Metodologia jurídica e sua relação com o conceito, interpretação e aplicação do Direito: uma visão panorâmica

Marcelo Jucá Lisboa
Juiz Federal Substituto

I. Conceito de metodologia e objeto da metodologia jurídica

Metodologia significa, em linhas gerais, o estudo dos procedimentos que, concatenados entre si, destinam-se ao enfrentamento de determinado ramo do conhecimento. *Metodologia jurídica*, neste ângulo, é o estudo dos métodos de investigação do Direito visando à sua concepção, interpretação e aplicação.[1] Como esclarece KARL LARENZ, "Cada ciência lança mão de determinados métodos, modos de proceder, no sentido da obtenção de respostas por ela suscitadas".[2] Atualmente, a metodologia jurídica recebe mais comumente o nome de Teoria da Decisão, de onde se depreende que vai ter sua principal intencionalidade direcionada à decisão judicativa, pois é aí que implicará em maiores repercussões práticas e que todas as investigações teóricas vão fazer sentido e encontrar sua prática razão de ser. A metodologia, assim, vai estudar as escolas de pensamento que, com seus métodos, procuraram responder à pergunta sobre como proceder com o Direito, como interpretá-lo e aplicá-lo, sempre tomando por pressuposto determinado conceito de Direito. Assim, a metodologia jurídica constitui-se no estudo

1 Deixo logo assentado que minha concepção se alinha aos que sustentam que interpretação e aplicação do direito constituem-se momentos incindíveis, a exemplo de Eros Roberto Grau: "Interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado [...]; interpretação e aplicação consubstanciam um processo unitário [...], se superpõem" (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 90).

2 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 1.

dos métodos desenvolvidos por essas linhas de pensamento, que vão do positivismo clássico até o pós-positivismo jurídico hoje em voga.

Mas, para uma completa visualização dessa temática, é de mister que se aprofunde um pouco mais no oceano de sua complexidade, a fim de se ter por compreendido o papel da metodologia jurídica em sua essência. Para tanto, deve-se ter em mente que ela se interessa pelo *modo de enfrentamento do fenômeno jurídico*, estudando, a partir de então, os métodos propícios a tal enfrentamento. Por *modo de enfrentamento do fenômeno jurídico* quero expressar a posição metódica decorrente da prévia resposta a algumas perguntas, tais como: (1) o que pode ser considerado como Direito (conceito de Direito, tema vinculado à questão das fontes)? (2) a que se deve voltar a orientação do pensamento na investigação acerca do Direito: à norma enquanto norma (modelo positivista no sentido kelseniano), à norma enquanto extrato da realidade social (teorias sociológicas do Direito) ou oriunda da razão legiferante (jusracionalismo)? Ou ao Direito enquanto conjunto de preceitos oriundos da Natureza (jusnaturalismo clássico)? É dizer: constitui papel da metodologia investigar os métodos com que o fenômeno *Direito* deve ser enfrentado, o que pressupõe uma tomada de postura no tocante à intencionalidade com que se o divisa, como deve ser concebido, ou seja, como é conceituado.

É óbvio que uma tomada de posição implicará em consequências no tocante à decisão judicial, no sentido dos fatores que deverão ser levados em conta na aplicação/interpretação do Direito. A título de exemplo, para a Escola da Exegese, para quem, em sua concepção do Direito, as normas jurídicas escritas – e apenas estas – são o retrato da razão humana personificada na pessoa do legislador racional, identificando-se o Direito com a norma, a letra da lei não pode sofrer qualquer alteração em seu significado textual quando de sua aplicação pelo juiz. Já para a Escola Histórica, os fatores históricos devem ser levados em consideração como componentes do Direito, entendendo-se que sua interpretação deve-se lhes levar em consideração. Para KELSEN, a norma é todo o Direito e só ela, enquanto norma, pode ser considerada, não como expressão significativa da razão legiferante ou do espírito do povo (*Volksgeist*), mas pelo fato de ser válida quando sintaticamente organizada ao lado de outras normas, subserviente à escala hierárquica que lhe confira validade e pertinência ao sistema, sem quaisquer considerações de ordem racional ou sociológica, ética ou moral, as quais deverão ser ocupadas por outros domínios do conhecimento (*e.g.*, pela política do Direito e pela sociologia Jurídica).

A metodologia, assim, é setor de crucial importância para a ciência do Direito, na medida em que os métodos adotados em seu proceder guiarão o pensamento jurídico não apenas no "céu da filosofia", mas, igualmente, no "terra-a-terra" da dimensão prática.

A esta altura já se franqueiam luzes à compreensão de que os métodos com que se enfrenta o Direito variarão ao sabor da posição filosófica adotada acerca da concepção do fenômeno jurídico, ou seja, acerca do conceito de Direito. Como visto acima, para o jusnaturalismo da Escola da Exegese, à qual a norma escrita representava a expressão da razão legiferante, de modo que o Direito identificava-se com a norma escrita, o método adequado era o que prescrevia processo no qual a lei deveria ser lida em sua textualidade sintática, sendo vedada a adição de elementos extratextuais por parte de seu intérprete e aplicador. Significa dizer: subjaz a todo método uma concepção filosófica de Direito, que o inspira e condiciona. A metodologia é a parte da filosofia do Direito que estuda estes métodos, de onde se conclui, logicamente, que é impossível, em sua análise, descurar-se do pano de fundo consistente nas concepções filosóficas, nas pré-compreensões tomadas

pelas variadas correntes do pensamento jurídico às quais os respectivos métodos se referem e vão ali encontrar sua razão de ser e sua justificativa lógica,[3] a significar que o método induz à elaboração de um conceito de Direito, ao mesmo tempo em que o conceito de Direito condiciona a elaboração de métodos propícios à sua interpretação/aplicação, e assim reciprocamente.

No que toca às principais problemáticas com que se defronta a temática em estudo, há de se referir, como pré-compreensão do quanto seguirá, a distinção entre *razão teórica* e *razão prática*, no sentido kantiano. A primeira principia-se e finda-se no terreno do conhecimento abstrato, produzindo concepções que se preordenam à facticidade da ação, mantendo-se alheia à realidade subjacente, enquanto a segunda constrói suas concepções dentro e sob a intencionalidade do real. Dizendo de outra forma, "A razão é teórica ou especulativa quando se refere aos princípios *a priori* do conhecimento, e é prática quando e refere aos princípios *a priori* da ação".[4] Em se tratando de Direito, a *razão teórica* garante maior segurança jurídica e previsibilidade, mas não consegue abranger a realidade, sempre variante, que não raras vezes a surpreende, como sói acontecer nos denominados casos difíceis (*hard cases*). Já a *razão prática* sacrifica a segurança e a previsibilidade, ao passo em que logra êxito no articular-se e no dialogar com a realidade fática que lhe subjaz. Uma, casada com a forma; outra, com a matéria.

Como se verá no decorrer do texto, Escolas há que primam mais pela razão teórica, a exemplo da Escola da Exegese, ao passo que outras conferem proeminência à razão prática, como a Escola do Direito Livre, divisando-se outras – e este é o grande desafio do pós-positivismo – que colimam ao atingimento do equilíbrio entre uma e outra, a exemplo do que propõe ROBERT ALEXY.

Uma vez assentada a compreensão do que seja, em sua essência, a metodologia jurídica e qual o seu *locus* dentro da filosofia do Direito, passemos a um breve escorço acerca de algumas das principais concepções do Direito, difundidas pelas Escolas que serão sumariamente examinadas, bem como os métodos por estas empregados (ou delas decorrentes), condicionados e justificados por tais concepções, restando demonstrado o aludido condicionamento, i.e., a necessária imbricação, entre a posição filosófica assumida acerca do conceito de Direito e os correspondentes métodos de interpretação e de decisão judicial, reclamados pela conceituação perfilhada.

O objeto deste trabalho, portanto, é possibilitar uma visão panorâmica e sintética acerca do tema, quase sempre disperso de forma a dificultar seu estudo por parte dos não-iniciados, o que, todavia, não dispensa mínimas noções filosóficas cujo pré-conhecimento deve antecipar-se às investigações ju-

3 Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, em seu estudo introdutório à obra "Teoria Discursiva do Direito", de Robert Alexy, assim se refere à questão: "[...] a aplicação do direito depende de como se conceitua o direito e, por outro lado, o conceito de direito depende do modo como se encara a aplicação do direito" (ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 1). Importante observar que Trivisonno, logo no início de sua exposição, adverte que algumas teorias acerca do conceito de Direito não se ocupam com sua aplicação (ou seja, com métodos de sua interpretação/aplicação), como as teorias de Kant e Hart, por exemplo, enquanto outras há que se ocupam de sua aplicação mas não de seu conceito, como a de Dworkin. As teorias que abarcam ambas as abordagens são denominadas de *abrangentes*. Mais adiante, o mesmo expositor vai afirmar que toda teoria acerca do conceito de Direito implica sua aplicação e vice-versa, posto que uma decorre da outra. Mas consigna que, ao fazer-se a referência às teorias ditas *abrangentes*, na realidade não se está a negar tal fato, mas apenas ressaltando que elas *desenvolvem*, explicitamente, não apenas o conceito de Direito mas os métodos de sua aplicação (*Ibidem*, p. 2). Assim, em nada isto abala meu pensamento de que conceito de Direito e metodologia acham-se sempre imbricados numa recíproca e circular relação de vinculação e condicionamento, ainda que não se *desenvolva*, como colocado pelo citado autor, ambas as faces da moeda, uma vez que se erige em *condição de possibilidade* a um conceito de Direito corresponderem métodos tendentes à sua aplicação e aos métodos de aplicação corresponder um conceito de Direito, havendo verdadeira simbiose entre ambos.

4 FERRATER MORA, José. *Dicionário de filosofia*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004, t. IV, p. 2.457.

rídicas caso se pretenda alcançar uma sincera compreensão da essência dos assuntos sobre os quais gravita toda a temática em apreço.

II. A Escola da Exegese

Para a Escola de Exegese, movimento surgido, sob inspiração Iluminista, após a Revolução Francesa e que encontrou nos ideais burgueses suas intencionalidades, o Direito racional foi transportado da consciência dos homens para os códigos, para a *lex scripta*, de forma que é nesta que se acha, doravante, impressos os preceitos impostos pela Razão.[5] Disto resulta o *método* seguido por esta Escola, consistente no apego do julgador ao expresso texto legal, não se lhe permitindo ultrapassar a interpretação gramatical mediante a adição de subjetividades e valorações extraídas da moral e da ética, posto que toda a moral e ética vigentes achavam-se, segundo seu pensamento, gravadas na lei escrita. Assim, o que não estava na lei poderia ser buscado apenas na analogia (*analogia legis*) e nos princípios gerais de Direito e, caso mesmo assim não fosse encontrada uma resposta ao caso concreto,[6] a solução seria a improcedência da demanda, inadmitida que era a existência de lacunas na lei, perfeita por natureza. Quando o texto da lei não fosse claro o suficiente, dever-se-ia recorrer à vontade do legislador (interpretação lógica), igualmente interpretada gramaticalmente com base nos trabalhos preparatórios à sua edição. Esclarecendo tal procedimento, assim ensina IARA MENEZES LIMA:

> Na sua atividade de reconstituir a *voluntas legislatoris*, o intérprete tomava o texto legal como uma proposição e procurava desdobrá-lo em todas as suas implicações, obedecendo às regras da lógica. Ele se valia do emprego de regras e argumentos lógicos, tais como, por exemplo, os argumentos *a contrario sensu, a pari ou a simile, a maiori ad minus, a minori ad maius, a fortiori*, entre outros e as regras *ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere potest; odiosa restringenda, benigna amplianda; acessorium sequitur principale, specialia generalibus insunt*, entre outras.[7]

É óbvio que tal linha de pensamento veio ao encontro dos interesses que então reinavam; se, antes de tomar o poder, a burguesia ia buscar o Direito supremo no plano superior à lei, a partir do momento que esta, plasmada no *Code Civil*, passou a ser de sua própria autoria, nada mais cômodo que compreender todo o Direito Natural transposto para o texto impresso.

O método desta Escola possibilitava ao juiz apenas argumentar sobre os fatos que iriam se subsumir – ou não – ao texto legal, caracterizando-os com certa liberdade. Já no que tocava à lei em si, como visto, não lhe era permitido ultrapassar a interpretação gramatical, atendo-se ao nível da sintática do texto. Nada de valorações extralegais: o juiz seria apenas a *bouche de la loi*. Logo, o método da Escola da Exegese se caracterizava por uma forte lógica formal dedutivista, na medida em que a lei era aplicada, matematicamente, por simples subsunção. Neste cenário, a lei escrita era considerada um dogma, o que propiciava um total rompimento com o passado pré-revolução.

Há de se atentar que três são os *fundamentos teóricos* que justificam a Escola da

5 Nos estreitos limites desta trabalho, não há como submergir à profundidade reclamada por uma exaustiva análise do jusnaturalismo. Apenas se esclareça, aqui, que o jusnaturalismo era a corrente que reputava existente um Direito eterno, imutável, perfeito e universal. Tal corrente pode ser dividida no jusnaturalismo propriamente dito, para o qual tal Direito Natural emanava de Deus, e o jusracionalismo, que reputava o Direito Natural residente na Razão, gravado, portanto, na mente dos homens e transportado, com a codificação, para a *lex scripta*.

6 A símile do que se passa com os casos difíceis (*hard cases*), denominação não existente na época.

7 LIMA, Iara Menezes. Escola da exegese. *Revista Brasileira de Estudo Políticos*, v. 97, p. 105-122, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/55/53>. Acesso em: 10 out. 2016.

Exegese: 1) uma imagem política da lei escrita (no sentido de preeminência e exclusividade das leis emanadas do Estado, com exclusão de normas de índole religiosa, moral, etc.); 2) uma imagem filosófica jusnaturalista (consideração dos textos legais como representação de um Direito natural-racional superior e metafísico, pregação esta advinda do jusnaturalismo iluminista); e 3) uma imagem cultural da forma codificada dessa lei escrita (os códigos representavam o Direito e sua unidade).[8] Diante de tal cenário, para a Escola da Exegese, segundo CASTANHEIRA NEVES, "a lei é não só a única fonte do direito como ainda o critério normativo-jurídico exclusivo".[9]

Observe-se que o conceito de Direito proposto pela Escola da Exegese – em que o Direito identifica-se com a lei escrita – condiciona o método de interpretação e aplicação a ser levado a efeito pelo juiz – que devia reduzir sua atividade interpretativa aos textos legais e, quando estes resultassem obscuros ou a eles não se subsumisse, com exatidão, os casos concretos, deveria recorrer à vontade do legislador.[10]

III. Escola Histórica do Direito

A Escola Histórica, que teve em SAVIGNY[11] seu principal corifeu, surgiu como uma resposta contra o racionalismo iluminista albergado na Escola da Exegese. Partindo da concepção de que o Direito é produto da história, a linha de pensamento por ela inaugurada positiva uma compreensão do Direito – ou seja, um enfrentamento do fenômeno jurídico –, em que o Direito é resultado do *espírito do povo* (*Volksgeist*), encontrando aí sua fonte originária. Reclama, assim, como argutamente observa REALE, "uma visão mais concreta e social do Direito, comparando-o ao fenômeno da linguagem, por terem surgido ambos de maneira anônima, atendendo a tendências e a interesses múltiplos revelados no espírito da coletividade ou do povo".[12] Importante também fazer referência à doutrina de VICO, plasmada em seu escrito *De nostri temporis studiorum ratione,* que sem dúvida alguma se erigiu em fonte de inspiração a esta tomada de consciência metodológica, conforme pode-se extrair de sua concepção

8 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 34.

9 CASTANHEIRA NEVES, A. *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995, v. 2, p. 184, *apud* SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 34.

10 Interessante notar que na Alemanha – cuja codificação, com a edição do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) em 1900, ocorrera muito após a publicação do *Code Civil* francês em 1804 – vigorava uma escola de pensamento similar à Escola da Exegese: tratava-se do Pandectismo, cujo principal representante foi Bernhard Windscheid (com sua obra *Leherbuch des Pandektenrechtes*), fundado no estudo das pandectas, ou seja, a segunda parte do *Corpus Iuris Civis*, de modo que era o Direito Romano que parametrizava a interpretação e aplicação dos direitos locais na Alemanha, a implicar, como a Escola francesa, uma dogmatização do Direito, com seu hermético fechamento à realidade e aos valores subjacentes.

11 Duas fases caracterizam o pensamento savigniano: na primeira, de sua juventude, Savigny identificava o Direito com a legislação: "Em contraposição com o primado do costume que defenderá ulteriormente, SAVIGNY equipara ainda no seu curso o Direito positivo ao Direito legislado" (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 10); na segunda fase, inaugurada com o escrito *Vom Beruf unserer Zeit* elegerá o *espírito do povo*, expressado nos costumes, como o fundamento do Direito, ao qual a lei escrita (e sua interpretação) deverá conformar-se mediante o processo intuitivo que lhe capte o sentido e alcance global.

12 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, p. 422. Este autor observa que, em razão desta concepção do fenômeno jurídico, Savigny opôs-se a Thibaut no elaborar-se um Código Civil alemão, ao argumento, trazido em sua obra "Da Vocação de nosso Tempo para a Legislação e a Jurisprudência", de que apenas quando uma nação atingisse sua plena maturidade enquanto nação, quando atingisse, por assim dizer, tal momento culminante, é que se poderia falar em codificação, asseverando que a Alemanha, naquela época, ainda não teria se firmado verdadeiramente como Nação. No embate Savigny-Thibaut, acabou, finalmente, vencendo o último.

do *senso comum*, esse conceito tão caro ao humanismo, exposta por GADAMER:

> [...] *sensus communis* não significa somente aquela capacidade universal que existe em todos os homens, mas é também o sentido que institui comunidade. Vico acredita que o que dá diretriz à vontade humana não é a universalidade abstrata da razão, mas a universalidade concreta representada pela comunidade de um grupo, de um povo, de uma nação, do conjunto da espécie humana.[13]

Sob a luz de tais diretrizes, o *espírito do povo* é constituído, segundo a concepção dessa Escola, pelos costumes históricos e culturais do povo. Importante referir que tais costumes atinam a *cada* povo, porquanto há de serem reconhecidas as diferenças culturais que impedem a concepção metafísica do *Volksgeist*, justamente em razão da ausência de homogeneidade cultural. O povo europeu, por exemplo, não apresenta o mesmo espírito – ou seja, a mesma consciência comunitária – que o oriental, havendo discrepâncias até mesmo entre os países componentes da própria Europa. Assim, o Direito é concebido como manifestação cultural e histórica inerente a *cada* povo, individualmente considerado em suas peculiares formações. Cultura e história, portanto, passam, com a Escola Histórica, a constituírem os fatores componentes do Direito, seus fundamentos últimos, condicionantes e determinantes, estando o elemento cultural ligado às tradições e o elemento histórico à evolução do *ethos* inerente a cada geração. Os costumes, em que refletidas a cultura e a história, nasceriam de *formas de conduta* que, sendo de impossível gênese dedutiva – ou seja, não exsurgindo a partir de normas abstratas e genéricas, provenientes da *razão* –, originavam-se de um sentimento e de uma intuição imediatos, *práticos*, frutos de uma *necessidade intrínseca* que imporia sua observância por toda a comunidade e se expressaria nas *relações de vida* ulteriormente tipificadas pelo Direito, tais como o matrimônio, a *patria potestas*, a propriedade imobiliária e a compra e venda. Tais relações de vida constituiriam os *institutos jurídicos,*[14] os quais deveriam ser intuídos pelo legislador quando de sua transposição para a dimensão normativa. Como explica LARENZ, citando trechos do próprio SAVIGNY:

> Não são as regras jurídicas que, no seu complexo, produzem os institutos jurídicos, antes [...] são essas regras que, por "abstração" [...], se extraem "artificialmente" da "intuição global" dos mesmos institutos (considerados no seu "nexo orgânico") [...]. "Sem prejuízo de toda a conformação e elaboração conceptual", é pois, "na intuição do instituto jurídico" que as regras encontram "o seu último fundamento" [...].[15]

A superação da Escola da Exegese, operada com a Escola Histórica, radicou-se principalmente na substituição do elemento textual (sintático) das normas, identificado com a vontade racional do legislador, pelos fundamentos históricos das normas, resultantes do *espírito do povo*, traduzido este, como adiante se verá, pela mão dos juristas com esteio em textos históricos.

Obviamente que aludida concepção, como não poderia deixar de ser, teve de estabelecer seus métodos de interpretação e aplicação do Direito.

A pesquisa encetada pela Escola Histórica incidia sobre a formação histórica dos costumes e dos institutos jurídicos, de modo que sua investigação direcionava-se àquela que era considerada a fonte por excelência do Direito: os costumes. Toda a interpretação do Direito positivo tomava

13 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 8. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. São Paulo: Vozes, 2007, p. 57-58.

14 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 13.

15 *Ibidem*, p. 13.

como parâmetro os costumes, que deveriam ser seu fundamento último. A partir da distinção entre o texto da lei e a história a ele subjacente, SAVIGNY propunha, quando não se verificasse, entre um e outro, a adequada isomorfia, que a interpretação promovesse o ajuste do "sentido do texto da lei ao sentido intuído por meio da compreensão histórica de um instituto jurídico".[16] Em outras palavras: o sentido da lei devia ser buscado no instituto jurídico – historicamente revelado nos costumes e (parcialmente) transposto pelo legislador, mediante o processo de tipificação, para a lei escrita – que lhe fosse próximo, de modo que competia ao intérprete/aplicador da lei a tarefa de ajustar esta última, na parte em que não se verificasse exata correspondência ao instituto, ao sentido global deste.[17] O modo de realização desta tarefa metódica acabou, na prática, por lastrear-se na perquirição acerca da história do instituto, o que era feito mediante o exame de textos jurídicos históricos, como os legados pelo Direito Romano. Talvez este seja um dos mais frágeis pontos da Escola Histórica, na medida em que a história objetivada em sua investigação acabou sendo aquela plasmada em textos jurídicos e não, propriamente, no *espírito do povo*, que justamente lhe serviu de *leitmotiv*, afastando-se da concepção que lhe era originariamente cara, talvez por não ter SAVIGNY conseguido demonstrar, como nos aponta LARENZ, o trânsito da intuição do instituto jurídico para a regra abstrata e desta para a intuição originária, o que acabou por resultar na ausência de eficácia de sua metodologia.[18]

Tomando como parâmetro tal quadrante, a Escola Histórica viu-se na contingência de elaborar métodos de interpretação que lograssem o desvelamento e o ajustamento entre o texto legal e os antecedentes históricos respectivos. Os métodos racionais por ela encontrados plasmam-se na interpretação *gramatical, lógica, histórica* e *sistemática*, posteriormente acrescida, por obra de JHERING, da interpretação *teleológica*. A *interpretação gramatical* prende-se ao exame sintático dos textos, partindo e terminando na análise dos elementos verbais que lhe dão suporte significativo. A *interpretação lógica* busca a orientação da resolução dos casos concretos tomando-os como parâmetro de investigação entre o quanto neles narrado e o quanto positivado no Direito costumeiro.[19] A *interpretação sistemática* corresponde à compreensão das proposições normativas lidas conjuntamente com as demais proposições a ela relacionadas e que com ela formam um todo sistêmico. Por *interpretação histórica*, por seu turno, há de se compreender aquela que busca pelo sentido histórico de determinada proposição jurídica, i.e., interessa-se pelo *ser* dos antecedentes históricos incorporados na proposição, que vão se constituir, como dito, em textos antigos,[20] como os extraídos do Direito Romano. Posteriormente acrescentou-se, por obra de JHERING, o elemento *teleológico*, que é aquele que vai direcionar sua luz à finalidade da norma, aos seus fins.

16 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 65.

17 Resumindo, tudo se passaria da seguinte maneira: a comunidade, mediante as práticas comuns, consolidava costumes, em que refletidos institutos jurídicos; o legislador, tomando estes costumes, captados pela intuição, como fontes do Direito, conferia-lhes tipicidade mediante a edição de normas. Mas, diante da ausência da integral isomorfia entre o instituto jurídico e a lei escrita, competiria ao intérprete/aplicador ajustar a lei ao instituto, captado, este, mediante procedimento intuitivo. A intuição seria operada, num primeiro momento, pelo legislador, partindo dos institutos para a norma, e, num segundo momento, pelo aplicador, partindo da norma para os institutos e retornando à norma.

18 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 14.

19 Lembre-se, aqui, que o objeto último de pesquisa do Direito não é o texto legal propriamente dito, como na Escola de Exegese, mas a fonte (histórica) destes textos, a partir da qual estes deveriam ser interpretados e ajustados, de modo que é o espírito dos textos que serve de parâmetro e não os textos em si. E tal espírito é, justamente, o Direito tido por costumeiro, porque baseado no histórico cultural das tradições.

20 E não em uma história material, no espírito do povo genuinamente considerado em sua dimensão ontológica, que deveria ser o natural corolário das preocupações ideológicas da Escola Histórica.

De tal quadro desenlaça-se método de interpretação e decisão jurídica que vai se parametrizar na proposição jurídica extraída do espírito do povo, naquele sentido histórico (não material ou ontológico) antes visto. Todavia, segundo a concepção dogmática da Escola Histórica, a interpretação das normas deveria ser empreendida pelos juristas, com base nos métodos por ela propostos, enquanto que ao juiz restaria, sob a apreciação argumentativa de cada caso concreto, subsumir este à interpretação conferida pela doutrina. No caso de lacunas, a decisão deveria, sempre, tomar como parâmetro, mediante *integração por analogia*, os arquétipos históricos dos institutos jurídicos semelhantes, formando novos arquétipos, novos institutos – quando em pauta relações jurídicas novas, não previstas nos textos legais –, ou os institutos afins já existentes, quando se tratasse de relação jurídica adrede prevista e de questão jurídica nova.

A concepção de Direito e os métodos empregados pela Escola Histórica, não obstante suas conquistas, mantiveram intacta uma dogmática não condizente com o dinamismo do fenômeno jurídico, na medida em que apenas substituiu o parâmetro da Escola da Exegese (razão do legislador, expressada nos textos legais) por parâmetro igualmente dogmático (históricos de institutos jurídicos traduzidos pela doutrina), daí resultando a insuficiência de ambas as Escolas para o correto enfrentamento do Direito diante das múltiplas manifestações da realidade concreta da vida.

IV. Jurisprudência dos Conceitos (PUCHTA)

A Escola Histórica evoluiu, com PUCHTA,[21] para a Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*). Enquanto a primeira substituiu o texto legal – expressão da razão iluminista – pelo significado dos institutos jurídicos historicamente encontrados pela doutrina, a última substituiu a revelação histórica dos institutos jurídicos pela relação formal entre as proposições jurídicas. Como verbaliza KARL LARENZ, PUCHTA:

> [...] abandonou pois a relação, acentuada por SAVIGNY, das "regras jurídicas" com o "instituto jurídico" que lhes é subjacente, em favor da construção conceptual abstrata, e colocou, no lugar de todos os outros métodos – e também no de uma interpretação e desenvolvimento do Direito orientados para o fim da lei e o nexo significativo dos institutos jurídicos –, o processo lógico-dedutivo da "Jurisprudência dos Conceitos"[...].[22]

A Jurisprudência dos Conceitos, no pensamento de PUCHTA, manteve, como fundamento do Direito, ou seja, como sua fonte, o espírito do povo ao modo de SAVIGNY; todavia, ao operacionalizar sua metodologia de enfrentamento do fenômeno jurídico, substituiu a referência à intuição intencionalizada ao sentido dos institutos jurídicos pela conexão estabelecida entre os conceitos, daí resultando seu método de enfrentamento do Direito que, por conseguinte, estruturou-se sobre a investigação lógico-dedutiva dos conceitos, ordenados em forma piramidal (que viria a ser conhecida *genealogia dos conceitos*). Assim, cada conceito encontrava seu fundamento em um conceito superior e mais abstrato, até chegar ao topo da pirâmide, onde o nível de abstração atingido permitia o defrontamento com o conceito mais geral, residindo neste o fundamento e elucidação de todo o restante.

21 Adiante-se que, além de Puchta, outros representantes há desta linha de pensamento, cada qual sedimentando sua metodologia com base na estrutura proposta pela jurisprudência conceitual, a exemplo do Jhering da primeira fase, Windscheid e outros, cujo estudo fugiria da proposta sumária do presente texto. Para o aprofundamento no pensamento destes autores, consulte-se a obra de Karl Larenz (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 29 e seguintes).

22 *Ibidem*, p. 28-29.

Cabe aqui explicar a razão de tal construção sistêmica elaborada pelo pensamento de PUCHTA.

O ponto central da estrutura do Direito desenhada pelo mencionado jurista parte da ideia de sistema, cara ao idealismo alemão, que pode ser compreendido como a *multiplicidade na unidade* mediante a formação de um todo coeso de sentido. É na unidade que reside o espírito sob cujos raios se formarão os demais componentes do sistema. A questão é: como atingir o conhecimento da unidade? SCHELLING, HEGEL e outros deram diferentes respostas a esta questão, mas o que prevaleceu na Jurisprudência dos Conceitos foi a lógica formal, segundo a qual se desenhou a pirâmide de conceitos acima referida. O conceito mais abstrato, posicionado no vértice da pirâmide, é aquele ao qual se subsumem todos os demais conceitos, o que confere unidade de sentido ao sistema jurídico. O exemplo dado por PUCHTA, referido por LARENZ, é fundamental para a compreensão desta sistemática:

> Como exemplo dessa "escala conceptual" apresenta ele o conceito de servidão de passagem, que, num primeiro plano, será um direito subjectivo e, "por conseguinte, um poder sobre um objecto"; num segundo plano, um direito "sobre uma coisa" ou, como nós diríamos um direito real; depois, "um direito sobre coisa alheia, e, por conseguinte, uma sujeição parcial desta última"; noutro plano ainda, como a particular espécie desta sujeição da coisa é o uso, dir-se-á que a servidão de passagem pertence "ao gênero dos direitos de uso sobre coisas", e assim sucessivamente.[23]

Quando presentes proposições jurídicas sobre as quais, diversamente do exemplo da servidão, não haja qualquer prévio conhecimento, sustenta PUCHTA que, em casos tais, pode-se afirmar que cada conceito autoriza afirmações certas, corretas, sobre seu sentido, de modo a daí deduzir-se o conteúdo dos conceitos seguintes, piramidalmente escalonados.[24]

Outra questão importante é a atinente ao conteúdo do conceito superior, uma vez que referenciar tal conceito aos demais componentes do sistema resultaria num círculo vicioso. Segundo PUCHTA, aquele conteúdo procede da filosofia do Direito, o que franqueia à Jurisprudência dos Conceitos a abertura para fatores extrapositivos.

A interpretação e a aplicação do Direito, portanto, resultantes desta sua estruturação sistemática-piramidal-conceitual, cingia-se à uma estrita operação de lógica formal mediante a análise não sintática dos textos – nem histórica – mas conceitual: no lugar do texto verbalizado e das razões históricas, os conceitos punham-se como o *leitmotiv* nuclear do sistema, constituindo-se no material que deveria ser operado pelo intérprete/aplicador do Direito em seu mister.

Assim como as Escolas anteriormente examinadas, a Jurisprudência dos Conceitos manteve-se mais apegada à razão teórica que à razão prática, mantendo um método de enfrentamento do Direito incapaz de lidar com a multifacetada amplitude do mundo concreto. Ademais, mais que nunca, tal linha de pensamento abriu as portas para a elaboração do positivismo normativista que estaria ainda por vir.

23 *Ibidem*, p. 24-25.

24 "A ideia de PUCHTA é a seguinte: cada conceito superior autoriza certas afirmações (por ex., o conceito de direito subjectivo é de que se trata de 'um poder sobre um objecto'); por conseguinte, se um conceito inferior se subsumir ao superior, valerão para ele 'forçosamente' todas as afirmações que se fizerem sobre o conceito superior (para o crédito como uma espécie de direito subjectivo, significa isto, por ex., que ele é um 'poder sobre um objecto que esteja sujeito à vontade do credor e que se poderá então vislumbrar, ou na pessoa do devedor, ou no comportamento devido por este último'." (*Ibidem*, p. 25).

V. Movimento do Direito Livre

Fruto do irracionalismo dos fins do século XIX (SCHOPENHAUER, NIETZSCHE e BERGSON), o Movimento do Direito Livre foi o representante desta postura dentro do fenômeno jurídico. Como precursor, pode-se citar o escrito de OSCAR BÜLOW, *Gesetz und Richteramt* ("Lei e Função Judicial"), que já lançava as sementes que serviriam de lastro teórico ao Movimento. Também pode ser mencionada a conferência realizada por EUGEN EHRLICH em 1903, em que realçada a importância da *livre investigação do Direito* como condição de possibilidade para o achamento do *Direito justo*, no sentido de STAMMLER.[25]

Importante também – e responsável pelo

25 O pensamento stammleriano é complexo e, para melhor compreender sua doutrina do Direito Justo, faz-se mister sumariar, ainda que minimamente, sua linha de pensamento, sem, contudo, esgotá-la, considerados os limites impostos por este trabalho.
Stammler, como neokantiano da Escola de Marburgo, edifica seu pensamento jurídico visando o transporte da teoria do conhecimento desenvolvida por Kant em sua "Crítica da Razão Pura ao Direito". Assim, defende que nossas ideias acerca do Direito pressupõem necessariamente categorias *a priori* que conferem à nossa consciência estruturas já previamente ordenadas à compreensão no tocante à forma jurídica.
Stammler distingue matéria e forma, dizendo que a consciência só apreende aquilo que já conta com prévia forma dentro dela. Em outros termos, a matéria apreendida pelos sentidos só é decodificada pela consciência porque nesta já residem determinadas estruturas que lhe possibilitam o conhecimento, sendo possível abstrair-se toda matéria sensorialmente captada e observar a forma isoladamente. Stammler distingue formas de pensamento condicionadas e formas de pensamento puras, as primeiras a significar algum conteúdo condicionado pela matéria e as últimas, a identificar-lhes o gozo de uma validade incondicionada *a priori* (ou seja, com os princípios *a priori* no sentido de Kant).
As ideias jurídicas correspondem à forma pura, asseverando Stammler que já se acham na consciência determinadamente ordenadas e independentes de qualquer matéria mutável e cambiante, constituindo-se em diretrizes do pensamento jurídico e que possibilitam que este pensamento como tal se qualifique. A unidade destas formas puras encontra-se no conceito de Direito. O conceito de Direito é que qualifica uma matéria como sendo jurídica. Stammler diz que encontrar este conceito e com ele os conceitos fundamentais puros do Direito é a missão da filosofia crítica do Direito (*Ibidem*, p. 116).
Alicerça Stammler sua concepção pela distinção de dois modos de pensamento: um, radicado no "perceber", outro, no "querer". A percepção recai sobre fenômenos causais dirigidos pela lei de causa e efeito, caracterizada pelo condicionamento do efeito, momento ulterior do acontecimento, a uma causa, momento anterior. O querer, ou seja, a vontade – que não deve jamais ser tomada em um sentido psicológico –, incide sobre a relação de meio e fim, caracterizada, por sua vez, pelo condicionamento do fim – que é ulterior – ao meio, que se constitui no momento anterior. Com isto aparta Stammler ciência causal ou da natureza, referenciada ao perceber, da ciência final, alusiva ao querer, atribuindo ao Direito, que é um modo de querer, a qualidade de ciência final.
Assim, defende Stammler que, na medida em que o querer é tão ínsito à natureza humana quanto o perceber, há de se erigir uma ciência final, a qual desfrutará de sua lógica própria, com isto alcançando-se a plena autonomia do Direito face às ciências da natureza.
Os fins para Stammler não coincidem com os imaginados por Jhering: enquanto este tinha em mente uma realidade empírica, Stammler enxerga nos fins apenas modos de pensamento (lembre-se de que ele parte da teoria do conhecimento de Kant, transportando-a ao Direito).
Stammler dirige, então, sua atenção à construção dos conceitos jurídicos. Põe de um lado os conceitos puros do Direito, que são aqueles formais incondicionados por qualquer matéria, sendo formas puras *a priori* do pensamento. De outro lado coloca os conceitos condicionados, que são aqueles obtidos mediante processo de abstração promovido sobre um Direito historicamente posto. Tal abstração importa em reduzir os conteúdos de vontade domiciliados materialmente neste Direito dado apenas ao que é comum na pluralidade dos fenômenos, abstraindo-se tudo o que for diverso. De posse do material resultante desta operação, à medida que tal material é submetido ao conceito de Direito e aos conceitos fundamentais puros – que servem como "transformadores", como estruturas mentais que os captam de uma determinada forma –, obtém-se conceitos superiores e inferiores, que entre si mantêm uma relação de gênero e espécie e que deverão ser ordenados construtivamente em um todo unitário, o que é feito através da determinação dos conceitos inferiores de modo a referenciar os superiores a uma relação de condicionamento aos conceitos fundamentais puros, que os determinam. A matéria que contém os fins – registre-se que a matéria é indissociável dos conceitos condicionados, diversamente do quanto ocorre com os conceitos puros, formais, sem matéria que se lhes submeta – deve ser ordenada de modo a propiciar a ascensão ao "conceito central de Direito" (*Ibidem*, p. 119).
Stammler sustenta, a seguir, que a ciência do Direito não acrescenta nada à matéria objeto de seu conhecimento, limitando-se a uma atividade reprodutiva do dado. Ocorre que, ao lado deste modo de enfrentamento do fenômeno jurídico, Stammler vislumbra uma *praxis do Direito justo*, criadora. Sustenta que todo pensamento – e o Direito, em sua concepção, é um pensamento – está atrelado à justeza. Entrevê-se de seu pensamento que se trata de uma exigência lógica. No que toca ao Direito especificamente, propugna que a ideia de justeza equivale a uma unidade celular em que todos os conteúdos da consciência alinhem-se em harmoniosa conjunção. É dizer: justo é o querer jurídico que não contradiz os demais quereres jurídicos, com estes mantendo uma relação de integridade. Com

subjetivismo característico da teoria – foi o escrito de GNAEUS FLAVIUS, pseudônimo de HERMAN KANTAROWICZ, surgido em 1906, onde se defendia, ao lado do Direito estatal, o Direito livre, produto da vontade.[26]

O Movimento do Direito Livre surgiu dentro do contexto da Revolução Industrial, a qual propiciou o estabelecimento de situações e relações jurídicas cuja complexidade inaugurava um novo tempo, surpreendendo o operador do Direito com questões jamais antes divisadas e para as quais o problema das lacunas, que antes já se constituía em uma inescapável realidade, assumiu proporções assaz significativas. Diante de tal quadro, a lógica formal do racionalismo iluminista, com o excessivo apego ao texto da lei, já não conseguia fornecer respostas a todos os problemas que os casos concretos reclamavam. Foi neste cenário que apareceu o Movimento em tela, com sua proposta de rompimento com o racionalismo até então vigorante.

Sucede que se trata de Movimento *sui generis*, no sentido de que traz muitas dificuldades a par de suas vaguezas e ausência de critérios, certamente gerados pela própria filosofia por ele abraçada, consistente na total liberdade da criação jurídica, o que torna até mesmo imprópria sua qualificação como "Escola".

Não obstante toda essa fluida imagem exteriorizada por essa linha de pensamento, é possível identificar uma mínima ontologia na apreciação do que seja o fundamento de Direito para o Movimento: seria a *consciência da justiça*.[27] Contudo, até mesmo em função da ideologia perfilhada pelo Movimento do Direito Livre, o conteúdo desta consciência de justiça restou indeterminado.

Em suma, o que propugnava o Movimento era a abertura do Direito, uma vez que, segundo sua concepção, o Direito não se limitava à lei escrita, sendo resultado da criação judicial, a qual, por sua vez, tomava como parâmetro o caso concreto, o sentimento de justiça e a intuição em substituição à dedução lógico-formal proclamada pela Jurisprudência dos Conceitos. O texto legal, neste contexto, era apenas um dos elementos, uma referência, ao qual se deveria adicionar aqueles estratos retirados do entorno material da decisão, tais como as exigências sociais. Para tanto, obviamente restou delineada uma metodologia que, ainda que dotada de certa vaguidão – posto que desenhada com tintas cambiantes –, contemplava métodos próprios ao conceito de Direito perfilhado pelo Movimento. Assim, a decisão poderia ser até mesmo *contra legem*, o que se buscava justificar, a exemplo do que propugnava KANTAROWICZ, a partir de situações tais como a ausência de inequívoca resposta plasmada na lei ou desconformidade do texto legal com a intenção do legislador caso estivesse este diante da especificidade do caso concreto. HERMANN ISAY era um dos que defendiam uma interpretação e aplicação do Direito na qual o juiz, movido por seu sentimento de justiça, escolheria a decisão mais justa para o caso concreto, para, após, encontrar o fundamento legal que se adequasse ao quanto decidido. É certo que ISAY acaba por restringir sua teoria ao exigir que a decisão encontrada emocionalmente "se sujeite ao controlo das normas e, sendo o caso, seja rectificada com base nas normas",[28] mas não menos certo é que este mesmo jurista justificava uma decisão *contra legem* quando presente "lesão especialmente grave do sentimento jurídico".[29] Esta virada radical ao voluntarismo, com a concessão de tão vasta latitude decisionista ao intérprete e aplicador do Direito, operou-se justamente com o antes

efeito, o Direito justo não é algo considerado de *per si*, mas apenas em relação ao sistema jurídico em seu todo, pois o critério de justeza referencia-se ao conjunto dos "quereres" que o compõem.

26 *Ibidem*, p. 77-83.

27 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 87-88.

28 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 81.

29 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 91.

referido escrito de KANTAROWICS, posto que, consoante o pensamento de BÜLOW ou mesmo de EHRLICH, a subjetividade reconhecida à decisão judicativa deveria encontrar limites em sua objetiva justificativa legal.

Os métodos adotados pela concepção de Direito por parte do Movimento do Direito Livre são, pode-se mesmo dizer, fluidos e não catalogáveis, na medida em que permitem ao intérprete e ao aplicador da lei amplíssima margem de liberdade para decidir com base em seu sentimento jurídico e em sua intuição, o que se dá, justamente, em razão da vagueza e fluidez com que as suas teses trabalham o próprio conceito de Direito, havendo uma intrínseca mistura entre lei e decisão como suas fontes. Disto se extrai que, quanto menos substancioso for o fundamento jurídico, ou seja, a ontologia do Direito – o que tem a ver diretamente com suas fontes –, menos substanciosos e precisos resultarão os respectivos métodos, o que, uma vez mais, só vem a demonstrar a estreita relação e condicionamento existente entre a concepção de Direito e sua metodologia.

VI. Jurisprudência dos Interesses

Datada do início do século XX, a Jurisprudência dos Interesses contrapôs-se tanto à Escola da Exegese quanto à Escola Histórica, propugnando a abertura do Direito com vistas à sua substância, radicada nos interesses. Teve em PHILIPP HECK seu precursor, que tomou por fonte de inspiração, por seu turno, a teoria dos fins do direito difundida por JHERING e a do utilitarismo, elaborada por BENTHAM.[30]

O conceito de Direito esquematizado pela Jurisprudência dos Interesses tinha como ponto de partida os interesses como conteúdo finalístico das normas jurídicas. A expressão "interesse", todavia, guardava certa vaguidão quanto à sua substância, ora entendendo-se como correspondendo ao "fator causal" da motivação do legislador, ora como objeto de valoração por este empreendido, ora, ainda, como critério de valoração.[31]

Fato é que se pode, de uma forma geral, afirmar que os interesses corresponderiam às expectativas da sociedade, ou forças sociais, resguardadas pelo legislador e inspiradoras dos textos legais, de forma que os preceitos jurídicos não seriam mais que o resultado destes interesses ou, melhor dizendo, corresponderiam aos efeitos cujas causas seriam os interesses sociais.[32] Dentro desta concepção de Direito, portanto, é que vai a *Interessenjurisprudenz* estruturar todo o seu arcabouço metodológico, tomando o texto legal como produto dos interesses, a ultrapassar a dimensão sintática, tão cara à Escola da Exegese, para lograr o atingimento dos fins abrigados por detrás das palavras expressadas no texto. O Direito é, portanto, no conceito a ele conferido por esta Escola, o instrumento em que deverão restar protegidos os legítimos interesses da sociedade, bem como resolvidos os conflitos existentes entre tais interesses. Mais: é a lei que vai selecionar os interesses que merecem proteção, apartando-os daqueles que não o merecem. A lei, portanto, "é uma decisão valo-

30 A concepção que Ihering elabora em sua obra "A Finalidade do Direito" vislumbra o fenômeno jurídico sob um prisma eminentemente prático, buscando seu sentido e seus fundamentos na esfera do real. Este, por sua vez, é gravado pelo signo da luta de interesses, o que significa dizer que o Direito é o resultado desta luta, encontrando aí sua fonte de formação. Por sua vez, os interesses em tensão são determinados por fins, de onde resulta, na concepção do insigne jurista germânico, que o fim é o verdadeiro criador do Direito. Já o utilitarismo de Jeremias Benthan radica-se no princípio da utilidade, segundo o qual o julgamento de toda e qualquer ação deve levar em conta o aumento ou redução do bem-estar por esta ação promovidos. Útil, portanto, é toda ação que garante o maior bem-estar.

31 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 163.

32 Daí a afirmação do Direito como ciência, na medida em que, se para o rigor da ciência a investigação deveria incidir na relação causal, tal fenomenologia também se poderia verificar no Direito tal como propugnado pela Jurisprudência dos Interesses, posto que as regras jurídicas seriam efeitos causados pelos interesses da sociedade, reconhecidos pelo legislador.

rada de um conflito de interesses", para usar a expressão de CASTANHEIRA NEVES.[33] Pode-se dizer também: os interesses constituem o substrato da norma que a conexiona com a realidade. Com efeito, se para a Escola da Exegese a substância do Direito seria a vontade racional do legislador plasmada nos textos normativos; para a Escola Histórica, o *Volksgeist* expressado na dogmática jurídica; para a Jurisprudência dos Conceitos, a relação sistemática entre os conceitos, a referir o Direito a uma estrutura lógico-formal cuja realidade adstringia-se nas relações, no plano puramente teorético, dos conceitos; e para o Movimento do Direito Livre, a consciência do justo; para a Jurisprudência dos Interesses são os interesses que constituem o conteúdo do Direito. Conteúdo, este, que não tem toda a sua extensão residente no texto legal ou no sistema conceitualmente estruturado, nem em uma ultrasubjetiva ideia de justiça por parte do juiz, mas, isto sim, encontra-se referenciado na realidade social captada pelas normas. Segundo seu principal idealizador, HECK, as leis são "as resultantes dos interesses de ordem material, nacional, religiosa e ética, que em cada comunidade jurídica, se contrapõem uns aos outros e lutam pelo seu reconhecimento".[34]

Consigne-se que é a *finalidade do Direito* – objeto da pesquisa do legislador no elaborar das leis e da pesquisa do intérprete e aplicador na realização prática do Direito – que servirá de elemento norteador da identificação dos interesses legítimos e ilegítimos, residindo aí, em tal finalidade, a racionalidade do Direito. A identificação dos fins, portanto, passa a ser o parâmetro de controle da aplicação (racional) do Direito. Com isto, pretendeu a *Interesssenjurisprudenz* conciliar a razão teórica com a razão prática.

Sob a perspectiva metodológica, a Jurisprudência dos Interesses distingue o texto da lei (dimensão sintática do Direito) da dimensão material dele extraída, e que vai se identificar, justamente, com os interesses que levaram o legislador, em atendimento aos fins do Direito, a elaborar a norma. Tal postura importava em uma interpretação e aplicação da lei não apegadas ao jogo sintático arranjado nas palavras expressas no texto legal, razão pela qual, diante dos casos concretos, a letra da lei cedia lugar aos interesses que a inspiraram, numa *interpretação corretiva* de modo a valorizar mais seu sentido que sua forma, de maneira que só se poderia falar de uma interpretação *contra legem* ao nível sintático, mas nunca ao nível teleológico.

Os casos concretos, por seu turno, com seus conflitos de interesses, eram objeto de uma interpretação que os reconstruía à luz de seu exame sociológico, de forma que o produto desta interpretação, da qual resultava uma reconstrução do caso, era subsumido

33 CASTANHEIRA NEVES, A. *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995, v. 2, p. 225.

34 *Apud* LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 65.

aos interesses albergados na lei.[35] Com efeito, a *matéria* que se procurava extrair do caso concreto, sob luz sociológica, consistia nos interesses em jogo, i.e., em sua identificação, a fim de que, a partir daí, se pudesse trabalhar com os olhos voltados para os interesses abrigados no texto legal, em uma circularidade recíproca de implicação da qual resultaria a subsunção ou o reconhecimento da não subsunção,[36] o que poderia, em qualquer caso, reclamar o lançar mão da interpretação corretiva antes referida, sempre com a intencionalidade voltada aos interesses, cuja legitimidade ou ilegitimidade seria conhecida em atenção aos fins do Direito. É na finalidade, portanto, que vai radicar o critério de decisão – a conferir substrato racional à operação-, alicerçado, por sua vez, sobre os interesses então identificados.[37]

Nos casos lacunosos, em que o legislador não previu determinados interesses para protegê-los com o manto legal, o método encontrado pela *Interessenjurisprudenz* consistia na analogia entre os interesses do caso concreto e os interesses similares, juridicamente protegidos, o que de tudo apartava seu método de integração daquele proposto pela Jurisprudência dos Conceitos: enquanto esta última propunha que a operação analógica far-se-ia mediante a extração dos conceitos jurídicos de novas proposições jurídicas não legalmente explicitadas – a que HECK chamou de "método da inversão" –, a Jurisprudência dos Interesses preconizava raciocínio analógico que tomava os interesses, i.e., o conteúdo material da lei, como parâmetro de identidade, defendendo o alargamento significativo das regras expressas nos textos legais a fim de que estas passassem a abranger aqueles interesses nelas não domiciliados, mas cujo reconhecimento era impositivo face à finalidade do Direito, que, por sua vez, era obtida mediante o exame do caso concreto. Conectada com esta problemática acha-se a distinção, feita por HECK, entre "sistema externo" e "sistema interno". O "sistema externo" seria aquele sobre que alicerçada a jurisprudência conceitual e corresponderia à ordenação "visível" do material jurídico, sendo formado pela racional estruturação organizacional dos elementos materiais componentes da ordem jurídica; o "sistema interno", por outro lado – e é sobre este que articula HECK a operação de seu método – é o resultado do nexo objetivo formado pelas soluções dos problemas jurídicos tomadas em função do reconhecimento dos interesses. Em outras palavras: enquanto o "sistema externo" é tributário da forma, o "sistema interno" o é da matéria, merecendo ambos a qualificação de *sistema* justamente pelo fato de tanto num quanto noutro identificar-se conexões de sentido.

Interessante notar que, em caso de conflitos de interesses, HECK propunha o método da ponderação,[38] o que já denunciava

35 Rafael Lazzarotto Simioni procede a uma didática demonstração de como se devia operar com o caso concreto: "Primeiro a interpretação procurava identificar os interesses em conflito no caso concreto e organizá-los de modo suficientemente simplificado – geralmente na forma binária da diferença entre interesses do autor e interesses do réu. Era essa simplificação grotesca dos interesses que possibilitaria, depois, uma decisão sobre quais deles mereceriam proteção jurídica. Depois de identificados e organizados, a interpretação deveria operar a subsunção desses interesses na descrição resultante da interpretação dos textos legais. Quer dizer, de um lado, a interpretação operava uma descrição dos interesses em situação de conflito no caso. De outro, a interpretação operava uma descrição dos interesses reconhecidos pela lei como interesses juridicamente protegidos. Depois disso, bastava realizar-se uma subsunção entre a descrição da interpretação dos interesses concretos na descrição da interpretação dos interesses reconhecidos pela lei. Naturalmente, sempre exige uma relação circular, de complementariedade, entre essas duas interpretações." (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 119).

36 Subsunção aos interesses materiais albergados na lei e não ao texto legal em sua dimensão sintática.

37 Neste sentido, SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 124. Mais adiante, à página 126 da mesma obra, ensina: "Assim, com base na lei, a decisão distingue abstratamente os interesses legítimos e ilegítimos. Com base na finalidade do direito, a decisão traça uma distinção concreta entre interesses legítimos e ilegítimos a respeito dos interesses presentes no caso concreto".

38 Interessante registrar a crítica formulada por Hans Kelsen

o indiscutível avanço de seu pensamento, na medida em que as mais modernas teorias, a exemplo da desenvolvida por ALEXY, vão levar em consideração o critério da ponderação para a resolução de situações conflitantes.

A Escola em exame correspondeu a um legítimo rompimento com as concepções de Direito que a antecederam, ora fulcradas num excessivo apego à letra da lei, ora à dogmática jurídica, ora, ainda, num excessivo desapego das orientações normativas mediante o recurso a dados domiciliados na consciência. Seu surgimento compreendeu a abertura do Direito escrito para a realidade da vida, tendo como referência o texto legal. O êxito da Jurisprudência dos Interesses foi enorme e ela consistiu em importante contribuição para o pensamento pós-positivista que ganharia espaço no cenário jurídico contemporâneo.

VI. O positivismo de Hans Kelsen

KELSEN ocupa, na história do Direito, proeminente lugar, constituindo-se, sem dúvida, o mais influente jurista do século XX.

A preocupação primordial de KELSEN foi "purificar" a ciência do Direito de toda indagação externa ao "cosmos normativo", afastando do campo de investigação do jurista questões que seriam objeto da sociologia, da política ou da filosofia. Na visão kelseniana, apenas a norma deveria ser objeto da ciência do Direito; só assim o Direito se firmaria enquanto ciência. Tal concepção de Direito, com sua consequente metodologia de enfrentamento do fenômeno jurídico, restou desenhada, principalmente, em sua Teoria Pura do Direito.

Assim como procedi com as Escolas precedentes, traçarei as linhas gerais – muito gerais, considerados os limites impostos por este trabalho – da teoria do Direito formulada por KELSEN, sem, contudo, lançar mão de uma síntese que se demita de expor as principais características da teoria pura.

Parte KELSEN da distinção entre ser (*Soll*) e dever-ser (*Sollen*), pois é sobre tais conceitos que a estrutura de seu pensamento vai ganhar corpo.[39]

Para KELSEN, a investigação do Direito, ou seja, a atividade de enfrentamento do fenômeno jurídico,[40] deve concentrar-se no dever-ser, que é o mundo das normas. O ser não ingressa nas cogitações do jurista: sendo

à metodologia desenvolvida pela Jurisprudência dos Interesses e, mais particularmente, à ponderação de 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, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 392).

39 À distinção entre *ser* e *dever-ser* equivale a diferença entre *causalidade* e *imputação*. Como explica Kelsen, a lei de causalidade, mediante a qual a uma causa segue-se necessariamente um efeito, é própria das leis da natureza, sendo certo que o efeito é uma decorrência necessária da causa que lhe dá suporte, constituindo-se, portanto, um ser. O mundo jurídico, portanto, não apresenta tal característica, na medida em que, se cada norma determina um resultado, um efeito quanto a seu descumprimento, este efeito não necessariamente se verificará, de onde se infere que ela prescreve um dever-ser, imputando um efeito a determinado comportamento em desconformidade com o quanto prescrito. Para as leis causais, impera a forma "se A, então B", enquanto para a imputação a relação é "se A, então deve-ser B". Pela imputação, a consequência de um ato é imputada a este, mas não é produzida por este.

40 Registre-se que Kelsen distingue Direito e ciência do Direito. O Direito tem a ver com as normas postas, enquanto a ciência do Direito é a responsável pela formulação de proposições jurídicas acerca daquelas normas, de seu sentido e alcance. As normas não ostentam atributos de verdade ou falsidade, mas apenas o de validade ou invalidade (diante do sistema normativo hierarquizado ao qual pertencem). Verdadeiras ou falsas são as proposições da ciência do Direito acerca das proposições normativas. Também aqui vislumbra-se a questão do ser e do dever-ser, na medida em que as normas, ao estatuírem os "modais deônticos" *permitido*, *obrigatório* e *proibido*, importam num dever-ser, ao passo que as proposições da ciência do Direito, ao compreenderem aquelas normas, referenciam-se a um ser. Assim, Direito é linguagem e ciência do direito é metalinguagem, que fala sobre aquela primeira. Tem-se aqui claramente posição contraposta à Jurisprudência dos Interesses, em que ambas as linguagens restavam amalgamadas num todo unitário.

o que ocorre no mundo dos fatos, no mundo social, vai despertar o interesse do sociólogo ou do cientista político, mas não se constitui em objeto de investigação do jurista. Nada impede ao legislador de considerar, no editar da norma, elementos extraídos da moral; contudo, ao debruçar-se cientificamente sobre seu objeto de estudo – que é a norma –, o jurista limita-se ao estudo de sua proposição, sem considerações extratextuais e metafísicas. O ser origina-se de relações causais, mas o que importa ao Direito é sua qualificação jurídica, ou seja, sua recepção no mundo das normas. Com isto, KELSEN busca o atingimento do necessário rigor metodológico, garantindo ao Direito a posição de legítima ciência ao depurar-lhe de todas as considerações que não se dirijam à norma. Como alude KARL LARENZ, a teoria pura do Direito "não se preocupa com o conteúdo, mas só com a estrutura lógica das normas jurídicas".[41]

A teoria pura edifica o Direito sobre uma estrutura lógica, em que cada norma encontra sua condição de validade sobre uma norma superior, até alcançar a norma máxima, que é a hipotética norma fundamental (*Grundnorm*) e que se erige como condição de possibilidade, como categoria intencionada a conferir coesão e fechamento ao sistema.

A repercussão de tal concepção lógica do Direito vai resultar numa interpretação e aplicação[42] que se plasmam numa metodologia cuja base radica-se na consideração da interpretação não como um ato de conhecimento, mas como um ato de vontade. Sustenta KELSEN a visão de que cada norma encontra seu fundamento de validade numa norma que lhe é superior, no que se denomina de escalonamento do ordenamento jurídico. Da norma pressuposta pelo pensamento – a *Grundnorm* –, estruturar-se-á uma escala de normas no sentido descendente (em forma piramidal), cada qual ligada à anterior, até ir a ter na norma concreta ditada pelo juiz na interpretação/aplicação do Direito (norma individual), daí exsurgindo a decisão judicial como constitutiva – e não meramente declarativa – do Direito. É dizer: a concretização da norma superior revela-se na dupla e concomitante perspectiva da aplicação e constituição do Direito.[43] Neste cenário, a diferença entre o juiz e o legislador é que este último conta com maior margem de liberdade, enquanto o poder discricionário do magistrado já se apresenta com reduzido espectro deliberativo. Na concepção kelseniana, o texto legal dá margem a várias interpretações, sendo impossível o achamento de uma única resposta correta, dada a indefinição resultante das palavras, fluidas por natureza (a *open texture* a que viria a se referir, também, Hart) – a que denomina de *indeterminação não-intencional*[44] –, ou à própria *indeterminação intencional*, como ocorre nos casos de normas administrativas cuja concreção fenomênica imprescinde de regulamento que lhe trace as diretrizes. Por conseguinte, dentro da moldura delineada nos textos legais, o juiz

41 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 94.

42 Tenha-se como pré-compreensão ao restante do parágrafo a distinção que Kelsen faz entre interpretação e aplicação do Direito: na interpretação, fixa-se a moldura dentro da qual a aplicação do Direito, discricionariamente levada a cabo pelo juiz, deverá adstringir-se.

43 "[...] a aplicação do Direito existe tanto na produção de normas jurídicas gerais por via legislativa e consuetudinária como nas resoluções das autoridades administrativas e ainda – como veremos – nos atos jurídico-negociais; e os tribunais aplicam as normas jurídicas gerais ao estabelecerem normas individuais, determinadas, quanto ao seu conteúdo, pelas normas jurídicas gerais, e nas quais é estatuída uma sanção concreta: uma execução civil ou uma pena." (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 263). Acrescente-se a observação de que Kelsen distingue "interpretação autêntica" e "inautêntica" justamente com base em tal concepção, asseverando que apenas a interpretação levada a efeito pelo *intérprete autêntico*, que é o juiz, é a autêntica, enquanto a outra espécie – inautêntica, não criadora ou constitutiva do Direito – é a promovida pela ciência do Direito e pelas pessoas privadas: "Desta forma, existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica." (*Ibidem*, p. 388).

44 Para o conhecimento das espécies de indeterminações não-intencionais, conferir KELSEN (*Ibidem*, p. 388-389).

poderia, por um ato de vontade, agir dentro de sua discricionariedade a fim de encontrar a resposta que melhor lhe parecesse adequada ao caso, de forma que "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".[45] O juiz, portanto, dentro do espaço delimitado pela moldura da norma,[46] exerce, na teoria pura, poder discricionário para eleger a resposta que repute mais acertada, sem necessário recurso a princípios de ordem moral ou metafísica objetivamente justificáveis. A atividade do magistrado, pois, não é passível de sofrer controle outro que não seja os limites desenhados no texto legal, ou seja, deve ater-se às possibilidades de interpretação contidas nas fronteiras sintáticas demarcadas pelo texto normativo.

A interpretação propugnada por KELSEN decorre, naturalmente, de sua concepção de Direito. Coincidindo o Direito com a norma positiva, a vinculação de sua aplicação pelo juiz a critérios supranormativos (como a ética, a justiça e outros fatores) importaria na concepção destes critérios como constituintes do Direito, ou seja, como normas não positivas, o que contrariaria todo o arcabouço teórico em que edificada a teoria pura: o objeto da ciência jurídica é a norma e não fatores metafísicos que residam fora do complexo normativo.

Vê-se, desse modo, que, para a teoria pura, o enfrentamento do Direito cinge-se às normas positivadas nos textos legais, achando-se essas normas, por sua vez, estruturadas de modo a encontrarem seus respectivos fundamentos de validade nas normas que lhes sejam hierarquicamente superiores, todas produzidas de conformidade com o processo legislativo igualmente disposto em textos positivos, cujo último fundamento de validade vai coincidir com a norma pressuposta pelo pensamento, fictícia, e que se erige à categoria apta a dar coesão e sustentação lógica a todo o sistema, que é a *norma fundamental*.

Interessante notar que KELSEN, ao não conseguir escapar da norma fundamental – que é, ao modo da teoria do conhecimento de KANT, uma condição lógico-transcendental –, acaba por contradizer seu próprio sistema, ao denunciar, com o lançar mão de uma categoria de pensamento meramente formal, a impossibilidade de se alicerçar uma teoria do Direito que descarte a infrangível realidade, que é a conexão do mundo jurídico normativo com os estratos do real, sendo de todo impossível – a menos que se lance mão de subterfúgios lógicos, mas não ontológicos, como sói ser a norma fundamental – apartar o fenômeno jurídico das demais dimensões que lhe conferem substância e que, juntas, constituem o signo de seu ser: o fato (sociologia) e o valor (axiologia), como já argutamente observado por juristas como REALE em sua teoria tridimensional, onde o Direito é a soma de fato, valor e norma. Crua razão teórica, a teoria pura fecha os olhos para a realidade em que mergulhado o Direito, na qual ele nasce e vive. Em suma: ao colocar a norma fundamental no lugar do Direito Natural, certamente que KELSEN fechou sobre si mesmo seu sistema, mas a questão que fica é até que ponto tal recurso, com toda sua artificialidade linguística, adequa-se a algo tão complexo como o Direito e os reclames que sua *práxis* solicita.

Se KELSEN logrou a construção de uma teoria formal dotada de indiscutível rigor lógico – e dúvidas não há quanto ao seu êxito

45 *Ibidem*, p. 393.

46 "Em todos estes casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica. O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outras das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador – a determinar por qualquer forma que seja – ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível." (*Ibidem*, p. 390).

em tal empresa –, por outro lado acabou por subtrair ao Direito toda a intencionalidade voltada ao seu conteúdo, toda sua conexão com a realidade. As teorias vindouras, que deram corpo ao denominado pós-positivismo, não são mais que tentativas de resgatar a conexão entre Moral e Direito e a razão prática que a teoria kelseniana, que só teve olhos para a razão teórica, descuidou. E é justamente naqueles espaços onde KELSEN propugnou existir a discricionariedade judicial que as novas correntes de pensamento procurarão preencher com a necessária vinculação a critérios extraídos da moral, da ética, etc., com isto adstringindo o juiz à justiça material.[47]

VII. O pós-positivismo

O positivismo de KELSEN e as linhas de pensamento que o antecederam mostraram-se insuficientes para a compreensão e enfrentamento do fenômeno jurídico, tendo sucumbido diante da força da realidade. O pós-guerra, após o nazismo, já não mais se satisfazia com uma concepção avalorativa do Direito, para a qual a forma se sobrepunha sobre o conteúdo, pouco importando este para a validade do Direito.[48] As insuficiências de uma visão lógico-formal do fenômeno jurídico assumiram dimensões visíveis a olho nu. Foi neste cenário de desalento e desencanto que se principiaram novas visões, as quais procuraram reaproximar o Direito à ética com abertura aos princípios superiores ao ordenamento.[49]

Dentro da visão pós-positivista, apartam-se os procedimentalistas dos substancialistas. Tal é a primeira distinção a ser feita.

O procedimentalismo compreende a correção da decisão jurídica quando esta é atingida mediante o respeito a procedimentos discursivos. É dizer: para os procedimentalistas, a argumentação jurídica, para ser válida, deve obedecer a determinados procedimentos formais, advindo daí sua racionalidade, uma vez que descreditam na existência de princípios morais universais que possam embasar, em qualquer tempo e lugar, as decisões judicativas. Por outro lado, o substancialismo atém-se ao conteúdo das decisões, não bastando o respeito às formas procedimentais para que se tenha por válida a argumentação, devendo esta reverenciar a substância do justo, por eles considerada como elemento de possível captação por parte do intérprete/aplicador do Direito.

O procedimentalismo conta com autores como ROBERT ALEXY e HABERMAS, alinhando-se na trincheira substancialista DWORKIN, CASTANHEIRA NEVES e outros.

Dadas as dimensões deste trabalho, analisarei o pensamento jurídico de dois autores, cada um representante de uma daquelas linhagens: ROBERT ALEXY no campo procedimentalista e RONALD DWORKIN no substancialista. Em trabalho futuro, dedicarei atenção especial à obra de CASTANHEIRA NEVES (jurisprudencialismo), que, dada sua indiscutível sofisticação e pouco estudo entre nós, está a merecer mais detida análise e reflexão.

47 É muito pertinente apontar o equívoco em que os menos avisados costumam incorrer ao cuidarem do positivismo: sustentam que este "prende" o juiz nas amarras da lei, enquanto na realidade é justamente o oposto: como se nota do estudo de Kelsen, é concedido ao juiz, sob o espectro da discricionariedade, ampla margem decisória, cuja vinculação à norma escrita cinge-se aos limites traçados por sua moldura, podendo lançar mão de critérios morais, políticos, pessoais, etc. Diversamente é o que se passa no pós-positivismo, onde o juiz deve observância a valores, ainda que não positivados no sistema, mas deste decorrentes ou sobre os quais acha-se este fundado, e não em critérios, ainda que morais, objeto de livre escolha.

48 "Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados." (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 44).

49 À reaproximação da ética e do Direito chama-se comumente "virada kantiana" (*Kantische Wenden*).

Por último, deve restar assentado que o pós-positivismo não busca um retorno ao Direito Natural como elemento fundante do fenômeno jurídico; sua proposta é manter os ganhos obtidos com o positivismo sem, contudo, fechar as portas para os valores de ordem moral. A conciliação entre estes dois polos de tensão é que se erige na legítima preocupação das visões pós-positivas do Direito.

Dito isso, passemos a estudar, rapidamente, esses atuais pensamentos acerca do Direito.

a) Robert Alexy

KELSEN deixou como legado a concepção, corolário de sua teoria pura, de que a correção da decisão judicial fundamentar-se-ia em sua prolação por um órgão investido pelo Direito positivo da competência para tanto. O conteúdo da decisão, desde que balizado pelo quadro legal, não se submeteria a qualquer juízo de correção, bastando que o julgador estivesse legalmente investido em sua função, pouco importando sua correção ou justiça. O pós-positivismo surge justamente em função deste *déficit* de critérios de correção da justiça da decisão, evidenciando-se várias correntes, capitaneadas pelos mais diversos juristas, que têm procurado desenvolver metodologias de enfrentamento do Direito capazes de corrigir tal problemática, a fim de que a decisão alcance uma justiça controlável pelas vias racionais.

É justamente nesse anseio que ALEXY desenvolve sua teoria da argumentação jurídica, que se constitui, pode-se mesmo dizer, no principal pilar de sustentação de todo o seu sistema de pensamento, o qual se espraia por três obras principais: "A Teoria da Argumentação Jurídica", "A Teoria dos Direitos Fundamentais" e "Conceito e Validade do Direito", cada qual se constituindo uma peça fundamental de seu sistema.

Em sua "Teoria da Argumentação Jurídica", ALEXY tentará preservar o normativismo kelseniano juntamente com o jusnaturalismo material de RADBRUCH. Para atingir seu intento, arranca da tese do caso especial, onde sustenta que a argumentação jurídica é um caso especial do discurso prático geral. ALEXY vai dimensionar o discurso jurídico com vistas à abertura para os valores e princípios, reaproximando a ética ao Direito, sendo que tal abertura não vai prescindir de outra dimensão discursiva, que é aquela voltada às normas positivadas no sistema, daí distinguindo-se a *justificação interna*[50] (referente ao *jus positum*, operada silogisticamente) da *justificação externa*[51] (alusiva ao material extrapositivo, é a que fundamentará as premissas usadas na justificação interna). Tais premissas, por seu turno, podem ser: [1] regras de Direito positivo, [2] enunciados empíricos e [3] premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de Direito positivo.

ALEXY esclarece a consistência das três premissas usadas na justificação interna e que serão objeto de fundamentação por parte da justificação externa:

> A fundamentação de uma regra de direito positivo consiste em mostrar sua conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico. Na fundamentação das premissas empíricas pode recorrer-se a uma escala completa de formas de proceder que vão desde os métodos das ciências empíricas, passando pelas máximas da presunção racional, até as regras de ônus da prova no processo. Finalmente, para a fundamentação das premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de

50 "Os problemas ligados à justificação interna têm sido amplamente discutidos sob o nome de 'silogismo jurídico'." (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 219).

51 "O objeto da justificação externa é a fundamentação das premissas usadas na justificação interna. Ditas premissas podem ser de tipos bastante diferentes. Pode-se distinguir: (1) regras de direito positivo, (2) enunciados empíricos e (3) premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo." (*Ibidem*, p. 228). Para a fundamentação das últimas (3) é que entra em cena a argumentação jurídica.

direito positivo aplica-se o que se pode designar de "argumentação jurídica".[52]

ALEXY salienta, ainda, a inter-relação existente entre os métodos de justificação daquelas três premissas, na medida em que a fundamentação da premissa (3), por exemplo, há de considerar as regras de Direito positivo objetivadas na premissa (1), bem como os enunciados empíricos objeto da premissa (2), o mesmo acontecendo com as premissas (1) e (2), umas em relação com as outras.

Tal é a espinha dorsal da teoria discursiva proposta pelo insigne jurista germânico, sob cuja perspectiva estrutura-se todo o seu método de enfrentamento do Direito, pautando-se na constante preocupação da conciliação entre os critérios de justiça material (jusnaturalismo) e as referências normativas (positivismo), sem que os primeiros se sobreponham às segundas afastando a aplicação das normas positivadas no sistema.[53] Neste cenário, o discurso prático (razão prática) e o jurídico (razão teórica) se vincularão mediante uma relação de integração.

Faço aqui um parêntesis para ressaltar que toda essa preocupação pós-positivista com a justeza da decisão alinhada às referências normativas dentro de critérios de racionalidade pelos quais se justifica a respectiva decisão, terá proeminente lugar, apenas, em se tratando dos denominados casos difíceis (*hard cases*), posto que, para os casos fáceis, a aplicação linear da norma jurídica afigura-se, regra geral, bastante e satisfatória. Ou seja: é justamente naqueles espaços da realidade concreta, em que a resposta pelo conteúdo decisório não se acha adrede disposta no cosmos normativo, que vai interessar a adoção de critérios, a serem observados pelo aplicador do Direito que, a um só tempo, observe princípios de ordem moral, ética, etc., como elementos garantidores da justiça material da decisão, sem atropelar o quanto positivado no sistema, mediante racional e controlável justificativa.

Iluminado por tal quadrante, ALEXY vai propor, para o atingimento do decantado desidério, sua teoria da argumentação jurídica.

Parte ALEXY da tese do caso especial, já antes referida, segundo a qual o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Por discurso jurídico (razão teórica) entende-se aquele já há muito conhecido dos lidadores do Direito, consubstanciado na interpretação das normas jurídicas em suas variadas modalidades, tais como a gramatical, teleológica, histórica, etc. ALEXY vai aprimorar o discurso jurídico. Por discurso prático geral (razão prática) entende-se aquele levado a efeito na filosofia, com abertura para fatores transcendentes. Na conjugação destas duas espécies de discurso, estruturar-se-á a teoria argumentativa alexyana.

A teoria da argumentação de ALEXY tem lugar na resolução daqueles casos difíceis, onde, ante à insuficiência das normas, ou ante a colisão de normas, ou ante à ausência normativa, terão que ser convocados elementos extrajurídicos, como os atinentes à moral, à política, à ética, etc. A teoria argumentativa então desenvolvida terá como escopo dar conta da intromissão, na decisão jurídica, daqueles elementos próprios do jusnaturalismo sem que se afaste da referência ao sistema normativo e sem que tal ocorra em conformidade com a pura discricionariedade judicial. A teoria alexyana traçará, portanto, os critérios metodológicos segundo os quais garantir-se-á a racionalidade da decisão, ou seja, a imersão racional daqueles valores extrapositivos, justificadamente trazidos ao Direito por via discursiva. Para tanto, es-

52 *Ibidem*, p. 228.

53 "O objetivo pós-positivista, então, tornou-se bastante claro: como manter as conquistas do neopositivismo jurídico, mas estabelecendo ao mesmo tempo relações com os princípios morais e valores éticos, que também são importantes para a garantia do ideal da justiça na prática das decisões jurídicas?". (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 236).

tabelecerá ALEXY regras discursivas, que comporão um feixe procedimental de cuja observância resultará a racionalidade e objetividade da decisão.

O discurso então proposto colimará o alcance do consenso entre os sujeitos interessados, conciliando-se o discurso prático geral e o jurídico, i.e., amalgamando, dialeticamente, numa síntese coerente, a razão teórica alusiva aos referenciais normativos e a razão prática postulada pela realidade subjacente, com toda a sua carga axiológica. É o entrelace da vida com o jurídico.

Para operacionalizar sua concepção discursiva, ALEXY propõe, no lugar dos tradicionais métodos de interpretação da época de SAVIGNY, a argumentação semântica, genética, histórica, comparativa, sistemática e teleológica das normas jurídicas ("cânones de interpretação"), perfazendo-se tais modalidades interpretativas através da argumentação. O argumento *semântico* dirige-se ao conteúdo significativo extraído das palavras da lei, indo buscar os referentes a que estas últimas aludem; a argumentação *genética* justifica determinada interpretação (semântica) demonstrando sua correspondência à vontade do legislador; o *histórico* busca a demonstração de fatos referentes à história do problema jurídico em causa, o que permite sua consonância com uma ou outras das possíveis interpretações; os argumentos *comparativos* são os que buscam referência em outros ordenamentos jurídicos; *sistemático* é o argumento que tem por base a relação lógica ou teleológica de normas relativamente a outras normas, fins e princípios; o argumento *teleológico* parte de uma análise dos fins e meios.

Tais métodos interpretativos, porque insuficientes, por si sós, ao atingimento do conhecimento, devem ser complementados com as seguintes *regras* discursivas: 1) saturação; 2) diferenciação das funções das formas argumentativas; e 3) ordem hierárquica das formas de argumentação. A (1) *saturação* diz respeito à exigência de esgotamento das razões, de forma que o máximo de razões sejam justificadas;[54] a (2) *diferenciação das funções das formas argumentativas* refere-se ao reconhecimento dos diferentes resultados a que podem conduzir os argumentos anteriores (semântico, genético, etc.),[55] o que implicará o estabelecimento de (3) *critérios que estruturem uma ordem hierárquica das formas de argumentação*. Neste ponto, salienta ALEXY a inconclusão existente sobre a ordenação que deve obedecer a um catálogo de graus ou de hierarquia entre os cânones, achando-se a questão em aberto. Contudo, propõe que:

> Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos.[56]

ALEXY não prescinde, também, da *dogmática jurídica* e dos *precedentes judiciais* como elementos a se integrarem no discurso. A dogmática jurídica diz respeito às proposições emitidas pela doutrina e se constitui para o aplicador da lei em prévia justificação, tendo, por isto, entre outras funções, a de redução do encargo argumentativo. Os

54 "Um argumento de uma forma só é completo se contém todas as premissas pertencentes a esta forma. A isto se chama o requisito da saturação." (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 242).

55 "As diferentes formas cumprem diferentes funções. As formas da argumentação semântica e genética se referem à vinculação dos órgãos decisores, respectivamente, ao teor da lei e à vontade do legislador. As formas históricas e comparativas permitem a incorporação das experiências do passado e de outras sociedades. A interpretação sistemática serve, entre outras coisas, para eliminar contradições no ordenamento jurídico. Finalmente, as formas teleológicas dão espaço à argumentação prática racional de tipo geral. Com isto se caracteriza respectivamente uma função proeminente em cada uma das diferentes formas." (*Ibidem*, p. 343).

56 *Ibidem*, p. 245.

precedentes judiciais garantem o respeito ao *princípio da universalidade*, o qual implica a igualdade de tratamento no tocante aos casos iguais, de forma que o afastamento de um precedente, por obséquio àquele princípio, deverá pautar-se em devida justificação ("carga da argumentação")[57].

Para ALEXY, em se atendendo as regras discursivas que ele objetivamente dispõe, a argumentação jurídica e a correspondente decisão podem ser tidas por racionais (procedimentalismo), uma vez que a correção material relaciona-se a uma metafísica por ele afastada, por reputar inviável o recurso a valores universais existentes dentro de uma sociedade gravada com o signo da complexidade.

É desta forma, ou seja, mediante o estabelecimento de regras discursivas que intentem garantir à argumentação critérios que lhe atribuam racionalidade, conciliando a justificação interna com a externa, promovendo a conexão do Direito com a moral sem perder de vista quer as garantias de segurança jurídica alcançadas com o neopositivismo, quer as garantias de efetiva justiça material propugnadas pelo jusnaturalismo.

Note-se que já nessa obra encontravam-se os gérmens de suas obras posteriores – "Teoria dos Direitos Fundamentais" e "Conceito e Validade do Direito" –, sendo, estas últimas, corolários da concepção discursiva de ALEXY. De onde se extrai, também aqui, a íntima conexão entre conceito de Direito e os métodos de seu enfrentamento. A concepção de Direito de ALEXY é pós-positivista, de modo a referenciar-se para fatores extralegais como suportes da constituição do fenômeno jurídico, de onde a necessidade de se desenvolver metodologia – que, no caso, consiste em sua teoria da argumentação – própria a esta concepção e por esta condicionada.

Nesse sentido, importa examinar, ainda que genericamente, as teses desenvolvidas por ALEXY nas duas obras mencionadas, principiando-se pela "Teoria dos Direitos Fundamentais".

As duas linhas mestras da "Teoria dos Direitos Fundamentais" consubstanciam-se na distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma, e nos critérios de ponderação de princípios conflitantes.

Segundo ALEXY, as regras são *mandados de determinação*, de caráter *prima facie*, a determinarem a observância de algo sem que se franqueie a possibilidade de graduação em seu cumprimento.[58] Já os princípios, em que se categorizam os direitos fundamentais, são *mandados de otimização*, no sentido de que prescrevem realizações cujo cumprimento deve ser atendido da forma mais ampla possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.[59]

Na operacionalização das regras e princípios tal como por ele concebidos, ALEXY estabelece que, em se tratando de regras, ou incidem por completo ou não, aplicando-se por subsunção, daí não se divorciando sua teoria do quanto já traçado nas correntes positivistas. No caso de colisão entre regras, adota-se os critérios da especialidade, da hierarquia, da temporalidade, etc. No caso dos princípios, eles incidem mediante critérios de ponderação e, caso colidam, ALEXY formula a aplicação da *máxima da proporcionalidade*.

Colidindo dois princípios, cujos pesos são abstratamente idênticos, o recurso à proporcionalidade obedecerá a uma escala trifásica, percorrida entre seus três subprincípios, que são a *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*, de forma que a ausência de uma implica na pronta desconsi-

57 *Ibidem*, p. 268.

58 Para Dworkin, regras aplicam-se na forma do tudo ou nada (*all or nothing*), no sentido de que ou incidem ou não incidem, quando presentes ou ausentes seus pressupostos (que Pontes de Miranda chamaria de *suporte fático*).

59 Para Dworkin, princípios são os elementos da moralidade política que justificam as regras. Em sua visão, os princípios não estarão necessariamente positivados, enquanto para Alexy os princípios são normas positivadas ou extraíveis das positivadas.

deração das seguintes. Ou seja: caso se verifique ausente a adequação, descabível passar-se à necessidade, e, na ausência desta última, à proporcionalidade em sentido estrito.

Sob o prisma da *adequação*, verificar-se-á se a medida afrontosa de determinado princípio é adequada à concretização da meta à qual tal medida se dirige. A *necessidade* vai se relacionar com a proibição de excesso (*Übermassverbot*), no sentido de se pesquisar acerca da ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz para o atingimento da meta. Por último, a *proporcionalidade em sentido* estrito vai sopesar os prós e contras da medida, numa relação de meios e fins, perguntando se o sacrifício equivale ao bem auferido com o sacrificado. Enquanto a adequação e a necessidade relacionam-se com as possibilidades fáticas, a proporcionalidade em sentido estrito vincula-se às possibilidades jurídicas. É aqui que vai ter proeminente lugar a argumentação jurídica, no justificar o maior peso conferido a um princípio em detrimento de outro, o que se operacionalizará mediante a *lei de colisão* e a *lei de ponderação*. A *lei de colisão* impõe ao aplicador demonstrar a "relação de precedência condicionada", mediante a demonstração dos fatores que conduzem à precedência de um princípio sobre o outro, no caso concreto. A *lei de ponderação* significa que o sacrifício de um princípio deve ter sua legitimidade traduzida pela correspondente dimensão da satisfação do outro, de modo que quanto maior for aquele sacrifício, maior deverá ser a satisfação do princípio que tiver sido eleito, pela lei de colisão, como o precedente.[60]

A solução jurídica resultante do processo de ponderação constituirá a lei do caso concreto e servirá de modelo a se aplicar, via subsunção, aos futuros casos análogos.

Mas pode haver, também, colisão entre uma regra e um princípio. Quando isto ocorrer, sustenta ALEXY que se deve lançar mão do recurso à ponderação, mas não entre a regra e o princípio e sim entre este último e o princípio que dá sustentação à regra, a fim de que se chegue, pela máxima da proporcionalidade, ao estabelecimento do princípio que deve prevalecer no caso concreto. Contudo, como se impõe tributo à separação de Poderes, sendo certo que o legislador já procedeu às suas prévias ponderações ao editar uma regra, preconiza ALEXY que o afastamento da regra em função da prevalência do princípio contrário àquele que lhe confere suporte só tem lugar quando também superados os princípios segundo os

60 A estrutura da ponderação é sintetizada na *fórmula de peso* de Alexy: Gi, j = Ii.Gi.Si : Ij.Gj.Sj. Sumariando a aplicação da fórmula, tome-se dois princípios colidentes, Pi e Pj. I,j representa a importância do cumprimento do princípio oposto Pj, enquanto Gi,j o peso concreto do princípio cuja violação é examinada, ou seja, Pi. A fórmula de peso expressa que o peso concreto de um princípio é um relativo. "Ela faz isso de forma simples, definindo o peso concreto como quociente entre a intensidade da interferência nesse princípio (Pi) e a importância concreta do princípio oposto (Pj)" (Cf. ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 156-157). É mediante os dados colhidos do caso concreto que a fórmula de peso operará, o que me parece evidenciar a expressão da sobrevivência de certa discricionariedade judicial, porquanto, no final das contas, é o julgador quem atribuirá os pesos a cada princípio colidente. A fórmula alexyana possibilita que a decisão judicativa revista-se de uma forma racional própria do rigor matemático, em que pese estar por trás de tal forma os critérios de justiça do julgador.

quais as regras positivadas no sistema pelo legislativo devem ser integralmente respeitadas. A estes últimos dá-lhes o nome de "princípios formais".

Já no que tange ao *conceito de Direito* proposto por ALEXY em sua obra "Conceito e Validade do Direito", e já extraível de suas obras anteriores – mesmo porque, como toda metodologia, os métodos de argumentação por ele propostos tomam já por base tal concepção de Direito –, pode-se sintetizá-lo na sua concepção de que o Direito consubstancia-se em um sistema de normas que atendem às seguintes características: a) são formuladas com pretensão de correção; b) possuem eficácia social global ou possibilidade de efeitos gerais; c) não são extremamente injustas (fórmula de Radbruch); e d) adequam-se aos parâmetros de uma norma fundamental pressuposta cuja aplicação pode se apoiar em princípios ou em outros argumentos normativos.[61]

Ou seja: no conceito de Direito defendido por ALEXY, o Direito, diversamente do pensamento positivista normativista de matriz kelseniana, conecta-se conteudisticamente com a moral, daí resultando sua metodologia de enfrentamento do fenômeno jurídico, consistente em argumentação jurídica e em ponderação de princípios com vistas à abertura ao reconhecimento de valores extrapositivos, mas que também constituem o Direito.

Segundo ALEXY desenvolve em sua tese, há uma necessária conexão conceitual e normativa do Direito com a moral. Consoante a *necessidade conceitual*, o legislador, ao produzir um texto legislativo, pretende que este seja correto, o que equivale a dizer: justo. E tal é assim ainda que o aludido texto não tenha de expressar necessariamente um determinado conteúdo. No que toca à *necessidade normativa*, ainda que o texto não precise expressar certo conteúdo, caso este ultrapasse o limite tolerável da injustiça, segundo a fórmula de Radbruch, não pode ser considerado Direito. Aqui, procede ALEXY a uma distinção entre *conexão classificativa* e *conexão qualificativa*: ao configurar a extrema injustiça, as normas perdem a qualidade de normas e deixam de ter validade jurídica, sendo juridicamente inválidas (classificativa); ao não se conformarem com certo critério moral, não deixam de ser normas, mas são normas ou sistemas juridicamente defeituosos (qualificativa).[62]

Sob tal alicerce, edifica ALEXY três argumentos que sustentam sua visão pós-positivista de um Direito conectado com a moral: (a) *argumento da correção*, segundo o qual as normas jurídicas integrantes de um sistema, assim como as decisões jurídicas, criam uma pretensão de correção; (b) *argumento da injustiça*, que diz respeito à fórmula de Radbruch, segundo a qual a injustiça extrema não pode ser considerada lei;[63] e (c) *argumento dos princípios*, que reza que um sistema jurídico minimamente desenvolvido contém, necessariamente, princípios, os quais pertencem a uma moral.

São esses, em linhas gerais – e, diga-se, assaz sumariados –, os arquétipos em que se erige o pensamento alexyano, de cujo exame vislumbra-se, uma vez mais na história da filosofia jurídica, a íntima conexão entre metodologia e conceito de Direito.

61 ZANON JUNIOR, Orlando Luiz; PASOLD, Luiz Cesar. Pós-positivismo 1: a versão procedimentalista de Alexy. *Revista Jurídica Cesumar* – mestrado, v. 13, n. 1, p. 131-159, jan./jun. 2013.

62 SOUZA, Felipe Oliveira de. Entre o não-positivismo e o positivismo jurídico: notas sobre o conceito de direito em Robert Alexy. *Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 14, p. 302-303, jan./mar. 2011.

63 "A versão mais conhecida do argumento da injustiça relacionada a normas isoladas vem de Gustav Radbruch. Sua famosa fórmula reza: 'O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido de modo que o direito positivo, assegurado através de um estatuto e do poder, tem então a precedência, mesmo quando seu conteúdo for injusto e inconveniente, a não ser que a contradição da lei positiva em relação à justiça atinja uma medida tão intolerável que a lei, enquanto 'direito injusto', tem que ceder à justiça." (ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 250).

Indubitavelmente, a filosofia de ALEXY representa um momento muito importante na filosofia do Direito e na metodologia jurídica em particular, na medida em que rompe com um modelo que já não consegue mais responder à multifacetada realidade do mundo. Não obstante, apresenta características positivistas. Por exemplo: na ponderação de princípios, não há como escapar de uma carga subjetiva na escolha do intérprete, mas tal é uma decorrência do próprio espírito que anima o procedimentalismo, porquanto tal subjetivismo tem por reduzidos seus malefícios quando resultante de uma decisão tomada em observâncias às regras procedimentais discursivas que garantem, por si sós, a racionalidade da decisão. Aliás, resta duvidoso até que ponto, de fato, a obediência a tais regras garantem uma racionalidade real, sendo legítimo questionar se o adjetivar-se de racional a observância às regras discursivas não é mais que um discurso em si, que uma linguagem sem nenhum referente que lhe granjeie ontológico *status* veritativo.

Tal demonstra que o voluntarismo propugnado por KELSEN não foi totalmente abolido na visão pós-positivista de ALEXY, mas apenas submetido ao "tribunal da razão" denominado de *procedimento discursivo*, ou seja, uma vez satisfeitas as regras da argumentação jurídica, tem-se que aquela decisão, tomada ainda que dentro de um voluntarismo, seja tida por racional, além do que passa a ser devidamente imposta sua justificação, uma vez vinculado o aplicador aos princípios que norteiam o sistema e compõem o Direito em sua órbita conceitual. Sem dúvida trata-se de um grande avanço, mas que só vem a realçar o inafastável momento voluntário, carregado de subjetividade, da interpretação e aplicação do Direito. Contudo, talvez essas fraquezas da teoria alexyana correspondam mais a um inescapável imperativo da realidade do que a uma falha possível de ser contornada por alguma teoria.[64]

b) Ronald Dworkin

A primeira circunstância que deve restar assentada como pré-compreensão do pensamento dworkiano é que sua teoria do Direito foi concebida dentro do sistema da *common law* (ou *judge made law*), o que significa dizer: dentro de um sistema jurídico onde os precedentes judiciais assumem posição ancilar e vinculante (*stare decises* ou *case law*), diversamente do que ocorre no âmbito da *civil law* (ou *code based legal sistem*). Outra circunstância que se deve desde logo ressaltar é que, diversamente de ALEXY, DWORKIN assume uma posição substancialista, construindo sua linha argumentativa referenciada ao interpretativismo jurídico, concebendo o Direito como uma prática interpretativa, no sentido de se aplicá-lo construtivamente, tomando em consideração os valores morais e principiológicos da comunidade, como adiante será melhor examinado.

Para bem compreender o pensamento de DWORKIN, é preciso, num primeiro momento, estudar sua teoria política; num segundo momento, é necessário estabelecer sua distinção entre regras (*rules*), princípios (*principles*) e políticas (*policies*); num terceiro momento, impõe examinar a substituição, promovida por ele, da concepção lógica do ordenamento jurídico de matriz kelseniana, de estrutura piramidal, pela concepção do ordenamento como *teia inconsútil*. Após assentadas tais premissas, restará explicitado o conceito de Direito tal como se extrai da doutrina do jurista sob enfoque, podendo-se então partir para a sua metodologia de interpretação e aplicação do Direito, percorrendo-se por suas teorias da única resposta correta, de como obtê-la, do juiz Hércules, etc.

64 Interessante observar que até a ciência já começa a identificar elementos que acabam por colocar em risco suas bases gnosiológicas. A física quântica, por exemplo, já detectou que o objeto observado modifica-se ao sabor do sujeito observador, i.e, este último promove alterações no objeto, o que pode colocar a pergunta acerca da possibilidade de se existir algo totalmente livre da vontade do observador.

Sob o aspecto político, DWORKIN sustenta, em primeiro lugar, que as pessoas possuem direitos morais contra o Estado, ainda que não explicitados na legislação ou nos precedentes. Tais direitos morais, todavia, podem dizer respeito a apenas uma minoria, de onde conclui DWORKIN que há de ser alterado o conceito de democracia constitucional, a fim de que as maiorias não imponham, estatutariamente, sua vontade contra as minorias, frustrando-lhes o desfrute daqueles direitos. Assim, propõe que a premissa majoritária seja substituída pela premissa comunitária, a significar igual consideração e respeito aos direitos morais de todos os componentes da comunidade, sejam maioria ou minoria, alcançando, com isto, o equilíbrio democrático. DWORKIN vislumbra, assim, o Estado como uma comunidade formada de indivíduos que, conjuntamente, devem concretizar, em posição igualitária, um empreendimento comum.[65] É com base em tal concepção política de Estado e de Democracia que vai ser erigida a teoria do Direito dworkiana, pois é o Direito que vai dar concretude a tal ideário.

Prosseguindo, DWORKIN procede à distinção entre regras, princípios e políticas, observando que, na prática, os juízes, ao decidirem os casos difíceis, fazem-no com apoio em regras não positivadas no sistema.

Regras correspondem às normas de Direito positivo que se acham expressas em textos legais. Os *princípios* são aqueles padrões de moralidade que gravitam fora do sistema positivo, sendo transcendentes, portanto, revelando-se como padrões referenciados às individualidades, ou seja, prescrevem prerrogativas individuais, como, por exemplo, a justiça e a equidade. *Políticas*, por sua vez, substanciam políticas públicas voltadas à comunidade em geral, radicando-se em critérios de utilidade, visando ao bem-estar geral. Segundo a visão de DWORKIN, os princípios não se posicionam em relação de hierarquia relativamente às regras, situando-se em dimensão diversa destas últimas, qual seja, na dimensão hermenêutica, estando atrelados à razão prática, pois é nos casos concretos, quando as regras positivadas no sistema não solucionem a questão posta diante do judiciário, que são solicitados. Os princípios correspondem aos padrões de moralidade da comunidade, constituindo-se a base das instituições políticas, das leis e da prática do Direito.

As regras são aplicadas pela lógica do tudo ou nada (*all or nothing*), no sentido de que, uma vez presente sua hipótese de incidência, elas devem ser integralmente aplicadas, ou integralmente inaplicadas quando ausente aquela hipótese. Eventuais conflitos entre regras resolvem-se pelas vias tradicionais, como os critérios de hierarquia (*lex superior derogat legi inferior*), temporal (*lex posterior derogat legi priori*) e da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*).

Já os conflitos entre princípios resolvem-se na dimensão do peso, de forma que, diante do caso concreto, o juiz, pela via argumentativa – e no uso dos critérios trazidos na teoria dworkiana, que compreendem sua metodologia –, especificará o que maior peso apresenta concretamente, fazendo-o incidir.

DWORKIN, ainda com amparo na distinção entre regras, princípios e políticas, vai dizer que, ao julgar os casos difíceis, os juízes recorrerão aos princípios, mas não às políticas, uma vez que estas últimas compreendem os padrões referentes ao todo coletivo, sendo atribuição das decisões políticas e não jurídicas. As decisões jurídicas são, portanto, uma questão de princípio (*a matter of principle*).

No que toca à estrutura do ordenamento jurídico, viu-se que KELSEN organizou-a dentro de uma lógica hierárquica radical, onde, no topo do sistema, posiciona-se a norma fundamental pressuposta, a *Grundnorm*. A partir daí, em escala

65 ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Pós-positivismo 2: a versão interpretativista de Dworkin. *Âmbito Jurídico*, XVI, n. 117, out. 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13759&revista_caderno=15>. Acesso em: 10 out. 2016.

descendente, se posicionam, sucessivamente, as regras constitucionais, as normas infraconstitucionais e assim por diante, cada qual encontrando seu fundamento de validade na norma anterior, assumindo o conceito de validade, dentro deste sistema, feição meramente formal. Assim, o juiz, ao aplicar o Direito, criaria a norma individual, posicionada na base da pirâmide normativa e que encontraria seu fundamento de validade na norma que lhe precede dentro do arcabouço jurídico em que inserida.

DWORKIN propõe a substituição desse modelo por outro, em que o ordenamento jurídico é visto de forma íntegra e coerente, de modo que o juiz, ao decidir determinado caso, vai levar em consideração toda o histórico que lhe antecedeu, curando pela uma continuidade das decisões anteriores. É dizer: suas decisões serão como que uma continuidade, íntegra e coerente, das decisões que lhe antecederam, e não o estabelecimento de uma norma individual que adote como parâmetro uma norma anterior, fruto de uma construção formal sob um modelo piramidal. O Direito, assim, em vez de formar uma pirâmide escalonada, onde as normas que o compõem comunicam-se mediante mero ajuste formal, passa a se estruturar como um tecido íntegro e coerente, cuja estrutura é continuamente formada por todas as decisões pretéritas, presentes e futuras. A tal modalidade de ordenamento dá-se o nome de *teia inconsútil*, no sentido de não apresentar, o Direito, costuras ou remendos, passando a ser enfrentado como uma trama coerente.[66] Assim, o aplicador do Direito leva em consideração os diversos fatores que inspiraram as decisões que lhe antecedem, que vão sendo tecidos na linha vertical (dos órgãos superiores aos inferiores) e horizontal (entre os órgãos situados no mesmo nível hierárquico).

Com esteio em tal estrutura conceitual do Direito, é que DWORKIN desenvolve sua teoria da interpretação e aplicação jurídicas, que é a próxima temática a ser abordada.

Inicialmente, é importante explicitar a distinção, tomada como base por DWORKIN, entre o positivismo e o pós-positivismo, no que tange ao problema semântico.

Para a visão positivista, impiedosamente atacada por DWORKIN,[67] o Direito é concebido como uma teoria semântica.[68] Isto significa uma redução do fenômeno jurídico e de sua interpretação e aplicação, na medida em que consolida a visão de que todo o Direito deve ser extraído dos textos mediante uma análise linguística através da qual se buscará, no mundo empírico, a correspondência isomórfica daquilo que se acha verbalizado, linguisticamente, nos textos legais. Há com isto um fechamento do Direito e, ao mesmo tempo, uma maior abertura ao tão criticado poder discricionário do juiz, uma vez que as expressões linguísticas, em suas múltiplas combinações, dão margem a variadas interpretações, proporcionando uma indesejável carga subjetiva.

Colimando superar tal visão e salvar o Direito do que ele chama de *ferrão semântico* (*semantic sting*), DWORKIN propõe um modelo interpretativo de Direito. Sob esta ótica interpretativista, o aplicador do Direito investigaria não os significados textuais usados, por exemplo, numa decisão em que referido o termo "banco", a fim de se saber se se trata de uma instituição financeira ou de um

66 Nota-se aqui a abissal distância desta postura com a de Kelsen: para este, ante a impossibilidade de uma única resposta correta, o juiz encontraria, em cada caso, aquela que fosse adequada segundo sua vontade, desde que pudesse ser justificada dentro da moldura traçada na norma. Já Dworkin vai partir de outro pressuposto, que é o estruturar todo o ordenamento – e, neste, as decisões judiciais –, dentro de uma teia inconsútil em que cada parte em relação ao todo, e o todo em relação à parte, mostrem-se íntegros e coerentes, sem rupturas, o que era impossível no modelo de Kelsen.

67 Dworkin vai eleger como alvo em seu ataque contra o positivismo a teoria positivista construída por Herbert Hart. A partir daí, vai usar a teoria hartiana como principal plataforma de sua crítica.

68 Positivismo semântico é o propugnado por Hart, por exemplo, diversamente de Kelsen, para quem o Direito é uma relação sintática.

objeto móvel para sentar-se: a investigação não se debruçará sobre os caracteres linguísticos e em suas correspondências empíricas para averiguar-lhes a veracidade ou a falsidade, mas se situará num nível hermenêutico, onde o significado da palavra "banco" será construído mediante o exame dos princípios que fundamentaram aquela decisão. É dizer: é num nível de análise superior e transcendente ao textual que se localizará a atividade interpretativa do aplicador do Direito. Para usar uma metáfora, a análise semântica positivista localizar-se-ia na roupa pronta, enquanto a teoria interpretativista vai lançar sua ação aos tecidos usados em sua confecção (ou seja, em sua construção), edificando, por sua vez, uma nova interpretação que resultará da consideração dos fundamentos usados nas anteriores acrescidos de outros pertinentes ao caso concreto, numa continuidade histórica do Direito, sem interrupção em sua trama inconsútil, garantindo-se, com isto, a integridade e a coerência do sistema.

Enquanto a teoria semântica sedimenta uma investigação do Direito presa aos conteúdos linguísticos, visualizando-o como uma composição de textos e desvelando os vários significados possíveis das estruturas verbais, bem como sua subsunção, ou não, aos fatos empíricos, o interpretativismo direciona tal investigação para o nível dos fundamentos do Direito, que têm a ver com os princípios morais que compõem o projeto da comunidade, buscando, com esta teoria política do Direito,[69] coerência e integridade como elementos necessários à preservação e promoção daquele projeto.

Importante assinalar a visão de DWORKIN acerca da moral. Para ele, a moral é o tronco de uma árvore da qual sai o galho da moralidade política, do qual, por sua vez, sai o ramo que é o Direito. Logo, resta impossível o apartar-se o Direito de considerações axiológicas, na medida em que a moral compõe-lhe a essência. A moral é como que seiva que corre em suas veias.

Iluminado por tal quadro, DWORKIN propõe uma aplicação do Direito baseada em sua integridade ("Direito como integridade" – *Law as integrity*). Principia analisando o fenômeno jurídico sob três possíveis concepções: 1) *convencionalismo*, segundo o qual o Direito acha-se expresso em textos legais ou jurisprudenciais adrede elaborados, de modo que, à falta de textos aos quais possam se subsumir os casos decidendos, tem lugar o poder discricionário do juiz;[70] 2) *pragmatismo*, segundo o qual os direitos surgem com as decisões e, diversamente do convencionalismo, não residem adredemente edificadas no passado; tais decisões, por sua vez, devem ser flexíveis para adequar o Direito às consequências futuras, calibradas em consonância com a teoria econômica do Direito;[71] e 3) *integridade*, que é a concepção defendida por DWORKIN. Parametrizando-se sob o manto da justiça, equidade e integridade, tal concepção vai priorizar o estabelecimento de decisões que sejam o resultado da equação baseada em três fatores: (a) os fundamentos

69 Como ponderado por Rafael Lazzarotto Simioni, "para Dworkin o direito é interpretação, por isso ele decide não continuar uma teoria pura do direito, mas fundar uma teoria política do direito." (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 328).

70 Segundo Dworkin, "O convencionalismo exige que os juízes estudem os repertórios jurídicos e os registros parlamentares para descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui poder legislativo. É evidente que vão surgir problemas interpretativos ao longo desse processo: por exemplo, pode ser necessário interpretar um texto para decidir que lei nossas convenções jurídicas constroem a partir dele. Uma vez, porém, que um juiz tenha aceito o convencionalismo como guia, não terá novas ocasiões de interpretar o registro legislativo como um todo, ao tomar decisões sobre casos específicos." (DWORKIN, Robert. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 272).

71 Dworkin: "O pragmatismo exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro. Esse exercício pode pedir a interpretação de alguma coisa que extrapola a matéria jurídica: um pragmático utilitarista talvez precise preocupar-se com a melhor maneira de entender a ideia de bem-estar comunitário, por exemplo. Uma vez mais, porém, um juiz que aceite o pragmatismo não mais poderá interpretar a prática jurídica em sua totalidade." (*Ibidem*, p. 273).

sob cuja inspiração lastrearam-se as decisões pretéritas, incorporados pelos (b) princípios de moral pessoal e política (c) orientando-se à construção do futuro da comunidade de modo coerente – ou seja, sem cisões consúteis – com o passado.[72-73]

Para operacionalizar a interpretação e aplicação do Direito como integridade, DWORKIN defende o modelo de interpretação sob a imagem do "romance em cadeia" (*chain novel*).

Fazendo um paralelo entre o Direito e um romance, DWORKIN cria a metáfora baseada num romance que deve ser contado por vários escritores. O segundo autor que receber a história deverá dar-lhe continuidade sem que rompa com o enredo, preservando a ideia central. O terceiro autor a quem for cometida a tarefa de continuar a história deverá, igualmente, dar prosseguimento ao texto elaborado pelo segundo, e assim sucessivamente, a fim de que seja garantida a integridade e a coerência do texto como um todo. Analogamente DWORKIN enxerga a interpretação e aplicação do Direito. Este é visto como uma trama histórica que não deve ser rompida, cindida, fragmentada por seus continuadores. Os juízes, assim, seriam como que coautores deste "romance em cadeia" que é o Direito: ao aplicarem-no ao caso concreto, deverão considerar as decisões anteriores em seus fundamentos, em como foram decididas e quais suas justificativas, a fim de dar prosseguimento à história jurídica da comunidade enriquecendo-a, mas sem impor-lhe cisões descontínuas.

A metodologia elaborada por DWORKIN para levar a cabo tal operação divide-se em quatro partes, a seguir sumariamente analisadas.

Primeira etapa: "selecionar diversas hipóteses para a melhor interpretação dos casos precedentes, antes mesmo de tê-los lido".[74] Significa que se deve catalogar os precedentes pertinentes ao caso concreto, a fim de identificar a força gravitacional que eles exercem sobre o caso decidendo, proporcionando, assim, que se demonstre a compatibilidade da decisão atual aos princípios que iluminaram aqueles precedentes.

Segunda etapa: "verificar cada hipótese dessa breve lista perguntando se os juízes dos casos precedentes poderiam ter dado aquele veredito se estivessem, coerente e conscientemente, aplicando os princípios subjacentes a cada interpretação",[75] devendo-se descartar as hipóteses em que não aplicados os princípios radicados nos precedentes.

Terceira etapa: "perguntar, como etapa seguinte da sua investigação, se alguma das três [hipóteses restantes, que não foram descartadas] deve ser excluída por incompatibilidade com a totalidade da prática jurídica mais geral".[76] Aqui, a análise deve abranger as situações mais amplas possíveis, a fim de identificar um denominador comum, cuja ausência, em determinadas hipóteses, deverá importar na exclusão destas. Trata-se de uma depuração, portanto.

72 Dworkin: "O direito como integridade é diferente [do convencionalismo e do pragmatismo]: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo: o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda." (*Ibidem*, p. 273).

73 Dworkin, logo no início do capítulo VII de seu *Law's Empire* sintetiza a distinção entre convencionalismo, pragmatismo e integridade, dos quais, mais adiante, vai concluir que apenas a integridade é interpretativa: "O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento." (*Ibidem*, p. 271).

74 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 386.

75 *Ibidem*, p. 387.

76 *Ibidem*, p. 387.

Quarta etapa:[77] aqui, há de se verificar se as interpretações assimilam uma teoria geral do Direito, coerentemente, de modo a integrar uma rede inconsútil em que reste por tal interpretação justificada a rede como um todo. Cuida-se de uma visão holística acerca do Direito, sem distinções de seus ramos ou disciplinas, o que se traduz num ângulo de visada do fenômeno jurídico em que cada parte deve ser justificada pelo todo e assim reciprocamente. Somente então é possível alcançar uma unidade dos princípios morais imanentes a uma comunidade. Comunidade, esta, vista como a única autora do Direito.

Importante ferramenta utilizada por DWORKIN para conferir substância à sua metodologia de enfrentamento do Direito é sua radical visão contrária à discricionariedade judicial defendida pelo positivismo quando em pauta os denominados *casos difíceis*.[78] Aqui guarnece o principal *leitmotiv* pós-positivista, na superação do modelo que imputava ao juiz ampla margem de liberdade quando ausente uma resposta dentro do sistema normativo positivo, de modo a que, em casos tais, fosse-lhe permitido, em sua atividade decisória, escolher a solução que, lastreada em seu entendimento subjetivo, reputasse a mais adequada, sem necessária vinculação a parâmetros de ordem moral. É justamente contra esta ideia que vai se voltar o pós-positivismo e, em particular, a teoria dworkiana. Assim sendo, após fazer a distinção entre discricionariedade no sentido fraco e forte[79] e concluir que o positivismo opta pelo sentido mais forte, o jurista em estudo defende um modelo em que ausente a possibilidade de haver discricionariedade judicial. A principal crítica lançada por DWORKIN é no sentido de que, ao se adotar aquele modelo positivista, o juiz estaria criando dever *ex post facto*, a surpreender a parte vencida na demanda, o que corrompe o necessário compromisso que o Direito deve ter com a segurança jurídica. Assim, alternativamente àquele modelo, DWORKIN cria a "teoria dos direitos", segundo a qual as partes possuem direitos prévios à instauração da demanda, mesmo que não positivados em regras, mas sempre expressados nos princípios, os quais devem ser reconhecidos pelo juiz.[80] Tais princípios devem ser empregados mediante a interpretação construtivista realizada dentro do ordenamento jurídico (teia inconsútil) e de acordo com a história institucional do Direito.[81] Assim sendo, diversamente do que preconizava o positivismo, DWORKIN afirma que não existem várias respostas corretas, mas apenas uma, cujo achamento efetiva-se seguindo as etapas que descreve. Cria, para protagonizar, idealmente, o achamento da decisão correta, a figura do Juiz Hércules, modelo de magistrado com capacidades sobre-humanas. Hércules não é passivista – na medida em que não se subordina às autoridades eleitas –, nem ativista – posto que não aplica critérios de políticas, mas de princípios, não interferindo, por conseguinte, nas estratégias tendentes à satisfação dos interesses coletivos.

De acordo com o método dworkiano, a ser seguido por Hércules, no primeiro momento este deve ter como base de sua atividade intelectiva os princípios já existentes no sistema, de onde decorre o reconhecimento

77 *Ibidem*, p. 388.

78 De logo se diga que o método proposto por Dworkin aplica-se tanto aos casos fáceis quanto aos difíceis, embora seja nestes últimos que residirá a maior complexidade e o que confere à sua teoria maior visibilidade. Diferentemente, o juspositivismo preconizava o método subsuntivo para os casos fáceis e a discricionariedade para os difíceis.

79 Em apertada síntese, discricionariedade no sentido fraco seria aquela em que o poder de decisão se dá dentro de determinados parâmetros, enquanto a discricionariedade no sentido forte seria a em que se verifica maior amplitude decisória. Como exemplo de discricionariedade em sentido fraco, Dworkin dá o caso da ordem dirigida a um sargento para que este levasse em patrulha seus cinco homens mais experientes. Por outro lado, exemplifica a discricionariedade em sentido forte com o caso do sargento que recebe ordem de levar em patrulha cinco homens.

80 Lembre-se do quanto se falou, no início deste item, acerca da ideia de política e democracia em Dworkin.

81 ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Pós-positivismo 2: a versão interpretativista de Dworkin. *Âmbito Jurídico*, XVI, n. 117, out. 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13759&revista_caderno=15>. Acesso em: 10 out. 2016.

dos direitos concretos das partes, ainda que sejam contrariados por eventuais políticas. Paralelamente a isto, o magistrado deverá ter em conta as finalidades políticas que inspiraram o Parlamento na edição das leis, não como fatos psicológicos ao modo da teoria subjetivista, mas como fatos históricos devidamente documentados. Hércules deve, ainda, manter íntegro o Direito (Direito como integridade), construindo sua decisão à luz dos precedentes judiciais pertinentes, preservando a teia inconsútil em que estruturado o ordenamento, curando, desta forma, para seu não-rompimento. Quando Hércules se deparar com um precedente equivocado, motivado por um erro institucional, a abalar a teia inconsútil diante dos demais precedentes, deverá desconsiderá-lo, negando-lhe o efeito gravitacional, justificando tal conclusão mediante os princípios que o nortearam. Caso presentes princípios com pesos diversos, deverá Hércules adotar o critério da "prioridade local" (*local priority*), o que significa dizer: deverá, em tais casos, dar preferência aos princípios que mais de perto tenham a ver com a matéria jurídica em questão. Hércules deverá, ainda, proceder a uma leitura moral (*moral reading*) dos preceitos normativos, construindo interpretativamente o significado das normas em consonância com a moralidade política imanente na comunidade.

Com isso, DWORKIN assevera ser possível chegar-se à única resposta correta, tese que recebe as mais variadas críticas, que não importa aqui debater, tendo em vista o caráter (predominantemente) expositivo deste trabalho acerca das metodologias que se espraiaram por décadas, iniciando-se pelo positivismo clássico até chegar ao pós-positivismo.

A esta altura, já se afigura de fácil compreensão e vislumbre quão inspirado se mostra DWORKIN pela hermenêutica filosófica de HANS-GEORG GADAMER, cuja centralidade temática é muito bem explanada por FERRATER MORA:

> Com efeito, a hermenêutica não é para Gadamer um simples método das ciências do espírito, mas se converte em um modo de compreensão dessas ciências e da história graças às possibilidades que oferece de interpretação dentro das tradições. O novo sentido que Gadamer dá à hermenêutica é paralelo ao sentido que ele dá à compreensão [...], que se manifesta como um acontecer (*Geschehen*) [...], e especificamente como um acontecer da tradição ou transmissão (*Ueberlieferungsgeschehen*). Por isso a hermenêutica é o exame das condições em que ocorre a compreensão. A hermenêutica considera, portanto, uma relação, e não determinado objeto, como o é um texto. Como essa relação se manifesta na forma da transmissão da tradição mediante a linguagem, essa última é fundamental, não como um objeto a ser compreendido e interpretado, mas como um acontecimento cujo sentido se trata de penetrar.[82]

VIII. Conclusões

Como visto, o principal objetivo deste trabalho foi traçar uma síntese de algumas das principais Escolas que, ao longo dos anos, dedicaram-se ao tratamento metodológico do Direito, propiciando assim uma visão panorâmica que fosse tributária de um melhor entendimento da temática em tela, pois antes de se enfrentar, mediante um profundo exame, cada uma das linhas de pensamento expostas, nada mais pertinente do que se lançar um olhar sobre o todo que tais pensamentos representam. É como o visualizar uma enorme montanha do ponto o mais distante possível: tal facilita uma visão da montanha em sua integralidade. Contudo, essa visão não dispensa que, após, se percorra a própria montanha a fim de desvelar-lhe os ocultos mistérios. Assim também, segundo entendo, acontece com

82 FERRATER MORA, José. *Dicionário de filosofia*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005, t. II, p. 1.331.

o conhecimento em geral: uma antecedente visão do todo produz pré-compreensões necessárias ao enfrentamento de cada uma das partes que o compõem. Outra não foi a intenção deste trabalho, a preparar o terreno para que o leitor possa, doravante, aprofundar-se na temática proposta, descobrindo novos horizontes e novas conexões de sentido.

Após termos percorrido, portanto, os diversos métodos que tiveram por escopo o enfrentamento do fenômeno jurídico em sua vida prática – métodos estes que, como visto, sempre se atrelaram de alguma maneira ao conceito de Direito concebido pelas diversas Escolas de pensamento –, partindo do positivismo, em suas diversas correntes, até chegarmos ao pós-positivismo atual, deparamo-nos com uma situação em que resta algo a ser definido. O êxito alcançado pela teoria pura de KELSEN, ou pela Jurisprudência dos Interesses, com sua operacionalidade e incursão na vida prática, ainda não foi atingido por nenhuma concepção jurídica hodierna, havendo, ainda, decisões lastreadas na metodologia juspositivista, estejam ou não, seus autores, cônscios disto, como se fosse algo culturalmente entranhado no espírito. Até mesmo algumas aplicações das modernas teorias pelos Tribunais, não raras vezes acabam pecando por carência de fidelidade ao *modus operandi* que tais teorias abraçam. Talvez este *déficit* de assimilação, pelos menos em termos de completude, das modernas teorias à *praxis*, se deva a dificuldades operacionais, tais como as apresentadas pela argumentação de matriz alexyana, e, mais ainda, pelo modelo decisório proposto por DWORKIN, o qual se afirma, a meu ver, como um ideal de difícil ou quiçá impossível efetividade prática. As críticas destes modelos – os quais, diga-se de passagem, têm inquestionáveis méritos – deverão ser objeto de ulteriores trabalhos. Por ora, limitei-me à sumária exposição das doutrinas mais relevantes, demonstrando – o que se me apresenta como de crucial relevância – quão se afigura condicionada uma metodologia de como proceder no Direito em sua prática com a concepção que se tenha do Direito, constituindo-se duas faces da mesma moeda. Neste sentido, talvez a teoria que acabará conquistando maior espaço na *praxis* jurídica do futuro seja aquela que, em adequada reciprocidade circular, concilie o mais consentâneo conceito de Direito com a mais operacional (e viável) metodologia que lhe corresponda e se lhe vincule, pois o reclame maior repousa não apenas sobre um conceito de Direito que garanta o casamento deste com superiores níveis axiológicos, mas que, também, seja seguido de métodos efetivamente praticáveis.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Inês Lacerda. *Do signo ao discurso*: introdução à filosofia da linguagem. São Paulo: Parábola, 2011.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995, v. 2.

_____. *Metodologia jurídica*. Coimbra: Coimbra, 1993.

DWORKIN, Robert. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRATER MORA, José. *Dicionário de filosofia*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005, t. II.

_____. *Dicionário de filosofia*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004, t. IV.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 8. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. São Paulo: Vozes, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Iara Menezes. Escola da exegese. *Revista Brasileira de Estudo Políticos*, v. 97, p. 105-122, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/55/53>. Acesso em: 10 out. 2016.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2014.

SOUZA, Felipe Oliveira de. Entre o não-positivismo e o positivismo jurídico: notas sobre o conceito de direito em Robert Alexy. *Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 14, p. 302-303, jan./mar. 2011.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz; PASOLD, Luiz Cesar. Pós-positivismo 1: a versão procedimentalista de Alexy. *Revista Jurídica Cesumar* – mestrado, v. 13, n. 1, p. 131-159, jan./jun. 2013.

_____. Pós-positivismo 2: a versão interpretativista de Dworkin. *Âmbito Jurídico*, XVI, n. 117, out. 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13759&revista_caderno=15>. Acesso em: 10 out. 2016.