazer, e somente a partir daí dar realidade à Constituição.

## **4.1 Constitucionalismo, direitos fundamentais e princípios**

### *4.1.1 O constitucionalismo contemporâneo*

Por *constitucionalismo* compreende-se o amplo processo jurídico-político da Europa ocidental do pós-guerra de reconstrução do Estado de Direito em sua forma evoluída, o Estado Democrático de Direito, resultando em transformações substanciais tendo todas como centro de irradiação a Constituição. O constitucionalismo, assim, estende-se para além do direito, não estando somente o direito constitucionalizado, mas também as interações totais entre Estado, sociedade e mercado, sendo assim a Constituição o dirigente supremo e autônomo do país. Supremo pois, muito além de se encontrar no ápice de qualquer escala normativa, define objetivos a serem alcançados por toda aquela sociedade nacional, tanto o Estado como também o mercado, objetivos que certamente incluem direitos fundamentais de três ou quatro gerações a estarem assegurados ou proporcionados. A Constituição transforma-se de mera carta oportuna de promessas para tornar-se Carta Fundamental em toda a acepção do termo, não somente no direito, mas também na política, abarcando o modo de ser e o modo de *vir a ser* daquele Estado e daquela sociedade. A autonomia da Constituição, por sua vez, pretende dotá-la de certo grau de independência frente às contínuas oscilações da política, da moral e da economia (para citar as principais), de modo que pequenas modificações na estrutura parlamentar ou crises econômicas não façam derruir completamente a Constituição. Para que ela sobreviva, ao menos em suas linhas essenciais, aos ataques que fatalmente terá de passar e possa permanecer tanto em seu aspecto de *pacto civilizatório mínimo* quanto de *potencial desenvolvimentista* daquela sociedade.

Isto é, em traços gerais, a nossa compreensão de constitucionalismo e assim utilizaremos a expressão no seguir do texto. Agora por *neoconstitucionalismo* concebemos a

recepção do constitucionalismo no Brasil após a Constituição Federal de 1988. Etimologicamente o termo nacional não está incorreto, entretanto se torna útil diferenciá-los desde já. Tratam-se de dois processos em tempo e espaço diferentes, apresentando tantas semelhanças quanto diferenças.

O constitucionalismo desenrola-se nos anos imediatamente posteriores ao fim da Segunda Guerra Mundial principalmente em dois países, Itália e Alemanha.

Alicerçado na Constituição Italiana de 1947 e na Lei Fundamental de Bonn de 1949<sup>5</sup>, mas principalmente no extenso trabalho hermenêutico de constitucionalização do direito realizado, respectivamente, pela Corte Constitucional italiana e pelo Tribunal Constitucional Federal alemão a partir da década de 1950 (Robert Alexy organiza e desenvolve a teoria dos princípios e a teoria da argumentação a partir da jurisprudência deste Tribunal), o constitucionalismo espraia-se rapidamente e definitivamente para a jurisprudência e doutrina. Assume o direito constitucional, enfim, outra dimensão de relevância e interesse, ocasionando crescimento vertiginoso na produção doutrinária e jurisprudencial, quantitativa e qualitativamente. A França seguiu orientação distinta na jurisdição constitucional e no controle de constitucionalidade, o que explica a menor influência deste país no neoconstitucionalismo brasileiro em comparação com Alemanha e Itália, e ainda menos se compararmos com a tradicional doutrina civilista francesa influente no Brasil por mais de cem anos. O constitucionalismo prosseguiu na Europa ocidental com a redemocratização constitucionalista de Portugal (1976) e Espanha (1978), num contexto mais próximo ao brasileiro após longo regime de exceção.

A constitucionalização do direito no pós-guerra é mais obra das Cortes Constitucionais do que das Constituições em si. Trata-se dum processo manifestamente hermenêutico, e não meramente declaratório. Eis a grande transformação do constitucionalismo moderno. Fundamentando-se nas Constituições dirigentes e normativas, as quais incluem vasto leque de direitos fundamentais de todas as dimensões, as Cortes Constitucionais desenvolveram a

---

<sup>5</sup> A Constituição de Weimar, apesar de todos os avanços sociais introduzidos com os direitos de segunda geração, passo importantíssimo na transformação do Estado Liberal clássico para o Estado de Bem Estar Social (no que é precedida somente pela Constituição Mexicana de 1917), permaneceu formalmente vigente mesmo durante o regime nazista que se estendeu de 1933 a 1945. “A Constituição de Weimar nunca foi ab-rogada durante o regime nazista, mas a lei de plenos poderes de 24 de março de 1933 teve não só o efeito de legalizar a posse de Hitler no poder como o de *legalizar* geral e globalmente as suas ações futuras. Dessa maneira, como apontou Carl Schmitt — escrevendo depois da Segunda Guerra Mundial —, Hitler foi confirmado no poder, tornando-se a fonte de toda legalidade positiva, em virtude de uma lei do Parlamento que modificou a Constituição. Também a Constituição stalinista de 1936, completamente ignorada na prática, nunca foi abolida.” (LAFER, 1991, p. 95). Por sua vez, a Lei Fundamental de Bonn, originalmente pensada como provisória no contexto da Alemanha dividida, é aprovada em 1949 pelos aliados e torna-se definitiva para todo o território alemão apenas após a queda do muro de Berlim e a reunificação dos territórios ocidental (República Federal da Alemanha) e oriental (República Democrática da Alemanha) em 1990.

contínua e profícua atividade de revisão constitucional de todo o ordenamento jurídico. O primeiro alvo, como tradicional centro do direito, deu-se no Código Civil.

Assim, por exemplo, para atender ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, foram introduzidas mudanças legislativas em matéria de regime matrimonial, direitos dos ex-cônjuges após o divórcio, poder familiar, nome de família e direito internacional privado. De igual sorte, o princípio da igualdade entre os filhos legítimos e naturais provocou reformas no direito de filiação. (BARROSO, 2009, p. 20).

O processo de constitucionalização do direito civil mostra-se bem mais recente no Brasil com cerca de duas décadas, e isto devido tanto ao atraso da implementação constitucional no país quanto pelo recente Código Civil de 2002 ser conservador em seus avanços em relação ao Código de 1916.

De qualquer modo, a *judicial review* levada a cabo pelas Cortes europeias verificou-se pela transformação sintomática do constitucionalismo operada pela jurisdição constitucional. E aqui surge novamente Hans Kelsen. Anteriormente, os países da tradição romano-germânica desconheciam a possibilidade de revisão e correção dos atos normativos do Legislativo, consequência da supremacia deste Poder no esquema de Montesquieu<sup>6</sup>. Refugiado nos Estados Unidos durante a Segunda Guerra Mundial, Kelsen traz à Europa do pós-guerra o modelo estadunidense do controle de constitucionalidade já consolidado naquele país há mais de século e meio a partir do paradigmático *Marbury vs. Madison* de 1803, influenciando decisivamente a jurisdição constitucional dos países reconstitucionalizados com a concepção hoje elementar da supremacia da Constituição<sup>7</sup>.

Se a Constituição na Europa ocidental durante o século XIX e metade do XX era concebida como Carta de intenções, basicamente política, em semelhança com a atual Declaração

---

<sup>6</sup> “A experiência do regime social-nacionalista certamente diminuiu o respeito pela onipotência do legislador, tão característica da Europa do século XIX. A Constituição atual da Alemanha aumentou o poder dos juízes ao permitir à Corte Constitucional (art. 20 da Constituição Federal) controlar a conformidade das leis, e mesmo das leis constitucionais, com a *ideia de direito*, reencarnação moderna do direito natural. Qualquer que seja o lugar concedido a este nos diferentes sistemas ocidentais, uma coisa é certa: ninguém pretende mais, hoje, que o direito se identifique com a lei, e a maior parte das cortes de cassação amplia sua missão e cassa as decisões dos tribunais inferiores normalmente por violação da lei, mas também por violação de uma regra de direito, ampliando esta última noção a muito mais além do que ela significava há apenas meio século.” (PERELMAN, 1996, p. 625-626).

<sup>7</sup> “No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado –, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental. No sistema constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade (I) em ações de sua competência originária (CF, art. 102, I), (II) por via de recurso extraordinário (CF, art. 102, III) e (III) em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas.” (BARROSO, 2009, p. 9).



Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Código Civil exercia, de fato e de direito, o papel juridicamente vinculante das relações entre os cidadãos. A normatividade, da qual carecia a Constituição, lhe era exclusiva. A situação normativa dos documentos jurídico-políticos elucidava-se facilmente na comparação entre os três textos essenciais legados pela Revolução Francesa: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a Constituição Francesa de 1791 e o Código Napoleônico de 1804. Os três documentos não chegam a formar unidade normativa<sup>8</sup>; ao invés, mostram-se relativamente independentes, compartilhando, como não poderia deixar de sê-lo, os princípios históricos mais essenciais<sup>9</sup> da Grande Revolução. No entanto, afiguram-se tratar de campos e objetivos não coincidentes, muito em razão da normatividade inversamente proporcional ao grau de generalidade e abstração da norma.

“Ontem os Códigos; hoje as Constituições. A revanche da Grécia contra Roma.” (BONAVIDES apud BARROSO, 2009, p. 32).

O maior representativo desta virada constitucional está no embate entre Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse, se assim podemos chamá-lo, já que os debatedores encontravam-se em contextos e tempos bastante diversos, o que auxilia na compreensão desta transformação da questão constitucional do século XIX para o século XX.

Ferdinand Lassalle, na conferência pública *Que é uma Constituição?* de 1862, considerou por insuficientes os tradicionais critérios definidores da Constituição, mormente os jurídicos: “Dão-nos critérios, notas explicativas para conhecer juridicamente uma Constituição; porém não esclarecem onde está o conceito de toda Constituição, isto é: a essência constitucional.” (LASSALLE, [2006], p. 10). Deste “problema de pesquisa”, ou o que seria de fato a *essência constitucional* que não o texto escrito, Lassalle logo conclui sobre os *fatores reais do poder*: “Os fatores reais do poder que regulam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são.” (LASSALLE, [2006], p. 17).

<sup>8</sup> “Do centro do sistema jurídico foi deslocado o velho Código Civil. Veja-se que o direito civil desempenhou no Brasil – como alhures – o papel de um direito geral, que precedeu muitas áreas de especialização, e que conferia certa unidade dogmática ao ordenamento. A própria teoria geral do direito era estudada dentro do direito civil, e só mais recentemente adquiriu autonomia didática.” (BARROSO, 2009, p. 26).

<sup>9</sup> “O direito liberal se caracteriza pelo lugar predominante concedido ao princípio da autonomia da vontade, fundamento de todas as *convenções de direito privado*, que deveria conceder a todos uma igual proteção da lei. A lei Le Chapelier, votada em 1791, abole as corporações e veda aos cidadãos de uma mesma profissão se coalizarem para defender seus interesses comuns, e isto a pretexto de garantir a autonomia da vontade. Mas, na realidade, ela, que deveria proteger igualmente a liberdade de todos os contratantes, favorecia o empregador que não era em absoluto igual àquele que, pelo contrato de trabalho ou de emprego, devia aceitar um vínculo de subordinação para com o patrão. A superioridade moral deste último era, aliás, salientada pelo art. 1.781 do Código Civil que dispunha que, em caso de contestação relativa aos salários, se acreditaria no patrão mediante a sua mera afirmação.” (PERELMAN, 1996, p. 220-221).

Todas as classes, corporações e agrupamentos *constituíntes* do povo (a grande e pequena burguesias, os banqueiros, a aristocracia, os operários, os proprietários de terra, etc.) são *constituíntes* na medida em que, como *fatores reais do poder*, continuamente produzem e exercem a Constituição real, fática, verídica do país; em suma, fazem da realidade aquilo que ela é.

Mas que relação existe com o que vulgarmente chamamos Constituição com a Constituição jurídica? Não é difícil compreender a relação que ambos conceitos guardam entre si. Juntam-se esses fatores reais do poder, escrevemo-los em uma folha de papel, se lhes dá expressão escrita e a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas e quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido. (LASSALLE, [2006], p. 30).

Distinguindo a Constituição dos fatores reais do poder e a constituição escrita, simples *folha de papel*, todos os agrupamentos humanos mais ou menos desenvolvidos conheceram esta Constituição real e efetiva, a própria organização da sociedade. No entanto, a imprescindibilidade política duma constituição escrita, apesar de já existirem na Antiguidade, por exemplo, é evidentemente moderna e corresponde às necessidades de segurança e estabilidade da burguesia moldadora dos tempos modernos. É preciso, pois, mais que nunca registrar numa *folha de papel* os *fatores reais do poder*.

Lassalle não desconhece a Constituição escrita, mas a delimita como simples reflexo voluntário da Constituição real. A *folha de papel* será mais longeva quanto mais fielmente refletir os *fatores reais do poder*.

Em outras palavras, o *direito*, em sua maior dimensão constitucional, é resultado um tanto indispensável e um tanto caprichoso do *poder*, e a ele se sujeita inexoravelmente, desde o seu nascimento. Esta é a conclusão final de Lassalle, arquétipo do pensamento constitucional do século XIX.

Por sua vez, Konrad Hesse profere sua aula inaugural *A força normativa da Constituição* na Universidade de Freiburg em 1959. Trata-se duma réplica quase cem anos posterior a Ferdinand Lassalle, cuja exortação de 1862 sobre os fatores reais de poder ainda exercia muita influência, muito por explicar perfeitamente a inocuidade da Constituição de Weimar de 1919 em conter o avanço, a tomada de poder e as atrocidades cometidas pelo nazismo. O propósito de Hesse num contexto completamente diverso, o de reconstrução da Alemanha arrasada pela Segunda Guerra Mundial e já sob a égide da Lei Fundamental de Bonn de 1949, é o de oferecer uma alternativa para que no confronto entre os fatores reais do poder e a Constituição escrita do país, não tenha esta de, necessariamente, sucumbir.

A saída de Konrad Hesse está justamente na *força normativa* da Constituição. Ou seja, a Constituição possui força jurídica, deontológica e obrigacional como qualquer outro comando normativo, igualmente, ou melhor, em maior grau devido a suas peculiaridades, do que qualquer lei. Portanto, a Constituição também é *dever ser normativo*, o maior deles em grau, amplitude e profundidade, não obstante para isto tenha frequentemente de se valer de fórmulas abrangentes ou exortativas. A imprecisão, indeterminação, vagueza, etc. de muitos de seus comando mostra-se inevitável tendo em vista a dimensão dos objetivos que a Constituição assume.

E aí reside uma das grandes transformações operadas pelo constitucionalismo contemporâneo, a qual se encontra cristalizada neste pequeno grande texto de Konrad Hesse.

Há a tentativa de compatibilização, num verdadeiro esforço de dialeticidade, entre a Constituição escrita e a Constituição real, ou entre direito e poder. Hesse argumenta a necessidade de algumas condições para que, apesar das forças reais de poder, a Constituição jurídica faça-se prevalecer.

Em primeiro lugar, há certos *pressupostos realizáveis* (*realizierbare Voraussetzungen*) no texto normativo constitucional que, não sendo meros reflexos da realidade, procuram influir nela<sup>10</sup>. Eis aqui o *dirigismo* das Constituições contemporâneas do pós-guerra. Se a Constituição, como produto cultural humano, encontra-se vinculada ao contexto histórico de sua formação, passado e presente, ao mesmo tempo ela, a Constituição, não se encontra delimitada, simples e inteiramente, por esta realidade contextual, apontando também para o futuro (HESSE, 1991, p. 10-11). Os pressupostos realizáveis permitem a sobrevivência da Constituição no conflito com as forças reais do poder.

O que certamente exige uma opção. Portanto, o segundo elemento para a prevalência da Constituição jurídica é o que Hesse denomina de *vontade de Constituição*; de fazê-la cumprir, transformá-la de mera folha de papel com tinta para ação constitucional. Como opção, é voluntária, a cargo de todos a que ela, Constituição, se dirige.

---

<sup>10</sup> “A pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. [...] Para usar a terminologia acima referida, ‘Constituição real’ e ‘Constituição jurídica’ estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. Essa constatação leva a uma outra indagação, concernente às possibilidades e aos limites de sua realização no contexto amplo de interdependência no qual esta pretensão de eficácia encontra-se inserida. Como mencionado, a compreensão dessas possibilidades e limites somente pode resultar da relação da Constituição jurídica com a realidade.” (HESSE, 1991, p. 5-6).

Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). (HESSE, 1991, p. 7).

A *Wille zur Verfassung* integra a compreensão da necessidade da ordem constitucional como amparo do Estado e da sociedade contra o arbítrio das forças reais do poder (as quais incluem flutuações econômicas e injunções partidárias momentâneas<sup>11</sup>); a compreensão “[...] de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação).” (HESSE, 1991, p. 7); e que a Constituição carece, por sua amplitude e importância muito mais do que as outras leis, da vontade humana para de fato acontecer.

Ambos os fatores, os pressupostos realizáveis e a vontade de Constituição, cumprem-se, como não poderia deixar de sê-lo, na *hermenêutica constitucional*. Hesse sugere o princípio da “ótima concretização da norma”, em realidade característica da normatividade constitucional (aqui a *vontade de Constituição* exerce papel fundamental) que, por sua vez, transmuta-se, incontinentemente, também em necessidade metodológica para a efetivação desta normatividade. A ótima concretização da norma (constitucional), enunciada talvez pioneiramente por Konrad Hesse e continuamente desenvolvida pelo Tribunal Constitucional do qual ele fez parte, insere-se no âmbito das transformações ocorridas na hermenêutica jurídica com o advento da força normativa da Constituição, como a supremacia do texto constitucional e a unidade da Constituição.

*Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma*

<sup>11</sup> “A ‘constitucionalização’ de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional, com a inevitável desvalorização da força normativa da Constituição.” (HESSE, 1991, p. 8, grifo nosso) e “A frequência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição.” (HESSE, 1991, p. 9, grifo nosso). Atualmente, em menos de três décadas de vigência, a Constituição Federal do Brasil de 1988 sofreu mais de 90 emendas, com mais de mil modificações!

*(Gebot optimaler Verwirklichung der Norm)*. Evidentemente, *esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual*. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, *o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação* e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. *A finalidade (telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação*. (HESSE, 1991, p. 9, grifo nosso).

O texto constitucional representa o início – e o fim! – da interpretação. É o seu limite anterior e posterior. Ao mesmo tempo, não se admite no constitucionalismo contemporâneo a renúncia à finalidade do texto normativo constitucional em prol das sucessivas variações de gosto, da alternância e instabilidade do poder político, das alterações das moralidades dominantes, da conjuntura econômica mundial, etc. O que é inexorável, como parte do processo hermenêutico, são as modificações interpretativas ocasionadas por litígios paradigmáticos frutos do amadurecimento social em relação a certas situações. Sobre o que é paradigmático, apenas a argumentação e o tempo podem verdadeiramente revelar. O maior exemplo deste processo dialético entre proteção e avanço da Constituição encontra-se antes do constitucionalismo contemporâneo, na jurisprudência histórica da Suprema Corte dos Estados Unidos, e o debate entre os originalistas e interpretativistas.

Entre a Constituição real e a Constituição escrita, Lassalle não hesita sobre a superioridade da primeira. A conclusão representa menos uma opinião do que uma constatação difusa no século XIX, quando a Constituição ainda é uma carta de intenções e prerrogativas. De fato, é a Constituição real que rege o país e a Constituição escrita será tão mais duradoura quanto mais fielmente reproduzir o (des)equilíbrio<sup>12</sup> destas forças reais de poder. Todavia, o resultado é o mesmo: será um mero pedaço de papel tanto se retratar o poder, o que confere a ambos, Constituição e poder, um trunfo a mais, quanto se não retratá-lo, e o poder continuará com o mesmo domínio, a mesma supremacia.

---

<sup>12</sup> “Se não é possível aceitar o extremismo paradoxal da célebre tese de Lassalle segundo a qual a Constituição de um Estado é, em última análise, o exército e os canhões dos quais o governo dispõe — já que ela subestima a força das ideias, e sobretudo das *ideias jurídicas* forçoso é conceder que *a Constituição expressa as forças políticas de determinado povo*, é um documento que atesta a situação de equilíbrio relativo na qual os grupos em luta pelo poder permanecem até nova ordem.” (KELSEN, 2003, p. 213).

A grande virada constitucionalista do pós-guerra está nesta força autônoma do direito em relação à política, à moral e à economia: a força normativa que se pretende dar à Constituição. Isto é o oposto de se afirmar a independência entre os campos jurídico e os demais. Na verdade, reafirma-os como indissolúveis, consertando o legado positivista, e procura a sobrevivência da Constituição nos constantes conflitos com a política, a moral e a economia. A Constituição, como agente modificadora da realidade<sup>13</sup>, também apresenta outro aspecto: o de salvaguarda de direitos fundamentais e certos objetivos e princípios tão básicos ao Estado que somente transformações drásticas, como a revolução ou a guerra, poderiam trocá-los.

A resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição. Essa tarefa foi confiada a todos nós. (HESSE, 1991, p. 15).

A síntese está em Otto Bachof (1977, p. 42): a Constituição apresenta-se tão mais legítima quando, simultaneamente, tanto corresponda à expressão dos poderes efetivos do país quanto haja na população como um todo, e principalmente nos agentes oficiais da efetivação constitucional, o sentimento de pertencimento e vinculação à Constituição.

Ambos os aspectos complementam-se. Se a representação dos fatores reais de poder é inevitável, o outro aspecto refere-se à própria tradição constitucional do povo, enfim.

#### 4.1.2 Direitos fundamentais

Segundo Claus Offe (1984, p. 123-124), o Estado capitalista apresenta quatro traços principais, apesar das nuances de tempo e espaço<sup>14</sup>:

- I) produção privada, e seus meios;
- II) dependência estatal dos impostos;
- III) acumulação de capital como centro do Estado e da sociedade que são, desta forma, *regidos* pela instituição Mercado, e o direito é nada mais é que uma das formas de tentativa de

<sup>13</sup> “A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar ‘a força que reside na natureza das coisas’, tornando-a ativa. *Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição*, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).” (HESSE, 1991, p. 10, grifo nosso).

<sup>14</sup> Sobre as diferenças da estrutura do Estado segundo a matriz jurídica liberal e a na prática política da América Latina, Cf. Faria (1992, p. 37).

organização deste processo de acumulação capitalista, ou seja fixar *regras* mínimas a um *jogo* (o capitalismo de mercado e consumo) que se pretende *sem regras* ou autorregulatório<sup>15</sup>;

IV) legitimação democrática.

Podemos agora definir ‘a política’ do Estado capitalista como o conjunto de estratégias mediante as quais se produzem e reproduzem constantemente o acordo e a compatibilidade entre essas quatro determinações estruturais do Estado capitalista [...] Nossa tese consiste em afirmar que existe uma e *somente* uma estratégia geral de ação do Estado. Ela consistem em criar as condições segundo as quais *cada cidadão é incluído nas relações de troca*. (OFFE, 1984, p. 125, grifo nosso).

Num exemplo histórico, as pressões exercidas pelo Império Britânico, então o mais poderoso do mundo, para a abolição da escravatura no Brasil referem-se melhor ao aumento do mercado consumidor dum país periférico e importador e não a qualquer nobre impulso humanitário da Rainha Elizabeth.

O exemplo, é claro, repete-se ao longo dos tempos, onde a ampliação do mercado capitalista das potências sobre os dependentes desenrola-se sob o disfarce dos direitos fundamentais, os quais compreendem todas estas características do Estado capitalista, enlaçando-as e de certa forma ocultando-as sob o véu nobre e dignificante dos “direitos humanos fundamentais”<sup>16</sup>. A apropriação privada das instituições de decisão estatais, dentre outras características, são assim deslocadas para o segundo plano do palco político-jurídico da modernidade<sup>17</sup>.

Traduzindo o que seria *luta em jogo* (GRAU, 1988, p. 14-20), os direitos fundamentais correspondem à terceira face do constitucionalismo contemporâneo. Se este processo procura trazer a Constituição como a suprema direção política e jurídica a ser

<sup>15</sup> “Como o poder estatal depende do processo de acumulação capitalista, sem ser ele mesmo capaz de organizar este processo, o interesse supremo e mais geral dos detentores do poder do Estado consiste em manter as condições de exteriorização de seu poder através da constituição de condições políticas que favoreçam o processo privado de acumulação.” (OFFE, 1984, p. 124).

<sup>16</sup> Sobre as diferenças da estrutura jurídica segundo a matriz liberal e a dinâmica dos Estados intervencionistas, Cf. Faria (1992, p. 38).

<sup>17</sup> “O próprio Karl Marx só havia discutido os direitos do homem com alguma minúcia na sua juventude. No seu ensaio ‘Sobre a questão judaica’, publicado em 1843, cinco anos antes do *Manifesto comunista*, Marx condenava os próprios fundamentos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. ‘Nenhum dos supostos direitos do homem’, queixava-se, ‘vai além do homem egoísta.’ A assim chamada liberdade só dizia respeito ao homem como um ser isolado, não como parte de uma classe ou comunidade. O direito de propriedade só garantia o direito de buscar o interesse próprio sem considerar os outros. Os direitos do homem garantiam a liberdade de religião quando a necessidade dos homens era se livrar da religião; confirmavam o direito de possuir propriedade quando o necessário era se livrar da propriedade; incluíam o direito de negociar quando o necessário era se livrar dos negócios. Marx não gostava particularmente da ênfase política nos direitos do homem. Os direitos políticos diziam respeito aos meios, pensava ele, e não aos fins. ‘O homem político’ era ‘abstrato, artificial, não ‘autêntico’. O homem só podia recuperar a sua autenticidade reconhecendo que a emancipação humana não podia ser alcançada por meio da política: ela requeria uma revolução focalizada nas relações sociais e na abolição da propriedade privada.” (HUNT, 2009, p. 200-201).

seguida e atingida por Estado, sociedade e mercado, a par das flutuações econômicas e das injunções políticas de oportunidade, bem como a força normativa, deontológica, dos dispositivos constitucionais, no que apresenta em ambas as situações de absolutamente original, os direitos fundamentais, por outro lado, estabelecem-se no constitucionalismo contemporâneo numa sucessiva evolução de grau e amplitude desde as primeiras Declarações de Direitos do século XVIII<sup>18</sup>.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>19</sup> é redigida pelos “representantes do povo francês” para o “povo francês”, exclusivamente, e apenas se limita a anunciar afirmando, revelar *positivando* (anacronismo consciente), os direitos naturais e inalienáveis do homem<sup>20</sup>.

É sintomático que a famosa Declaração não faça qualquer referência ao Poder Judiciário, mas apenas ao Legislativo e ao Executivo, incumbindo-os de respeitar em seus respectivos atos os direitos agora declarados. A responsabilidade, todavia, não se estende ao Judiciário; consequência, como já tratamos, do pensamento corrente à época sobre o Poder Judiciário como função automática (daí o “juiz boca da lei”), função praticamente administrativa, do qual Montesquieu também não escapa. Nem ele, tampouco os representantes do povo francês, mostraram-se importar-se muito com os juízes.

---

<sup>18</sup> “A história da palavra ‘declaração’ fornece uma primeira indicação da mudança na soberania. A palavra inglesa ‘*declaration*’ vem da francesa *declaration*. Em francês, a palavra se referia originalmente a um catálogo de terras a serem dadas em troca do juramento de vassalagem a um senhor feudal. Ao longo do século XVII, passou cada vez mais a se referir às afirmações públicas do rei. Em outras palavras, o ato de declarar estava ligado à soberania. Quando a autoridade se deslocou dos senhores feudais para o rei francês, o poder de fazer declarações também mudou de mãos.” (HUNT, 2009, p. 114).

<sup>19</sup> O preâmbulo, na íntegra: “*Os representantes do povo francês*, reunidos em Assembleia Nacional e considerando que a ignorância, a negligência ou o menosprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção governamental, *resolveram apresentar numa declaração solene os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem*: para que esta declaração, por estar constantemente presente a todos os membros do corpo social, possa sempre lembrar a todos os seus direitos e deveres; para que os atos dos poderes Legislativo e Executivo, por estarem a todo momento sujeitos a uma comparação com o objetivo de toda instituição política, possam ser mais plenamente respeitados; e para que as demandas dos cidadãos, *por estarem a partir de agora fundamentadas em princípios simples e incontestáveis, possam sempre visar a manter a Constituição e o bem-estar geral.*” (HUNT, 2009, p. 225, grifo nosso).

<sup>20</sup> “O art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 proclama: ‘Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direito. As distinções sociais só podem ser fundamentadas na utilidade comum’. A liberdade é considerada um direito imprescritível e natural do homem, enquanto a igualdade é apenas a dos cidadãos perante a lei. Segundo o art. 6º da Declaração, a lei será a mesma para todos, quer ela proteja, quer puna. ‘Todos os cidadãos, sendo iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas dignidades, colocações e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem outra distinção além daquela de suas virtudes e de seus talentos.’” (PERELMAN, 1996, p. 220).



Já na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948<sup>21</sup> constam as expressões “mundo”, “humanidade”, “seres humanos” e outras afins, conclamando a uma relação pacífica entre as nações, pois a Declaração apresenta-se, por fim, como “ideal comum a ser alcançado por todos os povos e todas as nações”, e cujos direitos explicitamente (“dignidade *inerente*”) possuem a mesma natureza daqueles declarados em 1789: iguais, naturais e inalienáveis.

Os direitos humanos eram simplesmente ‘um absurdo retórico, um absurdo bombástico’, como afirmava o filósofo Jeremy Bentham? A longa lacuna na história dos direitos humanos, de sua formulação inicial nas revoluções americana e francesa até a Declaração Universal das Nações Unidas em 1948, faz qualquer um parar para pensar. Os direitos não desapareceram nem no pensamento nem na ação, mas as discussões e os decretos agora ocorriam quase exclusivamente dentro de estruturas nacionais específicas. (HUNT, 2009, p. 177).

O documento mais importante do século XX atesta a ingente expansão dos direitos fundamentais. Apesar de obviamente já constarem em declarações anteriores, o grau e a amplitude aumentam consideravelmente; sua importância, enfim, para toda a agenda internacional. No entanto, se lhes falta o ineditismo declaratório, os direitos fundamentais usufruem enormemente das outras principais repercussões do constitucionalismo contemporâneo: o supremo dirigismo constitucional nos âmbitos da política e do direito e a normatividade adquirida dos preceitos constitucionais, que incluem, naturalmente, direitos fundamentais. A Constituição definitivamente deixa de ser uma carta de intenções.

---

<sup>21</sup> O preâmbulo, na íntegra: “Visto que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Visto que o desrespeito e o desprezo pelos direitos humanos têm resultado em atos bárbaros que ofenderam a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos tenham liberdade de expressão e crença e a liberdade de viver sem medo e privações foi proclamado como a aspiração mais elevada do homem comum, Visto que é essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo estado de direito, para que o homem não seja compelido a recorrer, em última instância, à rebelião contra a tirania e a opressão, Visto que é essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, Visto que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e mulheres e que decidiram promover o progresso social e melhores padrões de vida em maior liberdade, Visto que os Estados-membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e o cumprimento desses direitos e liberdades, Visto que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da maior importância para o pleno cumprimento desse compromisso, A ASSEMBLEIA GERAL proclama ESTA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS como um ideal comum a ser alcançado por todos os povos e todas as nações.” (HUNT, 2009, p. 229-230).

Provavelmente a pensadora mais contemporânea do século XX, Hannah Arendt, além das contribuições sobre o totalitarismo e a banalização do mal, também teceu importantes considerações acerca dos direitos humanos como processo e movimento, como um *fazer ser*, um *vir a ser* constante e ininterrupto. Eis suas conclusões:

Não é verdade que ‘todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos’, como afirma o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, de 1948, na esteira da Declaração de Virgínia de 1776 (art.1º), ou da Declaração Francesa de 1789 (art. 1º). Nós não nascemos iguais: nós nos tornamos iguais como membros de uma coletividade em virtude de uma decisão conjunta que garante a todos direitos iguais. A igualdade não é um *dado* — ele não é *physis*, nem resulta de um absoluto transcendente externo à comunidade política. Ela é um construído, elaborado convencionalmente pela ação conjunta dos homens através da organização da comunidade política. Daí a indissolubilidade da relação entre o direito individual do cidadão de autodeterminar-se politicamente, em conjunto com os seus concidadãos, através do exercício de seus direitos políticos, e o direito da comunidade de autodeterminar-se, construindo convencionalmente a igualdade. (ARENDR apud LAFER, 1991, p. 150).

Se o grande desafio dos países de modernidade tardia está em concretizar os direitos humanos fundamentais solenemente inscritos em suas respectivas Constituições, sendo esta ação absolutamente necessária para que as declarações não adquiram uma função sinceramente conservadora, a importância vital dos direitos neste passo histórico reside nesta espécie de *pacto* de civilidade, que possibilita e auxilia a convivência entre os mais diversos grupos sociais.

A parte principal do direito – a parte que define e executa as políticas sociais, econômicas e externas – não pode ser neutra. Deve afirmar, em sua maior parte, o ponto de vista da maioria sobre a natureza do bem comum. Portanto, a instituição dos direitos é crucial, pois representa a promessa da maioria às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitados. (DWORKIN, 2010, p. 314).

#### 4.1.3 Princípios

Qual a fronteira entre direitos fundamentais e princípios? É tarefa bastante meticulosa e talvez inútil querer demarcar territórios. É possível argumentar que se interpenetram tanto e em tantos momentos que acabam por se confundir completamente ou perto disto. De resto, as diferenças, se é que existem, permaneceriam quase exclusivamente no campo teórico. Assim como os direitos fundamentais adentraram definitivamente na agenda política internacional e

nacional, assumindo importância e realidade, não é possível falar sobre o direito após a Segunda Guerra Mundial sem tratar dos princípios.

Antes de tudo, é fundamental ressaltar que os princípios jurídicos como os conhecemos são próprios do constitucionalismo contemporâneo, com a autonomia da Constituição normativa a direcionar o Estado e a sociedade, política e direito. O positivismo exegético não conhece os princípios, tampouco as escolas de combate que lhe surgiram ao longo do século XIX. O positivismo normativista não compreende os princípios, mesmo nas formas mais sofisticadas de Kelsen e Hart. Ou são considerados extensões das regras, por vezes destituídas da obrigatoriedade jurídica, ou simplesmente são desconsiderados como na edição definitiva da Teoria Pura.

Isto esclarece o porquê de ainda ser bastante difundida no Brasil a distinção entre princípios e regras exclusivamente ou principalmente com base no grau de abstração e generalidade dos princípios, maiores que nas regras. Analogamente à colmatação das lacunas, os princípios exigem, devido ao seu elevado grau de abstração e generalidade, a correlativa subjetividade do aplicador (*o intérprete autêntico*) para trazer os princípios à situação concreta. Claramente esta distinção prestigiosa no Brasil resulta da tradição positivista, pois, já que no positivismo jurídico não há espaço para os princípios, logo eles não são nada mais do que regras mais “amplas”, “difusas”, “abertas, etc. No entanto, existe consenso sobre estarem os princípios em escala normativa superior em relação às regras, também por sua abstratividade e principalmente por estarem, a maioria, na Constituição Federal, o ápice da pirâmide normativa (o que revela mais uma vez a persistência da tradição positivista). Mas há mesmo quem, como o eminente constitucionalista Celso Ribeiro Bastos, considere *normas* tanto os princípios quanto as regras não havendo, por esta razão, tampouco diferenciação hierárquica entre elas<sup>22</sup>.

Neste modelo simples, e talvez por isto tão sedutor nos tempos de fluidez ou ausência de sentidos e redução das complexidades, as características tradicionalmente referidas às regras são aplicadas aos princípios. *Os princípios são acomodados às regras*, e não o inverso. Trata-se de situação infelizmente não tão incomum no pós-positivismo nacional. Paralelamente, a Constituição é interpretada conforme o Código de Processo Civil ou Penal, e etc., manifestando a resistência crônica ao novo, o constitucionalismo, e sua adequação às velhas estruturas positivistas de produção, transmissão e aplicação do saber jurídico.

E com isto se pretende pôr um ponto final na questão.

---

<sup>22</sup> “Nada obstante as singularidades que cercam os princípios das regras, aqueles não se colocam, na verdade, além ou acima destas. Juntamente com as regras, fazem os princípios parte do ordenamento jurídico. *O que nos leva a concluir que todas as normas apresentam o mesmo nível hierárquico.*” (BASTOS, 2010, p. 89).

Praticamente todo grande jusfilósofo do pós-guerra apresenta doutrina própria sobre os princípios, tencionando suprir a insuficiência legada pelo positivismo. Verifica-se mesmo em cada autor contemporâneo a adoção com algumas modificações de certas diferenciações principais. Duas delas se destacam mais no Brasil e no mundo: a de Robert Alexy, cujas teoria dos princípios e teoria da argumentação serão analisadas adiante, e a de Ronald Dworkin.

O objetivo declarado de Dworkin (2010, p. 35), é um ataque geral ao positivismo jurídico (*general attack on positivism*) na forma sofisticada do normativismo de Hart, correspondente no sistema jurídico da *common law* à Teoria Pura do Direito. Apesar de algumas diferenças, as evidentes semelhanças nos pressupostos, construções e conclusões, autorizam a comparação. De fato, Hart e Kelsen são os maiores representantes do positivismo normativista. Dworkin, com base na distinção entre *easy* e *hard cases*, pretende argumentar a insuficiência do positivismo como teoria e prática dos casos difíceis, quando os juristas necessariamente têm de recorrer a outros tipos de padrões normativos que não sejam regras<sup>23</sup>.

Para tanto, define o positivismo (normativista) em três concepções básicas<sup>24</sup>:

I) as regras jurídicas diferenciam-se das demais regras existentes na sociedade por algum critério formal que lhe confere juridicidade e validade, a tal *regra de reconhecimento* de Hart equivalente ao formalismo da Teoria Pura: tal regra é válida juridicamente por ter sido formulada segundo algum procedimento formal específico do direito, *independentemente de seu conteúdo*;

II) a identificação entre regras jurídicas e direito: ou seja, o conjunto das regras qualificadas como jurídicas através de algum teste de reconhecimento é o próprio direito, ordenamento jurídico, da sociedade e este, por sua vez, compõe-se integralmente destas regras

<sup>23</sup> “Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis [...] eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Argumentarei que o *positivismo é de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras.*” (DWORKIN, 2010, p. 35-36, grifo nosso).

<sup>24</sup> “a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. *Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com o auxílio de certos critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo*, mas com o seu *pedigree* ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de *pedigree* podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como ‘regras morais’) que a comunidade segue mas não faz cumprir através do poder público.

b) *O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com ‘o direito’, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante ‘a aplicação do direito’. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, ‘exercendo seu discernimento pessoal’, o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente.*

c) *Dizer que alguém tem uma ‘obrigação jurídica’ é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa.*” (DWORKIN, 2010, p. 27-28).

jurídicas. Assim, se o caso concreto não for “acobertado” por alguma destas regras, a solução a ser encontrada pela autoridade competente está necessariamente *fora do direito*, em algum padrão diferente das regras, e o juiz para alcançá-la, ou seja, para *criar* regra jurídica aplicável especificamente ao caso concreto ou *complementar* alguma já existente, tem de se valer de sua discricionariedade pessoal;

III) “obrigação jurídica” é a subsunção do caso a uma regra jurídica que exige a ação ou omissão de alguém.

O foro do *princípio*, outro tipo de padrão, desarranja totalmente estas concepções fundamentais do positivismo. Dworkin argumenta acertadamente que não há nenhuma *regra de reconhecimento* para os princípios: estes não são “produzidos” segundo procedimentos formais de autocriação do direito, nem tampouco adquirem juridicidade independentemente de seu conteúdo. Pelo contrário, os princípios são juridicamente vinculantes em razão de seu conteúdo (extrajurídico). Por outro lado, é inegável que os princípios, na atual quadra da história, compõe o pensamento jurídico dos legisladores, dos juízes, das partes, dos grupos organizados, etc., tendo indissolúvel conexão com dimensões da moral mais evidentemente que as regras jurídicas. Logo, *os princípios também são direito*, em todos os aspectos.

A partir da ignorância positivista acerca dos princípios, Dworkin propõe a sua distinção autoral.

“Políticas” (*policies*): padrão normativo oriundo de alguma escolha política ampla, abrangendo o geral da sociedade. Diz respeito a algum objetivo social para a proteção ou implementação de direitos considerados fundamentais para aquela sociedade<sup>25</sup>. Trata de políticas públicas, direitos de segunda e terceira dimensões<sup>26</sup>.

“Princípio” (*principle*): padrão normativo que exige a aplicação de determinado direito não porque esta aplicação contribuirá para o bem estar social ou faz parte de alguma *política* a ser protegida ou implementada, mas sim por estar vinculado a alguma dimensão da justiça ou igualdade. O “princípio”, em sentido estrito, está mais relacionado à proteção dos direitos individuais e dos direitos coletivos contra os interesses e vantagens da maioria<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> “Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhora em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas).” (DWORKIN, 2010, p. 36).

<sup>26</sup> “Os *principles* referem-se à dimensão individual, enquanto as *policies*, à dimensão comunitária, e é nesse sentido que deve ser entendida a afirmação de Dworkin de que a decisão judicial é essencialmente política, o que significa dizer que ela possui uma dimensão comunitária.” (NERY JUNIOR, 2010, p. 26).

<sup>27</sup> “Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” (DWORKIN, 2010, p. 36).

“A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica.” (DWORKIN, 2010, p. 39). As regras resolvem-se à maneira do *tudo ou nada*<sup>28</sup>, do sim ou não, valem ou não valem, incidem no caso concreto ou não incidem (DWORKIN, 2010, p. 39). Os princípios, por outro lado, “possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância.” (DWORKIN, 2010, p. 42). Os princípios, ao contrário das regras, não são aplicáveis automaticamente.

Nos conflitos entre regras, uma delas cede. Dworkin parece acreditar na suficiência dos tradicionais critérios hermenêuticos (hierárquico, cronológico e de especialidade) para a solução de boa parte dos conflitos entre regras. Mas dificilmente os casos práticos lidam *somente* com regras. Há a possibilidade de precedência de algumas regras que, por sua vez, provêm de certos princípios considerados mais importantes ou fundamentais. Nos conflitos principiológicos, o princípio jurídico não se apresenta *a priori*, e o princípio cedente não se esvazia de sua validade e juridicidade. Simplesmente não apresenta a mesma força que o outro princípio naquele caso concreto.

“Na obra de Dworkin os princípios conferem coerência e justificação ao sistema jurídico e permitem ao juiz, diante dos *hard cases*, realizar a interpretação de maneira mais conforme à Constituição.” (NERY JUNIOR, 2010, p. 26). Importante ressaltar que em Dworkin, ao contrário de Alexy, a distinção entre princípios e regras não é apenas semântica.

O centro do alvo do ataque de Dworkin é a tese da discricionariedade judicial, a segunda tese fundamental do positivismo. Os positivistas normativistas argumentam que quando não há claramente para o caso concreto uma regra jurídica específica aplicável, ou seja, quando o caso concreto não pode ser subsumido a algum artigo da legislação, o juiz tem de exercer (em face da proibição do *non liquet*) o seu poder discricionário para elaborar ou complementar a regra a ser aplicada no caso *sub judice* com base em outros tipos de padrões que não sejam regras. Isto pois, para os positivistas, o *direito é o conjunto de regras jurídicas* e, logo, *os princípios, não sendo direito, não são obrigatórios*. São observados segundo a conveniência e oportunidade do juiz no exercício de seu poder discricionário. Isto enfraquece a democracia.

---

<sup>28</sup> “Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa do gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes.” (DWORKIN, 2010, p. 43).

Acusa-a Dworkin de tautológica teoricamente e irrelevante praticamente<sup>29</sup>: é uma tautologia dizer que quando não há regra disponível a autoridade deve utilizar algo que não seja regra e, por outro lado, não explica a existência, importância e efetiva utilização dos princípios jurídicos na vida prática da sociedade.

Nos termos de sua própria tese, o positivismo não chega a enfrentar esses casos difíceis e enigmáticos que nos levam à procura de teorias do direito. Quando lemos esses casos, *o positivista nos remete a uma teoria do poder discricionário que não leva a lugar algum e nada nos diz. Sua representação do direito como um sistema de regras tem exercido um domínio tenaz sobre nossa imaginação, talvez graças a sua própria simplicidade. Se nos livrarmos desse modelo de regras, poderemos ser capazes de construir um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação de nossas próprias práticas.* (DWORKIN, 2010, p. 71-72, grifo nosso).

Com todas as discussões acerca dos princípios, nos é possível agora tecer algumas conclusões mais ou menos gerais:

- a) os princípios têm *normatividade* e compõem o direito sendo obrigatórios como as regras<sup>30</sup>;
- b) os princípios compreendem desde amplas diretrizes políticas (as *policies* de Dworkin; os arts. 3º e 4º da Constituição de 1988) para o Estado e a sociedade, aos direitos fundamentais de todas as dimensões e espécies;
- c) os princípios introduzem definitivamente o mundo fático no direito; indissociável a relação entre realidade e os princípios jurídicos; eles não são dados *a priori*; o caso concreto não pode ser subsumido a um princípio (se é que pode sê-lo a uma regra);
- d) os princípios são os parâmetros hermenêuticos supremos do direito; qualificam ou desqualificam de acordo com a Constituição;
- e) os modelos do positivismo exegético e normativista não compreendem (não entendem e não abrangem) os princípios. Não há espaço no positivismo jurídico para os princípios, assim não os define ou explica, muito menos orienta sua aplicação. Relega-os, a descoberta, a avaliação e a oportunidade dos princípios, à consideração pessoal da autoridade competente cujos raciocínio e argumentação para se chegar à decisão final, a própria

<sup>29</sup> “É tautológica a proposição segundo a qual, quando não há regra disponível, deve-se usar o poder discricionário para julgar. Além disso, ela não tem nenhuma relevância para o problema de como explicar os princípios jurídicos [...] Os positivistas falam como se a sua doutrina do poder discricionário judicial fosse um *insight* e não uma tautologia; como se ela tivesse alguma incidência sobre a análise dos princípios.” (DWORKIN, 2010, p. 55, grifo nosso).

<sup>30</sup> “Assim, os princípios e as regras constitucionais seriam duas espécies do gênero norma, isto é, norma de direitos fundamentais, com toda a vinculatividade das normas jurídicas em geral, e não apenas com o ‘caráter meramente programático’ que sempre se atribuiu aos princípios jurídicos.” (MACHADO, 2012, p. 56).

legitimidade<sup>31</sup> democrática desta decisão, enfim, fogem à alçada positivista, no que conflita diretamente com os ideais do Estado Democrático de Direito.

Deste último ponto, a menos geral das conclusões, partem os mais variados esforços no pós-guerra para a superação do positivismo jurídico. Consideremos agora os mais populares e importantes na peculiar situação constitucional brasileira contemporânea.

#### 4.2 Neoconstitucionalismo ou pós-positivismo à brasileira

Se o Estado Liberal clássico limitou-se à organização jurídica do Estado e à demarcação rígida das fronteiras negativas de atuação para com o indivíduo e o mercado, daí os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão, e o Estado Social de Direito (ou *Welfare State*<sup>32</sup>) teve de assumir competências positivas para a promoção do bem estar social, daí os direitos de segunda geração, o Estado Democrático de Direito apresenta-se como transformador da sociedade em todos os aspectos, significando evolução e maturação das formas anteriores de Estado (DÍAZ, 1975, p. 131).

A transformação paradigmática do Estado Democrático de Direito corresponde a outros paradigmas, a outras necessidades e objetivos para o direito. Se o novo tipo de Estado propugna pela democracia, direitos fundamentais de três ou quatro gerações e o plano desenvolvimentista e igualitário para a sociedade, o direito simplesmente não pode quedar-se paralisado às antigas estruturas do Estado Liberal ou Social clássicos.

O Estado Democrático de Direito realiza verdadeira ruptura no *modo de se pensar* e no *modo de se fazer* o direito. Logo as Constituições, tanto a italiana de 1948, a portuguesa de

<sup>31</sup> “Evidentemente, este processo de identificação da justiça e da legalidade, que resulta da erosão, no século XIX, do paradigma do Direito Natural, requer a aceitação da legitimidade do Estado de Direito, vale dizer, da ordem consubstanciada no ordenamento jurídico estatal, criado de acordo com os procedimentos e as técnicas do constitucionalismo moderno, entendido como um dispositivo fundamental para o controle do processo do poder. Por essa razão, a crise do Estado, ou seja, a crise nas interações entre Estado e Sociedade Civil, que se avoluma a partir da Revolução Industrial, representou uma crise de legitimidade da legalidade. É justamente essa crise, que vem afetando em maior ou menor grau a vida do Direito.” (LAFER, 1991, p. 70).

<sup>32</sup> “O *Welfare State* é definido, habitualmente, como um conjunto de habilitações legais dos cidadãos para transferir pagamentos dos esquemas de seguro social compulsório para os serviços organizados do Estado (como saúde e educação), em uma grande variedade de casos definidos de necessidades e contingências. Os meios através dos quais o *Welfare State* intervém consistem em regras burocráticas e regulamentações legais, transferências monetárias e a experiência profissional de professores, médicos, assistentes sociais, etc. Suas origens ideológicas são muito misturadas e heterogêneas, indo desde fontes socialistas até fontes católicas conservadoras; seu caráter, como fruto de compromissos ideológicos, políticos e econômicos interclasses, é algo que o *Welfare State* compartilha com a lógica da decisão política econômica keynesiana. [...] Embora a função primária do *Welfare State* seja cobrir aqueles riscos e incertezas aos quais estão expostos os trabalhadores assalariados e suas famílias na sociedade capitalista, existem alguns efeitos indiretos que também servem à classe capitalista. Isto se torna evidente quando verificamos o que possivelmente ocorreria na ausência dos arranjos do *Welfare State* numa sociedade capitalista.” (OFFE, 1984, p. 374).



1976 ou a brasileira de 1988, são dirigentes e compromissórias pois direcionam, cada qual com suas peculiaridades históricas, para a realização das promessas da modernidade<sup>33</sup> descumpridas ou insatisfatoriamente cumpridas pelo Estado, seja por causa de guerras ou regimes de exceção.

*É um recuperar-se histórico.*

O Estado Social brasileiro simplesmente inexistiu, esboçando-se fragilmente em descontínuos e isolados programas e não como verdadeira política de Estado. O projeto de reordenação e desenvolvimento plural da sociedade, principalmente no campo social de implementação global dos direitos de segunda e terceira gerações, teve de ser transferido para momento histórico posterior, motivo pelo qual o Brasil e as nações “em desenvolvimento” ou “emergentes” (expressões que implicam num abstrato e enganoso processo contínuo de evolução) apresentam-se melhor consideradas como de modernidade tardia.

No Brasil, a consequência da indisponibilidade do Estado Social e simultaneamente paradigma para a sua superação é a Constituição Federal de 1988. Os numerosos princípios constitucionais, a abundante carta de direitos fundamentais de todas as gerações, os instrumentos processuais constitucionalmente previstos para a concretização da Carta (ação civil pública, ação popular, mandados de segurança, mandados de injunção, dentre outros) e o dirigismo compromissório que informa o Texto Constitucional, fruto tardio do constitucionalismo, confessam, enfim, o fracasso dos objetivos sociais do Estado brasileiro. Neste estágio histórico, a Carta de 1988 almeja o resgate e a efetivação dos direitos sociais gerais de segunda dimensão e os coletivos de terceira, negligenciados pelo Estado Social brasileiro inexistente, por meio do Estado Democrático de Direito. O adjetivo “democrático” não se justifica por mera classificação doutrinária, mas significa evolução na forma, objetivos e normatividade em relação ao Estado Social, incumbindo o direito de funções bastante

<sup>33</sup> “Uma filosofia da justiça política que discute, desde o princípio da liberdade, a legitimação e a limitação de uma ordem do direito e do Estado, se vincula com o projeto político da modernidade, a saber, o Iluminismo. Isso não quer significar que este projeto foi expressamente formulado e finalmente resolvido no Iluminismo europeu. As ideias desta época, que aqui é compreendida num sentido bem amplo, são, para isto, diversificadas demais, e também excessivamente desconexas.” (HOFFE, 2005, p. 10, grifo nosso). De Maquiavel e Hobbes a Descartes, Kant e Marx. “Entenda-se como ‘projeto político da modernidade’ aquela teoria crítica do direito e do Estado que se empenha por uma mediação das duas tendências opostas no discurso político da modernidade, o positivismo e o anarquismo, e que para esta mediação – de certo modo, a ‘plenitude da modernidade na esfera do político’ – se apoia essencialmente no conceito de liberdade (de ação). Pontos de partida significativos para isto encontramos na filosofia kantiana do direito e do Estado.” (HOFFE, 2005, p. 10, grifo nosso). “O projeto político da modernidade se alimenta em duas experiências fundamentais: na crise radical da sociedade, no estremecimento da ordem do direito e do Estado e na crítica radical das relações políticas e na experiência da exploração e da opressão. O auge da opressão é constituído pela recusa dos elementares direitos do homem. O auge da ameaça do Estado é formado por aquelas guerras civis político-religiosas, que fazem parte das condições históricas nas quais surge a filosofia hobbesiana do Estado e que, nas democracias pluralistas, são fortemente reduzidas, mas são perpetuadas na luta de interesses de grupos e associações.” (HOFFE, 2005, p. 11, grifo nosso).

diferentes do papel organizador no Estado Liberal e do papel promovedor do bem-estar social no *Welfare State*. Há remodelação paradigmática completa no direito a partir do Estado Democrático de Direito, tratando-se como instrumento indispensável para a realização do conteúdo deontológico, e não meramente programático, encorpado pela Constituição.

À transição constitucional corresponde esta imprescindível atitude realizadora do direito. No entanto, a este novo constitucional - novo paradigmático, instituidor do Estado Democrático de Direito que modifica as funções e objetivos do Estado e da sociedade, principalmente no campos dos direitos sociais, no qual o direito torna-se instrumento indispensável – não correspondem novos olhos. Aliás, eles desviam-se. Os velhos olhos simplesmente acomodam e adequam o novo, isto é, a Constituição.

Que tem absorvida boa parte, ou o total, de sua força transformadora na drenagem receptiva do modelo jurídico hegemônico. Por “modelo” consideramos o modo hegemônico de compreensão, produção e hermenêutica (interpretação e aplicação) do direito no Brasil, abrangendo toda a cadeia do conhecimento jurídico, desde as mais de mil faculdades de direito às Casas Legislativas, desde os cursinhos preparatórios para concursos aos Tribunais Superiores. Assim como a dogmática jurídica por ele instrumentalizada, este modelo dominante de compreensão, produção e aplicação do direito possui a função social relevante de decisão dos conflitos. Deste modo, as seguintes considerações de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. quanto à dogmática jurídica são estendidas ao modelo jurídico hegemônico:

Esta reflexão não pode ignorar que a Dogmática está ligada a uma dupla abstração; a própria sociedade, na medida em que o sistema jurídico se diferencia como tal, constitui, ao lado das normas, regras para a sua manipulação. Ora, este é o material da Dogmática, tratando-se, portanto, da elaboração de um material abstrato num grau de abstração ainda maior. *Se isto, de um lado, lhe dá certa mobilidade, certa independência e certa liberdade, como condição do seu próprio trabalho, de outro, paga-se por isso um preço: a abstração e o risco de distanciamento progressivo da própria realidade.* (FERRAZ JÚNIOR, 1978, p. 5, grifo nosso).

Exatamente o modelo positivista o qual viemos tratando. Assentado nas categorias codificadas da tradição do direito privado europeu ao longo do século XIX e sofisticado pelo normativismo da Teoria Pura, este modelo, agregando os processos legislativos e doutrinários da codificação do direito e a necessidade positivista duma *ciência* jurídica, não consegue oferecer, justamente por suas raízes na incipiente transição do Estado Liberal clássico para o Estado Social e a anterioridade em relação ao constitucionalismo, o necessário *locus* para a compreensão e efetivação dos direitos de segunda e terceira dimensões. O modelo jurídico

positivista anterior à transição constitucional não atende, com a mesma eficácia com que resolve os conflitos individuais, as demandas e expectativas duma sociedade brasileira entrelaçada por conflitos jurídicos transindividuais. Sociedade cujo Estado Democrático de Direito propugna justamente pela efetivação daqueles mesmos direitos.

No choque entre o paradigma constitucional transformador e as estruturas fundamentais do modelo positivista hegemônico, a Constituição Federal de 1988, de suprema condição dirigente e emancipatória, apontando para melhoramentos em todas as esferas da realidade nacional, acaba por assumir uma função meramente *conformadora* do direito e da realidade nacionais. Analisaremos agora as tendências mais importantes do pós-positivismo à brasileira e suas consequências hermenêuticas.

#### 4.2.1 A racionalização da aplicação dos princípios de Robert Alexy

A ponderação de princípios de Robert Alexy apresentada em *Teoria dos Direitos Fundamentais* recebe amplíssima aceitação no Brasil<sup>34</sup> desde meados da década de 1990. Hoje ela representa a doutrina hegemônica quanto à aplicação dos princípios constitucionais, de modo que raramente encontra-se algum(a) jurista, principalmente constitucionalista, nos mais diversos congressos Brasil afora que não argumente sobre os graus de satisfação dos princípios como mandados de otimização, a necessidade de sopesamento dos princípios em conflito, etc. A observação em relação à doutrina e à ciência jurídica aplica-se perfeitamente também ao Judiciário, onde o Superior Tribunal de Justiça teve papel fundamental na difusão da ponderação de princípios, especialmente nos casos de direito de família, e mesmo ao Legislativo, quando, por exemplo, por quase toda a tramitação do Código de Processo Civil de 2015 constou a técnica ponderativa como fundamentação por excelência das decisões judiciais.

Trataremos como técnica racionalizadora pois Alexy precisamente objetiva conferir *racionalização* aos direitos fundamentais, que são princípios jurídicos, por meio de dois recortes contextuais: a racionalização é relativa aos *princípios que introduzam direitos fundamentais* (pois

---

<sup>34</sup> Por exemplo, e com as mesmas expressões utilizadas por Alexy, Eros Grau: “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios está em que estes últimos são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e materiais existentes. Logo, os princípios são mandamentos de otimização, cuja principal característica está no fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus e de a medida devida de seu cumprimento não depender exclusivamente das possibilidades materiais, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras em oposição. As regras, ao contrário, são normas que somente podem ser cumpridas ou não cumpridas. [...] Isso significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa, e não de grau, e que toda norma é uma regra ou princípio. Além disso, ao anotar a circunstância de os conflitos entre regras ocorrerem na dimensão da validade, ao passo que os conflitos entre princípios se verificam – visto que apenas princípios válidos podem colidir entre si – dentro da dimensão do peso.” (GRAU, 2006, p. 182, grifo nosso).

se todo direito fundamental é princípio, nem todo princípio é direito fundamental) consagrados *na Constituição alemã* (ALEXY, 2014, p. 31)<sup>35</sup> e, ainda, a *aplicação* destes direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal<sup>36</sup>.

Os princípios e as regras são espécies do gênero *norma*. Alexy, neste ponto, simplesmente incorpora à sua doutrina a conquista básica do constitucionalismo de normatividade dos princípios. Pois bem, se os princípios na doutrina alexyana incorporam direitos fundamentais e, portanto, como direitos *prima facie*, num primeiro momento, logo a seguir, são “mandados de otimização”, significando com isto que os princípios admitem graus de efetivação conforme condições fáticas e jurídicas dos casos concretos (MACHADO, 2012, p. 56). “Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas.” (ALEXY, 2014, p. 91). Apesar da plena normatividade, os princípios são conformados ou regulados no caso concreto de acordo com estas condições. Alexy mescla explanação e prescrição em sua teoria, muitas vezes ocultando uma indicação doutrinária sob uma pretensa informação do que seria a prática ou a impossibilidade teórica de outras concepções.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, 2014, p. 90).

Princípios e regras são normas pois compartilham as fórmulas deônticas básicas do dever-ser, do permitido e do proibido (ALEXY, 2014, p. 97). No entanto, as diferenças não se sucedem no aspecto da generalidade, ou seja, os princípios seriam regras mais gerais e abstratas, mas *qualitativamente*. Enquanto as regras simplesmente são cumpridas ou não são cumpridas, os princípios são essencialmente gradativos, eis a conceituação alexyana deles como mandados de otimização: são mandamentos para a melhora de alguma condição, levando-se em conta outras condições jurídicas, mas também fáticas e institucionais. Este primeiro alerta é importante pois

<sup>35</sup> “O objeto e a natureza dessa teoria decorrem dos três atributos mencionados: ela é, em primeiro lugar, uma teoria dos *direitos fundamentais da Constituição alemã*; em segundo lugar, uma teoria *jurídica*; e, por fim, uma teoria *geral*.” (ALEXY, 2014, p. 31, grifo do autor).

<sup>36</sup> “Se a discussão sobre os direitos fundamentais não pudesse ter outra sustentação além do texto constitucional e do vacilante solo de seu surgimento, seria de se esperar uma luta de ideias sem fim e quase sem limites. *Se não é isso o que ocorre, isso se deve, em grande medida, à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal [...] O significado atual dos direitos fundamentais é devido sobretudo à jurisprudência desse tribunal. A ciência dos direitos fundamentais [...] tornou-se, em considerável medida, uma ciência da jurisprudência constitucional.*” (ALEXY, 2014, p. 27, grifo nosso).

nos auxilia a desmistificar a concepção bastante comum no direito brasileiro de que os princípios seriam regras “maiores”, regras mais largas que demandariam elevado grau de subjetividade do intérprete para concreção, inexistente nas regras simples, o que lamentavelmente demonstra o DNA da tradição positivista e a incapacidade de compreensão do novo. Ora, esta concepção, não podendo absorver a mudança paradigmática dos princípios, mas, ao mesmo tempo, não podendo ignorar sua normatividade, apenas *acomoda* os princípios no esquema normativo geral do positivismo. A solução, portanto, é simplificar.

A distinção qualitativa entre princípios e regras, além da prioridade (*prima facie*) dos primeiros, está na decorrência dos conceitos acima expostos, ou seja, o necessário *sopesamento* dos princípios. “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro. Essa regra expressa uma lei que vale para todos os tipos de sopesamento de princípios e pode ser chamada de *lei do sopesamento*.” (ALEXY, 2014, p. 167).

A distinção entre princípios e regras – segundo Alexy – não pode ser baseada no modo *tudo ou nada* de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se sobretudo a dois fatores: *diferença quanto à colisão*, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; *diferença quanto à obrigação que instituem*, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes. (ÁVILA, 2012, p. 41-42).

A colisão entre regras resolve-se pela inserção duma regra de exceção. Se uma regra permite e outra regra simultaneamente proíbe determinada conduta, o conflito normativo é resolvido pacificamente pela introdução duma terceira regra que irá dispor sobre qual deva valer em determinadas condições. Mas sucede que geralmente esta terceira regra não existe. Assim, não sendo possível inserir a regra de exceção, uma das duas regras contraditórias (que determinam oposição lógica do dever-ser) deverá ser invalidada e assim ser excluída do ordenamento jurídico<sup>37</sup>. Assim é pois na teoria de Robert Alexy a regra jurídica é válida ou inválida, incide totalmente ou não incide sobre aquele caso concreto, e *para todos os casos*.

---

<sup>37</sup> “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. [...] Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*.” (ALEXY, 2014, p. 92-93, grifo do autor).

*Permanece a subsunção como método ou técnica para a resolução dos conflitos entre regras.* Deste modo, na ausência da regra de exceção resolve-se o conflito normativo com as máximas do direito romano comum: 1) norma superior prevalece sobre norma inferior, 2) norma posterior revoga norma anterior, e 3) norma especial prevalece sobre norma geral, ou os critérios hierárquico, temporal e de especialidade para a resolução de antinomias jurídicas.

“Regras são razões *definitivas*.” (ALEXY, 2014, p. 106) e esta a razão de no conflito entre elas em determinado caso ser estendido, de certo modo, para todos os demais casos. Possivelmente, é claro, existirão exceções. Se alguma regra é invalidada por ser inferior, anterior ou geral, muito provavelmente os outros conflitos que envolvam a mesma regra serão solucionados da mesma maneira, ou seja, pela declaração de invalidade desta regra e sua exclusão do ordenamento jurídico.

Já a colisão entre princípios não ocasiona a invalidade de algum deles. No caso concreto, um dos princípios colidentes terá de ceder num procedimento de precedência, mas este princípio cedente não estará invalidado como norma integrante do ordenamento jurídico. Simplesmente, *naquele específico caso concreto*, tal princípio não se mostrou o melhor, mais apto ou mais forte para sua solução. O motivo da diferença das colisões entre princípios e das colisões entre regras está que as regras, na doutrina de Alexy (2014, p. 94), situam-se no âmbito da validade (aqui entendida binariamente como “vale/não vale”), enquanto os princípios possuem a dimensão do “peso” ou importância.

É no procedimento do sopesamento entre os princípios colidentes, ou a aferição do “peso” de cada destes princípios, que irá demonstrar ao fim qual deles terá de ceder diante das circunstâncias jurídicas e fáticas específicas daquele caso<sup>38</sup>. São estas que determinam a relativização ou acomodação principiológica. Lembremos a definição de Alexy dos princípios como “mandados de otimização”.

O resultado do sopesamento é uma *regra* jurídica a qual representa uma preferência condicionada, aplicável somente àquele caso concreto: “O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra.” (ALEXY, 2014, p. 108). Com justiça a Alexy, esta conclusão importantíssima está sendo constantemente ignorada por boa parte da doutrina nacional

---

<sup>38</sup> “Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido – um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.” (ALEXY, 2014, p. 103).

entusiasta da técnica de ponderação de princípios. É comum ler tanto que a ponderação seja o método por excelência para a resolução de todos os conflitos jurídicos (envolvendo regras e princípios); no que seria, a ponderação, a técnica universal apenas descoberta ao final de vinte séculos, ou que, no sopesamento, um dos princípios se sobressaia, como numa balança que fossem postos, e assim o resultado seria o princípio vencedor, o princípio *mais pesado*.

No espaçoso mundo dos princípios há lugar para muita coisa. Esse mundo pode ser chamado de um mundo do dever-ser ideal. Colisões [...] surgem a partir do momento em que se tem que passar do espaçoso mundo do dever-ser ideal para o estreito mundo do dever-ser definitivo ou real. Neste ponto passam a ser inevitáveis as decisões acerca do peso dos princípios colidentes, ou seja, da fixação de relações de preferência. (ALEXY, 2014, p. 139).

A teoria dos princípios de Alexy nada mais é de que outra teoria semântica<sup>39</sup>. Os ares de novidade (e panaceia) assumidos pela doutrina alexyana no Brasil esvaem-se numa análise clara das obras originais do autor, atitude infelizmente não muito comum na ciência jurídica nacional como observamos com a Teoria Pura de Hans Kelsen. A citação acima, por exemplo, apresenta tautologias que refletem o conteúdo mesmo da ponderação de Alexy, além de cometer uma petição de princípio. Ora, se do mundo dos princípios, o *dever-ser ideal* (sic) desce-se para o mundo do *dever-ser real* (sic), a conclusão sobre a inevitabilidade das decisões acerca de qual norma é aplicável ao caso concreto é de grande obviedade, e cabe perfeitamente também para as regras, não somente para os princípios. Das “normas em abstrato” para “as normas em concreto” há uma inevitável passagem: Kelsen solenemente a ignora, argumentando sê-la total e irrestrita *escolha* do intérprete (autêntico), o que foge aos limites de sua ciência jurídica. Alexy, como pós-positivista, tenta racionalizar esta passagem principalmente por meio da lógica e da semântica, contrariando contribuições da filosofia contemporânea da filosofia da linguagem e da argumentação.

Além do mais, a doutrina alexyana auxilia no apartamento entre regras e princípios como duas categorias distintas, em consequência solucionáveis distintamente. Para as regras, a subsunção; para os princípios, o sopesamento. A separação fragiliza a normatividade dos princípios e sua abrangência por e sobre e entre todo o ordenamento jurídico. As regras não existem por si mesmas apartadas dos princípios, nem tampouco são meras decorrências lógicas (subsuntivas) dos princípios, ou fragmentações múltiplas limitadas em força e abrangência destes. Há (deve haver, segundo as conquistas do constitucionalismo) contínua

<sup>39</sup> “Não adotamos a teoria de Alexy porque ela se desenvolve no *campo semântico*, já que permite a existência de normas em abstrato antes do caso concreto, na medida em que trata a *norma* como o gênero do qual seriam espécies as regras e os princípios.” (NERY JUNIOR, 2010, p. 35).

interação e preponderância dos princípios no direito. Aliás, o sopesamento de princípios não possui níveis seguros de racionalidade, apesar das tentativas *lógicas* de Alexy de racionalizar a aplicação dos direitos fundamentais pelo Tribunal Constitucional alemão. Ao fim e ao cabo, retorna-se por diferentes vias à moldura normativa de Kelsen e à interpretação autêntica: identifica-se os princípios em conflito, sopesa-os e aplica-se o princípio com maior peso ao caso *sub judice*. Procura-se evitar, contudo, a paradoxal conclusão da Teoria Pura sobre decisões fora das possibilidades normativas, no que compartilha a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy com a quase totalidade da ciência jurídica do pós-guerra.

Por sua vez, a crítica sobre a importação reflexiva, acrítica e irrefletida, de teorias e modelos estrangeiros, principalmente norte-americanos e alemães, está melhor desenvolvida ao fim deste capítulo. Mas podemos adiantar algumas conclusões. O problema obviamente não está na análise e troca de tradições jurídicas. O direito comparado existe desde a segunda tribo. No entanto, não se pode acolher acriticamente doutrinas de sucesso no exterior como se os autores, no processo de formulação de suas teorias, estivessem pensando no Brasil, no direito brasileiro, no Judiciário brasileiro, nos problemas brasileiros. E, além do mais, mesclar partes de doutrinas, teorias e modelos quase sempre incompatíveis entre si, se não incompatíveis com a nossa tradição jurídica. A jabuticaba não é melhor ou pior que outras frutas, mas apenas floresce em *terrae brasiliis*.

Portanto, as nossas críticas centrais à ponderação de princípios de Robert Alexy, e ainda mais ao modo como foi recepcionada no Brasil e sua utilização desenfreada e *imponderada*, resumem-se à fragilização dos direitos fundamentais com a relativização dos princípios neles incorporados, o que significa a irracionalidade latente da analisada doutrina que contribui para a desconstrução da normatividade não só dos direitos fundamentais (onde assume foros de dramaticidade), mas também das normas em geral e da própria Constituição. É realmente frustrante para as partes quando a decisão judicial inicia-se por “*Sopesando os princípios em jogo...*”, “*Ponderando os princípios x e y...*” e semelhantes. Já se prepara para a provável não correlação da parte dispositiva com o relatório da sentença, ou com a disparidade entre decisão e argumentos arguidos. O que, diga-se de passagem, já ocorria antes da difusão da ponderação principiológica. Cabe à técnica da ponderação de princípios crítica que também faremos a seguir quanto à questão da jurisprudência regida por valores ou princípios: a ponderação ou sopesamento abre largos caminhos para a transformação dum direito deontológico para o direito axiológico ou teleológico, onde argumentos sobre o pretenso bem-estar da maioria prevalecem sobre os argumentos de quais direitos as pessoas e as coletividades têm segundo a Constituição do país (a distinção de Dworkin entre *policies* e *principles* é iluminadora aqui).



Impressiona a popularidade e o prestígio alcançados pela ponderação de princípios de Alexy serem maiores no Brasil que na Alemanha, seu país de origem.

Por fim, o próprio Alexy (2014, p. 173), confessa: “[...] sopesamentos têm um grau de racionalidade menor que interpretações.”

#### 4.2.1.1 A teoria da argumentação alexyana

Se o procedimento jurídico envolve três etapas fundamentais, quais sejam a identificação das normas, a argumentação e a decisão, Alexy produz uma teoria da argumentação que complementa e fundamenta a teoria dos princípios. “A argumentação precede a decisão concreta, por outro lado as decisões têm de ser fundamentadas. É por isso que é necessária uma teoria da argumentação jurídica.” (KAUFFMAN; HASSEMER, 2002, p. 523).

O discurso jurídico é uma modalidade do discurso prático geral. A grande semelhança está em que tanto os enunciados gerais como os enunciados jurídicos são pretensões discursivas de correção. A distinção está em que o discurso jurídico encontra-se bastante limitado<sup>40</sup> em relação ao discurso prático geral. Exemplificando, pensemos nos discursos dos candidatos a cargos políticos nas campanhas eleitorais, quase ilimitados, e o que juridicamente podem realizar quando exercendo o mandato.

No discurso jurídico, trata-se de um caso *especial*, porque a argumentação jurídica ocorre sob uma série de *condições limitadoras*. Entre essas, devem-se mencionar especialmente a sujeição à lei, a *consideração obrigatória dos precedentes, seu enquadramento na dogmática elaborada pela Ciência do Direito organizada institucionalmente*, assim como – o que não concerne, todavia, ao discurso científico-jurídico – as limitações das regras do ordenamento processual. (ALEXY, 2013, p. 31, grifo nosso).

A vinculação à lei, aos precedentes judiciais e à doutrina são as especificidades do direito. Em outras palavras, as fontes e os *limites* do direito.

Alexy distingue entre regras de justificação interna e regras de justificação externa da sentença.

<sup>40</sup> “Aqui se pode estabelecer um ponto: a argumentação jurídica se caracteriza pela vinculação ao direito vigente. Com isso, menciona-se uma das principais diferenças entre a argumentação jurídica e a argumentação prática geral. As disputas jurídicas não submetem todas as questões à discussão. Ditas disputas são feitas com algumas limitações. A amplitude e os tipos de limitações são muito diferentes nas diversas formas. A mais livre é a discussão da Ciência do Direito. No processo se dão as maiores limitações. Aqui os papéis estão desigualmente distribuídos: a participação, por exemplo, do acusado não é voluntária e o dever de veracidade é limitado. O processo de argumentação é limitado temporalmente, sendo regulamentado por regras processuais. As partes podem orientar-se segundo seus interesses. Com frequência, talvez como regra, as partes não buscam exatamente a sentença correta ou justa, mas que lhe é vantajosa. As outras formas podem situar-se, no que diz respeito à extensão das diferentes limitações, entre esses dois extremos.” (ALEXY, 2013, p. 210).

Na justificação interna trata-se de saber se a sentença é o resultado lógico das premissas mencionadas na fundamentação da sentença. Compreende duas regras:

I) Para a fundamentação de uma decisão jurídica, deve-se apresentar pelo menos uma norma universal;

II) A decisão jurídica deve seguir-se *logicamente* ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições (ALEXY, 2013, p. 221, grifo nosso).

Já na justificação externa<sup>41</sup> trata-se de fundamentar as premissas empregadas na justificação interna (ALEXY, 2013, p. 228). Compreende as fontes e os limites da argumentação jurídica:

I) Princípios, regras e formas;

II) Ciência do direito ou a doutrina;

III) Jurisprudência;

IV) Argumentação prática geral (argumentos extrajurídicos);

V) Argumentação empírica (teleológica-demonstrativa);

VI) Formas especiais de argumentos jurídicos (ALEXY, 2013, p. 229).

Alexy também analisa as interpretações semântica<sup>42</sup>, histórica<sup>43</sup> e teleológica.

Em síntese, I) todas as formas possíveis de argumentação devem ser utilizadas; II) o “peso” dos argumentos está em relação de conformidade com a sua importância; III) *a priori* os argumentos textuais (ou seja, aqueles que exprimem princípios, regras e fórmulas escritas) e os relativos à vontade do legislador são mais fortes<sup>44</sup>. “Com estas regras deve ser, por um lado, garantida a totalidade dos argumentos e, por outro, excluída o caráter aleatório do seu uso. Com a última regra, Alexy quer assegurar a vinculação à lei.” (KAUFFMAN; HASSEMER, 2002, p. 525).

<sup>41</sup> “A tarefa de uma teoria da justificação externa é, em primeiro lugar, a análise lógica das formas de argumentação que se reúnem nestes grupos. O principal resultado desta análise é a compreensão da necessidade e possibilidade de sua vinculação. A investigação das interconexões entre argumentos de diferentes formas deve esclarecer, sobretudo, o papel da argumentação empírica e da argumentação prática geral no discurso jurídico.” (ALEXY, 2013, p. 229).

<sup>42</sup> “A) Interpretação Semântica:

a.1) uma premissa de interpretação tem de ser aceite, com base em regras de uso linguístico;

a.2) uma premissa de interpretação não pode ser aceite, com base em regras de uso linguístico;

a.3) é, todavia, possível aceitar uma premissa de interpretação, uma vez que não há regras linguísticas contrárias nem favoráveis.” (ALEXY, 2013, p. 242).

<sup>43</sup> “Na argumentação de tipo histórico, Alexy elabora cada uma das premissas pressupostas. Premissa da argumentação histórica é, por exemplo, quando o legislador quiser prosseguir o fim (F) mediante a promulgação de uma norma, isto é também razão para o juiz prosseguir F. Outra premissa do mesmo tipo de argumentação é que, quando for conveniente procurar um fim, é também conveniente procurar o meio necessário para a realização desse fim.” (KAUFFMAN; HASSEMER, 2002, p. 524).

<sup>44</sup> Para todas as regras e fórmulas elaboradas, conferir o apêndice (ALEXY, 2013, p. 287-293).

As conclusões são incontestáveis, pois evidentes. O argumento de que toda prestação deve estar baseada em alguma norma escrita é óbvio. Ainda que na situação processual, por exemplo, não haja relação entre o fato com alguma norma, o argumento textual também pode ser utilizado e quase sempre o é. No mais, raramente este tipo de argumento encontra-se desacompanhado. Combina-se o princípio, regra ou fórmula com outros argumentos, por vezes mais fortes que a própria norma como é comum ocorrer no tribunal do júri.

Alexy não define ou exemplifica quais seriam as “normas universais” da justificação interna, embora a decisão judicial tenha de decorrer *logicamente* de alguma delas. Queda-se outra vez no silogismo lógico-racional<sup>45</sup>, de consequências mais graves numa teoria argumentativa. Relembrando Aristóteles através de Perelman, da lógica não-formal e persuasória, cai-se novamente na lógica formal demonstrativa, justamente o que se pretende evitar com a dialeticidade argumentativa. A teoria da argumentação de Robert Alexy claramente está formulada em pressupostos lógicos e teóricos, distante da prática judiciária. Por esta razão, a teoria alexyana demonstra-se de baixa utilidade prática, explicativa ou prescritiva, para a *práxis* dos tribunais.

No entanto, seria mais proveitoso considerar a sistematização dos argumentos de Alexy como tentativa, como passo adiante. O próprio Alexy não desconhece as carências de sua teoria da argumentação, muitas vezes as admite e aponta. Se é possível dividir três estágios da ciência jurídica contemporânea em teoria da norma, argumentação e decisão, a tentativa de Alexy é uma das poucas a desbravar o segundo nível. O principal objetivo da ciência jurídica pós-positivista, a brasileira inclusa, está em fomentar decisões racionais e legitimamente democráticas quando, forçosamente, tem de se passar pela argumentação. Neste ponto, a teoria da argumentação de Alexy mostra-se como esforço necessário. Principalmente por suas deficiências é que se deve levá-la em conta para reconstrução e avanço.

#### 4.2.2 Princípios vs. valores

A emergência dos princípios normativos na Constituição de 1988 abriu grande leque de possibilidades aos juristas brasileiros. Infelizmente, muitas das possibilidades aventadas, e que formam hoje a hegemonia do pensamento constitucional, contribuem involuntariamente para a diminuição desta normatividade dos princípios jurídicos. A concepção mais difundida

---

<sup>45</sup> “Os problemas ligados à justificação interna têm sido amplamente discutidos sob o nome de ‘silogismo jurídico’. Atualmente há uma série de publicações em que se trata dos problemas relativos ao tema, aplicando-se os métodos da lógica moderna.” (ALEXY, 2013, p. 220).

atualmente no Brasil é a de serem os princípios de direito valores morais e políticos, ou os princípios como consolidação destes valores. Os exemplos abundam. Celso Ribeiro Bastos considera os princípios *metanormas* (BASTOS, 2010, p. 91, grifo nosso):

Entende-se por valores os conteúdos materiais da Constituição, que conferem legitimidade a todo o ordenamento jurídico. *Eles transcendem o quadro jurídico institucional e a ordem formal do Direito, pois indicam aspirações que devem informar todo o sistema jurídico. [...] Estes devem ser alcançados pelo ordenamento jurídico e representam o consenso de todos ou expressam um sentimento comum a toda sociedade. Os valores são mutáveis, pois eles têm a necessidade de se acomodarem às novas realidades. São, em síntese, manifestações da vontade de todos os cidadãos, ou seja, aquelas metas que devem ser sempre alcançadas e preservadas por todo ordenamento jurídico: a liberdade, a igualdade, o direito à vida, a dignidade da pessoa humana, etc.*

Luís Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal, iniciador e grande nome do neoconstitucionalismo brasileiro caracteriza os princípios jurídicos como valores consolidados (2008, p. 30) na consciência popular e na Constituição nacional. “*Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade.*” (BARROSO, 2008, p. 29, grifo do autor):

O reconhecimento de normatividade aos *princípios* e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo [...] *Princípios* não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim *normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos* a serem realizados por diferentes meios. (BARROSO, 2009, p. 13).

Da constatação da normatividade dos princípios (algo elementar nesta quadra da história) corta-se para a definição dos princípios como condensação de valores, o que significa retrocesso. Eis o porquê.

Concepções como esta surgem da incapacidade de compreender o novo constitucional. Quanto à questão princípios vs. valores, ela surge de não se saber renovar os vínculos entre direito e moral desatados pelo positivismo. No entanto, não significa a confusão entre direito e moral. Ao inverso, a trajetória do constitucionalismo contemporâneo demonstra a tentativa crescente de criar âmbitos de autonomia onde o direito, sendo o pacto civilizatório por excelência, ao mesmo tempo que sofre inevitavelmente as influências das outras áreas (moral, política, economia) procura manter grau de diferenciação para com elas. Ou seja, para não ser substituído pela moralidade de momento, pelas injunções políticas partidárias e pelas flutuações econômicas, o direito faz-se, em sua máxima expressão, a Constituição, dirigentemente normativo.

A questão é, pois, paradigmática.

As críticas de Habermas<sup>46</sup> as quais tomamos nossas neste trabalho são completamente fundadas pela aproximação das decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro com a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão. Não se trata de dum oportuno empréstimo da doutrina alemã, o que tanto criticamos. Pelo contrário, ambas Cortes Superiores (tendo a alemã mais tempo de consolidação, enquanto que a brasileira, passadas três décadas constitucionais, ainda está se formulando) partem de pressupostos centrais: a ordem constitucional como ordem de valores, os princípios jurídicos como condensação de valores morais e opções políticas<sup>47</sup>. Mesmo alguns neoconstitucionalistas brasileiros com Humberto Ávila<sup>48</sup> e outros juristas como Eros Grau<sup>49</sup> aderem às críticas de Habermas ao Tribunal Constitucional alemão, cada vez mais cabíveis ao Supremo brasileiro.

Vale a longa citação:

*Princípios ou normas de nível superior, à luz das quais outras normas podem ser justificadas, têm um sentido deontológico, enquanto que os valores são teleológicos. Normas de ação válidas obrigam seus destinatários igualmente e sem exceção a satisfazer expectativas comportamentais generalizadas, onde os valores devem ser considerados como preferências intersubjetivamente compartilhadas. Valores compartilhados expressam a preferência de bens que, em coletividades específicas, são considerados dignos de lutar e podem ser*

<sup>46</sup> Habermas compara a jurisdição constitucional dos Estados Unidos e da Alemanha para criticar a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão: Em contraste com a situação nos Estados Unidos, a crítica na República Federal pode se referir a uma ‘doutrina de valores’ (*Wertordnungslehre*) desenvolvida pelo próprio Tribunal e, portanto, pode se referir a uma auto-compreensão metodológica dos juízes que teve efeitos problemáticos na decisão de importantes casos de criação de precedentes (HABERMAS, 1996, p. 253).

<sup>47</sup> “Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma *ordem objetiva de valores*.” (BARROSO, 2009, p. 19).

<sup>48</sup> “*As considerações antes feitas demonstram que os princípios não são apenas valores cuja realização fica na dependência de meras preferências pessoais. Eles são, ao mesmo tempo, mais do que isso e algo diferente disso.* Os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários. Essa perspectiva de análise evidencia que os princípios implicam comportamentos, ainda que por via indireta e regressiva. Mais ainda, essa investigação permite verificar que os princípios, embora indeterminados, não o são absolutamente. Pode até haver incerteza quanto ao *conteúdo* do comportamento a ser adotado, mas não há quanto à sua *espécie*: o que for necessário para promover o fim é devido. Logo se vê que os princípios, embora relacionados a valores, não se confundem com eles. Os princípios relacionam-se aos valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover. No entanto, os princípios afastam-se dos valores porque, enquanto os princípios se situam no plano deontológico e, por via de consequência, estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas, os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento.” (ÁVILA, 2012, p. 87, grifo nosso).

<sup>49</sup> Entre jurisprudência de valores ou jurisprudência de princípios, Grau não tem como não escolher pela segunda (2008, p. 112). Retomando lições de Habermas, “Os *princípios* são dotados de *sentido deontológico*, já, os *valores* são dotados de *significado teleológico*. Por isso, os *princípios* obrigam seus destinatários igualmente, sem exceção, a cumprir as expectativas generalizadas de comportamento. Os valores, por outro lado, devem ser entendidos como *preferências intersubjetivamente compartilhadas*; expressam a preferenciabilidade [...] Daí dizermos que *valores* são *bens atrativos* – não são *normas*.” (GRAU, 2008, p. 112).

adquiridos através de uma ação direcionada. [...] O "dever" das normas vinculativas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicionada e universal; o que um "deve fazer" afirma ser igualmente bom para todos. A atratividade de valores intersubjetivamente compartilhados tem o senso relativo de uma estimativa de bens que se estabeleceu em culturas e formas de vida: sérias escolhas de valores ou preferências de ordem superior nos dizem o que é bom para nós (ou para mim) no longo prazo. (HABERMAS, 1996, p. 255, tradução nossa, grifo nosso).

Em síntese, normas e valores diferem:

- I) Quanto à obrigatoriedade ou preferenciabilidade da ação;
- II) Na validade binária ou graduada de suas disposições;
- III) Em sua vinculatividade absoluta ou relativa;
- IV) Nos critérios de coerência que um sistema de normas e um sistema de valores devem satisfazer.

As diferentes propriedades de normas e princípios determinam diferentes aplicações. “Porque normas e princípios, em virtude de seu caráter deontológico, reivindicam ser universalmente vinculantes e não apenas especialmente preferíveis, eles *possuem uma maior força justificatória que os valores.*” (HABERMAS, 1996, p. 259). A jurisprudência baseada numa “ordem aberta de valores” propicia muito mais irracionalidades em suas decisões. A situação, é claro, se agrava quando se trata da jurisprudência vinculante do guardião da Constituição. A confusão ou substituição dos princípios pelos valores significa a diminuição ou supressão da autonomia do direito frente à moral, à política, e à economia, grande conquista do constitucionalismo. Novamente, não se diz absolutamente a desconexão entre estas dimensões. Muito pelo contrário, no constitucionalismo contemporâneo o direito empenha-se em sobreviver em meio às incontáveis flutuações morais, políticas e econômicas, e isto muito se dá pela força normativa da Constituição, pela força normativa de seus princípios. Se da normatividade dos princípios passa-se para a preferenciabilidade dos valores, inevitavelmente diminui-se o grau de certeza dos direitos mais fundamentais, os quais ficam abertos a argumentos funcionalistas, convencionais, de custo-benefício, etc.<sup>50</sup> A distinção de Dworkin entre *policies* e *principles* mostra-se iluminadora aqui. Há também a

<sup>50</sup> “A prestação jurisdicional orientada por princípios (=normas) – anota Habermas – deve decidir qual pretensão e qual conduta são corretas em um dado conflito, e não como equilibrar bens ou relacionar valores. A validade jurídica do juízo tem o *sentido deontológico* de um comando e não o *sentido teleológico* do que podemos alcançar sob dadas circunstâncias no horizonte de nossos desejos; o que é melhor para nós em um determinado ponto não coincide *eo ipso* com o que é igualmente bom para todos. Isso não significa, evidentemente, adesão à tese da irrelevância dos fins, à exclusão da teleologia no direito. [...] Dizendo de outro modo, sustento que o conteúdo teleológico já se encontra no interior do direito, incorporado aos princípios.” (GRAU, 2008, p. 112-113).

questão da legitimidade democrática destas decisões já que elas, fundamentais, serão tomadas por autoridades não eleitas, menos pressionáveis.

*Dever-se-á concluir, portanto, que a determinação dos valores não-instrumentais e a das normas que nos fixariam os direitos e nos prescreveriam as obrigações escapam a qualquer lógica e a qualquer racionalidade? Dever-se-á renunciar a todo uso filosófico da razão prática e limitar-se, na área da ação, a um uso técnico da razão, a um ajuste dos meios aos fins que, por sua vez, seriam inteiramente irracionais? É essa, de fato, a tese de todos os filósofos positivistas, desde Hume até Ayer. Mas, devemos resignar-nos a isso? (PERELMAN, 1996, p. 184, grifo nosso).*

*Princípios são deontológicos.*

*Valores são axiológicos, ou teleológicos.*

A confusão ou excessiva aproximação entre princípios e valores desconstrói as conquistas constitucionalistas, a própria força deontológica e vinculatória dos princípios, tornando-os preferências e oportunidades subjetivas, o que enfraquece sobremaneira o Estado Democrático de Direito e a democracia.

#### 4.2.3 Realismo jurídico

Grande tendência no direito brasileiro contemporâneo é o realismo jurídico da *common law*, principalmente o norte-americano, também remontando ao realismo escandinavo de Alf Ross. Já em 1897 Oliver Wendell Holmes enunciou a frase-símbolo desta doutrina jurídica: “O que entendo por direito, e sem nenhuma outra ambição, são as profecias do que os tribunais farão de fato.” (apud ROSS, 2000, p. 100).

Não traremos aqui de todas as facetas do realismo jurídico, mas somente nas linhas gerais que influenciam e têm consequências práticas em nosso direito. Pois bem, trata-se do realismo jurídico numa nítida doutrina positivista na acepção científica do termo, aquela a qual tratamos no primeiro capítulo. De maneira mais específica, o realismo possui raízes profundas no neopositivismo lógico do Círculo de Viena, na mensurabilidade dos enunciados científicos puramente descritivos de fatos observáveis<sup>51</sup>, ou seja, livres de apreciações morais,

<sup>51</sup> “Para Ross, o direito é um fato no sentido de que descrever o direito é algo totalmente diferente de atribuir-lhe força vinculante. E, simetricamente, dizer que uma norma é vinculante ou obrigatória não é absolutamente descrevê-la, mas antes aprová-la. A pretensa força vinculante de uma norma é algo distinto de sua existência: o direito existente pode ser descrito de modo puramente empírico, por completo independentemente da sua aceitação, como também de sua refutação.” (GUASTINI, 2005, p. 120).

políticas, sociológicas, etc., mas cuja validade repousa unicamente sob o teste verdadeiro/falso<sup>52</sup>.

O realismo jurídico propõe-se, antes de tudo, em constituir-se em *ciência do direito*, o que significa, no interior dos fundamentos filosóficos do neopositivismo lógico, o afastamento epistemológico das considerações metafísicas (extrajurídicas). Portanto, o realismo para os juristas, principalmente para os cientistas do direito, não se trata dum modelo explicativo de sua atividade (como de fato ocorre), mas prescritivo (como *deve* ocorrer), se nós desejamos realmente fazer ciência. Paradoxalmente, para o direito em si o realismo não oferece nada de prescritivo, justamente por suas raízes positivistas, mas procura explicações desinteressadas em vista a previsões de resultados futuros.

O realismo jurídico apresenta duas grandes abordagens: o realismo comportamentista e o realismo psicológico. Para o realismo comportamentista, a validade do direito repousa exclusivamente no *fato* de ser aplicada nos tribunais. É irrelevante se este direito está validado pela autoridade legislativa competente ou, de outra forma, está difuso na consciência jurídica popular<sup>53</sup>. Prevê-se rapidamente as consequências desta noção no Brasil. Para o realismo comportamentista, o *fato* de, por exemplo, entre os inumeráveis exemplos, a Súmula Vinculante nº 11, a Lei de Interceptações Telefônicas e a própria Constituição, enfim, não serem comumente aplicadas pelos tribunais (ao menos não adequadamente) já bastaria, por si só, para retirar a vinculatividade destes documentos.

Por outro lado, o realismo psicológico assemelha-se às correntes sociológicas, pois é na consciência jurídica popular que o jurista (aliás, todos do povo) encontrarão a realidade do direito daquela sociedade e, portanto, o que é válido ou não. Invertendo a concepção do

---

<sup>52</sup> “O pensamento que se encontra na base do realismo jusfilosófico está vinculado ao desejo de entender o conhecimento do direito de acordo com as idéias sobre a natureza, problemas e método da ciência tais como elaborados pela moderna filosofia empirista. Várias tendências filosóficas - o empirismo lógico, a escola de Uppsala, a escola de Cambridge e outras - têm fundamento comum na rejeição da metafísica, no conhecimento especulativo baseado numa apreensão *a priori* pela razão. Há somente um mundo e um conhecimento. Toda a ciência está, em última instância, interessada no mesmo corpo de fatos e todos os enunciados científicos sobre a realidade, isto é, aqueles que não têm cunho puramente lógico-matemático, estão sujeitos à prova da experiência.” (ROSS, 2000, p. 94).

<sup>53</sup> “O realismo comportamentista encontra a realidade do direito nas ações dos tribunais. Uma norma é vigente se houver fundamentos suficientes para se supor que será aceita pelos tribunais como base de suas decisões. O fato de tais normas se compatibilizarem com a consciência jurídica predominante é, segundo esse ponto de vista, derivado e secundário; trata-se de um pressuposto normal, porém não essencial, da aceitação por parte dos tribunais. A oposição entre este ponto de vista e a teoria psicológica pode ser assim expressa: enquanto esta última define a vigência do direito de tal sorte que somos forçados a dizer que *o direito é aplicado porque é vigente* a teoria comportamentista define o conceito de tal modo que somos obrigados a dizer *o direito é vigente porque é aplicado*.” (ROSS, 2000, p. 99).



realismo comportamentista, o *fato* deste direito ser efetivamente aplicado pelos tribunais é completamente secundário<sup>54</sup>.

Entre as duas pontas situa-se a doutrina de Alf Ross, espécie de síntese entre o comportamentismo dos realistas norte-americanos e o sociologismo das escolas europeias de início do século XX.

Só é possível atingir uma interpretação sustentável da vigência do direito por meio de uma síntese do realismo psicológico e do realismo comportamental, que foi o que tentei explicitar no presente capítulo. Minha opinião é comportamentista na medida em que visa a descobrir a consistência e previsibilidade no comportamento verbal externamente observado do juiz; é psicológica na medida em que a aludida consistência constitui um todo coerente de significado e motivação, somente possível com base na hipótese de que em sua vida espiritual o juiz é governado e motivado por uma ideologia normativa cujo conteúdo nós conhecemos. (ROSS, 2000, p. 100).

Apoiando-nos nas lições de Riccardo Guastini (2005, p. 108), seriam estas as principais características do realismo jurídico de Alf Ross:

I) A ciência jurídica é ciência empírica;

1) Os enunciados da ciência jurídica são sobre fatos mensuráveis (eis o fator *positivista*);

2) Os enunciados da ciência jurídica são descritivos, proposições lógicas cujo único teste de validade é o verdadeiro/falso; portanto são suscetíveis de verificação ou falsificação empiricamente;

II) Os fatos sociais objeto da ciência jurídica ou são as decisões dos tribunais ou a vinculação social às normas de direito (realismo comportamentista e realismo psicológico, respectivamente);

III) O objetivo da ciência jurídica é a previsão das decisões judiciais.

Eis a ciência jurídica *realista*. Tudo o mais que tradicionalmente se entende por ciência jurídica, seja a doutrina, seja a análise exegético-normativa dos textos legais, não se trata verdadeiramente de ciência, mas antes de atividade política cujo objetivo está em influenciar decisões judiciais, administrativas e legislativas.

A última parte desta conclusão sobre a atividade científica dos juristas é exatamente a mesma de Hans Kelsen. Realismo e normativismo apenas diferem-se quanto ao objeto da ciência jurídica ser a descrição desinteressada das normas ou a tentativa de previsão das decisões jurídicas dentro das necessidades do direito e da sociedade liberais de segurança e

<sup>54</sup> “Há duas abordagens que poderiam ser denominadas como o *ramo psicológico* e o *ramo comportamentista* do realismo jurídico. O realismo psicológico descobre a realidade do direito nos fatos psicológicos. Uma norma é vigente se é aceita pela consciência jurídica popular. O fato desta regra ser também aplicada pelos tribunais é, de acordo com esse ponto de vista, derivado e secundário uma consequência normal da consciência jurídica popular que é, inclusive, determinante das reações do juiz.” (ROSS, 2000, p. 97).

estabilidade. O direito no realismo jurídico deixa de ser valor, mas também deixa de ser ciência! O direito é *fato*, observável e mensurável, *não produzido por todas as instâncias de decisão*. Analisaremos a seguir a contribuição do realismo para o caos epistêmico, teórico e prático, do direito brasileiro contemporâneo.

#### 4.2.4 O velho e o novo

Todas as discussões deste trabalho desembocam em importantes consequências práticas. Pinçamos três temas bastante representativos do estado d'arte atual da hermenêutica jurídica no Brasil: a distinção entre princípios gerais do direito e os princípios constitucionais, a *commonlização* processual e as normas constitucionais programáticas.

Iniciemos pela manutenção dos chamados princípios gerais do direito. Como se sabe, tais princípios são fórmulas tópicas legadas pelos comentadores e glosadores medievais sobre o direito romano privado. Os princípios gerais do direito adentraram a modernidade principalmente pela recepção doutrinária germânica de tais construções ao longo dos séculos XVIII e XIX, culminando com sua inclusão no BGB de 1900. No Brasil, os princípios gerais do direito foram largamente trabalhados pela hegemônica tradição civilista ao longo de todo o século XX a partir do Código Civil de 1916 e da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 (renomeada para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), constantes mesmo no vigente Código Civil de 2002. Mas qual seria a problemática atual em relação a eles?

Justamente o constitucionalismo e a grande dificuldade do direito brasileiro em compreender suas transformações. Parcela significativa da doutrina parece acreditar, mais ou menos explicitamente, que os princípios gerais do direito seriam mais fundamentais e abrangentes que os constitucionais, logo mais incidentes e normativos. Na descoberta tardia dos princípios e na concepção incompleta de que eles abririam a interpretação jurídica, combina-se os arts. 4º e 5º da atual LINDB com as noções substitutivas de valores morais (ao invés dos princípios deontológicos). Assim, tais “cláusulas de abertura” autorizariam o intérprete (autêntico) a descobrir os “valores” por cima, por detrás ou por entre as regras e princípios jurídicos, solucionando o caso concreto a partir da metajuridicidade (STRECK, 2011, p. 222), como no excerto a seguir:

Qual a razão que fundamentaria então essa distinção, já que ambos cumprem a mesma função no tocante à hermenêutica? A diferenciação seria fundamentalmente a seguir: ao contrário dos princípios constitucionais, os princípios gerais de Direito são cânones de incidência obrigatória seja qual for a parte do ordenamento constitucional (ou até infraconstitucional) com

que se esteja lidando. *Isso significa dizer que os princípios gerais de direito sempre deverão impor-se na atividade interpretativa, enquanto os princípios constitucionais só serão invocados conforme a área na qual se esteja atuando.* (BASTOS, 2010, p. 95-96, grifo nosso).

O autor faz parecer que em algumas áreas do direito os princípios constitucionais não incidiriam. Como assim!?

Não se confundem absolutamente princípios gerais do direito com os princípios constitucionais. Para além da disparidade genealógica de ambos conjuntos, os princípios gerais do direito já foram completamente abandonados nos países constitucionalizados do pós-guerra, justamente aqueles dos quais emprestamos a construção das “cláusulas abertas”. Foram paulatinamente substituídas na jurisprudência dos Tribunais Constitucionais e na doutrina pelos princípios constitucionais, exigência do constitucionalismo e enorme tarefa ainda a se fazer no Brasil.

Aliás, a permanência dos princípios gerais do direito, mas, principalmente, o seu manejo obsoleto, significa outro retrocesso presente em nosso país em relação às conquistas constitucionalistas. Significa, enfim, grande reduto de resistência ao novo, de incompreensão do novo. E isto para o início da discussão.

Se tratamos por positivismo exegetico a primeira fase do positivismo jurídico; exegetismo, o método do qual se vale e com o qual basicamente se confunde; e Escola da Exegese<sup>55</sup>, a escola jurídica que se forma em torno do Código Napoleônico de 1804, a razão está em que estas diferenças são importantes para compreendermos a contribuição do positivismo jurídico exegetico no emaranhado sincretismo teórico-prático, o caos epistêmico, do direito brasileiro contemporâneo.

Embora desde o começo do século XX (a Escola da Exegese tem sua definição com a obra de Gény em 1899) e maiormente com o normativismo de Kelsen seja o exegetismo considerado ingênuo e ultrapassado, basta analisar criticamente a situação jurídica brasileira para perceber a permanência de seus objetivos, compreensões e métodos. O objetivismo filosófico do positivismo exegetico, o *sentido na coisa* que, no campo jurídico, é o *sentido no texto*, ou seja, *sentido na lei*, faz parte do emaranhadíssimo sincretismo teórico-metodológico-prático que impregna a doutrina, a jurisprudência e a legislação nacionais. Tudo o que viemos construindo acerca da hermenêutica das diferentes tradições positivistas retoma particular

---

<sup>55</sup> “A Escola da Exegese deve seu nome à técnica adotada pelos seus primeiros expoentes no estudo e exposição do Código de Napoleão, técnica que consiste em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio Código.” (BOBBIO, 1995, p. 83).

importância no movimento, ou melhor dizendo, na ampla e avassaladora divulgação da chamada *commonlização* do direito brasileiro. De modo que a vinculação jurisprudencial aliada à grande discricionariedade dos tribunais, mormente os superiores, faz produzir enunciados normativos com força, abstração e generalidade comparáveis às da lei.

Assim, combinam-se o positivismo exegetico e a moldura normativa de Kelsen com a ponderação de princípios de Alexy e o realismo jurídico a formar, entre outras decorrências, os institutos das Súmulas Vinculantes e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Se no alvorecer do século XIX as problemáticas hermenêuticas, interpretação e aplicação do direito, encontraram-nas primeiramente os exegetas modernos na legislação, agora no Brasil, por situações específicas como o incessante movimento de construção e desconstrução da Constituição Federal de 1988, o senso comum teórico incapaz de compreendê-la e a importação acrítica de doutrinas estrangeiras, estas mesmas problemáticas desbandam para o terreno da jurisprudência dois séculos depois.

O senso comum teórico dos juristas (Warat), jogado às mais diversas teorias estrangeiras pela incapacidade de absorção e efetivação dos *novos paradigmáticos* que a Constituição Federal de 1988 representa<sup>56</sup>, assume atualmente a *commonlização* de nosso direito, principalmente quanto às estruturas processuais legislativas e burocrático-administrativas. Ou seja, a adaptação de institutos próprios do *common law* para o *civil law* como solução para os principais problemas de nosso sistema jurisdicional: a insegurança jurídica, ou o risco de decisões diversas para casos semelhantes, e a enorme carga de processos judiciais.

Assim, as mais recentes e importantes reformas processuais estão sendo justificadas por seu alegado parentesco com institutos da *common law*, como se esta alegada origem, por si só, tivesse o condão de efetivamente gerar maior segurança jurídica e menor massa de processos judiciais. Novamente a doutrina atua de maneira preponderante nessa difusão do *common law* pelo imaginário jurídico nacional:

---

<sup>56</sup> O Estado Democrático de Direito instaurado pela Constituição Federal de 1988 demanda, entre outras coisas, uma postura efetiva do direito, uma postura de concretização dos objetivos, desideratos e princípios constitucionais, bastante diferente do direito concebido como organização social no Estado Liberal Clássico ou desenvolvimentista no Estado Social (*Welfare State*). Justamente por esta força do *novo ruptural* em relação à antiga ordem constitucional, ao ambiente ora ao menos formalmente democrático e a esta nova função do direito, passaram a ser ventiladas maciçamente em nossa doutrina diversas construções teóricas importadas, muitas das quais foram agasalhadas pelo senso comum teórico como aptas para a solução de nossos problemas jurídicos, e democrático-constitucionais, de efetivação da Constituição. Por exemplos máximos, o neoconstitucionalismo e a ponderação de Alexy. É realmente difícil encontrar algum(a) constitucionalista brasileiro(a) que não argumente pela “força dirigente da Constituição” (o que na atual quadra da história é óbvio) ou pela ponderação para sopesar direitos e garantias fundamentais em conflito.

Ocorre que, no Brasil, grande parcela da doutrina entende que é possível resolver o problema de insegurança jurídica – que é, frise-se, um problema essencialmente qualitativo na prestação jurisdicional – mediante a criação de instrumentos de vinculação decisória, o que faz parecer que essa doutrina ignora que, *em um Estado Constitucional, a própria Constituição e a legislação que lhe é conforme vinculam efetivamente a atuação do Judiciário antes de tudo*. (ABBOUD, 2014, p. 362, grifo nosso).

No entanto, obviamente a insegurança jurídica *não é um problema intrínseco ao civil law*<sup>57</sup>, e sim de todo e qualquer sistema de direito. *A qualidade dum sistema jurídico dependerá do grau de vinculação que os legisladores e o judiciário mantenham para com a Constituição*, inclusive e principalmente para com sua função transformadora no Estado Democrático de Direito (DÍAZ, 1975, p. 131). A insegurança jurídica, ou o risco de decisões diversas, contrastantes ou mesmos opostas em casos semelhantes *num mesmo sistema de direito, sob a mesma Constituição*, é problema que atravessa os séculos e os oceanos: desde a fábula de Aulo Gélio<sup>58</sup> sobre a correta postura do magistrado na Roma tardia até o juiz Hércules, metáfora de Ronald Dworkin (1999, p. 288-304) para a discussão sobre a estabilidade e a correção da *common law*.

Da enorme difusão da *commonlização* nasce a maioria de nossas reformas processuais mais importantes das últimas duas décadas. Em resumo, o então direito jurisprudencial brasileiro consta da vinculação jurisprudencial de súmulas e enunciados de modo a objetivar as teses jurídicas vencedoras em determinado caso concreto para todos os demais que se afigurem semelhantes, *sem se atentar para a diferenciação fática que possa haver entre os casos*, de modo que jurisprudência, *a partir dum único caso*, objetiva-se, abstraindo-se da realidade fática do caso concreto que a ensejou, para tornar-se também norma a ser seguida.

<sup>57</sup> “Da mesma forma que não podemos asseverar que o *common law* é melhor que o *civil law* porque o sistema jurídico da Inglaterra funciona melhor que o brasileiro, também não podemos dizer que o *civil law* é melhor que o *common law* porque o sistema da Alemanha é mais preciso que o dos EUA. [...] Ou ainda: se é fato que o sistema jurídico inglês e o alemão são melhores que o brasileiro, essa constatação não se dá porque um é *civil law* e o outro é *common law*. Essa assertativa confirma-se por diversos fatores, porém, o que interessa para a presente obra é que, seja *civil law* ou *common law*, em regra, na Alemanha ou na Inglaterra as decisões judiciais talvez sejam melhores que as nossas.” (STRECK; ABBOD, 2014, p. 91).

<sup>58</sup> “Conta-nos uma pequena fábula romana que Aulo Gélio, então jovem magistrado imerso em indagações sobre como tornar-se um melhor cidadão e em consequência um julgador mais prudente (a velha *ius prudentia* dos romanos), expôs suas angústias a um filósofo de nome Favorino. Este explicou-lhe que essencialmente existiriam apenas dois tipos de julgadores: aqueles que preferiam o silêncio quando da audição das partes e testemunhas, ouvindo-as apenas; e aqueles que, premidos por dúvidas próprias surgidas nas discussões do momento da causa, interferiam nestes depoimentos, levantando questões para os envolvidos. O filósofo acrescenta que para este último tipo de julgador era muito mais provável a acusação de estar atuando, desde antes da decisão, a favor de uma das partes ou então, através das perguntas por ele aduzidas, de deixar entrever o conteúdo do futuro decreto decisório. A questão, portanto, repousaria na credibilidade da decisão do magistrado frente não somente às partes, como também aos cidadãos da *civitas*. Repousaria, enfim, na própria imparcialidade do julgador.” (XAVIER, 2014, p. 8).

A vinculação é mais forte conforme o grau de jurisdição: as Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal vinculando verticalmente toda a Administração Pública e Judiciário, e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, de alçada dos tribunais de segunda instância<sup>59</sup> (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais), vinculando todos os juízos de sua jurisdição. O Código de Processo Civil de 2015 é o último elo desta cadeia.

Portanto, não seria exagero afirmar que o Judiciário, ao criar enunciados vinculantes a partir duma decisão concreta de lide, passa a *legislar* (afinal, são enunciados normativos) de maneira abstrata e generalizante.

Afigura-se o engessamento<sup>60</sup> do sistema decisório nacional. Até porque, além da deformidade de se objetivar teses *a partir dum único caso*, e não de reiteradas decisões (lição clássica do termo “jurisprudência”), mingam-se as possibilidades de recursos visto que o próprio sistema decisório, justamente para fortalecer sua decisão-paradigma, impede a subida deles para os tribunais superiores através de institutos como a súmula impeditiva de recursos e o regime de julgamentos repetitivos, além das próprias Súmulas Vinculantes e do IRDR.

Isto, se deve, é claro, à aposta equivocada, a nosso ver, desta simbiose já aqui denunciada de vinculação jurisprudencial *forçada* e discricionariedade praticamente legislativa para os tribunais, superiores ou não, conforme sua gradação na hierarquia jurisdicional.

Nesta situação de poucas possibilidades de revisionamento da mesma questão jurídica por parte dos tribunais, uma das únicas vias restantes para a modificação do entendimento jurisprudencial viria somente por meio de *lei*. Isto demonstra a deformidade do sistema decisório nacional. No Brasil inverte-se a lógica milenar: *não mais a jurisprudência que atualizará a lei, mas a lei que atualizará a jurisprudência*. Não há notícia de sistema semelhante em qualquer outra parte do mundo. Mais uma jabuticaba.

---

<sup>59</sup> “O IRDR somente pode ser suscitado perante *Tribunal de Justiça* ou *Tribunal Regional Federal*. Não há, por exemplo, a possibilidade de instaurá-lo diretamente no STJ. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de competência do respectivo tribunal. Por exemplo, a decisão proferida no julgamento de mérito de IDRDR instaurado no *TRF da 1ª Região* terá eficácia vinculante sobre todas as causas repetitivas que tramitam na justiça federal dos entes federativos englobados pela referida região, quais sejam: o Distrito Federal e os Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins.” (ABBOUD, 2014, p. 391).

<sup>60</sup> O risco de engessamento, pois, deve-se à aposta equivocada, a nosso ver, desta combinação entre conferir-se um alto poder discricionário ao Judiciário (ao STF no caso das Súmulas Vinculantes e aos tribunais de segunda instância no caso do IRDR) e simultaneamente dotar de força vinculativa as decisões assim tomadas, de modo que o chamado *direito jurisprudencial* (vulgata brasileira do *common law*, mas que com o genuíno sistema judicial anglo saxão guarda pouquíssima semelhança, sendo amiúde ventilado como justificação para nossas reformas processuais) pode construir-se a partir de um único caso e, abstraindo-se do substrato fático que deu ensejo à lide em questão, tornar-se *razão reprimada e mundo reprimado*, pois com a pretensão de conter si todas as possibilidades de aplicação, todos os sentidos de aplicação.

As principais questões hermenêuticas que viemos tratando neste trabalho reaparecem tais e quais no atual direito brasileiro. As Súmulas Vinculantes são exemplares. Instituídas pela Emenda Constitucional nº 45/2004), também são consequências da incapacidade da maior parte dos juristas, doutrina e jurisprudência de compreender a Constituição de 1988 aliada à acomodação em vagas semelhanças com teorias e sistemas estrangeiros, resultando em mudanças legislativas ditadas por interesses corporativistas, mais voltadas ao enxugamento da massa processual posta nas mãos do aparelho burocrático-jurisdicional.

A Súmula Vinculante tem a pretensão de encerrar em seu texto todas as possibilidades de aplicação, presentes ou futuras, a partir duma definição *a priori* por parte do STF do limite do sentido de seu texto. *Eis seu caráter anti-hermenêutico!* As Súmulas, ao equalizar texto e norma nos moldes do positivismo exegético, desvincula-se do caso original, tornando-se abstrata e generalizante e, porque também vinculante, com *força de lei*<sup>61</sup>.

A pretensão de encerrar a razão e a realidade no texto normativo (seja lei, seja enunciado jurisprudencial) é a principal marca, como vimos, do objetivismo filosófico do qual bebe o positivismo exegético em seu dogma da completude racional-jurídica das relações humanas.

Não há enunciado que seja claro o suficiente para dispensar qualquer interpretação<sup>62</sup>. Isto é, aplicar uma Súmula Vinculante (exatamente como qualquer outro texto normativo) de maneira mecânica, ou seja, desconsiderando os fatos controversos, o substrato fático da lide, a realidade,

---

<sup>61</sup> As Súmulas Vinculantes, segundo Nelson Nery Junior, constituem num “mecanismo que obriga juízes de todos os tribunais a seguirem o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre determinado assunto com jurisprudência consolidada. Com a decisão do STF, a súmula vinculante adquire força de lei e cria um vínculo jurídico, não podendo mais, portanto, ser contrariada.” (NERY JUNIOR, 2004, p. 109).

<sup>62</sup> A Min. Ellen Gracie, por ocasião da aprovação da Súmula Vinculante nº 14, declarou-se favorável pela impossibilidade de interpretação da mesma. Para a então Ministra do Supremo, uma Súmula Vinculante seria o mais perfeita possível quanto mais fosse impossível de interpretar, ou seja, “clara [...] para ser aplicada sem maior tergiversação”. Leia-se, *in verbis*: “Por 9 votos a 2, o Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou na tarde desta segunda-feira (2) súmula vinculante que garante a advogados acesso a provas já documentadas em autos de inquéritos policiais que envolvam seus clientes, inclusive os que tramitam em sigilo. O texto da 14ª Súmula Vinculante diz o seguinte: ‘É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa’. A questão foi levada ao Plenário a pedido do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) por meio de processo chamado Proposta de Súmula Vinculante (PSV), instituído no STF no ano passado. Essa foi a primeira PSV julgada pela Corte. Dos 11 ministros, somente Joaquim Barbosa e Ellen Gracie foram contra a edição da súmula. Para os dois, a matéria não deve ser tratada em súmula vinculante. A maioria dos ministros, no entanto, afirmou que o verbete trata de tema relativo a direitos fundamentais, analisado diversas vezes pelo Plenário. Eles lembraram que a Corte tem jurisprudência assentada no sentido de permitir que os advogados tenham acesso aos autos de processos. ‘A súmula vinculante, com o conteúdo proposto, qualifica-se como um eficaz instrumento de preservação de direitos fundamentais’, afirmou Celso de Mello. [...] Ellen Gracie concordou com o entendimento dos demais ministros quanto ao direito dos advogados de ter acesso aos autos dos processos, mas afirmou que uma súmula sobre o tema dependeria da interpretação de autoridades policiais. ‘A súmula vinculante é algo que não deve ser passível de interpretação, deve ser suficientemente clara para ser aplicada sem maior tergiversação’.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009, grifo nosso).

enfim, daquela controvérsia jurídica, consiste numa falha processual, filosófica e hermenêutica gravíssima, equivalendo a igualar texto e norma, lei e direito, a entificar o texto sumular<sup>63</sup>.

Na verdadeira tradição da *common law*, os precedentes são simplesmente a resolução de casos concretos e que podem, eventualmente, influenciar futuras decisões. O *leading case* e as teses jurídicas por ele levantadas não nascem já vinculantes. O caso não é *leading case* de nascença, de *per se*. É a tradição jurídica que consolida o caso e suas teses para a justificação de outros que se afigurem semelhantes, e somente a partir de repetitiva e contínua referência temporal é que eles passam a receber força normativa. São os juízes de primeiro e segundo graus que vão fomentando a jurisprudência, mas, no que se desenha na atual quadra histórica do processo brasileiro, eles perderão esta capacidade, esta possibilidade de verdadeiramente criar jurisprudência. Ela virá de cima.

Muito diferentemente do sistema de precedentes da *common law*, as Súmulas Vinculantes constituem-se em enunciados abstratos e generalizantes, com pretensão e até mesmo linguagem legislativas, editadas objetivando a solução de casos futuros. O sistema de precedentes da *common law* é completamente diverso, portanto, daquilo que se implanta em nosso ordenamento jurídico. Ele é histórico e legitimamente jurisprudencial pois sedimentado em repetidas decisões. Nosso sistema decisório com a tão alardeada *commonlização*, ao contrário, desenha-se a-histórico, abstrato e engessante, além de ser criado por meio de *lei* e não da tradição histórica jurisprudencial, o que, por si só, é uma enorme contradição.

Esse é o ponto nodal que criticamos da atribuição desmedida de efeito vinculante para os Tribunais Superiores. Na prática, trata-se de decisão que tem por mote principal facilitar a administração Judiciária mediante a redução quantitativa do número de processos, ou seja, quer resolver problema de gestão. Trata-se de visão em que a questão da segurança jurídica é pensada sob o ponto de vista do Judiciário e a crença de que os mecanismos vinculantes forjados para funcionar verticalmente assegurariam a concretização da segurança jurídica [...] Na realidade, a falta de segurança jurídica em nossa jurisprudência está relacionada à discricionariedade que levamos às últimas consequências, fazendo o julgador acreditar que poderia inclusive se afastar da legalidade vigente, uma vez que em seu imaginário a lei estaria à disposição do intérprete que poderia deixar de aplicá-la por razões de conveniência e oportunidade. (ABBOUD, 2014, p. 390).

---

<sup>63</sup> “Vale dizer, para o senso comum teórico, a elaboração de súmula vinculante, já que ela é abstrata, e sua aplicação é *pro futuro*, poderia ser aplicada de maneira entificada, isto é uma categoria a partir da qual se farão deduções e subsunções. Ora, na medida em que a súmula é feita para resolver casos futuros, e nisso reside um equívoco hermenêutico de fundamental importância, o senso comum passa a imaginar que a utilização da súmula vinculante teria a função precípua de transformar os casos difíceis (que exigiam exaustiva interpretação) em casos fáceis (que em razão do texto sumular passariam a ser solucionados de forma automática via subsunção). Ou seja, a súmula viria para facilitar a vida do intérprete que poderia utilizar a dedução para solucionar milhares de processos de uma só vez, porque agora eles são ‘fáceis’, bastando, então, a subsunção.” (STRECK; ABBOUD, 2014, p. 61-62).



A Súmula Vinculante, aliás, assemelha-se muito mais com os assentos portugueses, já que ambos desvinculam-se dos casos que lhes originaram e adquirem tão logo força normativa. No caso brasileiro, por tempo indeterminado e com abrangência e sentido pré-determinados pelo STF.

Igualmente, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas presente no Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015), apresenta as mesmas problemáticas hermenêuticas próprias do positivismo exegético. Vejamos: as teses jurídicas aplicadas ao processo pinçado, ou processo paradigma da questão de direito controvertida geradora de processos repetitivos em massa, serão aplicadas:

CPC, art. 985, I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;  
II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

Declaradamente, o IRDR objetiva conferir julgamento único, célere e coletivo<sup>64</sup> a processos de massa que tratem da mesma *questão controvertida de direito*, aplicando-se as teses jurídicas vencedoras no julgamento do processo-paradigma (o julgado pelo tribunal de segunda instância, onde o incidente é instaurado) a todos os demais processos que correm na jurisdição do tribunal e que compartilhem a questão jurídica controversa que ensejou a instauração do incidente. Resumidamente, o IRDR almeja a estabilidade do sistema decisório, ou a manutenção da segurança jurídica, com celeridade<sup>65</sup> e economia processuais através de apenas um único julgamento.

---

<sup>64</sup> Mais uma diferença entre o incidente ora estudado e as ações coletivas. Enquanto que no primeiro há uma espécie de “coisa julgada” nos fundamentos jurídicos utilizados na decisão do processo-paradigma, válidos para os casos semelhantes surgidos antes ou depois, sendo uma ação coletiva que visa a proteger direitos individuais homogêneos julgada procedente, os efeitos da coisa julgada, segundo o art. 103, III, do CDC, serão *erga omnes*. No entanto, esta *paradigmatização* de determinado feito não é realizada criteriosamente, isto pois qualquer causa repetitiva poderá dar ensejo à instauração do IRDR. Assim, pois, o precedente que se tornará vinculativo pode ser qualquer um representativo da causa que traga a mesma controvérsia quanto a questão de direito (e não fática), e não necessariamente o que melhor a represente, isto porque o juízo de conveniência e de representatividade não é realizado, ficando a cargo de qualquer legitimado suscitar o IRDR tão logo chegue ao tribunal o primeiro processo considerado repetitivo.

<sup>65</sup> Ressalte-se que a instrumentalidade do processo e sua irmã gêmea, a celeridade processual, não podem ser confundidas com resolução em massa *abstrata, única* e porque não, também *metafísicas*, já que prescindem do substrato fático, dos processos. A celeridade e a efetividade processuais não são devidas pelo Estado para com o Judiciário, e nem pelos juízes das cortes superiores para com os demais juízes, e sim são devidas pelo Estado, como guardião da Constituição, para com seus cidadãos que buscam através do processo a efetivação de seus direitos nela garantidos. Se assim não é, a Constituição e o Estado Democrático de Direito exigem que assim seja.

A inspiração do IRDR, como consta na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015<sup>66</sup>, é o *Musterverfahren* do direito alemão. No entanto, é de se ressaltar que o *Musterverfahren* está previsto em lei reguladora de investimentos no mercado de capitais e serve *apenas* a esta natureza de controvérsia jurídica. Além do mais, o fato de ser uma lei temporária, apta a vigor até 2020, indica ter sido ela instrumentalizada para a resolução de questões igualmente temporárias. A pequena amplitude do *Musterverfahren* em tempo e em espaço não é mencionada pelos redatores do CPC.

As diferenças da matriz alemã em relação ao instituto previsto no Código brasileiro são muitas e importantes. Em primeiro lugar, o modelo alemão não contempla instauração *ex officio*, o que é mais um indício de que a reforma processual brasileira é mais disposta aos interesses da máquina administrativa e jurisdicional do que para os jurisdicionados. Se a instauração do incidente fosse direito e responsabilidade apenas das partes, como no caso alemão, caberia a elas, e somente a elas, o juízo de adequação e conveniência para o acionamento do instituto. No *Musterverfahren*, por não haver instauração *ex officio*, cabe à parte suscitadora do incidente limitar seu alcance, tanto fático quanto jurídico.

---

<sup>66</sup> Transcreve-se aqui a parte referente ao tema na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015: “Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão18 excessiva da jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o asoerramento de trabalho no Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional. Dentre esses instrumentos, está a complementação e o reforço da eficiência do regime de julgamento de recursos repetitivos, que agora abrange a possibilidade de suspensão do procedimento das demais ações, tanto no juízo de primeiro grau, quanto dos demais recursos extraordinários ou especiais, que estejam tramitando nos tribunais superiores, aguardando julgamento, desatreladamente dos afetados. Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta. O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes. É instaurado perante o Tribunal local, por iniciativa do juiz, do MP, das partes, da Defensoria Pública ou pelo próprio Relator. O juízo de admissibilidade e de mérito caberão ao tribunal pleno ou ao órgão especial, onde houver, e a extensão da eficácia da decisão acerca da tese jurídica limita-se à área de competência territorial do tribunal, salvo decisão em contrário do STF ou dos Tribunais superiores, pleiteada pelas partes, interessados, MP ou Defensoria Pública. Há a possibilidade de intervenção de *amici curiae*. O incidente deve ser julgado no prazo de seis meses, tendo preferência sobre os demais feitos, salvo os que envolvam réu preso ou pedido de habeas corpus. O recurso especial e o recurso extraordinário, eventualmente interpostos da decisão do incidente, têm efeito suspensivo e se considera presumida a repercussão geral, de questão constitucional eventualmente discutida. Enfim, não observada a tese firmada, caberá reclamação ao tribunal competente. As hipóteses de cabimento dos embargos de divergência agora se baseiam exclusivamente na existência de teses contrapostas, não importando o veículo que as tenha levado ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça. Assim, são possíveis de confronto teses contidas em recursos e ações, sejam as decisões de mérito ou relativas ao juízo de admissibilidade. Está-se, aqui, diante de poderoso instrumento, agora tornado ainda mais eficiente, cuja finalidade é a de uniformizar a jurisprudência dos Tribunais superiores, *interna corporis*. Sem que a jurisprudência desses Tribunais esteja internamente uniformizada, é posto abaixo o edifício cuja base é o respeito aos precedentes dos Tribunais superiores.” (BRASIL, 2010, p. 4).

Ora, o *Musterverfahren* não faz distinções entre *questões de fato* e *questões de direito*, assumindo-as ambas como competentes para suscitar o instituto. Muito ao contrário, o CPC apenas dispõe que as teses vencedoras no julgamento do processo-paradigma são estendidas aos demais processos, presentes e futuros, que tramitem na área de jurisdição do tribunal e que tratem da mesma *questão de direito*, e não *questão de fato*! Relembre-se as palavras de Cambacérès, já citadas neste trabalho, membro da Escola da Exegese e um dos grandes comentadores do Código Napoleônico:

Observem, cidadãos, que uma das grandes objeções contra a medida que aqui proponho é a impossibilidade de separar o fato do direito... Pois bem, respondo que no futuro os processos não apresentarão quase nunca pontos de direito a serem esclarecidos e que a maior parte será concluída pelo relatório de especialistas ou por uma prova que é testemunhal. (CAMBACÉRÈS apud BOBBIO, 1995, p. 68-69).

Enquanto a exaltada crença ali nos primórdios do positivismo exegético seja a possibilidade de irrelevância total das *questões de direito* para a resolução do caso concreto, e isto em motivo do dogmas exegético de completude abstrata-racional do texto legal, o que se mostrou um retumbante fracasso, no Brasil a “novidade” é a crença no sentido oposto, no descarte das *questões de fato*, separando, cirurgicamente, uma das outras. Como se fosse possível... Trata-se novamente dos esforços jurídicos-dogmáticos de *abstratização* da realidade, outrora matéria circumspecta à legislação, pela necessidade da lei ser geral, em confronto com a *materialidade* da jurisprudência, por esta lidar cotidianamente com os fatos concretos, com o *código concreto*. Mas no Brasil de hoje os papéis se aproximam justamente pelo crescente papel normativo abstrato, generalizante e vinculante dos nossos tribunais.

O IRDR ainda afronta os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa em três momentos: no CPC não há mecanismos para que as partes aleguem a desnecessidade de suspensão de seu processo específico, já que juridicamente diverso daquele pinçado para paradigma, tampouco há qualquer possibilidade para que as partes comprovem o descabimento das teses jurídicas consagradas no julgamento do processo-paradigma ao seu próprio processo. Ou seja, não há espaço para a alegação de diferenciação material entre os processos. Todos são julgados como iguais. *Julgamento único, célere, coletivo e abstrato*. No mais, como as teses jurídicas são também estendidas aos casos *futuros*, uma aberração jurídica também não conhecida no *Musterverfahren* ou em qualquer outro instituto de vaga semelhança, as partes destes processos futuros também têm suas

garantias ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa violados (NERY JUNIOR, 2010, p. 210-211), pois não tiveram como participar e influenciar o julgamento da própria lide.

Assim,

De acordo com o NCPC, qualquer causa repetitiva, desde que pendente no tribunal, poderá dar ensejo à instauração do IRDR. Não se exige uma análise cuidadosa acerca da existência de homogeneidade entre as questões envolvidas no processo pendente no tribunal e nos demais processos repetitivos. Logo, chegando ao tribunal a primeira causa repetitiva, qualquer legitimado pode, de imediato, requerer a instauração do incidente processual, mesmo que essa demanda não seja a que melhor representa a controvérsia. Pior: a ideia de *judgamento abstrato* do IRDR permite aplicar a tese jurídica às causas futuras, referentes a litigantes que não tiveram qualquer possibilidade de participação e influência no julgamento coletivo. (ABBOUD, 2014, p. 395-396).

Em conclusão, o *Musterverfahren* não guarda nenhuma semelhança com o IRDR. Sua aplicação é bastante específica, somente questões cíveis relacionadas ao mercado imobiliário, e, juntando ao fato de ser temporário, nunca pretendeu servir como panaceia ou solução ao menos parcial para quaisquer dos problemas judiciais alemães, como é o que ocorre com o disforme IRDR em terras tupiniquins. Sua função parece a de ter sido uma espécie de *lastro legislativo* seguro (por ser europeu, por ser alemão) para uma construção legislativa tipicamente brasileira, original.

Deste modo, o IRDR aprofunda e amplia as transformações instituídas pelas Súmulas Vinculantes no sistema decisório brasileiro. Ora, o incidente vincula a decisão e seus motivos determinantes para todos os demais processos, individuais ou coletivos, presentes ou futuros, que, tramitando na área de jurisdição do tribunal de segunda instância, compartilhem idêntica *questão de direito*, aplicando-se as teses vencedoras no julgamento do processo-paradigma, único e que poderá não ser o melhor representativo da controvérsia.

Possuindo o IRDR as características principais e os mesmos objetivos das Súmulas Vinculantes, tanto em seu aspecto hermenêutico quanto legislativo (quais sejam abstração, generalidade, vinculação e aplicabilidade *pro futuro*), é possível conceitua-lo como “súmulas vinculantes de segunda instância”. No senso comum teórico dos juristas, o IRDR também *entifica-se* (já que completamente desvinculado das circunstâncias fáticas que lhe ensejaram, tanto no momento de sua instauração quanto no momento de sua aplicação presente ou futura)

na premissa maior do silogismo judicial<sup>67</sup>, *exatamente* como qualquer texto normativo. Com o importante adendo da continuação do silogismo lógico, por parte considerável da doutrina neoconstitucionalista, também para os princípios, como indica Luís Roberto Barroso (2008, p. 29):

Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela *identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.*

*A jurisprudência no Brasil não está sendo construída, mas forçada de cima para baixo* em dois graus: em primeiro lugar, é determinação legislativa, *lei*, que dota de força vinculante compulsória a jurisprudência do STF com as Súmulas e a jurisprudência dos tribunais de segunda instância com o IRDR, o que já difere decisivamente o sistema brasileiro do *common law*. Simplesmente é impossível impor legislativamente o sistema de precedentes judiciais ou qualquer sistema vagamente semelhante com o *common law*, configurando-se uma *contradictio in terminis*. Aliás, no Brasil não há precedentes judiciais legítimos, mas sim vinculação jurisprudencial ou uniformização jurisprudencial, fenômeno completamente diverso, e que maquiniza sobremaneira os juízos de primeiro grau<sup>68</sup>. Em segundo lugar, esta jurisprudência vincula forçosamente os graus inferiores de jurisdição.

O “juiz racional” nos moldes do legislador racional. Assim, o puro e simples silogismo judicial abstrato-racional e a objetificação filosófica-jurídica (razão e realidade contidas nos textos normativos: texto legal e texto dos enunciados jurisprudenciais vinculantes; a hermenêutica apenas como extração de sentidos e sua reprodução automática) permanecem fortemente no senso comum teórico dos juristas, fomentando, no Brasil contemporâneo, do juiz boca-da-lei para o juiz boca-dos-tribunais.

---

<sup>67</sup> “No *common law* inexistente aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. Isso porque não existe uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar por efeito cascata diversos casos futuros, pelo contrário, a própria regra jurídica (precedente) é fruto de intenso debate e atividade interpretativa, e após ser localizado, passa-se a verificar se na circunstâncias do caso concreto que ele virá solucionar é possível utilizado sem que ocorram graves distorções, porque se elas ficaram caracterizadas, o precedente deverá ser afastado. Nesse contexto, o precedente não configura jurisprudência como *regra*, como se fosse lei e/ou fonte normativa, mas como mecanismo de persuasão do tribunal que a editou, para influenciar, se for o caso, as hipóteses futuras.” (ABBOUD, 2014, p. 542-543).

<sup>68</sup> “No fundo, refaz-se, no *campo jurídico*, uma *nova forma de divisão (social) do trabalho* (jurídico): os intérpretes de primeiro nível – que possuem a fala autorizada no campo da dogmática jurídica dominante – fazem o que se poderia chamar de trabalho intelectual, restando para os operadores/aplicadores do direito, uma espécie de trabalho “braçal” de reprodução do sentido instituído e instituinte. Há, nesse processo que (sub)divide o trabalho jurídico-hermenêutico, um poder implícito de nomeação.” (STRECK, 2014, p. 337).

O fato de o direito, tal como o concebemos, não poder menosprezar a segurança jurídica e dever, por esta razão, evitar a subjetividade e a arbitrariedade, o fato de constituir um empreendimento público - pois o juiz recebe sua autoridade do Estado, que lhe confere competência e poder - impede identificar, pura e simplesmente, o que é justo segundo o direito com o que parece justo a um indivíduo. (PERELMAN, 2000, p. 98).

Nem *civil law*, nem *common law*. A jurisprudência vinculante à brasileira é *sui generis*, sem profunda semelhança com qualquer outro sistema judicial. Mais uma jabuticaba.

O culto ao texto da lei, tão típico da primeira versão positivista, cada vez mais se torna *também* culto à jurisprudência. Do juiz boca-da-lei para o juiz boca-dos-tribunais.

Se na Revolução Francesa não há jurisprudência senão lei, caminhamos para um modelo em que não há lei senão jurisprudência. Jurisprudência esta dos tribunais superiores e é formada em bases discricionárias. Assim, passados mais de dois séculos, caminhamos para um retrocesso primitivo no aspecto hermenêutico, *de um juiz boca fria da lei passamos para um juiz boca fria dos tribunais superiores. Se essa troca, em termos hermenêuticos, muda muito pouco, em termos democráticos, podemos afirmar que há um retrocesso*, porque passa a se privilegiar atos oriundos do próprio Judiciário do que a lei que é o ato representativo da maioria democrática por excelência. (ABBOUD, 2014, p. 368, grifo nosso).

Se a tradição positivista permanece dominante nos âmbitos legislativo e jurisprudencial do país, reassumindo importância hermenêutica com a alegada aproximação com o *common law* (em realidade mais recrudescimento do próprio positivismo exegético com nuances da irracionalidade normativista, confusão entre princípios e valores e recepções equivocadas da ponderação de princípios de Alexy e do realismo jurídico), no ensino do direito a situação não se encontra diferente. A técnica de exposição dos códigos e leis artigo por artigo, respeitando a matéria exatamente como distribuída pelo legislador, bem como a interpretação dos tribunais (ou melhor, a muitas vezes anticonstitucional definição de sentidos atribuída pelo Judiciário aos textos normativos), predomina nas salas de aula das mais de mil faculdades de direito do país (mais do que todo o restante do mundo), cursinhos preparatórios para o exame de ordem e os milhes de concursos públicos. A maioria da doutrina, por sua vez, acriticamente espelha esta situação, muito porque o público jurídico consumidor brasileiro é em sua maioria também acrítico, positivista (em suas variadas formas) e imenso, procurando exclusivamente a aprovação no exame de ordem ou no concurso público. Nos últimos tempos, em correspondência com os juízes, cada vez mais a doutrina nacional deixa de comentar leis e

códigos para também ser *doutrina-comentarista-dos-tribunais*, com as mesmíssimas características.

O ensino do direito do qual, aliás, provêm todas as consequências prático-hermenêuticas do positivismo exegético tanto na Escola da Exegese do século XIX quanto no Brasil contemporâneo.

Por todos, o belo excerto de Bittar (2006, p. 28-29):

O cotidiano das disciplinas ensinadas nas faculdades, no lugar de produzir capacidade de autonomia, produz, em seu conjunto, o esvaziamento de ideais de vida (gerando em seu lugar o conformismo), a formatação de mentalidades para a aceitação (a inaceitação é sempre mal recebida), o encapsulamento de vontade de libertação (gerando apatia), a castração da luta pela sempre presente exigência da pureza do conceito (criando a consciência da abstração e da nulidade da ação). Trata-se de um modelo de ensino que desestimula, em todos os sentidos, a dúvida – ela é mal vista, mal recebida e profundamente deslocada -, mas somente se torna bem-vinda quando se trata da dúvida meramente ‘esclarecedora da matéria lecionada’. O recomençar de modo diferente não é autorizado, por isso, o pensar é aniquilado a cada passo que se dá na ‘ministração da matéria oficial a ser lecionada para cumprir o currículo mínimo’. A opressão (poder) é a marca do sistema, e não a liberdade (autonomia) [...] na massividade impessoal das salas lotadas de pessoas cujas esperanças de ascensão social se depositam sobre o sonho de serem igualmente autoridades, reproduzindo o *status quo*, que em um país onde só se respeita a autoridade do título ou do cargo.

Destacamos as mais importantes modificações legislativas e jurisprudenciais no Brasil, as quais segue a doutrina, para demonstrarmos as consequências das tradições positivistas no senso comum teórico, e prático!, dos juristas brasileiros. Quanto aos pressupostos fundamentais do positivismo exegético de que tratamos primeiramente, temos que em especial em relação à doutrina liberal da separação dos poderes há sim diferenças importantes. Observa-se no mundo ocidental, e em países de frágil tradição democrática-constitucional ainda mais, como é o caso brasileiro, um progressivo abrandamento ou relativização da separação dos poderes estatais. Embora nunca conseguira efetivar de fato o prometido por Montesquieu, a fragilização da separação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, num movimento neoliberal de fragilização do próprio Estado, ocasiona facilidades ainda maiores de penetração dos interesses econômicos.

No mais, os juízes-ministros das Cortes Superiores (e mesmo os desembargadores de segunda instância) ampliam sua inafastável responsabilidade de legislar para o caso concreto para legislar de maneira abstrata, generalizante e vinculante, o que, se em termos de hermenêutica jurídica não represente quiçá mudança paradigmática, por outro lado,

politicamente, é um gigantesco retrocesso antidemocrático. *O reclame pela legitimidade democrática das decisões estatais é característica duma sociedade e cultura jurídica desenvolvidas*<sup>69</sup>. *O drama dos países subdesenvolvidos ou de modernidade tardia está em precisamente reclamar esta legitimidade e, ao mesmo tempo, ainda não superar tradições positivistas derrotadas pela própria Teoria Pura do Direito, fazendo fantasmas de alvos.*

Estamos bem familiarizados com o aforismo de que o direito é o que o tribunal diz que ele é. Mas isso pode significar duas coisas bem diferentes. Pode significar que os tribunais estão sempre certos quanto ao que é o direito, que suas decisões criam o direito, de tal que, quando interpretam a Constituição de determinada maneira, essa no futuro será necessariamente a maneira certa de interpretá-la. Ou pode significar simplesmente que devemos obedecer às decisões dos tribunais, pelo menos de maneira geral, por razões práticas, embora nos reservemos o direito de sustentar que o direito não é o que eles disseram. O primeiro modo de ver é o do positivismo jurídico. Creio que está errado e, no fim, corrompe profundamente a ideia e o Estado de Direito. (DWORKIN, 2005, p. 170-171).

Finalizemos agora com a tradicional doutrina da aplicabilidade das normas constitucionais cunhada por José Afonso da Silva no final da década de 1960, ainda bastante difundida. Antes de tudo é necessário ressaltar que a aplicabilidade em questão é jurídica<sup>70</sup>, ou seja, trata-se duma qualidade da norma constitucional de produzir efeitos jurídicos. O autor não analisa outras espécies como a aplicabilidade social ou efetividade das normas constitucionais.

Pois bem, no conhecido modelo de Afonso da Silva (1998) as normas são agrupadas no seguinte modo:

- I) Normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral;
- II) Normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral;
- III) Normas de eficácia limitada;
  - a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos;

<sup>69</sup> “Ambas, a decisão (enquanto coparticipação ‘do povo’) e a implementação (enquanto efeitos produzidos ‘sobre o povo’), devem ser questionadas democraticamente. Os dois aspectos são resultados de uma cultura jurídica desenvolvida, assim como o é a correção, nos termos do Estado de Direito, da observância, por parte do Estado, das circunstâncias de fato de inibição da ação estatal bem como de prestações estatais diante das pessoas atingidas.” (MÜLLER, 2003, p. 77).

<sup>70</sup> “Não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos [...] O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida.” (SILVA, J. A., 1998, p. 81-82).



b) b) declaratórias de princípio programático<sup>71</sup>.

O primeiro grupo contém as normas que imediatamente, desde sua entrada em vigor, já estão aptas a produzir seus efeitos essenciais (ou com a possibilidade de produzi-los). As normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integram bastam-se por si mesmas, possuindo normatividade total. São as normas mais *independentes*, por assim dizer, tanto do legislador constitucional e ordinário como da legislação infraconstitucional futura, pois não necessita de complementação.

Já as normas do segundo grupo não dispõem de normatividade integral, não conseguindo exercer *in totum* os seus mandamentos. Carecem, assim, de outras normas que as regulamentarão, limitando-a ou suplementando-a, para o atingimento de sua normatividade total.

As normas do terceiro grupo, por sua vez, são as menos fortes e mais dependentes. A entrada em vigor destas normas não é suficiente para que elas, por si sós, produzam seus efeitos. O legislador constitucional não pôde ou não quis dotar tais normas de normatividade o bastante, e portanto a tarefa de torná-las aplicáveis juridicamente é transposta para o legislador ordinário e demais Poderes do Estado. Quanto às normas declaratórias de princípios programáticos, o legislador originário certamente dita alguns, o que não impede o legislador ordinário de adicionar outros. Já as normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos, por óbvio, não teriam o condão de prever todas as minúcias para o funcionamento dos poderes estatais, e assim a responsabilidade constitucional quanto a estas normas de mais natureza técnica e administrativa é repartida.

A doutrina de José Afonso da Silva, a qual ainda hoje goza de enorme prestígio, é claramente explicativa e não prescritiva. No entanto, as cerca de cinco décadas passadas de sua versão original e a emergência da Constituição Federal de 1988 nos fazem questionar esta importância permanente e a própria validade, enfim, desta doutrina dentro dos novos paradigmas jurídico-políticos.

Nossas críticas são principalmente duas: uma de caráter mais teórico e outra de caráter mais prático.

Teoricamente, a distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida não se sustenta. Ora, a diferença entre elas está justamente na necessidade de legislação

---

<sup>71</sup> “Por isso, pode-se dizer que as normas de eficácia plena sejam de aplicabilidade direta, imediata e integral sobre os interesses objeto de sua regulamentação jurídica, enquanto as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não-essenciais, ou, melhor, não dirigidos aos valores-fins da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes [...] As normas de eficácia contida também são de *aplicabilidade direta, imediata*, mas *não integral*, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade.” (SILVA, J. A., 1998, p. 83).

ulterior para complementá-las: enquanto as primeiras têm normatividade integral, as segundas necessitam de complementação legislativa ulterior. Esta posição pressupõe a onipotência das normas de eficácia plena: elas não seriam restringíveis, o que contraria conquista adquirida ao longo do desenvolvimento da ciência jurídica contemporânea sobre a restrição e regulamentação de toda e qualquer norma, mesma aquela que define direitos fundamentais<sup>72</sup>. Teoricamente esta primeira distinção é insustentável.

Quanto à distinção entre as normas de eficácia plena e as normas de eficácia limitada, e valemo-nos aqui das críticas de Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 33-34), ela está fundada em dois pressupostos no mínimo problemáticos: a possibilidade de estrita distinção entre eficácia e efetividade e a crença de que alguma norma possa produzir seus efeitos sem outras condições além das jurídicas, como as fáticas e institucionais. Indaga-se primeiramente se é possível diferenciar semanticamente “eficácia”, “efetividade” e mesmo “aplicabilidade”, questão não enfrentada por José Afonso da Silva e tormentosa até hoje, se relevante. O segundo pressuposto, muito mais frágil, simplesmente ignora *condições* (jurídicas e extrajurídicas) para a aplicação da norma constitucional. Novamente aqui a onipotência da norma de eficácia plena. Ela bastaria por si mesma.

As consequências práticas (e com isto nos referimos tanto às consequências no imaginário da doutrina e dos juristas em geral, às considerações dos legisladores e à fundamentação das decisões judiciais bem como de toda e qualquer decisão dos Poderes Públicos), são gravíssimas. A Constituição torna-se, como nos versos de Fernando Pessoa, num “*papel pintado de tinta*”, “*uma coisa em que está indistinta a distinção entre nada e coisa nenhuma.*” (apud GRAU, 1998, p. 124, grifo nosso). Apesar de inegavelmente ao momento de sua publicação a doutrina de José Afonso da Silva ter contribuído para uma quebra de paradigma no cenário jurídico nacional, ou seja, a atribuição de algum grau de eficácia às normas constitucionais, afastando-se da concepção delas serem simplesmente enunciações eleitorais sem força vinculante, e, assim, pioneiramente no Brasil introduzir uma das mudanças fundamentais do constitucionalismo, hoje ela mais se presta ao objetivo oposto, com consequências funestas não imagináveis pelo autor, como a desconstrução da

---

<sup>72</sup> “[...] todos os direitos fundamentais são restringíveis e todos os direitos fundamentais são regulamentáveis. Em geral, é até mesmo difícil - às vezes impossível - distinguir o que é restringir e o que é regulamentar direitos. Em vista disso, a conclusão, que já foi mencionada ao longo dos tópicos anteriores, só pode ser a seguinte: *se tudo é restringível*, perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de restrições a direitos - logo, não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida ou restringível; além disso, *se tudo é regulamentável* e, mais do que isso, *depende de regulamentação para produzir todos os seus efeitos*, perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de regulamentações a direitos - logo, não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada.” (SILVA, V. A., 2006, p. 30-31).

normatividade constitucional, o afrouxamento do vínculo entre Constituição e legislador ordinário<sup>73</sup> e a relativização dos direitos fundamentais.

Iluminador neste momento o acórdão de 1969 do Tribunal Constitucional alemão sobre as normas programáticas colacionado por Eros Grau (1988, p. 127). O primeiro item do acórdão explicita uma das consequências da doutrina ora criticada: se o direito previsto na Constituição possui sua eficácia ou aplicabilidade subordinadas à lei ordinária, inverte-se pura e simplesmente a hierarquia das normas jurídicas e todos os esforços do constitucionalismo do século XX.

a) *Quando a teoria sobre normas constitucionais programáticas pretende que na ausência de lei expressamente reguladora da norma esta não tenha eficácia, desenvolve uma estratégia mal expressada de não vigência (da norma constitucional), visto que, a fim de justificar-se uma orientação de política legislativa – que levou à omissão do Legislativo – vulnera-se a hierarquia máxima normativa da Constituição;*

b) O argumento de que a norma programática só opera seus efeitos quando editada a lei ordinária que a implemente implica, em última instância, a transferência de função constituinte ao Poder Legislativo, eis que a omissão deste retiraria de vigência, até a sua ação, o preceito constitucional;

c) Não dependendo, a vigência da norma constitucional programática, da ação do Poder Legislativo, quando – atribuível a este a edição de lei ordinária – dentro de um prazo razoável, não resultar implementado o preceito, sua mora implica em violação da ordem constitucional;

d) Neste caso, tal mora pode ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, competindo a este ajustar a solução do caso *sub judice* ao preceito constitucional não implementado pelo legislador, sem prejuízo de que o Legislativo, no futuro, exerça suas atribuições constitucionais.

Duas conclusões fazem-se indispensáveis.

As normas constitucionais programáticas encerram uma índole conservadora disfarçada. A simples presença textual de direitos e garantias na Constituição drena, em parte, o necessário e contínuo empenho em efetivá-los<sup>74</sup>. Tornam-se parte dum horizonte prometido, mas muito distante ou infactível.

<sup>73</sup> “Nesta exposição, assim, a confissão de que porções da Constituição soam e têm o mesmo valor que se pode atribuir às propostas demagógicas no programa de qualquer candidato a um cargo político, ou às manifestações, ainda que cheias de nobres intenções, em uma reunião de pessoas vinculadas apenas por expressões de boa vontade. A Constituição promete, mas as promessas são inócuas, na medida em que o seu cumprimento fica a depender da ação do legislador ordinário. O máximo que se consegue – o que é, contudo, um quase nada – é tomar dos preceitos em que instituídas essas promessas para contrapô-los a atos ou normas que se tenha como com eles incompatíveis.” (GRAU, 1998, p. 125).

<sup>74</sup> “Nelas se erige não apenas um obstáculo à funcionalidade do Direito, mas, sobretudo, ao poder de reivindicação das forças sociais. Parte do que teria o povo a reivindicar já está contemplado na Constituição. Não se dando conta, no entanto, da inocuidade da contemplação desses ‘direitos sem garantias’, o povo se acomoda, alentado e entorpecido pela perspectiva de que esses mesmos direitos ‘um dia venham a ser realizados’.” (GRAU, 1998, p. 125).

Por outro lado, a doutrina das normas constitucionais programáticas retira normatividade do Texto Constitucional, significando retrocesso em relação às principais conquistas do constitucionalismo.

### 4.3 A não recepção constitucional

#### *Quis custodiet ipsos custodes?*

A tradição legada por Montesquieu e fortificada pelos positivismos exegético e normativo de não ser o Judiciário verdadeiro Poder do Estado, poder nulo ou secundário, de qualquer modo não normativo, encontra seu fim no pós-guerra. A partir do constitucionalismo contemporâneo se reconhece o Judiciário como também poder normativo e, portanto, também poder político. Se no esquema liberal-iluminista o Poder Judiciário seria apenas aquele que diz o direito nos conflitos, garantindo a manutenção da ordem social em face dos outros Poderes, grande tarefa que se apresenta hoje aos juristas e teóricos é de controlar constitucionalmente o Judiciário assim como já ocorre, bem ou mal, em relação aos outros Poderes.

Portanto, a garantia dos direitos está, majoritariamente, confiada, em última análise, a juízes. No que respeita a isso, os juízes têm a última palavra. Ora, essa técnica de garantia dos direitos está fundada numa doutrina ‘formalista’ da interpretação e da aplicação do direito. [...] *Em suma, o Poder Judiciário não é um poder normativo. É este o fundamento conceitual da teoria de Montesquieu, segundo a qual o Poder Judiciário é um poder ‘de algum modo nulo’ e o juiz não passa da ‘boca da lei’. Para garantir os direitos de liberdade, o poder deve ser limitado pelo poder, mas não existe o problema de limitar o Poder Judiciário, já que o poder judiciário, afinal, não é um ‘verdadeiro’ poder. É o poder judiciário que funciona como garantia dos direitos diante de todos os outros poderes, mas não há nenhum problema de garantia dos direitos contra o próprio Poder Judiciário. Evidentemente, essa técnica de garantia dos direitos é satisfatória enquanto se pensa na aplicação do direito de maneira formalista. Mas a mesma técnica deixa completamente de ser satisfatória caso se pense, ao contrário, que o poder de julgar é, também ele, um poder (em última análise) também normativo e, portanto, um poder político. Se se reconhece – como agora quase todos reconhecem – que também o Poder Judiciário é um poder político, surge então o problema – inteiramente novo para o constitucionalismo – de inventar técnicas constitucionais apropriadas que garantam os direitos de liberdade contra o Judiciário.* (GUASTINI, 2005, p. 267-268, grifo nosso).

Como se anteriormente à Constituição Federal de 1988 o Judiciário brasileiro fosse “um departamento técnico especializado”<sup>75</sup>!

Já Oliveira Vianna, sociólogo brasileiro anterior à geração de 1930, criticava os males da Constituição Republicana de 1891: a total disparidade entre Constituição e realidade<sup>76</sup>; o amor pelas fórmulas escritas<sup>77</sup>, e a incompreensão dos constituintes (e constituídos) acerca dos problemas nativos, resultando num sincretismo ideológico de ideias fora do lugar fadado ao fracasso.

Os republicanos, segundo ele, eram “excelentes tradutores de males estranhos, péssimos intérpretes dos nossos próprios males.” (1927, p. 26-27), sendo natural que a grande obra republicana, a Constituição de 1891, fosse teoricamente bela, sem dúvidas, mas impraticável. Formulada com excelentes intenções a partir da democracia francesa, do liberalismo inglês e do federalismo americano (1927, p. 27), acreditou-se na letra da Constituição liberal como suficiente por si só de reorganizar o país e fazê-lo avançar<sup>78</sup>, mas tendo pouco de natureza brasileira sucumbiu, de fato, à política do café-com-leite.

Todas estas considerações nos deixam ver que o problema da nossa organização política é muito mais complexo do que parece àqueles que pensam poder resolvê-lo com simples reformas constitucionais. De certo, os que assim pensam são espíritos que ainda cultivam a velha crença supersticiosa no poder das fórmulas escritas. (OLIVEIRA VIANNA, 1927, p. 63).

Quais críticas de Oliveira Vianna são improcedentes, hoje?

<sup>75</sup> A expressão é de Luís Roberto Barroso: “Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais *deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político*, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes. Pois bem: em razão desse conjunto de fatores – constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário –, verificou-se no Brasil uma expressiva *judicialização* de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final.” (BARROSO, 2009, p. 45, grifo nosso).

<sup>76</sup> “Realmente, todo o sistema político engenhado na Constituição assenta-se sobre um certo número de presunções, que, entre nós, não têm, nem podem ter, nenhuma objetividade possível. São presunções de natureza meramente especulativa, inteiramente fora das condições reais da nossa vida coletiva.” (VIANNA, 1927, p. 40).

<sup>77</sup> “Eles (*os republicanos*) se haviam contentado até então (*a Proclamação da República*) com um vago programa de aspirações vagas formulado em frases vagas: os ‘imortais princípios’, o ‘regime da opinião’, a ‘soberania do povo’, a ‘organização federativa’, o ‘princípio da liberdade’, a ‘democracia’, a ‘república’, etc. [...] *O traço mais distintivo desta mentalidade era a crença no poder das fórmulas escritas*. Para esses sonhadores, pôr em letra de forma uma ideia era, de si mesma, realizá-la.” (VIANNA, 1927, p. 24-25).

<sup>78</sup> “... as grandes modificações da nossa vida política escapam ao domínio exclusivo das reformas de caráter puramente constitucional. Estas reformas no texto da Constituição representarão apenas *um* dos meios da nossa reorganização política, e, ainda assim, meio subsidiário ou acessório, mas nunca meio principal e, muito menos ainda, meio *único*.” (VIANNA, 1927, p. 66).

O neoconstitucionalismo brasileiro teve importância, num primeiro momento, ao afirmar a força normativa da Constituição logo após 1988. No entanto, se o constitucionalismo europeu já datava de quatro décadas, o brasileiro engatinhava e assim, combinado à incapacidade do senso comum teórico de absorver os novos paradigmáticos do Estado Democrático de Direito, descambou para rótulo justificador-de-tudo, em que quase-tudo-cabe. Nos referimos agora às doutrinas prestigiadas como a ponderação de princípios de Alexy e o realismo jurídico, bem como a situações tipicamente brasileiras como o a *commonlização*. “Neoconstitucionalismo implicava ir além de um constitucionalismo de feições liberais – que, no Brasil, sempre foi um simulacro em anos intercalados por regimes autoritários – em direção a um constitucionalismo compromissório, de feições dirigentes.” (STRECK, 2011, p. 35). No entanto, sob a grandiosa designação “neoconstitucionalismo”, o qual assume ares de novidade sendo que já Aristóteles dissertava sobre a Constituição como pacto civilizatório mínimo e centro das decisões políticas da pólis, justifica-se cada vez mais a desconstrução constitucional a partir de argumentos teleológicos e morais, os quais sempre findam por pertencer à maioria de momento, às conjunções partidárias, etc. corrompendo a normatividade da Constituição, o grau de autonomia mínimo do direito conquistado pelo constitucionalismo. O neoconstitucionalismo apenas condensa as críticas antiformalistas de fins do século XIX e início do século XX (STRECK, 2014, p. 133), purificadas, diga-se de passagem, com a Teoria Pura de Kelsen. Eis o porquê de passarmos a limpo o século XIX e seus desdobramentos, tanto de reação como de contrarreação à Escola da Exegese, como a jurisprudência dos interesses e o movimento do direito livre. Por esta razão, trata-se o neoconstitucionalismo brasileiro apenas de superação parcial e superficial da primeira fase do positivismo, o positivismo exegético, e atrasado em décadas.

O resultado disto tudo?

- Supremo Tribunal Federal limitou o princípio da presunção da inocência, e boa parte da comunidade jurídica aplaudiu;
- Tribunal de Justiça de São Paulo anulou a condenação dos setenta e três policiais envolvidos no massacre do Carandiru com base na “consciência” do desembargador Sartori;
- Juíza carioca autorizou busca e apreensão coletiva na Cidade de Deus;
- Juíza catarinense anulou autos de infração de auditores do Ministério Público do Trabalho que constatou trabalhos análogos à escravidão, pois os trabalhadores em liberdade seriam criminosos, alcoólatras e dependentes químicos;

- Tribunal Regional Federal da 4ª Região afirmou a excepcionalidade da operação “Lava Jato”, e assim os princípios e regras jurídicos não incidem sobre ela, configurando um “processo de exceção”;
- O juiz Sérgio Moro legislou a “medida coercitiva quando o acusado não oferece nenhuma resistência a prestar esclarecimentos”, de preferência com prévia intimação da mídia, e fez escola.

A primeira constatação indispensável sobre a Constituição de 1988 é de ter ela não se originado de ruptura com as instituições anterior (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 451). Apresentou amplas reformas em alguns setores, como os direitos e garantias fundamentais. Noutras esferas, apenas constitucionalizou interesses corporativistas e econômicos, como as concessões de rádio e televisão, de resto já consolidados no regime anterior. Apesar disto, foi a constituinte com maior participação popular da história brasileira<sup>79</sup>, o que, se não é pouco, também revela a fragilidade de nossa tradições democrática e constitucional.

Luís Carlos Prestes a declarou “[...] a mais reacionária das nossas Constituições.” (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 492). Sobre a Constituição de 1988 ser bastante prolixa (a segunda maior do mundo, atrás apenas da Indiana com cerca de quinhentos artigos), objetivando constitucionalizar os mais amplos domínios, isto se deve principalmente a dois motivos:

I) À fragilidade da manutenção histórica das Constituições brasileiras;

II) À oportunidade, pois esta, apesar de tudo, é realmente a Constituição brasileira mais democrática (o que não significa automaticamente igualdade) no seu processo de elaboração e em seu resultado.

Por enquanto são 93 emendas constitucionais que totalizam modificações (na visualização do *site* do Planalto ao se pesquisar o vocábulo “emenda”) em cerca de 1000 dispositivos constitucionais, entre alíneas, parágrafos e artigos, incluindo, excluindo ou modificando matéria.

Se a Constituição mostrou-se incapaz de deter dois *impeachments* de Presidentes da República, sucessivos grandes casos de corrupção envolvendo o Legislativo, principalmente, e o Executivo, eleições de presidentes de partidos opostos, crises econômicas e o acirramento do ódio social, o problema não é constitucional, o problema não é jurídico. A Constituição de

---

<sup>79</sup> “Apesar das condições muito especiais da Constituinte de 1934 com a representação classista e da Constituinte de 1946 com a presença das esquerdas, inclusive do Partido Comunista Brasileiro, foi a de 1987 a que obteve maior participação popular. [...] Esta participação, todavia, enfraqueceu-se no curso do processo legislativo, de tal forma que as reivindicações constantes das emendas populares passaram a ser defendidas por alguns constituintes, sem que a sociedade se mantivesse mobilizada para o acompanhamento dos debates e das votações.” (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 475).

1988 é a menos culpada. Aliás, o constante processo de fragilização de seu texto dirigente e normativo explicita sua situação muito mais de vítima, e não causadora, dos males do país. “Tudo isto são fatos naturais, perfeitamente lógicos, num povo que não tem – porque não podia ter – nem espírito democrático, nem sentimento democrático, nem, portanto, hábitos e tradições democráticas.” (VIANNA, 1927, p. 52), já alertava, novamente, Oliveira Vianna. Veja-se: três décadas são um dos maiores períodos de estabilidade constitucional (formal ao menos), da história do país. E mesmo sob a égide de Constituições mais longevas, como a de 1824, se sucederam graves crises políticas, econômicas e sociais que refletiram em transformação substancial, material, da Carta Constitucional.

Apesar de todas as mudanças, contestações e ataques, a Constituição Federal de 1988 mudou de natureza? *Não*.



## CONCLUSÃO

Hoje ninguém mais afirmaria sem grandes constrangimentos que a aplicação do direito não é senão subsunção lógica dos fatos às normas (LARENZ, 1997, p. 253). A constatação de Karl Larenz sintetiza o estado d'arte atual, sendo unânime na discussão hermenêutica contemporânea; a conclusão salutar do longo desenvolvimento da hermenêutica jurídica desde sua pedra fundamental na modernidade: o *Code Civil* de 1804.

“Norma é o sentido atribuído a qualquer disposição. Disposição é parte de um texto ainda a interpretar. Norma é a parte de um texto interpretado.” (NERY JUNIOR, 2010, p. 24-25), segundo o grande hermeneuta contemporâneo, Friedrich Müller<sup>266</sup>.

A norma não existe *independentemente* do processo hermenêutico. A norma não existe *antes* do processo hermenêutico. A norma é *resultado, produto*<sup>267</sup>.

Não será demasiada a insistência neste ponto: interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. *A separação em duas etapas – de interpretação e aplicação – decorre da equivocada concepção da primeira como mera operação de subsunção.* O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado; a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação. (GRAU, 2006, p. 35, grifo nosso).

Em síntese, são estas as conclusões da hermenêutica contemporânea:

- I) Interpreta-se textos normativos;
- II) A interpretação dá-se para aplicar o direito (sejam a casos reais ou fictícios), logo, para tanto, interpreta-se também os fatos (sejam reais ou fictícios);
- III) Interpretação e aplicação do direito são indissociáveis;
- IV) A interpretação é atividade criativa, e não declaratória;
- V) A interpretação jurídica tem como resultado a norma jurídica.

<sup>266</sup> “A teoria da norma jurídica repousa na ideia fundamental de que a norma, objeto da interpretação, não se identifica com o texto. Antes, se apresenta como resultado de um trabalho de *construção*, designado de *concretização*. [...] Ocorre que a normatividade essencial à norma não é produzida por esse mesmo texto. Muito pelo contrário, ‘ela resulta dos dados extralinguísticos de tipo estatal-social: de um funcionamento efetivo, de reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área; portanto, de dados que mesmo se quiséssemos nem poderiam ser fixados no texto da norma no sentido da garantia de sua pertinência’.” (MÜLLER apud NERY JUNIOR, 2010, p. 22-23).

<sup>267</sup> “Uma norma não é (apenas) carente de interpretação porque e à medida que ela não é ‘unívoca’, ‘evidente’, porque e à medida que ela é ‘destituída de clareza’ – mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício). Uma norma no sentido da metódica tradicional (isto é, o teor literal de uma norma) pode parecer ‘clara’ ou mesmo ‘unívoca’ no papel. Já o próximo caso prático ao qual ela deve ser aplicada pode fazer que ela se afigure extremamente ‘destituída de clareza.’” (MULLER apud NERY JUNIOR, 2010, p. 25).

Quanto à peculiar situação brasileira, concluímos pelos males que o sincretismo teórico, metodológico e epistêmico contribui para a baixa efetividade constitucional. Não reside a complicação na troca de experiências e inspirações entre os diferentes países e as diferentes tradições jurídicas. Por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro foi inspirador para a legislação consumerista de outros ordenamentos. Mas quando se importa doutrinas e teorias acriticamente, ou seja, desprezando o contexto em que tais obras foram produzidas (como se os autores estivessem construindo tais doutrinas para o Brasil) e, por outro lado, desprezando o próprio contexto nacional, tradição e problemas. A situação complica-se ainda mais quando se remenda partes de teorias díspares entre si. É preocupante, reflexo do subdesenvolvimento cultural do Brasil, histórico e patológico, e não somente no direito. Talvez contribua o fato de que boa parte da *intelligentsia* brasileira jovem apreenda os problemas brasileiros de fora e, bem intencionada, venha trazer as novidades para solucioná-los. Já aqui, recebe os louros.

Tracemos exemplificadamente o itinerário jurídico brasileiro:

- 1) O tribunal decide algum caso concreto sem a devida construção hermenêutica, algumas vezes mesmo fora de qualquer “moldura normativa”, fora de qualquer razoabilidade, com a pretensa racionalização conferida pela ponderação de princípios ou valores;
- 2) A decisão do caso concreto torna-se vinculante como norma, entifica-se: abstrai-se do contexto temporal e fático, abstrai-se do próprio caso concreto;
- 3) O direito é o que o tribunal diz que é;
- 4) Aplica-se o direito subsuntivamente, *automaticamente*.

O itinerário representa, sucintamente, com algum excesso e sem pretensão de totalidade, as consequências hermenêuticas práticas de nossas discussões: no item 1, a irracionalidade do capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, a ponderação de princípios de Alexy e a confusão entre princípios jurídicos e valores morais; no item 2, a *commonlização* à brasileira e o objetivismo filosófico do positivismo exegetico; no item 3, o realismo jurídico combinado à *commonlização*; no item 4, a subsunção lógico-racional e o desfecho da incompreensão generalizada acerca das grandes transformações constitucionalistas do século XX.

Em contraponto às críticas já tecidas ao Código de Processo Civil de 2015 acerca da vinculação jurisprudencial, é de se ressaltar que o mesmo Código traz avanços paradigmáticos no tocante à fundamentação das decisões judiciais (art. 489, §1º). Por outro lado, a resistência generalizada a estes avanços (como recentemente ocorrera com o art. 212 do Código de

Processo Penal e outras dezenas de exemplos) demonstra a dificuldade do Judiciário e mesmo da doutrina, certo comodismo em manter as praxes, a resistência às inovações.

Os paradigmas do constitucionalismo incluem a necessidade de reformulação: da teoria das fontes do direito (a emergência da Constituição dirigente e deontológica), da teoria da norma (por causa da normatividade dos princípios), da teoria da interpretação (STRECK, 2011, p. 37), e também da teoria da argumentação e da teoria da decisão jurídica.

Aliás, se bem ou mal, construiu-se enormemente sobre princípios jurídicos no Brasil dos últimos vinte anos, e assim a questão principiológica domina a discussão jurídica, muito diferentemente olvidou-se das duas outras duas etapas do procedimento jurídico global: a argumentação e a decisão. Talvez o deslumbramento inicial com a magnitude principiológica da Constituição de 1988 explica a situação.

No entanto, hoje começa a se perceber a imperiosidade da teoria da argumentação jurídica brasileira assim como a teoria da decisão jurídica brasileira.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. Cuatro conceptos de dialéctica. In: \_\_\_\_\_. et al. **La evolución de la dialéctica**. Barcelona: Martínez Roca, 1971.

\_\_\_\_\_. **História da filosofia**. Trad. Armando da Silva Carvalho e Antônio Ramos Rosa. 2. ed. Lisboa: Presença, 1978. v. X.

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rev. téc. da trad. e introdução à ed. brasileira Cláudia Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. (Biblioteca forense de direito internacional).

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. (Teoria e direito público).

ALIGHIERI, Dante. **A divina comédia – inferno**. 3. ed. bilíngue. Trad. e notas Ítalo Eugênio Mauro. Pref. Carmelo Distante. São Paulo: Ed. 34, 2014.

ARISTÓTELES. **A política**. Introd. Ivan Lins. Trad. Nestor Silveira Chaves. ed. esp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. (Saraiwa de bolso).

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. e nota prévia: José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Campinas: Bookseller, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: \_\_\_\_\_. (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. [Rio de Janeiro, 2009]. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2017.

\_\_\_\_\_.; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história – A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. rev. e atual. por Samantha Meyer-Pflug. São Paulo: Malheiros, 2010.

BAUDELAIRE, Charles. **Pequenos poemas em prosa (Le spleen de paris)**. [Paris, 2014]. Disponível em: <<https://iedamagri.files.wordpress.com/2014/07/ baudelaire-spleen-de-paris.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008. (Obra prima de cada autor, v. 48).

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Estudos sobre ensino jurídico: pesquisa, metodologia, diálogo e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. Da distinção entre filosofia do direito e ciência jurídica. Trad. Jonathan Fernandes Marcantonio e João Ibaixe Jr. **Revista do Curso de Direito**, São Paulo, v. 8, n. 8, p. 295-318, 2011. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/2609/2547>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2. ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

\_\_\_\_\_. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. (Pensamento crítico, v. 69).

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito (compiladas por Nello Morra)**. Trad. e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Ciência política**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_.; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. Hans Kelsen: a recepção da “teoria pura” na América do Sul, particularmente no Brasil. **Sequência**, Florianópolis, n. 71, p. 95-106, dez. 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). **Portal da Legislação**, Brasília, s.d. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 22 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). **Portal da Legislação**, Brasília, s.d. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 22 maio 2017.

BRECHT, Bertold. **Parada do velho novo**. Disponível em: <[http://www.fla.matrix.com.br/ticiano/Brecht/parada\\_do\\_velho\\_novo.htm](http://www.fla.matrix.com.br/ticiano/Brecht/parada_do_velho_novo.htm)>. Acesso em: 24 set. 2016.

CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Trad. Guy Reynaud. Rev. téc. Luiz Roberto Salinas Fortes. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. (Rumos da cultura moderna, v. 52).

\_\_\_\_\_. **Socialismo ou barbárie**: o conteúdo do socialismo. Trad. Milton Meira do Nascimento e Maria das Graças de Souza Nascimento. São Paulo: Brasiliense, 1983.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Teoria da constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

COELHO, Luiz Fernando. **Direito constitucional e filosofia da constituição**. Curitiba: Juruá, 2011.

COMTE, Auguste. Curso de filosofia positiva. Trad. José Arthur Giannotti. In: \_\_\_\_\_. **Auguste Comte**. São Paulo: Nova Cultural, 1996a. (Os pensadores, v. 15).

\_\_\_\_\_. Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo. Trad. José Arthur Giannotti. In: \_\_\_\_\_. **Auguste Comte**. São Paulo: Nova Cultural, 1996b. (Os pensadores, v. 15).

CONSANI, Cristina Foroni. Kant e Kelsen: sobre o uso público e privado da razão do jurista. In: CONPEDI (Org.). **Filosofia do direito (recurso eletrônico on-line)**. Florianópolis, 2015.

\_\_\_\_\_. Kelsen leitor de Kant: considerações a respeito da relação entre direito e moral e seus reflexos na política. **Princípios**, Natal, v. 23, n. 41, p. 125-170, maio/ago. 2016.

CORRÊAS, Óscar. **Crítica da ideologia jurídica**: ensaio sócio-semiológico. Trad. Roberto Bueno. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método**: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2008. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/download/teste/arqs/cp149009.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2016.

CUSTÓDIO, Matheus Zmijevski. O historicismo jurídico do pensamento montesquiano em Friedrich Carl von Savigny e suas conseqüentes implicações no materialismo histórico marxista. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 1-21, 2013. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/40307/26738>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DE CICCIO, Cláudio. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 3. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2006.

DEL VECCHIO, Giorgio. **História da filosofia do direito**. Trad. João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2006.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Trad. Lourdes Nascimento Franco. São Paulo: Ícone, 2006. (Fundamentos do direito).

DÍAZ, Elías. **Estado de derecho y sociedade democrática**. Madrid: Edicusa, 1975.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009. (Obra prima de cada autor, v. 267).

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca jurídica WMF).

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Ensino superior).

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. Rev. téc. Gildo Sá Leitão Rios. Rev. da Trad. Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Justiça e direito).

ERASMO DE ROTTERDAM. **Elogio da loucura**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. Rev. da trad. Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

\_\_\_\_\_. **Sociologia jurídica: crise do direito e práxis política**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA, Éder. O conceito de Constituição em Hans Kelsen. In: BORGES, Alexandre Walmott; FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho (Coord.); **Clássicos de direito constitucional**. Rev. téc. Paula Fernanda Pereira de Araújo e Alves. Curitiba: Clássica, 2013.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Supervisão final do texto Léa Porto de Abreu Novaes et al. Rio de Janeiro: NAU, 2002.

FRANÇA, Rubens. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 7. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRANCO, Marcelo Rosa. O sistema normativo – Robert Alexy. In: BORGES, Alexandre Walmott; FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho (Coord.). **Clássicos de direito constitucional**. Rev. téc. Paula Fernanda Pereira de Araújo e Alves. Curitiba: Clássica, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

\_\_\_\_\_. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. Apres. Heleno Taveira Tôrres. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jurgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Transl. William Rehg. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1996. (Studies in Contemporary German Social Thought).

\_\_\_\_\_. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1983.

HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Trad. José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia. 1947. (Studium – temas filosóficos, jurídicos e sociais).

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **A razão na história: uma introdução geral à filosofia da história**. Introd. Robert S. Hartman. Trad. Beatriz Sidou. 2. ed. São Paulo: Centauro, 2001.

\_\_\_\_\_. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. (Clássicos).

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. Rosina D’Angina. Cons. jur. Thélío de Magalhães. São Paulo: Martin Claret, 2009. (Obra prima de cada autor – série ouro, v. 1).



HOFFE, Otfried. **Justiça política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado. Trad. Ernildo Stein. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Justiça e direito).

HOMERO. **Ilíada**. Trad. Carlos Alberto Nunes. Ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. (Saraiva de bolso).

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Trad. João de Vasconcelos. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. Trad. de la segunda ed. alemana y prologo per Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1943.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Trad. e pref. Afonso Bertagnoli. São Paulo: Brasil S.A., 1959.

\_\_\_\_\_. **Crítica da razão pura**. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Introd. e notas: Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

\_\_\_\_\_. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 2007. (Textos filosóficos).

\_\_\_\_\_. **Metafísica dos costumes**. Trad., textos adicionais e notas: Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003. (Clássicos Edipro).

\_\_\_\_\_. **O que é o iluminismo?** Trad. Artur Morão. [S.l., 1784]. Disponível em: <[http://www.lusofia.net/textos/kant\\_o\\_iluminismo\\_1784.pdf](http://www.lusofia.net/textos/kant_o_iluminismo_1784.pdf)>. Acesso em: 16 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **Para a paz perpétua**. Estudo introd. Joám Evans Pim. Trad. Bárbara Kristensen. Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006. (Ensaio sobre paz e conflitos; v. 1).

KANTOROWICZ, Hermann (FLAVIUS, GNAVIUS). The battle for legal Science. **German Law Journal**, Charlottesville, v. 12, n. 11, p. 2005-2030, 2011. Trad. e notas: Cory Merrill. Disponível em: <<https://wlulawfaculty.files.wordpress.com/2012/09/the-battle-for-legal-science.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2016.

KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Rev. cient. e coord. António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **A justiça e o direito natural**. Trad. e pref. João Baptista Machado. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Introd. e rev. téc. Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito).

\_\_\_\_\_. **O problema da justiça**. Trad. João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do Estado**. Trad. Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva & Cia., 1938. (Stvdivm – temas filosóficos, jurídicos e sociais).

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. (Biblioteca jurídica WMF).

KONDER, Leandro. **O que é dialética**. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. (Primeiros passos, v. 23).

KOPNIN, Pavel Vassilievitch. **A dialética como lógica e teoria do conhecimento**. Trad. Paulo Bezerra. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978. (Perspectivas do homem, v. 123).

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso sobre a servidão voluntária**. [S.l., 2006]. Disponível em: <[http://www.miniweb.com.br/biblioteca/Artigos/servidao\\_voluntaria.pdf](http://www.miniweb.com.br/biblioteca/Artigos/servidao_voluntaria.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2016.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** [S.l., 2006] Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao.html>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

LISBOA, Marcelo Moreno Gomes. **O conceito de democracia em Hans Kelsen**. 2006. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006. Disponível em: <[http://server05.pucminas.br/teses/Direito\\_LisboaMM\\_1.pdf](http://server05.pucminas.br/teses/Direito_LisboaMM_1.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2016.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano**. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os pensadores).

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca tempo universitário, v. 75).

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MACHADO NETO, Antônio Luís. **O problema da ciência do direito: ensaio de epistemologia jurídica**. Salvador: Livraria Progresso, 1958.

MACPHERSON, Crawford Brough. **Teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke**. Trad. Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica jurídica clássica**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. Trad. Rubens Enderle e Leonardo de Deus. Supervisão e notas: Marcelo Backes. 2. ed. rev. São Paulo: Boitempo, 2010.

\_\_\_\_\_. **Miséria da filosofia**. Trad. e introd. José Paulo Netto. São Paulo: Global, 1985. (Bases, v. 46).

\_\_\_\_\_; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Introd. Jacob Gorender. Trad. Luís Cláudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Clássicos).

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **A concepção de justiça em Hans Kelsen em face do positivismo relativista e do jusnaturalismo absolutista**. 2004. 177 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-967PD6/direito\\_andityassoaresmouracostamatos\\_disserta\\_\\_o.pdf?sequence=1](http://bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-967PD6/direito_andityassoaresmouracostamatos_disserta__o.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 22 dez. 2016.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Victor Civita, 1973. (Os pensadores, v. 21).

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia**. Introd. Ralph Christensen. Trad. Peter Naumann. Rev. Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 10 ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Princípios fundamentais**: teoria geral dos recursos. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

OS PRÉ-SOCRÁTICOS. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os pensadores, v. 1).

OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado capitalista**. Trad. Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. (Biblioteca tempo universitário, n. 79. Estudos alemães).

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Método jurídico e interpretação do direito: reflexões programáticas sobre a concretização dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Direito IMED**, Passo Fundo, v. 9, n. 2, p. 90-129, jul./dez. 2013. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/523/440>>. Acesso em: 18 fev. 2016.

PAULSON, Stanley. A ideia central do positivismo jurídico. Trad. Thomas da Rosa de Bustamante. Rev. téc. Andityas Soares de Moura Costa Matos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 102, p. 101-137, jan./jun. 2011.

PERELMAN, Chaim. **A teoria pura do direito e a argumentação**. Trad. Cássio Scarpinella Bueno. São Paulo, [20--]. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/traducoes/trad-1.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

\_\_\_\_\_. **Lógica jurídica**: nova retórica. Trad. Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Ensino superior)

PESSOA, Fernando. **Poemas completos de Alberto Caetano**. Comentários e notas: Maria Helena Nery Garcez. São Paulo: Companhia Editora Nacional : Lazuli, 2007.

PLATÃO. **A república**. 6. ed. São Paulo: Atena, 1956.

POPPER, Karl Ronald. **A lógica da pesquisa científica**. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. Marlene Holzhausen. Rev. Téc. Sérgio Sérvulo da Cunha. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca jurídica WMF).

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. e notas Edson Bini. Pref. Alaôr Caffé Alves. Rev. téc. Alysson Leandro Mascaro. Bauru: EDIPRO, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social ou princípios do direito político**. Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Escala Educacional, 2006. (Filosofar).

RUSSELL, Bertrand. **História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein**. Trad. Laura Alves e Aurélio Rebello. Ed. esp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013. (Saraiva de bolso).

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant – seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1995.

SANTOS, Jarbas Luiz dos. **O direito e a justiça: a dupla face do pensamento kelseniano: uma abertura para discussão acerca do papel do conhecimento e da ciência**. 2009. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade São Judas Tadeu, São Paulo, 2010. Disponível em: <[https://www.usjt.br/biblioteca/mono\\_disser/mono\\_diss/165.pdf](https://www.usjt.br/biblioteca/mono_disser/mono_diss/165.pdf)>. Acesso em: 28 dez. 2016.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho**. Tradución del alemán de Adolfo G. Posada. Estudio preliminar sobre “El espíritu del nuevo derecho alemán” por el Doctor Enrique de Gandia. Buenos Aires: Atalaya, 1946. (Biblioteca jurídica Atalaya, primera serie, v. 3).

\_\_\_\_\_. **Metodologia jurídica**. Trad. do alemão para o espanhol J. J. Santa-Pinter. Trad. para o português Hebe A. M. Caletti Marenco. Adequação linguística Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas: Edicamp, 2001.

SCHMITT, Carl. **Teología política**. Trad. Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez. Epílogo: José Luis Villacañas. Madrid: Trotta, 2009. (Estructuras y procesos – serie derecho).

SHAKESPEARE, William. **Medida por medida**. Trad. Barbara Heliodora. Ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015. (Saraiva de bolso).

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, São Paulo, v. 4, p. 23-51, 2006.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira. O parecer de Kelsen sobre a Constituinte brasileira de 1933/1934. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 11, p. 348-374, 2015.

SÓFOCLES. **Antígona**. Trad. Millôr Fernandes. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. (Leitura).

STRAUSS, Leo. **Direito natural e história**. Introd. e trad. Miguel Morgado. Lisboa: Ed. 70, 2009. (Biblioteca de teoria política, v. 3).

STRECK, Lênio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista NEJ Eletrônica**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/%20nej/article/viewFile/2308/1623>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_.; ABOUD, Georges. **O que é isto:** o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Plenário edita 14ª Súmula Vinculante e permite acesso de advogado a inquérito policial sigiloso.** Brasília, DF, 2 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=102548>>. Acesso em: 6 dez. 2016.

STRENGER, Irineu. **Da dogmática jurídica:** contribuição do conselheiro Ribas à dogmática do direito civil brasileiro. 1964. Tese (Livre Docência em Filosofia do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1964.

VELLOSO, Paula Campos Pimenta. Edição e recepção de Kelsen no Brasil. **Escritos:** Revista da Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, ano 8, n. 8, p. 199-230, 2014. Disponível em: <[http://www.casaruibarbosa.gov.br/escritos/numero08/cap\\_11.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/escritos/numero08/cap_11.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2016.

VIANNA, Francisco José Oliveira. **O idealismo da Constituição.** Rio de Janeiro: Terra de Sol, 1927.

XAVIER, Felipe Rodrigues. **O juiz das garantias como gestor de provas:** implicações na busca por um real sistema acusatório. 2014. 79 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2014.

WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao direito I** – interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.

\_\_\_\_\_. **Introdução geral ao direito II:** a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

\_\_\_\_\_. **Mitos e teorias na interpretação da lei.** Porto Alegre: Síntese, 1979.

WEBER, Max. **Ciência e política:** duas vocações. Pref. Manoel T. Berlinck. Trad. Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno.** Pref. Franz Wieacker. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. rev. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. Trad. e apresent. José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional: Ed. Universidade de São Paulo, 1968. (Biblioteca universitária, v. 10).

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e direito**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.