

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

PATRÍCIA SALES

Positivismo Jurídico e Hermenêutica
A Busca do Justo

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo, 2019

PATRÍCIA SALES

Positivismo Jurídico e Hermenêutica
A Busca do Justo

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito sob a Orientação da Professora Doutora Maria Garcia.

São Paulo, 2019

PATRÍCIA SALES

Dissertação apresentada à Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em _____ de _____ de 2020.

Banca Examinadora:

DEDICATÓRIA

Ao meu querido Deus, por todas as coisas, em especial por minha existência, pela proteção e pela enorme força proporcionada, capazes de tornar-me apta a transpor todas as vicissitudes próprias dessa vida.

Ao meu amado Rogério Varga, pela energia transmitida, motivadora na busca desse trabalho. Pelo apoio, por todos sábios aconselhamentos, por todas as críticas construtivas e pelas horas furtadas do nosso convívio, eu agradeço com todo o meu imenso amor.

À minha querida mãe (1945 – 2018), estrela que brilha no céu e que está viva em meu coração todos os dias. Obrigada por todo o legado de persistência, resiliência, humildade, força e imenso amor. Te amarei eternamente.

AGRADECIMENTOS

Foram muitas as pessoas que de uma maneira ou de outra, contribuíram para a realização desse trabalho, no entanto, algumas de uma maneira muito especial, participaram no sentido de tornar esse sonho possível.

Novamente não posso deixar de mencionar Deus, fonte de inspiração diária, força, motivação, busca e até mesmo de freio, para um ser humano tão imperfeito.

Mais uma vez ao meu amado Rogério Varga, agradecerei eternamente por existir em minha vida e por contribuir de forma tão decisiva e participativa em cada etapa da árdua jornada do mestrado. Obrigada meu eterno sweet, por apoiar-me e incentivar-me a concretizar esse projeto há tempos engavetado.

Ao meu querido pai, que embora não tenha vivenciado o mundo acadêmico e não saiba, por sua simplicidade, o que exatamente seja um mestrado, sabe apoiar e alegrar-se com o brilho no olhar de um filho quando este alcança algo tão especial. Obrigada pai, pelo seu exemplo transmitido por toda a vida, de força, determinação e coragem, especialmente nesse momento de ausência de sua companheira de tantos anos.

À Professora Camila Castanhato, agradeço imensamente pelo apoio, pelos aconselhamentos e pela indicação da Professora Maria Garcia.

À Professora Maria Garcia, agradeço infinitamente pelo meu progresso, não somente como acadêmica, mas como pessoa, nessa árdua, mas prazerosa jornada do mestrado. Sinto-me honrada, querida professora, por ter sido guiada por um ser humano como a Sra., guerreira, inspiradora, admirável e especial. Obrigada por todo exemplo.

À Professora Flávia Piovesan, agradeço imensamente por receber-me de forma tão gentil e acolhedora no estágio acadêmico. Muitíssimo obrigada, querida professora, pela oportunidade e pelos ensinamentos inspiradores nas manhãs de segundas-feiras, no primeiro semestre de 2019. Sentirei falta das aulas e dos cafés com o *dream team*.

Agradeço ao Professor Wagner Balera, pelo profissionalismo, retidão e senso de justiça. Obrigada por intervir e escutar-me no momento que mais precisei. Jamais esquecerei.

Aos Professores Patrícia Ulson Pizarro Werner, Vidal Serrano Nunes Júnior e Marcelo Figueiredo, agradeço imensamente por toda humanidade e apoio ofertados no momento mais difícil da minha vida.

Aos meus amigos Thais Cristina Alves da Costa e Augusto Cézar Monteiro Filho, agradeço imensamente pelo apoio, pelas risadas, pelas comemorações e por tudo que compartilhamos. Serei eternamente grata a Deus por tê-los encontrado na caminhada do mestrado.

À minha amiga Neide, agradeço por todas as palavras, por todo o apoio e por todo amor. Obrigada por fazer com que eu me sentisse especial, mesmo nos momentos mais difíceis.

Aos coordenadores da pós-graduação *stricto sensu*, Rui de Oliveira Domingos e Rafael de Araújo Santos, agradeço imensamente pelas orientações e por todo apoio e atenção ofertados, desde o processo seletivo até a fase final do mestrado. Agradeço pela enorme paciência!

À todas minhas amigas de trabalho (Lê, San, Taci, Tarci, Ana e Filhote) que muitas vezes perceberam o meu cansaço, angústia e ansiedade, inevitáveis no decorrer do mestrado, e que, mesmo assim, tiveram enorme paciência, agradeço imensamente. Em especial agradeço a minha amiga Lê que desde há muito acompanha a minha jornada. Obrigada Lê, pelas palavras, paciência e por todo apoio, os quais foram fundamentais para transpor cada obstáculo dessa etapa especial da minha vida. Jamais esquecerei seu companheirismo.

Ao meu diretor Roberto Bussab, agradeço imensamente por permitir a minha ausência no horário de trabalho para a realização dos créditos do mestrado. Sem essa tolerância e paciência a conclusão do curso ficaria mais difícil. Agradeço também por, pacientemente, ler os meus artigos.

Muitíssimo obrigada pelo carinho, apoio e amor de todos, mesmo àqueles que não foram aqui mencionados, mas que estão em meu coração.

EPÍGRAFE

“As leis não podem deixar de ressentir-se da fraqueza dos homens que as fizeram. Elas são variáveis como eles.

Algumas, nas grandes nações, foram ditadas pelos poderosos com o fim de esmagar os fracos. Eram tão equívocas que mil intérpretes se apressaram a comentá-las; e, como a maioria só fez sua glosa como quem executa um ofício para ganhar algum dinheiro, acabou o comentário sendo mais obscuro que o texto. A lei transformou-se numa faca de dois gumes que degola tanto o inocente como o culpado. Assim, o que devia ser a salvaguarda das nações transformou-se tão amiúde em seu flagelo que alguns chegaram a perguntar se a melhor das legislações acaso não consistiria em não ter nenhuma”.

Voltaire

RESUMO

O objetivo deste trabalho é, após análise do *jusnaturalismo*, do *positivismo jurídico*, do *pós-positivismo*, da *hermenêutica*, da *interpretação* e da *questão da justiça*, demonstrar se os operadores do direito possuem todos os instrumentos necessários para manejar o sistema jurídico de maneira a alcançar o fim maior do direito: a justiça. Estará em análise toda a atividade do jurista, abarcando a interpretação *stricto sensu*, integração, construção, criação do sistema em oposição à teoria da *interpretação mecanicista*, sustentada pelo positivismo jurídico, que tem como destaque o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito.

Palavras-Chave: jusnaturalismo, positivismo jurídico, pós-positivismo, hermenêutica, interpretação, justiça.

ABSTRACT

The purpose of this paper is, after analyzing the concepts of jusnaturalism, legal positivism, post-positivism, hermeneutics, interpretation and the question of justice, to demonstrate that the legal operators have all the necessary instruments to deal with the legal system in a way that allows it to achieve its greater objective: the justice. All the activity of the legal expert will be under the analysis, covering the *stricto sensu* interpretation, integration, construction, creation of the system in opposition to the theory of mechanistic interpretation, supported by legal positivism, which highlights the declarative element about the productive or creative in law.

Keywords: jusnaturalism, legal positivism, postpositivism, hermeneutics, interpretation, justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. POSITIVISMO JURÍDICO	14
1.1. Corrente Filosófica Antecedente	14
1.1.1. Jusnaturalismo Antigo e Medieval	17
1.1.2. Origem e Características do Jusnaturalismo Moderno	21
1.1.3. Jusnaturalismo no Século XIX	28
1.2. Conceito. Aspectos	30
1.3. Evolução e Declínio	42
1.4. Pós-Positivismo	46
1.4.1. Gregório Peces-Barba	48
1.4.2. Ronald Dworkin	50
1.4.3. Robert Alexy	56
1.5. Positivismo Jurídico ou Pós-Positivismo? Em qual momento realmente estamos?	62
2. HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO	67
2.1. Conceito e Distinção	67
2.2. Importância da Atividade Interpretativa	73
2.3. Métodos da Atividade Interpretativa	78
2.3.1. Método Gramatical (filológico, literal ou léxico)	78
2.3.2. Método Exegético (escolástico, dogmático, etc.)	80

2.3.3. Método Sistemático (lógico-sistemático)	83
2.3.4. Método Histórico-evolutivo (evolutivo ou sociológico)	84
2.3.5. Método Teleológico	89
2.4. A Hermenêutica Jurídica Crítica	95
2.5. Problemas Especiais da Interpretação	97
2.6. Integração do Direito: O Problema da Incompletude do Ordenamento Jurídico (o problema das lacunas)	101
2.6.1. Analogia	108
2.6.2. Costume	113
2.6.3. Princípios Gerais do Direito	116
2.6.4. Equidade	118
3. A QUESTÃO DA JUSTIÇA	120
3.1. Justiça: valor absoluto ou relativo?	120
3.2. Justiça: é a finalidade do direito?	122
3.3. Algumas Concepções de Justiça	124
3.3.1. Platão: justiça, metafísica, ordem política, ética e alma	124
3.3.2. Aristóteles: justiça, ética, virtude, justo e injusto e equidade	129
3.3.3. Santo Agostinho: justiça e o dar a cada um o que é seu	137
3.3.4. Kelsen: justiça como norma	144
3.4. A Busca do Justo	152
CONCLUSÃO	155
BIBLIOGRAFIA	

INTRODUÇÃO

Não é o fim maior do direito a busca do justo ou ao menos caminhar com a justiça? A legalidade coincide em tudo com a justiça? Afinal, o que é justiça?

O escopo deste trabalho é buscar respostas a tais questionamentos e com o intento de estruturar a análise, inicia-se no *Capítulo I* com a verificação do Positivismo Jurídico, abordando inicialmente a corrente filosófica que o antecedeu - o Jusnaturalismo - onde serão analisados o Jusnaturalismo Antigo e Medieval, a Origem e Características do Jusnaturalismo Moderno e o Jusnaturalismo no Século XIX. No que se refere ao Positivismo Jurídico propriamente dito, serão revisitados o seu Conceito, Aspectos, Evolução e Declínio, e o Pós-Positivismo, com as contribuições dos pensamentos de Gregório Peces-Barba, Ronald Dworkin e Robert Alexy, ficando o derradeiro item com a responsabilidade de provocar a seguinte reflexão: Positivismo Jurídico ou Pós-Positivismo? Em qual momento realmente estamos? Com a tentativa de estruturar a resposta a estes questionamentos, será considerada a formação oferecida pelas escolas de direito e o consequente preparo do operador do direito para manejá-lo.

O *Capítulo II* abordará o tema Hermenêutica e Interpretação. Nele serão relembrados o Conceito e Distinção dos dois institutos, a Importância da Atividade Interpretativa e seus Métodos, a Hermenêutica Jurídica Crítica, os Problemas e Espécies de Interpretação e por último a Integração do Direito, abrangendo O Problema da Incompletude do Ordenamento Jurídico.

A Questão da Justiça será tema único e central do *Capítulo III*. Nele, a construção sobre o tema justiça será a partir dos pensamentos de Platão, Aristóteles, Santo Agostinho e Kelsen.

É inquestionável que uma das maiores conquistas do Estado Democrático de Direito foi construir um sistema jurídico normativo, considerado um conjunto de modelos para as ações humanas, consistindo a justiça dessas ações, na adequação a esses modelos pré-estabelecidos, ao menos em tese. No entanto, há que se

considerar alguns desafios e obstáculos desse sistema. Um deles é esclarecer se o dogma da legalidade conduz ao alcance da justiça, com a seguinte indagação: *O positivismo caminha pari passu com a justiça?* A resposta a esta questão estará ao final do Capítulo III.

A conclusão deste trabalho, após a verificação de todos os institutos mencionados, será a de demonstrar se os operadores do direito possuem todos os instrumentos necessários para manejar o sistema jurídico de maneira a alcançar o fim maior do direito. Aqui estará em voga o método da ciência jurídica, ou seja, o problema da interpretação, que em sentido lato, compreende toda a atividade do jurista, abarcando a interpretação *stricto sensu*, integração, construção, criação do sistema em oposição à *teoria da interpretação mecanicista*¹, sustentada pelo positivismo jurídico, que tem como destaque o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito.

¹ BOBBIO, Norberto (1995). *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ed. Ícone.

1. POSITIVISMO JURÍDICO

1.1. Corrente Filosófica Antecedente

Aqui a abordagem será sobre o *jusnaturalismo*, no entanto, antes de conceituá-lo cabe diferenciá-lo de *direito natural*.

Para uma correta compreensão da definição de direito natural, necessário se faz antes, compreender o que significa o termo *direito*. Nas lições de José Pedro Galvão de Sousa, várias significações são dadas ao direito:

A expressão Direito, correspondente ao latim *jus*, é usada hoje para designar o que os antigos chamavam de *justum* (o justo objetivo), *lex* (a norma de direito), *licitum* e *potestas* (direito subjectivo) e *jurisprudentia* (sciencia do direito). Trata-se de um termo análogo, isto é, que tem sentidos diversos, mas relacionados entre si.²

Desta compreensão decorre que, se a lei é norma de direito e direito também é a expressão do justo, então, a lei é norma do justo ou norma de justiça. Assim, não se pode admitir que a norma que tem como função estabelecer o justo, seja concebida de maneira arbitrária pelo legislador. É imprescindível que ela seja lastreada por uma justiça anterior e superior às leis positivadas, ou seja, as que estabelecem os direitos que não dependem de prescrições normativas, pois, fundamentam-se na lei natural. Nesse sentido:

É a lei que estabelece o que é justo e determina os direitos subjetivos. Mas as leis não podem ser elaboradas arbitrariamente pelo legislador. **Ha uma justiça anterior e superior á lei escripta, ha direitos que precedem a feitura das normas estatuídas pelo poder social competente. Esta justiça e estes direitos, que não dependem das prescrições da ordem jurídica positiva, fundamentam-se na lei natural.**³ (grifo nosso)

² SOUSA, José Pedro Galvão de (1940). *O Positivismo Jurídico e O Direito Natural*. São Paulo: Editora LAEL, p. 10

³ Ibidem, p. 10-11

Esta justiça anterior e superior à lei escrita, é a decorrente da natureza humana, de uma lei natural⁴, que apesar de não escrita, está incutida no coração dos homens e é substrato da lei escrita. Nesta direção registrou:

Distinguia Aristóteles **o justo por natureza, do justo por lei**. E os mestres da jurisprudência em Roma afirmavam que, além do direito próprio de cada Estado, **existe um direito decorrente da natureza humana**, e, portanto, universal.⁵ (grifo nosso)

O jusnaturalismo⁶, por outro lado, é uma corrente filosófica ou uma doutrina, ou ainda, as escolas do direito natural que se desenvolveram ao longo da história, com definições distintas de direito natural. Sobre as várias significações de direito natural, registrou Bobbio:

Na história da filosofia jurídico-política, **aparecem pelo menos três versões fundamentais**, também com suas variantes: **a de uma lei estabelecida por vontade da divindade e por esta revelada aos homens; a de uma lei “natural” em sentido estrito, fisicamente co-natural a todos os seres animados à guisa de instinto; finalmente, a de uma lei ditada pela razão, específica portanto do homem que a encontra autonomamente dentro de si.** São concepções heterogêneas e, sob certos aspectos, contrastantes, mesmo que às vezes coexistam em doutrinas particulares, como as panteísticas, que identificam **divindade, natureza física e razão**. Todas partilham, porém, da ideia comum de um sistema de normas logicamente anteriores e eticamente superiores às do Estado, a cujo poder fixam

⁴ DINIZ, Maria Helena (1998). *Dicionário Jurídico – Volume 3 – J-P*. São Paulo: Editora Saraiva: “**LEI NATURAL.** Teoria geral do direito.

1. Aquela que se opõe à lei moral, por ser descriptiva e por representar uma função de conhecimento, tendo por finalidade a explicação de relações constantes entre fenômenos. Tal lei é constatativa, indicativa de uma certa ordem eu se verifica em qualquer setor da natureza. Constitui, portanto, a comprovação de um fato já existente antes dela. É uma fórmula de relações necessárias e constantes entre os fenômenos, sendo a expressão do princípio da causalidade, segundo o qual verificada a causa ter-se-á um determinado efeito (Hans Kelsen).

2. Lei científica.

3. **Lei gravada no coração humano** (São Tomás de Aquino).

4. **É a forma originária da justiça, que constitui o substrato da lei moral e da lei jurídica.**

5. **É a razão suprema deduzida da natureza das coisas, que, apesar de não escrita, nos impulsiona a agir retamente e nos afasta do delito** (Cícero). (grifo nosso)

⁵ SOUSA, José Pedro Galvão de (1940). *O Positivismo Jurídico e O Direito Natural*. São Paulo: Editora LAEL, p. 10-11

⁶ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO Gianfranco (2010). *Dicionário de Política – Vol. 1*. Brasília: Editora UnB, p. 655: “I. VÁRIAS FORMAS DA DOUTRINA DO DIREITO NATURAL. – **O Jusnaturalismo** é uma doutrina segundo a qual existe e pode ser conhecido um “direito natural” (*ius naturale*), ou seja, um sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo). **Este direito natural tem validade em si, é anterior e superior ao direito positivo** e, em caso de conflito, é ele que deve prevalecer. **O Jusnaturalismo é, por isso, uma doutrina antitética à do “positivismo jurídico”**, segundo a qual só há um direito, o estabelecido pelo Estado, cuja validade independe de qualquer referência a valores éticos.” (grifo nosso)

um limite intransponível: as normas jurídicas e a atividade política dos Estados, das sociedade e dos indivíduos que se oponham ao direito natural, qualquer que seja o modo como for concebido, são consideradas pelas doutrinas jusnaturalistas como ilegítimas, podendo ser desobedecidas pelos cidadãos.⁷ (grifo nosso)

Embora superado pela força do positivismo jurídico, o jusnaturalismo sobreviveu mesmo de forma latente. É ainda tema atual e desempenha o seu papel, mesmo no seio de correntes de pensamento de cunho empirista, uma vez que admitem um *minimum* de direito natural, correspondente a exigências éticas. Neste sentir apontou Miguel Reale:

Parece-me, pois, sempre atual a indagação dos motivos determinantes da **apontada persistência histórica, não sendo de somenos salientar a importância da apreciação do Direito Natural** em termos problemáticos ou conjecturais, o que poderá parecer paradoxal, uma vez que certas doutrinas jusnaturalistas concebem o Direito Natural como expressão do absoluto, ou seja, de valores perenes, independentes do processo histórico do Direito.⁸ (grifo nosso)

E continua em outra passagem:

O Direito Natural tem sido uma constante histórica, no sentido de que, apesar de todas as profundas objeções que lhe foram e são feitas, permanece sempre como um problema inarredável dos domínios da cognição jurídica. Mesmo nas épocas de mais arraigado positivismo, quando parecia superada de vez a tese jusnaturalista (tomado este termo na sua acepção ampla, sem reduzi-lo ao racionalismo abstrato pré-kantiano), não se poderá afirmar que, mesmo então, a ideia de Direito Natural tenha deixado de ser um problema para se converter apenas em uma indagação ilusória, devido à persistência inadmissível de um equívoco.⁹ (grifo nosso)

Fundado na existência de um direito natural, o jusnaturalismo tem como ideia central o reconhecimento de que há na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não nascem de um ordenamento jurídico instituído pelo Estado, ou seja, independem do direito positivado. Este direito natural tem

⁷ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO Gianfranco (2010). *Dicionário de Política – Vol. 1*. Brasília: Editora UnB, p. 656

⁸ REALE, Miguel (2012). *Direito Natural/Direito Positivo*. São Paulo: Editora Saraiva, p.2

⁹ Ibidem, p. 1

validade por si próprio e legitimidade por uma ética superior, com aptidão para estabelecer limites à norma estatal.

O jusnaturalismo foi aplicado a fases históricas diversas e a conteúdos heterogêneos, remontando à antiguidade clássica¹⁰ e chegam aos dias de hoje, passando por complexa elaboração ao longo da idade média.¹¹

Em relação às suas variantes, o direito natural apresentou-se basicamente de duas maneiras ao longo de sua história: a) a de uma lei estabelecida pela vontade de Deus; b) a de uma lei ditada pela razão.

Assim, para uma melhor compreensão dessa corrente filosófica haverá uma passagem por suas fases históricas nos tópicos a seguir.

1.1.1. Jusnaturalismo Antigo e Medieval

É na antiga Grécia que surgem as primeiras manifestações do jusnaturalismo. Bobbio nos traz, como símbolo desse período, a figura de Antígona¹²,

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto (2001). *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Artigo da Revista de Direito Administrativo, número 225, p. 5-37. Biblioteca Digital FGV, p. 18: “O **jusnaturalismo** tem sua origem associada à cultura grega, onde Platão já se referia a uma justiça inata, universal e necessária.” (grifo nosso)

¹¹ Ibidem, p. 18

¹² A tragédia Antígona, de Sófocles, evidenciou o embate entre as tradições religiosas e o poder humano: A peça teatral grega *Antígona* é a continuação dramática de *Édipo Rei* de Sófocles. Depois da tragédia ocorrida na primeira peça, a desgraça parece ter sido o legado deixado por Édipo aos seus quatro filhos (Etéocles, Polinice, Antígona e Ismênia). Com sua partida para o exílio, os filhos lutaram pelo poder e chegaram a um acordo de revezamento no comando a cada ano. No entanto, Etéocles, que foi o primeiro a governar, ao fim do mandato, não quis ceder o lugar do poder ao irmão Polinice, que revoltado foi para a cidade vizinha e rival da grande Tebas. Ali, reunindo um exército aliado, Polinice enfrentou o irmão visando ao trono de Tebas. O conflito acabou com os dois se matando e, então, assumiu o poder o tio Creonte, irmão de Jocasta, esposa de Édipo que também morreu na primeira peça. Usando de seu poder, Creonte estabeleceu que o corpo de Polinice não receberia as honrarias tradicionais dos funerais, pois este tinha lutado contra a pátria. Já ao irmão, Etéocles, o rei determinou que fossem dadas tais honrarias fúnebres. Além disso, determinou pena de morte a quem desobedecesse às suas ordens.

Entretanto, Antígona, irmã dos herdeiros e protagonista da peça, entendeu que esse procedimento do Tio Creonte, agora rei, era arbitrário, não respeitando as leis naturais mais antigas ou divinas que estabeleciam que todo homem devia ter o seu devido sepultamento. Era crença antiga que os rituais de passagem eram importantes para que a alma não ficasse

na tragédia de Sófocles: “ela se recusa a obedecer às ordens do rei, porque julga que, sendo ordens da autoridade política, não podem sobrepor-se às eternas, às ordens dos deuses.”¹³

O jusnaturalismo presente em Platão e também em Aristóteles, foi construído na cultura grega, principalmente pelos estoicos¹⁴ que defendiam que toda natureza era governada por uma lei universal racional e imanente. A sua doutrina é conhecida neste aspecto, especialmente pela divulgação feita por Cícero em Roma na obra *Da República*, que exerceu uma influência decisiva no pensamento cristão dos primeiros séculos, no pensamento medieval e nas primeiras doutrinas jusnaturalistas modernas. Diz a emblemática passagem de Cícero:

A razão reta, conforme à natureza, gravada em todos os corações, imutável, eterna, cuja voz ensina e prescreve o bem, afasta do mal que proíbe e, ora com seus mandados, ora com suas proibições, jamais se dirige inutilmente aos bons, nem fica impotente antes os maus. Essa lei não pode ser contestada, nem derogada em parte, nem anulada; não podemos ser isentos de seu cumprimento pelo povo nem pelo Senado; não há que procurar para ela outro comentador nem intérprete; não é uma lei em Roma e outra em Atenas, um antes e outra depois, mas uma sempiterna e imutável, entre todos os povos e em todos os tempos; uno será sempre o seu imperador e mestre, que é Deus, seu inventor, sancionador e

vagando eternamente sem destino. Com essa preocupação, Antígona preferiu correr o risco da morte para enterrar seu irmão despojado.

Cabia ao filho de Creonte, Hemon, noivo de Antígona, prendê-la e executá-la em nome da lei do Estado ao saber que havia desobedecido às ordens e enterrado Polinice. Apaixonado, Hemon se casou com Antígona em segredo e fugiu com ela, mas a obstinação de seu pai, Creonte, era tamanha que ele, Hemon, acabou tendo de cumprir a sentença, matando Antígona e depois a si mesmo. A mulher de Creonte, ao saber da morte do filho, também tirou a própria vida e concluiu a tragédia.

Devemos perceber que estavam em conflito as leis divinas, encarnadas na religiosa Antígona e as leis humanas determinadas pelo arbítrio de Creonte. A finalidade da obra trágica era justamente combater as duas posições extremistas, punindo ambas por não buscarem um acordo e desejarem prevalecer uma sobre a outra. Do lado de Antígona, havia a desobediência das leis de seu país. Do lado de Creonte, havia a desobediência das tradições. Foi assim que cada um foi punido ao final, Antígona, por sua desobediência, provocou a morte de mais duas pessoas. Então, **ela tornou-se uma heroína dos valores**, mas que não gozou de prêmio nenhum. Creonte, por sua ambição e por seu despotismo, perdeu seu filho e sua esposa, evidenciando que devemos pensar sobre a responsabilidade de nossas ações no mundo”. (grifo nosso)

¹³ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO Gianfranco (2010). *Dicionário de Política – Vol. 1*. Brasília: Editora UnB, p. 656

¹⁴ DINIZ, Maria Helena (1998). *Dicionário Jurídico – Volume 2 – D-I*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 429: **“ESTÓICO**. Na *linguagem filosofia*, indica: 1. Partidário do estoicismo. 2. Relativo ao estoicismo. 3. Aquele que é impassível perante a desgraça. 4. Aquele que apresenta austeridade; **ESTOICISMO**. *Filosofia geral*. 1. Teoria fundada por Zenão, no século III a.C., pela qual o homem é insensível às dores físicas e morais, pela firmeza da alma em relação às adversidades da vida. 2. Rrigidez de princípios morais. 3. **Doutrina caracterizada pela sublimação da moral**”. (grifo nosso)

publicador, não podendo o homem desconhecê-la sem renegar-se a si mesmo, sem despojar-se do seu caráter humano e sem atrair sobre si a mais cruel expiação, embora tenha conseguido evitar todos os outros suplícios.¹⁵ (grifo nosso)

Aceito e reproduzido por um dos padres da igreja, Lactâncio, esta passagem de Cícero influenciou decisivamente o pensamento cristão da cultura latina, que recebeu a ideia de um direito natural ditado pela razão. Esta ideia, no entanto, gerou entre os padres problemas de ordem teológica, pela dificuldade de explicar a coexistência de uma lei natural com uma lei revelada e também porque a aceitação da existência de uma lei moral autônoma no homem colocava em causa a necessidade da graça.

Os juristas romanos também haviam plagiado do estoicismo a ideia de um direito natural que, entretanto, não aprofundaram. Aqui deve-se destacar Ulpiano, um dos maiores juristas que transformou o direito natural, até defini-lo como “aquilo que a natureza ensinou a todos os seres animados, incluindo explicitamente entre estes também os irracionais.”¹⁶

Tal definição, no mais, é de extrema importância, tendo em vista que foi adotada por escritores medievais juntamente com a definição de Cícero (anteriormente citada), que lhe era, não obstante, antitética.

Assim, destaca-se que é característica do pensamento medieval a aceitação, de maneira inconsciente, do jusnaturalismo em todas as suas versões, independentemente da recíproca incompatibilidade existente entre elas. Nessa direção, pronunciou-se Bobbio:

Ao lado da **versão naturalista de Ulpiano** e da **versão racionalista de Cícero** (bem como da que se devia a uma má interpretação de um tardio diálogo de Platão, de uma justiça imanente a todo o universo como princípio da sua harmonia), a Idade Média desenvolveu a doutrina de um direito natural que se identificava com a lei revelada

¹⁵ CÍCERO, Marco Túlio (2011). *Da República*. São Paulo: Editora Edipro, p. 87

¹⁶ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO Gianfranco (2010). *Dicionário de Política – Vol. 1*. Brasília: Editora UnB, p. 656

por Deus a Moisés e com o Evangelho. Foi obra sobretudo de Graciano¹⁷ (século XII) e dos seus comentaristas.¹⁸ (grifo nosso)

Esta confusão de ideias foi sanada por Santo Tomás de Aquino (século XIII) que interpretou como lei natural, a ordem imposta pela vontade de Deus, governador do universo, que se acha presente na razão do homem, uma norma, portanto, racional.

A existência de uma lei divina era exaltada, a partir da qual deveria ser forjada a lei humana. Tal lei, dentro desta concepção, não possuiria nenhuma espécie de erro ou falha, em função de sua natureza transcendente. Assim, além de perfeita, seria imutável.¹⁹

Santo Tomás de Aquino foi de grande importância para o jusnaturalismo, uma vez que sua ideia constitui a base do jusnaturalismo católico, embora não considerada perfeita e aceita univocamente. Nesta direção, registrou Bobbio:

Tornando tradicional, ele foi e é ainda, embora não tenha sido nunca declarado pela Igreja matéria de fé, o centro da doutrina moral e jurídico-política católica. Contudo, dentro da teologia da tardia Idade Média, ele foi asperamente impugnado [...]. Para estas correntes, o direito natural é, sem dúvida, ditado pela razão, mas a razão não é senão o meio que notifica ao homem a vontade de Deus, que pode, por conseguinte, modificar o direito natural a seu arbítrio. Uma tese que foi reassumida e desenvolvida, no início, pela Reforma Protestante.²⁰

Surge do Jusnaturalismo de Santo Tomás de Aquino um princípio muitas vezes invocado (em realidade anunciado por Santo Agostinho e aceito por Santo

¹⁷ **Graciano:** Foi um canonista italiano do século XII. Sua obra *Concordia discordantium canonum*, publicada em 1140-1150, sob o título de *Decretum Gratiani*, tornou-se livro canônico dos mais usados até a publicação do código de direito canônico no século XIX. Philip Hughes, falando do período entre 1123 e 1270, diz que “uns dezessete anos depois da *Concordata de Worms* [que deliberara sobre o princípio de que o rei não devia controlar a Igreja pelo direito que tinha de nomear os bispos], apareceu o mais célebre de todos os textos de leis canônicas, denominado *Decretum*, de Graciano, professor de leis canônicas na nascente Universidade de Bolonha” (HUGHES, Philip. **História da Igreja Católica**. São Paulo: Dominus, 1962. p. 99).

¹⁸ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO Gianfranco (2010). *Dicionário de Política – Vol. 1*. Brasília: Editora UnB Ibidem, p. 657

¹⁹ BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis (2011). *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 278

²⁰ BOBBIO, op. cit. 657

Tomás com fortes restrições) de que uma lei positiva é injusta, por ser diversa do direito natural, e, portanto, não é uma verdadeira lei e não tem força obrigatória. Nesta direção, registrou Bittar:

Essa concepção surge, de modo cristalino, nas concepções de Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. A Cidade de Deus²¹ é o lugar regido pela lei divina que contrasta com a cidade dos homens, regida pela lei humana. A tarefa de incorporar a lei divina no âmbito da lei humana é o que deve ser concretizado pelo direito.²²

O referido princípio, embora contrário à ideia de Santo Tomás, foi muitas vezes invocado para contestar a validade das leis do Estado, quando este se insurgia a Igreja.

Há uma lei eterna, uma lei natural e uma lei humana na concepção tomista. A lei eterna regula toda a ordem cósmica (céu, estrelas, constelações etc.) e a lei natural é decorrente desta lei eterna. Evidente está nas duas concepções, que a lei superior (a divina, para Santo Agostinho, e a eterna, para Santo Tomás de Aquino) emana de uma força sobre-humana denominada Deus.

1.1.2. Origem e Características do Jusnaturalismo Moderno

Para colocar um novo centro nessa concepção de lei eterna e lei superior é que surge o direito natural, dentro do panorama da laicização da cultura moderna. Profundamente marcado pelo pensamento que predominava o século XVI, de que a verdade das ciências estava confiada à razão matemática e geométrica, o

²¹ A **Cidade de Deus** é obra de Santo Agostinho, onde descreve o mundo, dividido entre o dos homens (o mundo terreno) e o dos céus (o mundo espiritual). Uma das criações mais representativas do gênero humano, trata dos mais variados e complexos assuntos que sempre apaixonaram e torturaram o espírito humano: da origem e substancialidade do bem e do mal, do pecado, das culpa e da morte, do direito, da lei e das penas, do tempo e do espaço, da contingência e da necessidade, da Providência, da ação humana e do destino no desenvolvimento da História, do ser, do conhecer e do agir do homem, de Deus, da natureza e do espírito, da temporalidade, do eterno, da perenidade e dos ciclos cósmicos, da profecia e do mistério como argumento apologético, da pessoa, da cidade e da comunidade humana. (grifo nosso)

²² BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis (2011). *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 278

jusnaturalismo moderno elege a reta razão como norteadora das ações humanas. Neste sentido, registrou Barroso:

O direito natural moderno começa a formar-se a partir do século XVI, procurando superar o dogmatismo medieval e escapar do ambiente teleológico em que se desenvolveu. A ênfase na natureza e na razão humanas, e **não mais na origem divina**, é um dos marcos da Idade Moderna e base de uma nova cultura laica, consolidada a partir do século XVII.²³ (grifo nosso)

E também registrou Bittar:

Deus deixa de ser visto como o emanador das normas jurídicas, ou como última justificação para a existência das mesmas, e a natureza passa a ocupar esse lugar. Trata-se da acentuada **passagem do pensamento teocêntrico ao antropocêntrico**. A natureza não dá aos homens esse entendimento; é ele mesmo, por meio do uso da razão, que apreende esse conhecimento e o coloca em prática na sociedade.²⁴ (grifo nosso)

Grande parte do jusnaturalismo moderno (que assumiu especialmente no século XVIII, características marcantemente laicas) procede da doutrina estóico-ciceroniana do direito natural. A partir do momento em que a corrente tomista se insurgiu drasticamente, a partir do século XIV, especialmente no século XVI, na época da Reforma Protestante²⁵, ao voluntarismo teológico, que estabelecia como alicerce de toda norma de conduta e como fonte de legitimidade da autoridade política à vontade divina e à Sagrada Escritura. Nessa direção registrou Barroso:

A modernidade que iniciara no século XVI, com a Reforma Protestante, a formação dos Estados nacionais e a chegada dos europeus à América, desenvolve-se em ambiente cultural não mais submisso à teologia cristã. Cresce o ideal de conhecimento, fundado na razão, e o de liberdade, no início do seu confronto com o absolutismo. O jusnaturalismo passa a ser a filosofia natural do Direito e associa-se ao Iluminismo na crítica à tradição anterior, dando

²³ BARROSO, Luís Roberto (2001). *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Artigo da Revista de Direito Administrativo, número 225, p. 5-37. Biblioteca Digital FGV, p. 18

²⁴ BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis (2011). *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 289

²⁵ A **Reforma Protestante** foi a grande transformação religiosa da época moderna, pois rompeu a unidade do Cristianismo no Ocidente. No dia 31 de outubro de 1517, Martinho Lutero fixou na porta da igreja do Castelo as 95 teses que criticavam certas práticas da Igreja Católica. Atualmente, luteranos de todo mundo comemoram neste dia o "Dia da Reforma Protestante". (grifo nosso)

substrato jurídico-filosófico às duas grandes conquistas do mundo moderno: a tolerância religiosa e a limitação ao poder do Estado.²⁶

Foi entre o voluntarismo e o jusnaturalismo de inspiração tomista que os teólogos juristas espanhóis do século XVI (entre os quais Francisco Suárez) tentaram uma mediação.

Neste cenário de voluntarismo extremo que foi concebida a doutrina considerada como origem do jusnaturalismo moderno, do holandês Hugo Grócio, enunciada no *De iure belli ac pacis* (*O direito da guerra e da paz*), de 1625. Sobre essa passagem, Barroso nos ensina:

O surgimento do jusnaturalismo moderno é usualmente associado à doutrina de Hugo Grócio (1583-1645), exposta em sua obra clássica *De iure belli ac pacis*, de 1625, considerada, também, precursora do direito internacional. Ao difundir a ideia de direito natural como aquele que poderia ser reconhecido como válido por todos os povos, porque fundado na razão, Grócio desvincula-o não só da vontade de Deus, como de sua própria existência.²⁷

Inaugura-se com a doutrina de Grócio uma nova concepção do Direito Natural e uma nova fase. Deus não seria mais o princípio último de todas as coisas, nem a natureza, mas a razão. Nasce a Escola Clássica do Direito Natural, que teve diversos representantes, dentre os quais: Hugo Grócio, Samuel Pufendorf e John Locke.

A Escola Clássica do Direito Natural teve diferentes pensadores que não necessariamente concordavam entre si. Henrique e Samuel Coccejo, Leibiniz e Joan Cristian Von Wolf adotaram uma posição antirracionalista afirmando, categoricamente, que Deus é fonte última do Direito Natural.

Grócio ao colocar em sua obra o direito natural como lastro de um direito que pudesse ser reconhecido como válido por todos os povos afirmou que tal direito

²⁶ BARROSO, Luís Roberto (2001). *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Artigo da Revista de Direito Administrativo, número 225, p. 5-37. Biblioteca Digital FGV, p. 18

²⁷ Ibidem, p. 18

é regido pela razão, sendo independente não só da vontade de Deus, como também de sua existência. Sobre a filosofia de Grócio, registrou Bobbio:

Esta afirmação tornada famosíssima, surgiu na época iluminista como revolucionária e precursora da nova cultura laica e antiteológica, a que o jusnaturalismo de Grócio teria aberto o caminho no campo da moral, do direito e da política.²⁸

A doutrina de Grócio teve aplicação em tal sentido, no entanto, a tese da independência da lei natural em relação a Deus era o retorno às “velhas fórmulas escolásticas ligadas à polêmica entre o Jusnaturalismo racionalista e o voluntarismo e remontasse nada menos que ao imperador romano Marco Aurélio, seguidor da filosofia estóica.”²⁹

Grócio com sua obra, considerada atual como tratado sistêmico de direito internacional e à fama que, neste sentido, obteve em todo a Europa, propagou com grande eficiência a ideia de um direito natural (isto é, não sobrenatural), que tinha como fonte exclusiva de validade a sua correlação com a vontade humana.

O conceito de direito natural concebido na obra de Grócio, influiu decisivamente na propagação da ideia da necessidade de adequá-lo ao direito positivo e a Constituição política do Estados.

Sua doutrina também lastreou a legitimidade da desobediência às normas e Constituições que não se adaptassem.

No século XVII, o jusnaturalismo racionalista, esteve novamente presente ao lado do Iluminismo³⁰ no movimento de codificação do Direito, cuja maior realização foi o Código Civil francês (o Código de Napoleão), que entrou em vigor em 1804.

²⁸ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO Gianfranco (2010). *Dicionário de Política – Vol. 1*. Brasília: Editora UnB, p. 657

²⁹ Ibidem, p. 657

³⁰ **Iluminismo:** designa a revolução intelectual que se operou na Europa, especialmente na França, no século XVIII. O movimento representou o ápice das transformações iniciadas no século XIV, com o Renascimento. O antropocentrismo e o individualismo renascentistas, ao incentivarem a investigação científica, levaram à gradativa separação entre o campo da fé (religião) e o da razão (ciência), determinando profundas transformações no modo de pensar e de agir do homem. Para os iluministas,

Em busca de clareza, unidade e simplificação, incorporou-se à tradição jurídica romano-germânica a elaboração de códigos, isto é, documentos legislativos que sistematicamente agrupam e organizam as normas. Completada a revolução burguesa, o direito natural passou a ser ensinado dogmaticamente.

A técnica de codificação tende a promover a **identificação entre direito e lei**. A Escola da Exegese, por sua vez, irá impor o apego ao texto e à interpretação gramatical e histórica, cerceando a atuação criativa do juiz em nome de uma interpretação pretensamente objetiva e neutra.³¹

O jusnaturalismo do século XVII foi de grande importância para o direito internacional: “quase todos os tratados de direito internacional daquele tempo têm por título. Do direito natural e das gentes”.³²

Considerando até aqui, todos os registros feitos sobre o jusnaturalismo, oportuna é a seguinte indagação: Existe uma oposição entre o jusnaturalismo antigo-medieval e o jusnaturalismo moderno?

Para Bobbio, embora esteja firmada a opinião de que entre o jusnaturalismo antigo-medieval e o jusnaturalismo moderno exista oposição, tendo em vista que o primeiro seja considerado uma teoria do direito natural como norma objetiva e o segundo seria uma teoria dos direitos subjetivos, não há qualquer “fratura” entre eles³³, e explica na seguinte passagem:

Na realidade, entre o Jusnaturalismo antigo, medieval e moderno não existe qualquer fratura, existe antes uma substancial continuidade. É certo, no entanto, que o **Jusnaturalismo moderno**

somente através da razão o homem poderia alcançar o conhecimento, a convivência harmoniosa em sociedade, a liberdade individual e a felicidade. Ao propor a reorganização da sociedade com uma política centrada no homem, sobretudo no sentido de garantir-lhe a liberdade, a filosofia iluminista defendia a causa burguesa contra o Antigo Regime. Alguns nomes que merecem destaque na filosofia e na ciência política: Descartes, Locke, Montesquieu, Voltaire e Rousseau.

³¹ BARROSO, Luís Roberto (2001). *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Artigo da Revista de Direito Administrativo, número 225, p. 5-37. Biblioteca Digital FGV, p. 19

³² BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO Gianfranco (2010). *Dicionário de Política – Vol. 1*. Brasília: Editora UnB, p. 658

³³ Ibidem, p. 658

ressalta fortemente o **aspecto subjetivo do direito natural, ou seja, os direitos inatos**, deixando obumbrado seu correspondente **aspecto objetivo, o da norma**, em que haviam geralmente insistido os **jusnaturalistas antigos e medievais e até o próprio Grório**. É precisamente devido a esta sua característica que o Jusnaturalismo moderno, isto é, o dos séculos XVII e XVIII, **molda profundamente as doutrinas políticas de tendência individualista e liberal, expondo com firmeza a necessidade do respeito por parte da autoridade política daqueles que são declarados direitos inatos do indivíduo.**³⁴ (grifo nosso)

Nesse novo cenário, cabe ressaltar que a ideia de que o homem possui um ambiente de integridade e de liberdade a ser preservado e respeitado pelo próprio Estado, ou seja, direitos naturais, foi a mola propulsora das revoluções liberais e alicerce das doutrinas políticas de caráter individualista que confrontaram monarquia absoluta.³⁵

O jusnaturalismo moderno é considerado pelo próprio Estado mais como uma obra voluntária dos indivíduos do que como uma instituição necessária, como preconizava as doutrinas clássicas e medievais. É abandonado pelos indivíduos o Estado de natureza (carente de organização política). Surge o Estado politicamente organizado e dotado de autoridade, objetivando a melhor tutela e garantia dos direitos naturais.

Na medida em que o Estado cumpre essa função (tutela e garantia dos direitos naturais), que lhe foi delegada mediante pacto estipulado entre cidadãos e soberanos (contrato social) é considerado legítimo.

O indivíduo é conduzido ao ponto de considerar a própria sociedade como efeito de um contrato entre os indivíduos, em algumas doutrinas jusnaturalistas

³⁴ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO Gianfranco (2010). *Dicionário de Política – Vol. 1*. Brasília: Editora UnB, p. 658

³⁵ BARROSO, Luís Roberto (2001). *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Artigo da Revista de Direito Administrativo, número 225, p. 5-37. Biblioteca Digital FGV, p. 19: “A Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e, anteriormente, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), estão impregnados de ideias jusnaturalistas, sob a influência marcante de John Locke, autor emblemático dessa corrente filosófica e do pensamento contratualista, no qual foi antecedido por Hobbes e sucedido por Rousseau. Sem embargo da precedência histórica dos ingleses, cuja Revolução Gloriosa foi concluída em 1689, o Estado liberal ficou associado a esses eventos e a essa fase da história da humanidade”.

modernas. Dessa maneira, o contrato social se desdobraria em dois momentos: pacto de união e pacto de sujeição. Ressalte-se que, entretanto, entre os jusnaturalistas modernos o Estado de natureza é geralmente representado como uma forma de sociedade, todavia, uma sociedade precária e incerta ao ponto de ser tornar conveniente abandona-la para possibilitar surgir uma instituição jurídico-política organizada.

Embora diversamente entendidos pelos vários estudiosos, direitos inatos, estado de natureza e contrato social, são os conceitos caracterizadores do jusnaturalismo moderno e estão presentes nas doutrinas de direito natural dos séculos XVII e XVIII. Nesta direção Bobbio pontua e pondera que:

[...] se pôde falar (na verdade impropriamente) de uma “escola do direito natural”. Isto se fez com que muitos reservassem a expressão Jusnaturalismo para as doutrinas deste período histórico. E foi isto também que criou a opinião errônea de que a idéia do direito natural nasceu e foi cultivada apenas a partir deste período, nomeadamente desde Grócio em diante.³⁶

A teoria dos diversos jusnaturalistas do século XVII e XVIII (além de Grócio, Locke, Milton Pufendorf, Cumberland, Tomás, Barbeyrac, Wolff, Burlamaqui, Vattel, em oposição a Rousseau e Kant)³⁷, apresentam diferenças consideradas profundas, inclusive os conceitos de estado da natureza e de contrato social encontram-se definidos de maneira diversas.

Os primeiros jusnaturalistas referem-se a tais conceitos a fatos realmente acontecidos. Já Rousseau e Kant, os consideram como ideias aptas para explicar racionalmente a realidade histórico-política, estabelecendo em relação a esta um termo de “referência e avaliação”, pontuando neste sentido Bobbio:

[...] o Estado tem a sua justificação racional (não histórica) no contrato que lhe é imanente e é legítimo na medida em que se amolda aos termos racionais do próprio contrato. Por outras palavras, o Estado,

³⁶ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO Gianfranco (2010). *Dicionário de Política – Vol. 1*. Brasília: Editora UnB, p. 658

³⁷ Ibidem, p. 658

para ser legítimo, devia mostrar-se como se em cada momento da sua existência nascesse do contrato³⁸.

É de se ressaltar que, justamente por entender tais conceitos como exigências racionais absolutas é que o jusnaturalismo do século XVIII teve grandes resultados políticos.

Foi na doutrina de direito natural que surgiu a Declaração da Independência dos Estados Unidos da América (1776), com a afirmação de que todos os homens são possuidores de direitos inalienáveis (vida, liberdade, e a busca da felicidade) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), de cunho genuinamente jusnaturalista e representando um dos primeiros atos da Revolução Francesa com a proclamação de direitos naturais como a liberdade, a igualdade, a propriedade, entre outros.

1.1.3. Jusnaturalismo do Século XIX

Consequências importantíssimas surgiram do jusnaturalismo do século XVIII. Concebeu-se um direito natural que poderia ser o protótipo perfeito para a normas positivadas. Com efeito, esse novo cenário histórico, oferecia uma oportunidade para concretizar uma reforma que correspondesse ao novo ideal da época, “harmonizando com as tendências da cultura iluminista tendente à sistematização de todos os aspectos da realidade e excludente das contribuições da tradição e da história, bem como de tudo aquilo que não parecesse ditado pela razão”.³⁹

Uma necessidade de reforma legislativa era sentida. Era necessária uma reforma que oferecesse certeza ao direito e o jusnaturalismo, lastreado numa teoria de um direito absoluta e universalmente válido, já que ditado pela razão, era apto de oferecer o alicerce doutrinário necessário para uma reforma racional da legislação.

³⁸ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO Gianfranco (2010). *Dicionário de Política – Vol. 1*. Brasília: Editora UnB, p. 658

³⁹ Ibidem, p. 659

O obstáculo da reforma consistia em transformar em normas positivas as normas de direito natural.

A vitória do direito natural é simbolizada com a consolidação dos seus ideais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação, no entanto, paradoxalmente, representaram também a sua superação histórica. Nesta direção pontuou Bobbio:

Com a promulgação dos códigos, principalmente do napoleônico, o Jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava o seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo. Negou-se até, tirante o código austriaco de 1811, que se pudesse recorrer ao direito natural em caso de lacuna do ordenamento jurídico positivo: triunfou o princípio, característico do positivismo jurídico (ou seja, da posição oposta ao Jusnaturalismo), de que para qualquer caso se pode encontrar solução dentro do ordenamento jurídico do Estado.⁴⁰ (grifo nosso)

No princípio do século XIX, o jusnaturalismo foi bombardeado pelo historicismo jurídico alemão (escola histórica do direito). O jusnaturalismo foi acusado pelos juristas da escola histórica, de abstratismo intelectualista ao pretender determinar normas e valores imunes ao devir histórico e imutáveis. Segundo Bobbio, os juristas desta escola acertaram em denominar abstratistas os conceitos como o do estado de natureza, do contrato social ou mesmo dos direitos inatos, se entendidos da mesma maneira que os entenderam os jusnaturalistas do século XVII e XVIII, ou seja, da natureza do homem, independentemente da sua posição histórica.⁴¹

O jusnaturalismo cultivado e desenvolvido ao longo de mais de dois milênios, havia se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos no decorrer do século XIX e já não simbolizavam a revolução, mas sim a estagnação. Manteve-se vivo apenas em âmbito clerical, baseado na doutrina das leis de Santo Tomás, servindo sobretudo de maneira de contestação da legitimidade do Estado liberal e constitucional.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO Gianfranco (2010). *Dicionário de Política – Vol. 1*. Brasília: Editora UnB, p. 659

⁴¹ Ibidem, p. 659

Segundo Bobbio o jusnaturalismo é utilizado como adjetivo em sentido pejorativo para designar conceitos ou argumentos estranhos à seara da juridicidade, não se entendendo mais por jurídico senão o que concerne ao direito positivo, assim, com seu caráter metafísico e não científico, o jusnaturalismo é relegado a margem da história pela força positivista iniciada no século XIX.⁴²

1.2. Conceito. Aspectos.

O conceito de *positivismo jurídico* não se confunde com o positivismo filosófico⁴³, embora, em tempos remotos, houvesse uma ligação entre as duas expressões, já que alguns positivistas jurídicos também eram positivistas filosóficos. Suas origens remontam ao início do século XIX, registrando-se que o positivismo jurídico nasceu na Alemanha e o filosófico nasceu na França.

Nas lições de Norberto Bobbio, deriva a expressão positivismo jurídico da locução direito positivo, que em sua acepção mais estrita, é o conjunto de normas

⁴² BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO Gianfranco (2010). *Dicionário de Política – Vol. 1*. Brasília: Editora UnB, p. 659

⁴³ BARROSO, Luís Roberto (2001). *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Artigo da Revista de Direito Administrativo, número 225, p. 5-37. Biblioteca Digital FGV, 2001, p. 21: “O **positivismo filosófico** foi fruto de uma idealização do conhecimento científico, uma crença romântica e onipotente de que os múltiplos domínios da indagação e da atividade intelectual pudessem ser regidos por leis naturais, invariáveis, independentes da vontade e da ação humana. O homem chegara à sua maioridade racional e tudo passara a ser ciência: o único conhecimento válido, a única moral, até mesmo a única religião. O universo, conforme divulgado por Galileu, teria uma linguagem matemática, integrando-se a um sistema de leis a serem descobertas, e os métodos válidos nas ciências da natureza deviam ser estendidos às ciências sociais. As teses fundamentais do positivismo filosófico, em síntese simplificadora, podem ser assim expressas: (i) a ciência é o único conhecimento verdadeiro, depurado de indagações teológicas ou metafísicas, que especulam acerca de causas e princípios abstratos, insusceptíveis de demonstração; (ii) o conhecimento científico é objetivo. Funda-se na distinção entre sujeito e objeto e no método descritivo, para que seja preservado de opiniões, preferências ou preconceitos; (iii) o método científico empregado nas ciências naturais, baseado na observação e na experimentação, deve ser estendido a todos os campos de conhecimento, inclusive às ciências sociais.

[...]

Em sentido amplo, o termo positivismo designa a crença ambiciosa na ciência e nos seus métodos. Em sentido estrito, identifica o pensamento de Auguste Comte, que em seu Curso de filosofia positiva (seis volumes escritos entre 1830 e 1842), desenvolveu a denominada lei dos três estados, segundo a qual o conhecimento humano havia atravessado três estágios históricos: **o teológico, o metafísico e ingressara no estágio positivo ou científico**”. (grifo nosso)

vigentes estabelecidas pelo poder político, que se impõem e regulam a vida social de um dado povo em uma determinada época.⁴⁴

De fato. O positivismo jurídico clássico pode ser conceituado a doutrina que comprehende o direito como um conjunto de normas que foram deliberadas e devidamente postas pelo Estado, e, portanto, válidas, com a finalidade de regular as relações sociais, e desde já, acrescente-se que, independentemente dos valores morais preexistentes. Seguindo esta esteira de pensamento, pode-se afirmar que o alicerce do positivismo jurídico está em considerar o direito como o resultado da vontade humana (direito posto), e assim, portanto, não decorre da imposição divina ou da natureza, o que traduz o rompimento com quaisquer valores de justiça ou morais, sustentados pelo jusnaturalismo.

Feita essa abordagem preliminar, importante registrar a conceituação de Norberto Bobbio, acerca dos vários aspectos com os quais o positivismo jurídico se apresentou ao longo da história: a) como meio de aproximar-se do estudo do direito; b) como teoria ou concepção do direito; d) como certa ideologia da justiça.⁴⁵

Como *meio de aproximar-se do estudo do direito* o positivismo jurídico caracteriza-se pela diferenciação entre *direito como fato* e *direito como valor* (direito como é e direito como deve ser), devendo o jurista preocupar-se com o direito como fato ou direito como é.

Nesse aspecto do positivismo, o jurista assume uma atividade científica perante o direito, já que estuda o direito tal qual ele é, não tal qual ele deveria ser, ou seja, posiciona-se de forma neutra, isenta de valores. Isto equivale a dizer que o jurista deve estudar o direito da mesma forma que o cientista estuda a realidade natural, abstendo-se de quaisquer juízos valorativos. Nessa direção registrou Norberto Bobbio:

⁴⁴ BOBBIO, Norberto (1995). *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ed. Ícone, p. 15

⁴⁵ Ibidem, p. 130

O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa **verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais**. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua **avvaloratividade**, isto é, na distinção entre **juízo de fato e juízo de valor** e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: **a ciência consiste somente em juízos de fato.**⁴⁶ (grifo nosso).

É aqui que o positivista adota como critério para diferenciar uma regra jurídica de uma não jurídica, o fato dela originar de situações concretas, sendo irrelevante sua correspondência ou não a determinado sistema de valores. No mesmo sentido, continua Norberto Bobbio:

[...] A mentalidade que o positivista jurídico rejeita é a daquele que inclui na definição do direito elementos finalistas – por exemplo, o alcance do bem comum, a realização da justiça, a proteção do direitos de liberdade, a promoção do bem-estar, e por causa dessa inclusão depois é obrigado, se quer ser coerente (felizmente, muitas vezes os antipositivistas não são coerentes), **a rejeitar como não jurídicas aquelas normas que, embora promulgadas pelos órgãos competentes, obedecendo aos procedimentos estabelecidos, não servem para alcançar o bem comum, para realizar a justiça, para garantia a liberdade, para promover o bem-estar.** [...]⁴⁷ (grifo nosso)

Nesta esteira de ideias cabe trazer o conceito de *validade do direito e valor do direito*.

A *validade* de uma norma jurídica relaciona-se ao fato dessa norma estar inserida no ordenamento jurídico, ou seja, de existir como norma jurídica. Já o *valor* de uma norma jurídica relaciona-se ao fato dessa norma ter relação com o direito ideal, compreendido como o conjunto de valores nos quais o direito deve se inspirar. Dizer que uma norma jurídica é *válida* ou *justa*, significa dizer que esta corresponde ao direito ideal, que não tem qualquer correspondência com juspositivismo e sim com o jusnaturalismo.

Para o jusnaturalismo, para uma norma ser válida, deve ser justa, assim, nem todo direito existente é, portanto, válido visto que não é todo o direito existente

⁴⁶ BOBBIO, Norberto (1995). *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ed. Ícone, p. 135

⁴⁷ Ibidem, p. 132

justo. A corrente jusnaturalista identifica o conceito de validade e de valor, reduzindo o primeiro ao segundo.

Segundo Bobbio⁴⁸, existe uma posição juspositivista extrema que inverte a corrente jusnaturalista. Essa posição extrema também reconhece o conceito de valor e de validade, no entanto, reduz o conceito de valor ao de validade. Isso equivale a dizer que para essa posição juspositivista extrema, uma norma jurídica é justa pelo simples fato de ser válida, ou seja, advir de autoridade legitimada pelo ordenamento jurídico para criar normas.

Para encerrar o raciocínio sobre validade e valor⁴⁹, oportuno mencionar que essa posição juspositivista extremada não é a posição típica do positivismo jurídico,

⁴⁸ BOBBIO, Norberto (1995). *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ed. Ícone, p. 137

⁴⁹ Ibidem, p. 138: “A distinção entre juízo de validade e juízo de valor veio a assumir a função de delimitação das fronteiras entre ciência e filosofia do direito. A atitude do juspositivista, que estuda o direito prescindindo do seu valor, fez refluir à esfera da filosofia a problemática e as pesquisas relativas a isso.

O filósofo do direito não se contenta em conhecer a realidade empírica do direito, mas quer investigar-lhe o fundamento, a justificação: e ei-lo assim colocado diante do problema do valor do direito. A filosofia do direito pode, consequentemente, ser definida como o estudo do direito do ponto de vista de um determinado valor, com base no qual se julga o direito passado e se procura influir no direito vigente. Temos assim duas categorias diversas de definições do direito, que podemos qualificar, respectivamente, como definições científicas e definições filosóficas: as primeiras são definições *fatuais*, ou *avalorativas* ou ainda *ontológicas*, isto é, definem o direito tal como ele é. As segundas são definições *ideológicas*, ou *valorativas*, ou *deontológicas*, isto é, definem o direito tal como deve ser para satisfazer um certo valor.

Os positivistas jurídicos não aceitam as definições filosóficas, porque estas (introduzindo uma qualificação valorativa que distingue o direito em verdadeiro e aparente, segundo satisfaça ou não um certo requisito deontológico) restringem arbitrariamente a área dos fenômenos sociais que empírica e factualmente são direito.

Definições valorativas: caracterizam-se pelo ato de possuírem uma estrutura teleológica, a saber, definem o direito como um ordenamento que serve para conseguir um certo valor. Naturalmente o valor, em função do qual o direito é definido, varia de filósofo para filósofo.

Uma das mais tradicionais definições filosóficas é a que define o direito em função da justiça (isto é, como ordenamento que serve para a realização da justiça). Esta definição já é encontrada em Aristóteles. Neste autor, a propósito, a identificação de direito e de justiça atinge até o plano linguístico, visto que para indicar o “direito” Aristóteles usa o termo *díkaion*, que significa propriamente “justo” (de *dikē* = justiça; cf. § 1).

[...]

Definições avalorativas: O positivismo jurídico dá uma definição do direito estritamente factual.

[...]

Notar-se-á como esta definição é depurada de todo elemento valorativo e de todo termo que possa ter uma ressonância emotiva. O direito é definido como uma simples técnica; como tal pode servir à realização de qualquer propósito ou valor, porém é em si independente de todo propósito e de todo valor”. (grifo nosso)

pois, nesta é comum diferenciar o conceito de validade daquele de valor uma vez que realmente pode existir um direito válido que é injusto e um direito justo, que é inválido.

Entretanto, registre-se que embora haja a possibilidade de formular um juízo de valor do direito, este juízo se afasta do campo da ciência jurídica, que tem como escopo formular um juízo de validade do direito, isto é, a assegurar a sua existência jurídica.

Reafirmando a ideia anterior, como meio de aproximar-se do estudo do direito, o positivismo jurídico pode ser definido como toda teoria do direito que parte do pressuposto de que o objeto da ciência jurídica é o direito positivo. Isso não significa dizer que o jurista que seja positivista, negue a existência de um direito ideal, natural ou racional. O que ocorre é que, sob a ótica positivista, esses direitos – ideal, natural ou racional⁵⁰ – não são direitos da mesma forma que o positivo, pois não são vigentes como esse, o que os tornam insusceptíveis de pesquisa científica. Nesse sentir, registrou Norberto Bobbio:

Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo “positivo” ao termo “direito” torna-se um pleonasmo mesmo porque, se quisermos usar uma fórmula sintética, o positivismo jurídico é aquela doutrina a qual não existe outro direito senão o positivo.⁵¹ (grifo do autor)

⁵⁰ Deriva o termo positivismo jurídico da locução direito positivo contrapondo-se a ideia de direito natural.

Importante destacar que até o final do século XVIII, o direito foi conceituado em duas espécies, o natural e o positivo.

O direito natural, no período clássico, não era considerado superior ao direito positivo. O direito natural era considerado como direito comum e o direito positivo era considerado direito especial, e, havendo conflito entre os dois direitos, o positivo prevalecia sobre o natural.

No período medieval, diferentemente do que ocorreu no período clássico, o direito natural sobreponha-se ao direito positivo, visto que nesse período o direito natural era enxergado como norma oriunda da vontade de Deus, ou como lei escrita por Deus no coração dos homens.

Registre-se por oportuno que embora houvesse nos períodos supracitados, distinções de grau entre o direito natural e o direito positivo, ambos eram qualificados como direito. A partir do momento em que que o direito natural e o direito positivo deixam de ser considerados direito no mesmo sentido, é concebida a concepção de positivismo jurídico, corrente a qual elimina o direito natural da categoria do direito.

⁵¹ BOBBIO, Norberto (1995). *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ed. Ícone, p. 26

Ainda, acrescenta: “Por positivismo jurídico, aquela corrente que **não admite a distinção entre direito natural e direito positivo** e afirma **que não existe outro além do positivo**”.⁵² (grifo nosso)

No juspositivismo a expressão *direito* é totalmente avalorativa, ou seja, privada de qualquer conotação valorativa ou emotiva, não importando se o direito é bom ou mau ou ser um valor ou desvalor. Isso equivale a dizer que, segundo o positivismo jurídico, a afirmação de validade de uma norma jurídica não implica também na afirmação do seu valor.

É desta ideia avalorativa do direito que resulta a teoria do formalismo jurídico (teoria da validade do direito)⁵³, segundo a qual a validade do direito funda-se em critérios que se relacionam, exclusivamente, à sua estrutura formal, prescindindo do seu conteúdo.

Como *teoria ou concepção do direito*, o positivismo jurídico é caracterizado pelo fato de empregar ao direito o elemento da coação, como fator essencial e próprio do direito. Desse modo, definir o direito em função da coercitividade significa considerar o direito do ponto de vista do Estado, o que equivale a dizer que a definição coercitiva⁵⁴ se funda, portanto, numa concepção estatal do direito. Nessa direção registrou Bobbio:

⁵² BOBBIO, Norberto (2016). *Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico* – São Paulo: Ed. UNESP; Instituto Norberto Bobbio, p. 156

⁵³ Idem 1995, p. 26

⁵⁴ Idem 2016, p. 147: Conforme adverte Bobbio, a concepção coercitiva do direito é contemporânea da formação do Estado moderno, teorizado por Hobbes no século XVII, sendo difícil estabelecer com precisão o seu nascimento, no entanto, a tradição direciona a concepção dessa teoria ao pensamento de Christian Thomasius, jusnaturalista racionalista que viveu na Alemanha entre o fim do século XVII e o início do século XVIII.

“[...] Discípulo de Pufendorf (Thomasius), as suas *Institutiones jurisprudentiae divinae* (de 1688) representam a retomada de temas tipicamente pufendorfianos. Mas sua obra fundamental, o *Fundamenta juris naturae et gentium* (de 1705), expõe uma teoria pessoal, precedente histórico da teoria clássica da coação.

Não que a precedente tradição do jusnaturalismo racionalista ignorasse a distinção entre regras que podem e regras que não podem se fazer valer coercitivamente, mas tal distinção era formulada em termos de *jus perfectum* e *jus imperfectum* (com o uso de uma terminologia que remonta aos próprios romanos, nos quais se encontra a tripartição: *leges imperfectae*, *leges minus quam perfectae*, *leges perfectae*). [...] O uso da força por parte do sujeito em favor do qual é estabelecido um dever, no caso do *jus imperfectum*, é ilícito, constitui, um ato de violência; no caso do *jus perfectum*, o uso da força é, ao contrário, lícito porque tem uma função reparadora e representa não um ato de violência, mas de coerção. Os jusnaturalistas distinguiam entre *jus perfectum* e *jus imperfectum* não só com referência às

Por positivismo jurídico como teoria entendo aquela concepção particular do direito que liga o fenômeno jurídico à formação de um poder soberano capaz de exercer a coação: o Estado. Trata-se aqui da comum identificação do positivismo jurídico com a teoria estatalista do direito. Historicamente, essa teoria é a expressão ou a tomada de consciência, por parte dos juristas, daquele complexo fenômeno na formação do Estado moderno, que é a monopolização do poder de produção jurídica por ele.⁵⁵ (grifo nosso)

A *teoria da concepção coercitiva do direito*, iniciada pelo pensamento de Thomasius (final do século XVII) e posteriormente desenvolvida por Kant e Jhering (século XIX), é a chamada clássica ou tradicional.

Depois de Jhering a teoria da concepção coercitiva sujeitou-se a todo um desenvolvimento, até chegar a um significado diferente do inicialmente empregado. Trata-se aqui da *teoria moderna*.

Para a teoria clássica a coerção é o meio pelo qual se fazem valer as normas jurídicas, ou ainda, o direito é um complexo de normas que se fazem valer coativamente. Já para a teoria moderna, a coerção é o objeto das normas jurídicas, ou ainda, o direito é um complexo de normas que regulam o uso da força coercitiva.

O positivismo jurídico nesse segundo aspecto, como teoria ou concepção do direito, revela algumas características que lhe são próprios: a) ser um sistema de normas que se impõem pela força; b) as normas jurídicas são comandos; c) supremacia da lei sobre outras fontes; d) consideração do conjunto das normas como sistema, atribuindo-lhe um caráter de completude; e) consideração da atividade do

relações entre sujeitos privados, mas também entre súditos e o Estado (assim o Estado pode exigir o pagamento dos impostos com base num *jus perfectum* e, portanto, o uso da força com este propósito é lícito; [...]).

A inovação trazida por Thomasius para esta distinção tradicional poderia, em linguagem moderna, ser qualificada como uma operação de purificação linguística. Ele, realmente, não nega a fundada distinção entre *jus perfectum* e *jus imperfectum* (no sentido em que esta individualiza dois tipos diferentes de normas), mas sustenta que não é exato qualificar como direito o assim dito *jus imperfectum*, o qual designa as normas pertencentes àquela que podemos chamar de esfera ética, e que, ao contrário, é preciso reservar o termo direito somente ao *jus perfectum*, visto que o direito é constituído unicamente pelas normas que são feitas valer coativamente. Esta distinção de Thomasius se tornou clássica, tanto que no fim do século XVIII os juristas se dividiam em duas escolas, segundo aceitassem ou não a definição do direito como norma coercitiva.”

⁵⁵ BOBBIO, Norberto (2016). *Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico* – São Paulo: Ed. UNESP; Instituto Norberto Bobbio, p. 134

jurista e do juiz como lógica (ou mecanicista do direito); f) ser a ciência jurídica considerada como dogmática (Escola Pandectista) ou como hermenêutica (Escola da Exegese).⁵⁶

Registre-se que tais características do direito não foram descobertas em razão da consideração do direito como fato, mas por, em dado momento histórico, ser identificada a centralização da produção jurídica nos órgãos estatais.

Como ideologia inicia-se a análise do positivismo jurídico com a seguinte indagação: O positivismo jurídico além de uma teoria pode ser considerado uma ideologia? Tal indagação formulada por Bobbio⁵⁷, justifica-se tendo em vista o fim sempre perseguido pelo positivismo jurídico que é a posição neutra diante do direito, para estuda-lo como fato e não como valor, o que leva a crença de que o positivismo jurídico só poderia ser uma teoria.

Feita essa consideração preliminar, pertinente se faz distinguir *teoria* de *ideologia*.

Teoria é o resultado do conhecimento que o homem realiza diante da realidade, e esse conhecimento é formado de um conjunto de juízos de fato, que tem por escopo informar a realidade. Já *ideologia*, é o resultado do comportamento avaliativo que o homem realiza diante dessa mesma realidade, e esse conhecimento é formado por um conjunto de juízos de valores por aquele que o formula, com o escopo de influir a respeito de tal realidade, positiva ou negativamente ou, ainda, conservando-a ou alterando-a. A esse respeito, Bobbio registrou:

⁵⁶ BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis (2011). *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ed. Atlas, p. 382: “Na Alemanha, Bernhard Windscheid foi o autor do Tratado dos *Pandectas*, que deu origem ao movimento que ficou conhecido como *pandectismo*, por dedicar-se à pesquisa dos *Pandectas* ou Digesto de Justiniano. Esse movimento encarava a lei como um produto resultante da história de um povo e da “vontade racional” do legislador. Ocupando uma posição intermediária entre a compreensão do espírito de um povo, como manifestação da lei, e o mais puro apego ao texto da lei, o *pandectismo* supera a Escola Histórica e influencia, de modo decisivo, o surgimento da codificação, na França, pós-revolução. O movimento pela codificação, na França, tem como principal referência doutrinária a Escola da Exegese.

A Escola da exegese advoga o princípio da completude do ordenamento jurídico, e não deixa espaço para o Direito natural. As lacunas da lei devem ser resolvidas pelo próprio sistema jurídico. [...]”

⁵⁷ BOBBIO, Norberto (1995). *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ed. Ícone, p. 223

A propósito de uma teoria, dizemos ser *verdadeira* ou *falsa* (segundo seus enunciados correspondam ou não à realidade). Não faz sentido, ao contrário, apregoar a verdade ou a falsidade de uma ideologia, dado que isto não descreveria a realidade, mas sobre ela influiria. Diremos, em vez disso, que uma ideologia é do tipo *conservador* ou do tipo *progressista*, segundo avalie positivamente a realidade atual e se proponha a influir sobre ela, para *conservá-la*, ou que a avalie negativamente, destarte se propondo a influir sobre ela, para *mudá-la*.⁵⁸ (grifos do autor)

Foi dito inicialmente nesse tópico que o fim perseguido pelo positivismo jurídico é assumir uma postura isenta de juízo valorativo diante do direito, isto é, uma postura neutra, visando estudá-lo como fato e não como valor. No entanto, no momento que o positivismo jurídico ambiciona o modo como quer que o direito se apresente, isso lhe traz o aspecto ideológico.

Como *ideologia* o positivismo jurídico representa a crença em determinados valores, e com base nessa crença, atribui ao direito existente um valor positivo, pelo único fato de existir, independentemente de sua relação a um direito ideal.

Nas lições de Bobbio, existem duas argumentações para conferir ao direito existente essa atribuição de valor positivo: a) o direito positivo, única e exclusivamente pelo fato de ser positivo, ou seja, de emanar de uma vontade dominante, é justo; b) como conjunto de regras impostas pelo poder que detém o monopólio da força em determinada sociedade, o direito serve, com sua própria existência, independentemente do valor moral de suas regras e o alcance de certos fins como a ordem, a paz, a certeza e a justiça.⁵⁹

Dessas argumentações, Bobbio conclui que as normas jurídicas devem ser respeitadas ou obedecidas por si mesmas, pelo simples fato de serem normas e por um dever moral que é uma obrigação subjetiva ou de consciência, em oposição à obrigação externa (medo da sanção que da lei advém).

⁵⁸ BOBBIO, Norberto (1995). *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ed. Ícone, p. 224

⁵⁹ BOBBIO, Norberto (2016). *Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico* – São Paulo: Ed. UNESP; Instituto Norberto Bobbio, p 137

Para a passagem da teoria do positivismo jurídico para a ideologia do positivismo jurídico, considera-se que o sistema vigente não é mais apenas aquele descrito e interpretado, mas aquele considerado como bom. Nesse aspecto ensina Bobbio:

O efeito dessa passagem é a transformação do positivismo jurídico de teoria do direito a teoria da justiça, ou seja, a teoria que pretende não mais indicar aquilo que é, no plano dos fatos, o direito, mas recomendar o que é, no plano dos valores, o justo.⁶⁰ (grifo nosso).

O positivismo jurídico como ideologia, é aquele que, independentemente de seu conteúdo, deve ser obedecido tendo em vista como ele é posto e feito valer na sociedade. Nesse sentido, Bobbio:

Enfim, a ideologia do positivismo jurídico é a expressão de um sistema relativamente coerente e elaborado de valores e pode ser resumida nesta fórmula: O direito, pelo modo como é posto e feito valer, ou pelo fim ao qual serve, **qualquer que seja seu conteúdo**, tem por si mesmo um valor positivo e deve-se prestar obediência incondicional a suas prescrições.⁶¹ (grifo nosso).

A afirmação do dever absoluto ou incondicional de obedecer à lei, está, sem dúvida alguma no plano ideológico, visto que tal afirmação não se enquadra no aspecto cognoscitivo que concerne à definição do direito, mas no aspecto valorativo, relativo à determinação do dever, e aqui, não mais se está perante uma doutrina científica e sim diante de uma doutrina ética do direito (*positivismo ético*). Nessa direção, pronunciou-se Bobbio: “Por isto sustentamos que seria mais correto falar de **positivismo ético** em relação à ideologia juspositivista”.⁶² (grifo nosso)

Há um lastro histórico para sustentar o dever absoluto ou incondicional de obedecer à lei. Tal *positivismo ético*, surgiu com a formação do Estado Moderno⁶³, no

⁶⁰ BOBBIO, Norberto (2016). *Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico* – São Paulo: Ed. UNESP; Instituto Norberto Bobbio, p. 138

⁶¹ Ibidem, p. 138

⁶² BOBBIO, Norberto (1995). *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ed. Ícone, p. 226

⁶³ O Estado Moderno surgiu a partir da fragmentação do sistema feudal. É marcado por quatro fases: o estado moderno, estado liberal, crise no estado liberal e estado democrático liberal. Nasceu no século

qual, não somente a lei era fonte única do direito, mas também o direito estatal-legislativo se tornou o único ordenamento normativo capaz de regulamentar o comportamento do homem em sociedade. Consequentemente como a valoração de um comportamento se funda na norma, o direito estatal legislativo se tornou o critério exclusivo para a valoração do comportamento do homem em sociedade.⁶⁴

Para a ideologia positivista a obediência incondicional à lei significa não somente uma obrigação jurídica, mas também uma obrigação moral. Isso significa dizer que o homem deve obedecer às leis não só por motivos externos, mas também por motivos internos, não só porque ao império da lei está submetido, mas porque está convicto de que tal obediência é algo bom, ou seja, há um dever de consciência

XV, com o desenvolvimento do capitalismo mercantil registrado em Portugal, na França, Inglaterra e Espanha. Nas quatro nações, o Estado Moderno surge a partir da segunda metade do século XV e, posteriormente, é registrado também na Itália.

O modelo que ficou conhecido como Estado Moderno surge a partir da crise no Feudalismo. No modelo feudal, não havia estados nacionais centralizados. Os senhores feudais eram os que controlavam os poderes políticos sobre as terras e exerciam uma força diluída, sem núcleo.

Cada feudo tinha a própria autonomia política. Igualmente poderia estar submisso a um reino maior, como era o caso do Sacro Império Romano Germânico, o soberano inglês e o Papa. O poder dos senhores feudais era partilhado com o governo das cidades medievais autônomas, que eram conhecidas por comunas. As comunas tinham autonomia para regulamentar o comércio, estabelecer impostos, garantir a liberdade dos cidadãos e controlar os processos judiciais.

A partir dos séculos XIV e a primeira metade do XV passa a ocorrer a crise do sistema feudal em consequência das revoltas sociais dos camponeses e da evolução do comércio na Europa.

A burguesia passa a exigir elementos que garantam a sua evolução política, econômica e social. Desta maneira, urge a existência de um governoável e com a centralização dos serviços à população.

Os burgueses também brigavam contra os elevados impostos sobre as mercadorias e a diversidade de moedas.

O Estado Moderno é um fruto de um processo de cerca de três séculos para se estabelecer. A primeira fase dele é o absolutismo monárquico. Por meio da centralização do poder na monarquia, começa a ser desenvolvido o aparelhamento das forças armadas, da estrutura jurídica e a estruturação da cobrança de impostos.

A monarquia permite, ainda, a formação da infraestrutura que garante a máquina pública e cria as condições para o surgimento do corpo burocrático.

⁶⁴ BOBBIO, Norberto (1995). *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ed. Ícone, p. 226: “Isto sucedeu pelo fato de, na época moderna, o Estado não ter só emergido e se imposto sobre todas as outras organizações de tipo político, como também ter se tornado o único portador dos valores morais, desautorizando e substituindo a igreja (a saber, as instituições religiosas em geral). Estando assim as coisas, comprehende-se porque, segundo o positivismo jurídico, **o dever de obedecer às leis é absoluto e incondicionado**. Para que o problema da obediência ou não a uma norma possa surgir (e possa, consequentemente, verificar-se o condicionamento da obediência), é necessário que exista uma outra norma que ordene um comportamento diferente; ou, em outros termos, para criticar a valoração dos comportamentos humanos feita por um ordenamento, é necessário que exista um outro ordenamento, isto é, um outro critério de valoração com base no qual se faça tal crítica. Se, pelo contrário, existe um único ordenamento normativo, o problema da obediência não se coloca: o homem se encontra num estado de tal sujeição a tal ordenamento e nada pode fazer senão obedecer ou, não obedecendo, cometer um ato ilícito e, portanto, punível”. (grifo nosso)

de obedecer às leis.⁶⁵ Trata-se aqui, nas lições de Bobbio, da *posição extremista ou forte do positivismo ético*.

Há ainda, segundo Bobbio, a *posição moderada do positivismo ético* que sustenta ser o direito, independentemente do seu conteúdo, um meio de realizar um certo valor, o da ordem.⁶⁶

Desse modo, portanto, para o positivismo ético o direito tem sempre um valor. Para a posição *extremista um valor final* e para a *posição moderada, um valor instrumental*.

Registre-se que mesmo a versão moderada do positivismo ético, trata-se de uma ideologia e não de uma teoria, tendo em vista que ao se escolher o direito à anarquia, devido ao valor a ele conferido, ou seja, a ordem, se está diante de uma atitude valorativa, o que abre espaço a um ideologia.

Feita essa abordagem sobre o conceito e os vários aspectos tratados por Bobbio, com os quais o positivismo jurídico se apresentou ao longo da história (*como meio de aproximar-se do estudo do direito; como teoria ou concepção do direito; e como certa ideologia da justiça*) e de fundamental importância para a compreensão desse pensamento ou doutrina que inovou a forma de aplicar e compreender o direito como ciência, baseando-se numa abordagem avalorativa, tendo em vista a separação

⁶⁵ BOBBIO, Norberto (1995). *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ed. Ícone, p. 226: “Poder-se-ia objetar que essa concepção **não é típica do positivismo ético, mas é comum à tradição da filosofia moral e jurídica**, a começar pelo pensamento escolástico, segundo o qual a obediência às leis (exceto aquelas *mere poenales*) se funda num dever de consciência e não numa simples constrição. Mas entre a concepção juspositivista e a tradicional há uma diferença radical, que se manifesta na última parte da fórmula por nós usada para definir o positivismo ético: “*obediência às leis enquanto tais*”; o pensamento tradicional, em lugar disto, afirma o dever de obedecer às leis enquanto justas, já que o requisito da justiça é parte integrante da definição do conceito de lei (uma lei injusta não é uma verdadeira lei, mas antes uma *corruptio legis*). Em lugar disto, na definição da lei dada pelo positivismo jurídico não está compreendido o requisito da justiça, mas somente o da validade. Ou, se se prefere (e tendo sempre presente que estamos falando das posições extremistas do juspositivismo), poderíamos dizer que este considera a lei justa pelo único fato de ser válida; como já dissemos (ver § 33), o jusnaturalismo e o juspositivismo extremista (isto é, o positivismo ético) identificam ambas as noções de validade e de justiça da lei; mas, enquanto o primeiro deduz a validade de uma lei da sua justiça, o segundo deduz a justiça de uma lei da sua validade”. (grifo nosso)

⁶⁶ Ibidem, p. 230

total dos preceitos morais, far-se-á uma breve passagem por sua evolução e posterior declínio.

1.3. Evolução e Declínio

O *positivismo jurídico* como doutrina, surgiu ao final do século XIX em oposição ao *direito natural*, o qual preconizava a concepção de um direito ideal, baseado em valores metafísicos e divinos, cujos parâmetros deveriam nortear os legisladores na elaboração e na concepção das leis, sob pena de não serem consideradas válidas, o que dificultava o estudo do direito e trazia grande insegurança às relações jurídicas.

Assim, a escola positivista do direito, foi concebida especialmente no intuito de sistematizar a aplicação e o estudo do direito, reduzindo-se, portanto, a insegurança jurídica causada pelo direito natural, que preceituava a invalidade ou inaplicabilidade de uma lei ou norma com base em valores morais e em concepções subjetivas de justiça.

Conforme nos ensina Luís Roberto Barroso, com a pretensão de conceber uma ciência jurídica, o positivismo jurídico é fruto da importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, com características semelhantes às ciências exatas e naturais.⁶⁷

Na busca de pragmatismo científico, enfocando a realidade observável e não a mera especulação filosófica, separou o direito da moral e dos valores transcendentais. Nessa esteira de raciocínio, direito é norma emanada do Estado com caráter imperativo e força coativa. Como todas as demais ciências, a ciência do direito deve ter como lastro juízos de fato, baseando-se no conhecimento da realidade, e não

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto (2001). *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Artigo da Revista de Direito Administrativo, número 225, p. 5-37. Biblioteca Digital FGV, p. 21

em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade, conforme registrou Bobbio.⁶⁸

O positivismo jurídico foi objeto de conceituações diversas conforme registrou António Manuel Hespanha:

As várias escolas entenderam de **forma diversa o que fossem ‘coisas positivas’**. Para uns, positiva era apenas a lei (positivismo legalista). Para outros, positivo era o direito plasmado na vida, nas instituições ou num espírito do povo (positivismo histórico). Positivo era também o seu estudo de acordo com as regras das novas ciências da sociedade, surgidas na segunda metade do século XIX (positivismo sociológico, naturalismo). Finalmente, para outros, positivos eram os conceitos jurídicos genéricos e abstratos, rigorosamente construídos e concatenados, válidos independentemente da variabilidade da legislação positiva (positivismo conceitual).⁶⁹ (grifo nosso)

Independentemente das várias formas como as quais se apresentou o positivismo jurídico, este teve seu ponto culminante no *normativismo de Hans Kelsen*⁷⁰, com as seguintes características essenciais: a) aproximação quase plena entre direito e norma; b) afirmação da estatalidade do direito, ou seja, a ordem jurídica é uma e emana do Estado; c) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos capazes de solucionar qualquer caso concreto que se apresente, inexistindo lacunas; d) formalismo, ou seja, a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Insere-se aqui o dogma da subsunção.⁷¹

Nas primeiras décadas do século XX o positivismo tornou-se a filosofia dos juristas. Empenhava-se a teoria jurídica no desenvolvimento de ideias e de conceitos

⁶⁸ BOBBIO, Norberto (1995). *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ed. Ícone, p. 135

⁶⁹ HESPANHA, António Manuel (1997). *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. Portugal: Editora Europa-América, p. 175

⁷⁰ **Teoria Pura do Direito** é a obra-prima de Hans Kelsen, com primeira edição em 1934 e segunda edição em 1960, com a incorporação de alguns conceitos novos. Sua obra, é considerada por muitos, até os dias atuais, como o grande símbolo do positivismo jurídico.

⁷¹ A aplicação do direito consistiria num processo lógico-dedutivo de submissão à lei (premissa maior) ao fato concreto (premissa menor), produzindo o intérprete uma **ação meramente declarativa, distante de qualquer papel criativo** (que não tem adesão de Kelsen). (grifo nosso)

dogmáticos, em busca de cientificidade, reduzindo-se o direito num conjunto de normas em vigor, considerado um sistema perfeito, não precisando de qualquer justificação, além da própria existência, como resultado de todo dogma.

Ao longo do tempo o positivismo jurídico enfraqueceu, sujeitando-se à várias críticas até sofrer derrota histórica. A ambição positivista de certeza jurídica que substituiu o ideal racionalista de justiça, além de ter custado um altíssimo preço para história da humanidade, mostrou-se insuficiente diante de determinadas demandas apresentadas pela sociedade, insuscetíveis de serem solucionadas pelo pragmatismo do ideal positivista. Nesse sentido apontou Luís Roberto Barroso:

Conceitualmente, jamais foi possível a transposição totalmente satisfatória dos métodos das ciências naturais para a área de humanidades. O Direito, ao contrário de outros domínios, não tem nem pode ter uma postura puramente descritiva da realidade, voltada para relatar o que existe. Cabe-lhe prescrever um dever-ser e fazê-lo valer nas situações concretas. O Direito tem a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a e transformando-a. Ele não é um dado, mas uma criação. A relação entre o sujeito do conhecimento e seu objeto de estudo – isto é, entre o intérprete, a norma e a realidade – é tensa e intensa. **O ideal positivista de objetividade e neutralidade é insuscetível de realizar-se.**⁷² (grifo nosso)

O positivismo jurídico ambicionou ser uma teoria do direito, assumindo o estudioso uma atitude cognoscitiva, baseando-se tão somente em juízos de fato, no entanto, como já apontado, resultou sendo também uma ideologia, movida por juízos de valor, tendo em vista não ser apenas um modo de entender o direito, mas também um modo de querer o direito.

O império da lei e o legalismo acrítico, resultantes do positivismo jurídico, tornaram-se lastro para autoritarismos variados. A ideia de justiça encerrava-se quando a positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem e nada mais.

Apesar dos avanços inegáveis trazidos à sociedade e a comunidade jurídica pela doutrina do positivismo clássico, o referido pensamento, em razão da sua

⁷² BARROSO, Luís Roberto (2001). *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Artigo da Revista de Direito Administrativo, número 225, p. 5-37. Biblioteca Digital FGV, p. 22

objetividade e sistematização, acabou, de forma indevida ou equivocada, associando o próprio direito à lei, afastando-o, portanto, da filosofia, de maneira que, em meados do século passado, especialmente ao final da Segunda Guerra Mundial, começou a sofrer grandes críticas e enfraquecimento.

O fascismo na Itália e o nazismo na Alemanha, foram os marcos da decadência do positivismo jurídico. Tais movimentos políticos e militares tiveram suas atuações e ascensão ao poder com lastro na legalidade vigente, promovendo barbáries em nome da lei, ressaltando-se os principais acusados de Nuremberg⁷³ que invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens advindas da autoridade competente.

⁷³ A fim de julgar os crimes cometidos pelos nazistas, uma série de julgamentos foi realizada na cidade alemã de Nuremberg, entre 1945 e 1949. Entre os acusados estavam oficiais do Partido Nazista e militares de alta patente, bem como empresários, advogados e médicos que colaboraram ativamente com o projeto nazista. É importante lembrar que Adolf Hitler não foi a julgamento porque cometeu suicídio em 30 de abril de 1945, quando o Exército Vermelho (URSS) se aproximava de Berlim e com ele a derrota nazista. Outros dois importantes membros do Partido Nazista, Joseph Goebbels, ministro da propaganda, e Heinrich Himmler, comandante da SS (*Schutzstaffel* - organização paramilitar), cometeram suicídio em maio de 1945, portanto antes do início do julgamento de Nuremberg.

As leis e procedimentos a serem adotados em Nuremberg foram estabelecidos pelos Aliados na Carta de Londres, lançada em 8 de agosto de 1945. Neste documento ficaram estabelecidos três categorias de crimes pelas quais os acusados seriam julgados: crimes contra a paz (planejamento e engajamento em atividades de guerra que descumprisem acordos internacionais), crimes de guerra (como tratamento impróprio a civis e prisioneiros de guerra) e crimes contra a humanidade (assassinato, escravização, deportação e perseguição a civis com base em motivos políticos, religiosos ou raciais). Ficou ainda decidido que tanto militares quanto civis poderiam ser acusados de tais crimes.

Pode-se dizer que dois motivos levaram à escolha de Nuremberg, no estado da Bavária, para a realização dos julgamentos. Anualmente, durante o Terceiro Reich, comícios e passeatas de propaganda nazista eram realizados na cidade. Assim, a instalação do Tribunal tinha um caráter simbólico de marcar o fim do nazismo e as consequências das políticas adotadas pelo Partido Nacional-socialista e seus adeptos. Outro elemento considerado foi o fato de que o Palácio de Justiça da cidade havia sido pouco destruído pela guerra e oferecia uma boa estrutura para receber tanto os prisioneiros quanto aqueles que acompanhariam os eventos, como jornalistas de diversas partes do mundo. Além do público de diferentes lugares, acusados e juízes falavam quatro idiomas diferentes - inglês, francês, alemão e russo. Pela primeira vez na história foi feito uso de tradução simultânea com fones de ouvido. Foram 24 indiciados, dos quais um não foi a julgamento por motivos de saúde e outro por ter cometido suicídio. **O principal argumento utilizado pelos advogados de defesa foi o de que os crimes de que os réus estavam sendo acusados não eram ainda considerados crimes quando aconteceram, o que é chamado de juízo ex post facto.** Dos 22 réus, 3 foram absolvidos; 12 condenados à morte; 3 condenados à prisão perpétua; e 4 condenados a cumprir entre 10 e 20 anos de prisão. As execuções ocorreram em 16 de outubro de 1946, Polêmicos na época, os julgamentos de Nuremberg são hoje compreendidos como um marco no direito internacional e no estabelecimento de uma Corte Internacional permanente. Desde de 1945 existe, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), a Corte Internacional de Justiça (também conhecida como Corte de Haia ou Tribunal de Haia), que tem por função julgar Estados. Em 2002, criou-se a Corte Penal Internacional (ou Tribunal Penal Internacional), que, como os julgamentos de Nuremberg, tem como objetivo julgar indivíduos por crimes de guerra, crimes contra a humanidade, genocídio e os crimes de agressão.

Com o fim da Segunda Grande Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico despido de valores éticos, já não tinha mais aceitação. A partir daí e com o evidente declínio do positivismo jurídico, portas abriram-se para uma reflexão acerca do direito, da sua função social e de sua interpretação, momento o qual nasce o *pós-positivismo*, que, segundo nos ensina Luís Roberto Barroso: “[...] é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das **relações entre valores, princípios e regras**, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais”.⁷⁴

É no pós-positivismo, que será objeto do próximo tópico, que o pensamento inicialmente concebido sofre algumas reformulações na sua abordagem avalorativa e científica, no intuito de adequá-los aos novos anseios sociais de justiça, especialmente com aproximação da moral e mediante a aceitação dos princípios como espécie de norma jurídica.

1.4. Pós-Positivismo

A partir da segunda metade do século XX, o direito já não mais se adequava ao positivismo jurídico, vez que passa a não ser capaz de explicar e responder adequadamente a realidade da sociedade. A junção quase absoluta entre o direito e a norma e o seu distanciamento da ética não mais correspondiam aos ditames de um novo processo civilizatório e às ambições que sustentavam as causas da humanidade.

De outro lado, já havia um discurso científico que dominava o direito, e seus operadores não mais ambicionavam o retorno ao jusnaturalismo, aos fundamentos abstratos, vagos ou metafísicos de uma razão subjetiva.⁷⁵

Neste cenário surge o *pós-positivismo*, não objetivando desconstrução, mas uma superação do convencional, iniciando uma nova trajetória que busca ir além

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto (2001). *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Artigo da Revista de Direito Administrativo, número 225, p. 5-37. Biblioteca Digital FGV, p. 23

⁷⁵ Ibidem, p. 24

da estrita legalidade, sem menosprezar o direito positivado, no entanto, incorporando a ele as ideias de justiça e legitimidade.

Um novo pensamento jusfilosófico surge para impor limites valorativos ao aplicador do direito, com pretensão de correção do sistema. Decisões apartadas da justiça, como as que ocorreram no fascismo e no nazismo não poderiam mais ser aceitas, e a sociedade percebeu que se não houvesse na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito poderia servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei.

A partir desse novo pensamento, a interpretação e a aplicação do ordenamento jurídico são inspiradas por uma teoria de justiça, sem comportar voluntarismos ou personalismos, especialmente os judiciais.⁷⁶

Neste novo conjunto de ideias em formação, incluem-se: a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a razão prática e a argumentação jurídica são reabilitadas; forma-se uma nova hermenêutica; desenvolve-se uma teoria dos direitos fundamentais, consolidada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana.⁷⁷

Para os pós-positivistas o positivismo jurídico clássico não passa de uma “inércia mental”, de um “puro e simples resíduo histórico”.⁷⁸

Isso porque o novo conhecimento jurídico não mais se reduzia a proclamar a necessidade de se defenderem direitos em nome da lei. Na atualidade, as pretensões formalistas e estatalistas, que vinculam Estado, direito e lei, abriram espaços a conteúdos axiológicos, os quais permeiam as normas jurídicas de valores e elementos de natureza moral. Assim, o intérprete recorrerá a fundamentos de ordem

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto (2001). *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Artigo da Revista de Direito Administrativo, número 225, p. 5-37. Biblioteca Digital FGV, p. 24

⁷⁷ Ibidem, p. 6

⁷⁸ ZABREBELSKY, Gustavo (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editora Trotta, p. 33

moral quando for delimitar o significado das normas jurídicas, pois, só assim poderá definir o seu verdadeiro conteúdo e alcance.

É nesse contexto que surgem as teorias pós-positivistas como as de *Gregorio Peces-Barba*, *Ronald Dworkin* e *Robert Alexy*, objetivando, cada qual ao seu modo e estilo, *relativizar a separação entre Direito e Moral*, admitindo critérios materiais das normas judiciais.

Em brevíssimas linhas, veja-se as posturas teóricas de cada um:

1.4.1. Gregório Peces-Barba

Barba, jusfilósofo espanhol, tentou adequar o pensamento positivista às demandas sociais surgidas a partir de meados do século passado, momento o qual o modelo científico e avalorativo de aplicar e entender o direito começou a declinar.

O poder político para Barba, deve ser considerado alicerce básico do direito, que será legitimado mediante a organização do Estado, com o condão de limitá-lo, ou seja, o poder político deve, necessariamente, buscar o seu fundamento no direito. Esclarece, ainda, que o Estado deve se organizar incorporando a denominada *moralidade crítica e moralidade positivada*.⁷⁹

A *moralidade crítica* é aquela que tem aptidão de ser incorporada ao direito positivo, porém, por questões meramente formais, ainda não foi convertida em norma, de maneira que, numa visão positivista, não poderá ser considerada direito. Por outro lado, a *moralidade positivada* deve ser conceituada como aquela que já foi incorporada ao ordenamento jurídico.⁸⁰

Barba identifica a existência de uma moralidade externa e anterior ao Estado e ao próprio direito, no entanto, não considera que essa moralidade possa,

⁷⁹ BARBA, Gregorio Peces (2004). *Ética, Poder y Derecho*. México: Editora BEP, p. 12-13

⁸⁰ Ibidem, p. 12-13

antes de sua positivação, ser garantida pelo direito, isso porque o direito somente possui instrumentos para garantir o respeito àqueles valores que estiverem efetivamente incorporados por normas.⁸¹

Faz crítica à teoria jusnaturalista e positivista clássica. Rejeita o jusnaturalismo por preceituar um canal entre direito e moral, desconsiderando as questões atinentes ao exercício do poder e admitindo a existência de uma determinada moralidade como jurídica, sem que, para tanto, haja necessidade de verificar os procedimentos instituídos para criação do direito. Por outro lado, para ele, o positivismo restringe o direito àquilo que é definido pelo poder criador de normas, sem, contudo, passar pela moral, ou seja, desconsiderando quaisquer valores morais no Estado de Direito.⁸²

Baseando-se nestas constatações, Barba passa a propor um protótipo que considere a relação entre moral, poder e direito, no qual se adote o seguinte processo: a) a moralidade crítica pressiona o poder, objetivando incorporar-se ao ordenamento existente; b) a moralidade positivada ganha cada vez mais espaço no ordenamento, o que se dá principalmente com a atividade interpretativa, que consolidada e amplia aqueles valores positivados.⁸³

Barba promoveu outra diferenciação importante no que se refere à relação entre moral e poder, diferenciando *ética pública* de *ética privada*.

Para ele, a *ética pública* seria aquela apta a se incorporar ao Estado mediante o fornecimento de parâmetros de orientação do exercício do Poder Público, bem como do estabelecimento das autoridades competentes para realizar as funções a serem desempenhadas pelo poder estatal, referente, portanto, ao próprio exercício do poder.⁸⁴

⁸¹ BARBA, Gregorio Peces (2004). *Ética, Poder y Derecho*. México: Editora BEP, p. 69

⁸² Ibidem, p. 9-10

⁸³ Ibidem, p. 93-94

⁸⁴ Ibidem, p. 73

Já a ética privada pode ser considerada como uma ética de conduta, que traz alicerce para os planos de vida individuais. É composta, além dos valores individuais, do conceito de felicidade de cada um, seus ideais, ou seja, todo o conteúdo moral particular como o qual os indivíduos pautam suas ações, de forma que, nesse caso, estaríamos no âmbito da racionalidade.⁸⁵

Barba mostra-se liberal ao defender que todos os cidadãos devem gozar de liberdade na busca da felicidade e da realização pessoal, e nesse aspecto, defende a intervenção mínima do Estado. Prega, nesse ponto, a realização de um protótipo social aberto, ou seja, no qual o Estado interfere tão somente no âmbito da ética pública, deixando que cada indivíduo se paute por uma ética privada individualmente construída. Nesse intuito, o Estado deve criar as condições mínimas para o desenvolvimento de um espaço no qual os cidadãos possam gozar de autonomia moral e estejam livres para optar por sua própria ética privada.⁸⁶

Apesar do empenho de aproximar a norma do direito, Barba não foi claro no sentido de apresentar uma solução às hipóteses em que a moralidade não é incorporada ao direito, isso porque limitou-se a reconhece-la como garantia apenas nos casos em que é positivada.

É nessa lacuna que Ronald Dworkin sugere um modelo totalmente inédito do que foi até então defendido pela corrente positivista, procurando demonstrar que os métodos clássicos de produção do direito, que Kelsen chama de *norma fundamental* e Hart de *regra de reconhecimento*, não são os únicos existentes, podendo o direito ser aplicado por seus operadores de várias outras maneiras.

1.4.2. Ronald Dworkin

Dworkin, jusfilósofo norte-americano, foi o primeiro autor da teoria do direito recente a apresentar os princípios jurídicos de uma forma oposta ao pensamento

⁸⁵ BARBA, Gregorio Peces (2004). *Ética, Poder y Derecho*. México: Editora BEP, p. 76

⁸⁶ Ibidem, p. 73-77

positivista. Antipositivista convicto teve a coragem e a capacidade teórica de assumir a sua corrente. Demonstra sua posição antipositivista ao afirmar: “**Quero lançar um ataque geral contra o positivismo**”.⁸⁷ (grifo nosso)

Segundo Dworkin, na metade do século passado, o ensinamento do direito era dividido em “teoria analítica do direito” e “teoria do direito ética”. Esta dedicava-se ao que devia ser o direito e aquela, verificava os conceitos, objetivando fixar o seu significado. Os conceitos sobre os quais baseiam-se a teoria jurídica (infração, posse, propriedade, etc.), são difíceis de precisar e a dificuldade dessa teoria era o fato de que diversos juristas empregavam estes conceitos sem compreender seu significado. Continuando esse pensamento, registrou Dworkin:

Os juristas são treinados para analisar leis escritas e decisões judiciais de modo que extraem uma doutrina jurídica dessas fontes oficiais. Eles são treinados para analisar situações factuais complexas com o objetivo de resumir, de forma precisa, os fatos essenciais. E são treinados para pensar em termos táticos, para conceber leis e instituições jurídicas que produzirão mudanças sociais específicas, anteriormente decididas. A abordagem profissional da teoria do direito tentou reformular as questões relativas à doutrina legal de tal maneira que uma ou mais dessas qualificações pudesse ser empregada. Essa abordagem produziu apenas a ilusão de progresso e deixou intocadas as questões de princípio, genuinamente importantes, que existem no direito.⁸⁸

A crítica de Dworkin volta-se à incapacidade ou dificuldade dos juristas em precisar o sentido dos termos jurídicos. Destaca-se que a escola tradicional (bem como a contemporânea) do positivismo jurídico não prepara para compreender estes conceitos, mas simplesmente para aplicá-los. Este método ou prática obsta a expansão da teoria crítica dentro do direito.

Nesse sentido Dworkin argumenta que: “o positivismo jurídico é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste

⁸⁷ DWORKIN, Ronald (2017). *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, p. 35

⁸⁸ Ibidem, p. 4-5

fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importante desempenhados pelos padrões que não são regras".⁸⁹

Assim, inicia sua argumentação oferecendo uma proposta de solução dos casos difíceis utilizando o substrato do positivismo jurídico, no entanto, não apegado ao modelo de regras por ele imposto. E nesse sentir, registrou:

Nos termos de sua própria tese, **o positivismo não chega a enfrentar estes casos difíceis e enigmáticos que nos levam à procura de teorias do direito.** Quando lemos esses casos, **o positivista nos remete a uma teoria do poder discricionário que não leva a lugar nenhum e nada nos diz.** Sua representação do direito como um sistema de regras tem exercido um domínio tenaz sobre nossa imaginação, talvez graças a sua simplicidade. **Se nos livrarmos desse modelo de regras, poderemos ser capazes de construir um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação de nossas próprias práticas.**⁹⁰ (grifo nosso)

Além do modelo de regras, Dworkin propõe os princípios como uma categoria normativa que seria menos rigorosa, no entanto, mais ampla, e destaca a importância dos princípios no direito.

Destaca também que, na metodologia do positivismo, os princípios não podem ser, como o são as regras, submetidos à *regra de reconhecimento*. Não há como saber quais princípios devem ser levados em consideração nos casos difíceis, e, são justamente estes problemas que estão além das propostas formuladas pelo positivismo.⁹¹

Neste sentido, se o positivismo jurídico não pode formular uma teoria eficaz acerca dos princípios, tal tarefa fatalmente vai recair sobre o examinador destes casos, ou seja, sobre os juízes. Se não há solução determinada previamente, não é possível determinar previamente o conteúdo da decisão judicial. Desse modo, no sentir de Dworkin: "Os juristas não precisam de provas para mostrar que os juízes

⁸⁹ DWORKIN, Ronald (2017). *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, p. 36

⁹⁰ Ibidem, p. 71-72

⁹¹ Ibidem, p. 71

divergem e que suas decisões com frequência refletem sua formação e seu temperamento”.⁹²

Então, a discrepância entre as decisões judiciais viria das divergências dos intérpretes acerca da “natureza e núcleo dos princípios jurídicos fundamentais”.⁹³ Assim, o problema dos princípios foi um ponto que o positivismo não conseguiu contornar, nem deixar para trás com nenhum método proposto dentro de seus limites, pois sempre surgia novamente em momentos posteriores. E isto fortaleceu e campo de discricionariedade judicial.

Sobre a discricionariedade judicial, destaca que alguns teóricos “argumentam que os juízes sempre possuem poder discricionário, mesmo quando o que está em pauta é uma regra clara, pois, juízes são, em última análise, os árbitros definitivos da lei”.⁹⁴

Entretanto, os positivistas, não definem assim o papel dos juízes. Para esta corrente, os juízes não têm poder discricionário quando a regra é clara, e somente às vezes, formam seu próprio juízo para aplicar padrões jurídicos. Isto ocorre quando o conteúdo da regra é menos rigoroso ou delimitável. Assim, “algumas vezes, os juízes devem examinar demoradamente pontos específicos do direito e que os juízes igualmente inteligentes e bem treinados frequentemente estarão em desacordo”.⁹⁵

Nesta direção, a teoria de Dworkin é assertiva, pois cada vez mais se fortalece a posição de que a atividade interpretativa nunca cessa, nem mesmo em normas bastante claras.

Sem exatamente direcionar a atividade do juiz dentro do direito (interpretar e aplicar a lei ou também criar direitos), o positivismo lidou com esta questão de

⁹² DWORAKIN, Ronald (2017). *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, p. 10

⁹³ Ibidem, p. 10

⁹⁴ Ibidem, p. 54

⁹⁵ Ibidem, p. 55

maneira negligente, pois, sem saber definir este papel, optou por formular teorias superficiais sobre as duas questões que se relacionam (princípios jurídicos e função judicial) e que não foram enfrentadas pela ciência jurídica, mas continuaram latentes e batendo à porta do direito. Desta negligência do positivismo em enfrentar a questão dos princípios, decorre o seguinte problema:

Dois juízes decidirão um caso controverso de tal tipo de maneiras diferentes porque defendem visões diferentes quanto aos direitos morais de fundo dos cidadãos. [...] Cada juiz que decide esta questão de princípio faz o que faz, não porque todas as possibilidades sejam excluídas pelo que já está na legislação, mas porque acredita que o seu princípio está correto, ou pelo menos, mais próximo de ser o correto do que os outros princípios também não excluídos.⁹⁶

Neste sentido, é de se destacar que onde a atuação dos juízes avança para outras esferas, adentrando muitas vezes em competência legislativa, por conta do vazio legislativo e visando solucionar problemas (os relacionados à crescente transformação da sociedade, por exemplo), acaba por criar outro, pois, o judiciário ao extrapolar suas atribuições, põe em risco a construção do Estado Democrático de Direito, com sua divisão em poderes que se controlam, fiscalizam e tolhem abusos recíprocos. O ativismo judicial fortalece sobremaneira o judiciário, mas não há como saber onde isto vai parar.

Neste aspecto, Dworkin oferece uma construção hermenêutica que investiga o papel dos princípios jurídicos e outros aspectos referentes a eles. Acredita que, um modelo que os aceite como normas, institucionalizando-os, os retira da margem do sistema positivo. Então, formula uma teoria dos princípios, onde dentro da categoria “norma”, inclui-se também as regras e os princípios. Destaca ainda as questões políticas como incidentes sobre o conteúdo das decisões judiciais.

A partir desta teoria, nas três categorias: regras, princípios e políticas, a política seria um padrão que estabelece um objetivo, como a melhoria econômica, social etc., e o princípio, um padrão a ser observado, pois, constitui uma exigência de justiça ou equidade ou moralidade.

⁹⁶ DWORKIN, Ronald (2001). *Uma Questão de Princípios*. São Paulo: Editora Martins Fontes, p. 16

Quanto às regras, estas “são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.⁹⁷

A diferença entre as categorias regra e princípio é que quando duas regras entram em conflito, uma é inválida. No caso de princípios, quando entram em conflito, cada um cede um pouco, de acordo com a decisão mais adequada ao caso, levando-se em conta “a força relativa de cada um”. Nessa direção, Dworkin registrou:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou da importância. **Quando os princípios se intercruzam [...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.** Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata, e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.⁹⁸ (grifo nosso)

Pode o princípio, então, sobreviver intacto aos conflitos que venha a enfrentar, o que não é o caso da regra, pois as regras ditam um resultado e quando desta regra surge um resultado contrário, a regra é abandonada. O princípio por sua vez, inclina para um resultado e quando não aplicados, nem assim deixa de ter seu valor. Claro que eventualmente, de acordo com o entendimento do intérprete, os princípios podem ditar um resultado⁹⁹. Além disso, os princípios assumem força hierárquica superior à das regras a partir da construção de Dworkin. Então, em nome de um princípio, ou para favorecer algum princípio, uma regra pode ser mudada.¹⁰⁰

Entretanto, pondera Dworkin a respeito:

[...] não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo. É

⁹⁷ DWORAKIN, Ronald (2017). *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, p. 39

⁹⁸ Ibidem, p. 42-43

⁹⁹ Ibidem, p. 57

¹⁰⁰ Ibidem, p. 59-60

preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que os outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz [...] um juiz que se propõe a modificar uma doutrina existente deve levar em conta alguns padrões importantes que se opõe ao abandono da doutrina estabelecida; esses padrões são na sua maior parte princípios. Esses padrões incluem a doutrina da “supremacia do Poder Legislativo”, um conjunto de princípios que exige que os tribunais mostrem uma deferência limitada pelos atos do Poder Legislativo.¹⁰¹ (grifo nosso)

O autor objetivou com esta construção teórica, fixar alguns critérios para que a força normativa dos princípios seja acolhida no método positivista de aplicação das normas. Minimiza, ao propor estes critérios, o impacto de sua revisão à teoria positivista. Simultaneamente, esta reforma vem ao socorro de um sistema que já não mais se enquadrava às exigências do direito. Foi, num primeiro olhar, a salvação do positivismo.

Desta maneira, com a reforma acima ilustrada através da doutrina de Dworkin, o positivismo passou a tutelar outras demandas sociais, aproximando-se mais da efetivação da completude, até incluindo de maneira mais humana os direitos sonegados, e ampliando o campo de subjetivismo do direito.

Feitas estas considerações sobre a corrente de Dworkin, chega a vez de analisar o posicionamento de Alexy.

1.4.3. Robert Alexy

Alexy, jusfilósofo alemão, propõe na seara da teoria do direito interagir o direito à moral. No campo da argumentação jurídica, evoca a importância de se inserir elementos de ordem moral. E no setor dos direitos fundamentais, enfoca a observância de princípios e valores.

¹⁰¹ DWORKIN, Ronald (2017). *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, p. 60

Professor da Universidade de Kiel na Alemanha, desenvolveu uma teoria do direito de caráter pós-positivista, com o escopo de responder indagações sobre direitos fundamentais, a qual será aqui identificada pela expressão “de ponderação”, em razão do destaque que confere para o sopesamento de princípios jurídicos.

O pós-positivismo de ponderação desenvolvido por Alexy pode ser extraído principalmente da obra *Conceito e Validade do Direito*¹⁰² e do livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*¹⁰³, os quais tratam especificamente dos temas referentes à Norma, à Decisão e ao Ordenamento Jurídico. Também na obra *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*¹⁰⁴, é possível complementar a compreensão do pensamento do autor, no entanto, por conta da delimitação do tema, somente alguns aspectos da obra *Conceito e Validade do Direito* serão abordados.

Registradas estas considerações preliminares, a primeira característica digna de destaque diz respeito à adoção da tese “não positivista” de que existe uma necessária vinculação entre o direito e moral: “Em contrapartida, todas as teorias não positivistas defendem a tese da vinculação. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que contenha elementos morais”.¹⁰⁵ Nesse sentido, todos os modelos juspositivistas são expressamente rejeitados, sob o argumento de que defendem a separação entre as referidas ordens sociais.

Para fundamentar sua opção teórica, Alexy aduz que os sistemas jurídicos são caracterizados por possuírem uma pretensão à correção, ou seja, devem possibilitar que suas normas e as decisões tomadas com bases nelas possam ser justificadas, o que ele chama de argumento da correção.¹⁰⁶ Para ele, é defeituoso sustentar argumentativamente a instalação ou a manutenção de uma ordem social

¹⁰² ALEYX, Robert (2018). *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes

¹⁰³ ALEYX, Robert (2017). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Malheiros

¹⁰⁴ ALEYX, Robert (2017). *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Forense

¹⁰⁵ Idem, 2018, p. 4

¹⁰⁶ Idem, 2018, p. 41

sem que os legisladores apresentem raciocínios com vistas à formação do convencimento acerca das suas virtudes.¹⁰⁷ Igualmente uma deliberação judicial apresentará contradição performativa (defeito conceitual) acaso não esteja fundamentada na escorreita aplicação do direito.¹⁰⁸

Para satisfazer tal pretensão à correção, os participantes do sistema jurídico se socorrem de argumentos morais, mesmo quando presentes dispositivos legais expressos que possam fundamentar suas decisões, de modo a demonstrar a existência de uma conexão necessária entre Direito e Moral.¹⁰⁹

Diversas críticas são lançadas pelos juspositivistas à tese da vinculação, as quais são fundamentadamente sustentadas por Alexy, seja mediante o emprego da chamada fórmula Radbruch, segundo a qual somente a injustiça legal extrema não pode ser considerada direito.¹¹⁰

Na primeira crítica, os positivistas argumentam que a inclusão de elementos morais no direito acarreta indeterminação linguística, pois não seria possível apontar qual o comando moral que substituiria uma determinada lei acoimada de injusta (crítica linguística). Contra tal estratégia, Alexy sustenta que o participante do processo de aplicação do Direito (o juiz, por exemplo) tem a obrigação de apresentar os argumentos morais contrários à incidência do preceito legal injusto, com vistas a satisfazer a pretensão de correção, e, consequentemente, de definir qual o comando jurídico apto para resolver a controvérsia.¹¹¹

Na segunda crítica, os juspositivistas defendem que atribuir força jurídica aos critérios morais retira a clareza do sistema jurídico, haja vista que a interpretação

¹⁰⁷ ALEXY, Robert (2018). *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, p. 44-45

¹⁰⁸ Ibidem, p. 46-47

¹⁰⁹ Ibidem, p. 47

¹¹⁰ Ibidem, p. 48: “Nessa versão [do argumento da injustiça], as normas individuais de um sistema perdem o caráter jurídico quando determinado limiar da injustiça ou da iniquidade é transposto. Sua variante mais conhecida é a fórmula Radbruch [...]”.

¹¹¹ Ibidem, p. 49-51

de cada dispositivo dependeria de demorada discussão acerca das polêmicas questões filosóficas envolvidas (crítica da clareza). Este comentário não merece aceitação, pois, a simplicidade (ou evidência) do direito não pode existir às custas da construção da melhor resposta jurídica. Ademais, os juristas estão acostumados a operar com conceitos complexos, de modo que os prejuízos decorrentes da falta de simplicidade não são suficientes para justificar a exclusão da moral.¹¹²

Na terceira crítica, pode ser suscitada a objeção da eficácia, no sentido de que as leis postas pelo Estado seriam aplicadas pelas autoridades públicas ainda que os pós-positivistas, em sede acadêmica, argumentassem que são iníquas, por desrespeitarem parâmetros morais. Tal assertiva é repelida ao fundamento de que a crítica moral ao direito tem o condão de justificar a tomada de medidas pelos próprios agentes públicos, de modo a franquear o saneamento de injustiças legais, ao menos quando o regime de governo for fraco ou a autoridade pública assumir os riscos de enfrentar as iniquidades de um governo repressor.¹¹³

Na quarta crítica, os juspositivistas podem alegar que a adoção de critérios morais acarreta imprevisibilidade e insegurança jurídica, porque amplia sensivelmente a subjetividade das deliberações ao admitir que normas injustas podem ser desconsideradas ou suprimidas. Contrapondo-se a esta crítica, Alexy afirma que as perdas de segurança seriam mínimas, porquanto somente preceitos que acarretam injustiças extremas, logo de segura recognição, teriam sua incidência afastada. Com efeito, a fórmula Radbruch privilegia preponderantemente o valor da segurança jurídica, o qual somente cederia em favor da justiça material em casos limites, nos quais a preservação absoluta do dispositivo legal refletiria “certa dose de fanatismo”.¹¹⁴

Na quinta crítica, poderia se prosseguir na objeção exposta anteriormente, acrescentando que a injustiça extrema é de difícil cognição e insusceptível de

¹¹² ALEXY, Robert (2018). *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, p. 52-55

¹¹³ Ibidem, p. 55-62

¹¹⁴ Ibidem, p. 62-64

fundamentação racional (argumento do relativismo). Nesse ponto, Alexy direciona para exposição constante do livro *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*¹¹⁵, no sentido da possibilidade de “fundamentabilidade de julgamentos morais”¹¹⁶. Ademais, menospreza a crítica de que um juiz poderia fazer mau uso de um conceito pós-positivista de direito, como, por exemplo, refutando a aplicação de um preceito legal protetivo com base em fundamentos de uma “moral nazista”, sob a ótica de que se trata de uma desvantagem irrelevante do pós-positivismo, considerando o amplo consenso atual acerca da necessidade de promoção e defesa dos direitos fundamentais.¹¹⁷

Na sexta crítica, os juspositivistas alegam que um conceito pós-positivista de direito é antidemocrático, porquanto permite ao magistrado negar aplicação a um preceito legal elaborado pelos legisladores legitimamente eleitos. Alexy considera que tal objeção não tem força, diante da constatação de que o controle judicial de constitucionalidade, ainda que mediante o reforço de princípios jurídicos lidos moralmente, é amplamente difundido em muitos regimes democráticos, encontrando sede na própria norma fundamental.¹¹⁸

Na sétima crítica, é possível defender que o reconhecimento da injustiça legal é inútil, haja vista que o próprio legislador teria condições de revogar uma iniquidade, mediante a aprovação de preceitos com efeito retroativo (argumento da inutilidade). Para Alexy esta crítica também não prospera, ao argumento da necessidade de se prover meios para superação de injustiças na hipótese de inércia do órgão produtor de textos legislativos, inclusive para o fim de tutelar direitos fundamentais.¹¹⁹

¹¹⁵ ALEYX, Robert (2017). *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Forense

¹¹⁶ ALEYX, Robert (2018). *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, p. 64-66

¹¹⁷ Idem, 2018, p. 67

¹¹⁸ Idem, 2018, p. 68

¹¹⁹ Idem, 2018, p. 68-71

Na oitava crítica, os juspositivistas defendem que o conceito pós-positivista de Direito pode levar à indevida frustração do princípio de que não há reprimenda criminal sem prévia cominação legal (*nulla poena sine lege*), porquanto alguém poderia ser condenado por um tribunal adepto do pós-positivismo, por praticar conduta em estrita consonância com a legislação vigente, porém, acoimada de extremamente injusta. Hart exemplifica a objeção com base em um caso concreto decidido pelo Tribunal de Justiça de Bamberg em 1949, em que uma mulher foi condenada à prisão, porque teria causado propositalmente a morte de seu marido durante o Terceiro Reich, mediante denúncia oral à autoridade nazista de que ele havia criticado Hitler, de modo a ensejar lhe fosse aplicada a legislação criminal então vigente, que estabelecia a pena de morte ao fato. Alexy rebate a crítica, dizendo que a injustiça extrema não poderia suplantar o princípio da irretroatividade da legislação apenadora. Mas, ainda acrescenta que prefere outra réplica, no sentido de admitir que a mulher denunciante poderia ser justificadamente punida, pois, tinha plena consciência da injustiça que cometeu no momento em que efetuou a comunicação, de modo que “não se trata de produzir normas que fundamentem uma punibilidade com ajuda de um conceito não positivista de direito, e sim em derrubar uma injustiça legal que acarreta uma exclusão da punibilidade”.¹²⁰

Por último, ainda como estratégia para defender a tese da vinculação, Alexy sustenta que os princípios são componentes necessários tanto do direito como também da moral, de maneira que o seu emprego para resolução de casos controvertidos (*hard cases*) implica, por vias oblíquas, a conexão entre ambas ordens sociais.¹²¹

Mais ainda, sob a perspectiva pós-positivista, o intérprete deve obrigatoriamente se valer dos princípios jurídicos para resolver os casos difíceis, não lhe sendo facultado desconsiderá-los, nem quando diante de uma margem de manobra (ou de uma zona de textura aberta) decorrente de imprecisões

¹²⁰ ALEXY, Robert (2018). *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, p. 71-75

¹²¹ Ibidem, p. 92

linguísticas.¹²² Outrossim, a admissão de caráter jurídico aos princípios não prescinde da aceitação da tese da vinculação.¹²³

Portanto, tanto em razão da necessidade de pretensão à correção, como também em virtude da incorporação de princípios, constata-se uma conexão inafastável entre direito e moral, como bem sustentou Alexy em toda sua fundamentação, especialmente em resposta às críticas formuladas pelas correntes positivistas.

Como é possível verificar pelas linhas expostas, o positivismo tradicional passou a não ser capaz de explicar adequadamente a realidade do direito. Nas exposições registradas por *Gregório Peces-Barba*, *Ronald Dworkin* e *Robert Alexy*, e transcritas nesse estudo, verificou-se a compreensão do direito segundo uma nova perspectiva. Apesar de não serem linearmente coincidentes em seus pensamentos, pode ser verificada um ponto que converge entre suas ideias que é a *relativização da separação entre direito e moral, marca ou ponto sensível do pós-positivismo jurídico*.

Nesta direção, cabe abrir reflexão sobre esta nova fase do direito.

1.5. Positivismo Jurídico ou Pós-Positivismo? Em qual momento realmente estamos?

Nos últimos cinquenta anos surgiram teses que tinham em comum alguns objetivos no campo jurídico: *superar o modelo de regras, solucionar o problema da incompletude das regras, reaproximar ou refundar a relação direito e moral e solucionar os casos difíceis (hard cases)*.

Enfrentar tais obstáculos, aponta para uma ruptura com o positivismo, já que para a solução do caso concreto numa sociedade com maiores complexidades, o

¹²² ALEXY, Robert (2018). *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, p. 84

¹²³ Ibidem, p. 93-94

intérprete precisará transcender o mundo analítico da literalidade normativa que aprisiona os sentidos.

Nesta esteira de ideias, conclui-se que o pós-positivismo não é uma continuação do positivismo. Com uma nova concepção do direito os elementos caracterizadores do positivismo tornam-se ultrapassados. Neste sentir, registre-se a passagem de Lenio Luiz Streck:

[...] O direito não seria mais o mesmo. O direito já não poderia ser epitetado e/ou acusado de ser uma “mera racionalidade instrumental” ou um instrumento destinado à proteção dos interesses das classes dominantes, resultado das duas fases do legalismo, o nascedouro da modernidade ao direito contemporâneo. As questões morais, políticas e econômicas – rejeitadas pelo positivismo jurídico – passam a fazer parte da preocupação da comunidade jurídica.¹²⁴ (grifo nosso)

Era objetivo das teorias positivistas oferecer ao mundo jurídico um método seguro para produção do conhecimento científico no direito, o que levou a uma aposta em uma racionalidade teórica que ocultava todo o contexto prático de onde as questões jurídicas haviam sido concebidas, ou seja, a racionalidade teórica conduziu o direito a ser entendido em sua autônoma objetividade.

Frise-se que os fatos sociais e os conflitos, não faziam parte do foco da teoria do direito. Desse modo, a pretensão estabilizadora e científica do positivismo jurídico acabou por gerar uma confusão resultante do distanciamento ou separação das questões teóricas e práticas, entre legitimidade e validade, entre teoria do direito e teoria política.

Dante do fracasso do positivismo tradicional, a partir da busca de uma autônoma razão teórica, as diversas posturas críticas buscaram reaproximar os valores do direito. Dessa maneira, diante de uma demanda por uma tutela relacionada com a vida, com a dignidade da pessoa humana, com a proteção dos direitos fundamentais, qual a tarefa do jurista?

¹²⁴ STRECK, Lenio Luiz (2016). *Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, p. 124

Neste novo ambiente (pós-positivista) há uma preocupação de ordem ético-filosófica onde o direito deve voltar-se à edificação de uma sociedade justa e solidária, ou seja, o desafio é fazer com que o direito não fique indiferente às injustiças sociais.

Feitas estas considerações percebe-se que de fato o ambiente é pós-positivista, o que pode ser constatado pelos sistemas normativos surgidos no pós-guerra¹²⁵, no entanto, surge uma questão decorrente: *os intérpretes estão preparados para essa nova fase jurídica? Somos de fato pós-positivistas?*

Um ponto que deve ser considerado com a tentativa de responder a tais indagações, é analisar como se aprende a ciência jurídica nas escolas de direito. Feita esta análise, será constatada uma deficiência, já que o aluno é inserido num sistema positivista onde o *significado de direito e de lei sancionada é o mesmo*.

Disciplinas como Filosofia do Direito, Teoria Geral do Direito, Política e Sociologia, que lastreiam todo o ensino jurídico, são relegadas ao esquecimento, ou, quando não, são ministradas de maneira superficial. A este respeito, Streck registrou: “[...] ainda não se construiu um modelo de ensino **que “supere” a leitura de leis e códigos comentados** (na maioria das vezes, reproduzindo conceitos lexicográficos e sem nenhuma sofisticação teórica) ¹²⁶. (grifo nosso)

Apesar de passados tantos anos em ambiente pós-positivista, é este ensino deficitário - que opta por ensinar a memorização positivista em detrimento dos sistemas de pensamentos que servem de fundamento à ciência do direito - que coloca novos juristas no mercado, seja em âmbito privado ou público, através dos inúmeros concursos. Neste sentido, continua Streck:

A simbiose ensino-doutrina-concursos tem formado um círculo vicioso, no qual o ensino e a doutrina transformaram-se como ferramentas

¹²⁵ Desde de 1945 existe, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), a Corte Internacional de Justiça (também conhecida como Corte de Haia ou Tribunal de Haia), que tem por função julgar Estados. Em 2002, criou-se a Corte Penal Internacional (ou Tribunal Penal Internacional), que, como os julgamentos de Nuremberg, tem como objetivo julgar indivíduos por crimes de guerra, crimes contra a humanidade, genocídio e os crimes de agressão.

¹²⁶ STRECK, Lenio Luiz (2016). *Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, p. 43

para a aprovação, reduzindo, assim, consideravelmente, seu **espectro de abordagem e profundidade conteudística**. Nesta relação há um recrudescimento de concepções equivocadas acerca dos juspositivismo, como resultado, **concepções teóricas que intentam romper com o velho, ao contrário o mantém, sobretudo, partindo dos mesmos standards de racionalidade**.

Os concursos públicos e o exame da OAB precisam ser repensados, porque se tornaram bastantes em si, selecionando candidatos *ad hoc*, **aliados de reflexão crítica. Esta realidade, inevitavelmente, terá reflexos na prática jurisdicional e em todo serviço público, resvalando, em última análise, na consolidação democrática brasileira.**¹²⁷ (grifo nosso)

Daí chega-se à conclusão de que estamos sim em ambiente pós-positivista, entretanto não somos de fato pós-positivistas. O cenário é pós-positivista, com personagens atuando sob a orientação de *script* positivista.

Outra questão decorrente do cenário pós-positivista e consectária de uma sociedade absolutamente carente da concretização de direitos como a brasileira, e de fundamental importância debater, é a forma como a qual o bem da vida pretendido será entregue àquele que o pleiteia. Nesse sentido pronunciou-se Streck:

[...] o problema metodológico representado pela tríplice questão que movimenta a teoria jurídica contemporânea em tempos de pós-positivismo: **como se interpreta, como se aplica** e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma **resposta correta** (constitucionalmente adequada), diante da (inexorabilidade da) indeterminabilidade do direito [...].¹²⁸ (grifo nosso)

Ou seja, a interpretação assume um papel protagonista nesse cenário. A nova relação direito e valores deslocou o problema para outra direção: a *hermenêutica*.

Diante dos aspectos levantados, conclui-se que sem modificar o modo de compreender as transformações da sociedade, sem superar o modelo sujeito-objeto, a postura mecanicista que domina os juristas (uma vez que não foi superado o positivismo), sem lapidar e transpor o problema hermenêutico, parece frágil falar do

¹²⁷ STRECK, Lenio Luiz (2016). *Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, p. 42

¹²⁸ Ibidem, p. p. 47

papel transformador do direito ou de se efetivar o pós-positivismo clamado pela sociedade pós-guerra.

2. HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO

2.1. Conceito e Distinção

Hermenêutica é a ciência que tem por objeto a interpretação de textos, sejam filosóficos, religiosos ou jurídicos, e aqui, a abordagem será sobre a hermenêutica jurídica.

Do grego *hermeneutikos*, de *hermeneus* (intérprete), de *Hermes*¹²⁹, pelo latim hermenêutica (que interpreta ou que explica), é empregado na técnica jurídica para assinalar o meio ou modo pelo qual se devem interpretar as leis, a fim de que se tenha delas o exato sentido ou o fiel pensamento do legislador¹³⁰. Neste sentido ensina Carlos Maximiliano: “A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para **determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito**”.¹³¹ (grifo nosso).

Nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos, a hermenêutica jurídica:

[...] tem por objeto **sistematizar critérios, métodos, regras, princípios científicos** que possibilitem a descoberta do conteúdo, sentido, alcance e significado das normas jurídicas. Foi a hermenêutica, por exemplo, que formulou os diversos processos interpretativos usados para resolver dogmaticamente, os problemas do Direito (gramatical, sistemático, histórico, teleológico, lógico, autêntico, popular etc.).¹³² (grifo nosso)

As normas jurídicas são concebidas em termos gerais. Embora também consolidem princípios e regras em linguagem objetiva, por vezes, são amplas demais

¹²⁹ BULOS, Uadi Lammêgo (2017). *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Saraiva, p. 446: “Sem embargo, a palavra hermenêutica vem de **Hermes**, que, na mitologia grega, intermediava a comunicação entre os deuses e os homens. Como a língua divina sempre foi considerada inacessível aos mortais, a hermenêutica servia para fazer a lei de Deus falar. Na antiguidade, quando Moisés queria conversar com Deus, recorria a Aarão.” (grifo nosso)

¹³⁰ SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008

¹³¹ MAXIMILIANO, Carlos (2014). *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 130

¹³² BULOS, op. cit., p. 446

e por isso, torna-se tarefa essencial do aplicador da norma, investigar a relação entre esta e o caso concreto, e também ao fato social que a originou. Nesse sentido registrou Carlos Maximiliano:

As leis positivas são formuladas em **termos gerais**; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém, ampla, sem descer a minúcias. **É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social**, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. **Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém [...]**.¹³³ (grifo nosso)

De fato. É através na hermenêutica jurídica que o aplicador da norma dela extrai todo o substrato de princípios e regras que devem ser utilizados para determinar o sentido e alcance da norma jurídica. E aqui está-se em sede de interpretação. Nessa seara, continua Maximiliano:

A Interpretação, como as artes em geral, **possui a sua técnica, os meios para chegar aos fins colimados**. Foi orientada por princípios e regras que se desenvolveu e aperfeiçoou à medida que evolreu a sociedade e desabrocharam as doutrinas jurídicas. A arte ficou subordinada, em seu desenvolvimento progressivo, a uma ciência geral, o Direito obediente, por sua vez, aos postulados da Sociologia; e a outra, especial, a Hermenêutica.¹³⁴ (grifo nosso)

Justifica-se a *interpretação*, tendo em vista a necessidade de atribuir¹³⁵ um sentido ou um significado a linguagem normativa. Isto porque, esta linguagem

¹³³ MAXIMILIANO, Carlos (2014). *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 1

¹³⁴ Ibidem, p. 1

¹³⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 20: “O emprego do verbo “atribuir” é significativo nesse contexto. Por meio dele se denota a **característica integrativa da atividade interpretativa**. Comumente se conceitua a interpretação como um processo por meio do qual se “extraí” um significado da norma, o que desde logo está a identificar uma ideologia subjacente aos que assim se pronunciam, **pois o extrair algo pressupõe que este algo** (que seria a solução de um caso concreto) **já exista na própria norma**. Nesse sentido, poder-se-iam empregar igualmente verbos como “imprimir”, “fornecer”, “imputar” ou “conferir”, todos capazes de fornecer a exata noção do que será desenvolvido ao longo da obra, no sentido de que a atividade interpretativa, é, sem sombra de dúvida, uma atividade volitiva, vale dizer, que envolve a vontade do agente interpretativo. Não se trata, pois, de operação objetivamente determinada, mas antes, subjetivamente desenvolvida”.

normativa não tem significações unívocas, ao contrário, já que os vocábulos abarcam mais de um conceito.

Ainda, é de se notar que, além das deficiências relativas à linguagem, há hipóteses em que o texto normativo está eivado de erros gramaticais, de lógica ou sintáticos, que ainda mais obnubilam o seu correto conteúdo, o que justifica ainda mais a atividade interpretativa.

Por estes apontamentos iniciais já é possível notar a distinção entre *hermenêutica* e *interpretação*. Esta é aplicação daquela, ou seja, a hermenêutica fornece os princípios e regras que regem a interpretação.

A diferenciação entre *hermenêutica* e *interpretação* não é defendida por todos os doutrinadores, já que alguns consideram ambas como sinônimas ou atividades contidas uma na outra de maneira inseparável.

De outro lado, há os que entendem que a atividade interpretativa é inteiramente subordinada às normas de hermenêutica, já que esta última é constituída pelas regras que regem tal atividade. Defendem, ainda, o caráter científico da hermenêutica que justifica sua abstratividade e generalidade.

Carlos Maximiliano, considera um erro substituir uma palavra pela outra. Este autor faz distinção entre os termos hermenêutica e interpretação. Para ele a hermenêutica jurídica tem um sentido teórico e mais amplo, cujo objeto é o estudo e sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito. A hermenêutica aproveita-se das conclusões da filosofia jurídica. Já a interpretação, determina o sentido e alcance das expressões do direito.¹³⁶

Assim, pela conclusão de Maximiliano, a interpretação é a aplicação da hermenêutica jurídica. Esta descobre e determina os princípios que regem a interpretação, sendo, assim, a teoria jurídica da arte de interpretar.

¹³⁶ MAXIMILIANO, Carlos (2014). *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 1-2

Christiano José de Andrade, considera que, em geral a hermenêutica possui um sentido mais teórico e amplo. Por essa razão, a hermenêutica implica no descobrimento de significados em diversas áreas do conhecimento. Por isso “fala-se em hermenêutica teológica, linguística e filosófica”.¹³⁷

Miguel Reale, considera a distinção entre hermenêutica e interpretação destituída de significado, e argumenta: “trata-se de uma distinção de escolasticismo abstrato que não atende à natureza necessariamente concreta do ato interpretativo, inseparável dos meios dialeticamente ordenados à consecução dos fins”.¹³⁸

Raúl Canosa Usera, embora aceite a diferenciação entre hermenêutica e interpretação, ressalta seu pouco efeito prático.¹³⁹

Limongi França, na mesma esteira de raciocínio dos que defendem a diferenciação, sustenta que: “A interpretação, portanto, consiste em aplicar as regras, que a hermenêutica perquire e ordena, para o bom entendimento dos textos legais”.¹⁴⁰

Celso Ribeiro Bastos, discorda daqueles que não fazem diferenciação. Para ele hermenêutica e interpretação requerem atitudes intelectuais distintas. Nesta direção, registrou:

Num primeiro momento, está-se tratando de regras sobre regras jurídicas, de seu alcance, sua validade, investigando sua origem, seu desenvolvimento etc. Ademais, embora essas regras, que mais propriamente poder-se-iam designar por enunciados, para evitar a confusão com as regras jurídicas propriamente ditas, preordenem-se a uma atividade ulterior de aplicação, o fato é que eles podem existir autonomamente em relação ao uso que depois se vai deles fazer. Já a interpretação não permite este caráter teórico-jurídico, mas

¹³⁷ ANDRADE, Christiano José de (1992). *O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica*. São Paulo: Editora RT, p. 7

¹³⁸ REALE, Miguel (1968). *O Direito como Experiência*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 238

¹³⁹ USERA, Raúl Canosa (1988). *Interpretación Constitucional y Fórmula Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 3: “A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito [...]. [...] interpretar [...] determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito [...]”.

¹⁴⁰ FRANÇA, R. Limongi (1995). *Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 4

há de ter uma vertente pragmática, consistente em trazer para o campo de estudo o caso sobre o qual vai se aplicar a norma. Em síntese, pode-se afirmar que a **Hermenêutica é a responsável pelo fornecimento de subsídios e de regras a ser utilizados na atividade interpretativa.**¹⁴¹ (grifo nosso)

De fato. Essa característica da hermenêutica de fornecer subsídios e regras para a atividade interpretativa é bem diferente da característica conferida à interpretação, que é sempre concreta, o que equivale a dizer que só é possível exercitar-se a interpretação quando ela está perante a um caso a carecer de decisão. Isso significa dizer que a norma ganha vida e compreensão plena, no momento de sua interpretação e aplicação. Nesse sentido adverte Usera: “[...] la norma sólo vive, em sentido estricto, **durante el momento de ser aplicada**”¹⁴². (grifo nosso)

E acrescenta na mesma direção Konrad Hesse: “Interpretação [...], no sentido restrito a ser aqui discutido, **torna-se necessária e converte-se em problema quando uma questão jurídica [...] deve ser respondida [...]**”¹⁴³. (grifo nosso)

Desta forma, por situar-se em território mais abstrato, a hermenêutica não apresenta tanta dificuldade quanto a interpretação que, inevitavelmente, reporta-se ao caso concreto.

Os enunciados hermenêuticos são elaborados considerando sua aplicabilidade posterior, assim, não há como separar essas duas realidades (hermenêutica e interpretativa). No entanto, isso não obsta dizer que se procederá à interpretação a partir de enunciados hermenêuticos. Celso Bastos, esclarece esta assertiva:

Uma coisa é tecer o repertório e até avaliar a força de cada uma das vias interpretativas (e isto tem sido efetivamente feito nos últimos séculos), e que consiste, pois, no que se denomina de Hermenêutica. **O hermeneuta oferece os enunciados que servirão à**

¹⁴¹ BASTOS, Celso Ribeiro (2014). *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Editora Malheiros, p. 24

¹⁴² USERA, Raúl Canosa (1988). *Interpretación Constitucional y Fórmula Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 9

¹⁴³ HESSE, Konrad (1998). *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre. Ed: Sergio Antônio Fabris Editor, p. 53

interpretação. O intérprete os toma como um dado prévio, e deles se utilizará segundo sua arte interpretativa. A interpretação, pode-se dizer assim, é verdadeiramente uma arte. Como as tintas que se apresentam ao pintor, os enunciados hermenêuticos são deixados ao tirocínio do intérprete. Assim, como as tintas não dizem onde, como ou em que extensão deverão ser aplicadas na tela, o mesmo ocorre com os enunciados quando enfrenta-se um caso concreto. **Por isso, não é possível negar, da mesma forma, o caráter evidentemente artístico da atividade desenvolvida pelo intérprete.** A interpretação já tangencia com a própria retórica. Não é ela neutra e fria como é a Hermenêutica. Ela tem de persuadir, de convencer.¹⁴⁴ (grifo nosso)

Registre-se que é função do intérprete ser capaz de oferecer conteúdo a norma jurídica, não de acordo com sua opinião, mas de acordo com enunciados ou formas de raciocínios explícitos, previamente estabelecidos e aceitos, advindos de uma ciência (hermenêutica).

Embora perceba-se, por vezes, uma tênue diferença entre hermenêutica e interpretação, inobstante a aproximação dos conceitos a elas empregadas, nota-se que há diferenciação entre elas, e até por uma questão didática, faz-se factível adotar-se a distinção.

Considerando o pensamento de Carlos Maximiliano, o primeiro a ser citado alhures como defensor da diferenciação de hermenêutica e interpretação, pode-se afirmar em resumo: “**A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar**”.¹⁴⁵ (grifo nosso)

E registra Celso Bastos na mesma esteira de ideias:

Uma (a Interpretação) é a aplicação da outra (Hermenêutica). Enquanto a Hermenêutica estuda abstratamente os enunciados que podem presidir uma determinada interpretação, esta é a aplicação desses enunciados a determinado objeto, aclarando-

¹⁴⁴ BASTOS, Celso Ribeiro (2014). *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Editora Malheiros, p. 24

¹⁴⁵ MAXIMILIANO, Carlos (2014). *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 1

Ihe o sentido, para, a partir daí, ao menos no campo jurídico, aplicar a regra assim compreendida aos casos concretos.¹⁴⁶ (grifo nosso).

Em resumo e para concluir: a interpretação é o momento em que se está aplicando determinadas regras hermenêuticas, e a hermenêutica são essas próprias regras já estabelecidas. A *interpretação* é dinâmica e tem por objeto as normas. A *hermenêutica* é estática, e tem por objeto o modo pelo qual poderá concretizar a interpretação.

2.2. Importância da Atividade Interpretativa

Pode parecer, num primeiro momento, que o tema interpretação seja carente de utilidade e importância, o que é um enorme equívoco. Há tempos é a interpretação um dos temas mais desafiadores colocados frente ao aplicador do direito, e hodiernamente, diante da complexidade dos conflitos que se apresentam, há uma demanda intensa da atividade de especulação dos métodos interpretativos. Nesse sentir, registrou Christiano José de Andrade:

Já no início do século XIX, a interpretação deixa de ser uma questão de mera enumeração de técnicas interpretativas para ser objeto de reflexão, no sentido de constituição de uma teoria. Após 1814, eboça-se na obra de Savigny o problema da constituição da ciência do direito a partir de um modelo hermenêutico. Esta orientação revela um ponto nuclear do desenvolvimento da ciencia jurídica como teoria da interpretação. O problema principal da atividade jurídica não é apenas a configuração sistemática do direito, mas a determinação do sentido da norma jurídica.¹⁴⁷ (grifo nosso)

A palavra chave da exegese é extrair a finalidade dos seus preceitos, tornando-os harmônicos e efetivos entre si. Sem essa atividade, a aplicabilidade dos direitos não se concretiza, uma vez que não é possível aplicar o que não se comprehende.

¹⁴⁶ BASTOS, Celso Ribeiro (2014). *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Editora Malheiros, p. 24

¹⁴⁷ ANDRADE, Christiano José de (1992). *O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica*. São Paulo: Editora RT, p. 11

Já foi registrado no tópico anterior que descobrir o significado, o conteúdo e alcance dos signos linguísticos escritos no texto normativo, é a atividade interpretativa. A respeito, registrou Luís Roberto Barroso:

[...] A interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente **para o fim de solucionar problemas**. Trata-se de uma atividade intelectual informada por métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar a ela legitimidade, racionalidade e controlabilidade.¹⁴⁸ (grifo nosso)

De fato. O objetivo dessa atividade intelectiva é o de solucionar problemas. É o de atribuir a um fato, a norma correspondente, ou ainda, é a atividade de aplicação da norma ao caso concreto, surgindo daí a indiscutível importância da atividade interpretativa, tendo em vista que é através dela, que se aplicam as normas que estruturam e organizam o Estado.

Por mais claras que sejam as normas, haverá sempre indispensabilidade de interpretação de seu conteúdo. Nesse sentido, a expressão latina *in claris non fit interpretatio* (nas coisas claras não se faz interpretação), não encontra acolhida no atual cenário social.¹⁴⁹

Nesta linha de raciocínio registrou Celso Ribeiro Bastos: “Aliás, **essa própria visão do preceito como portador de uma enorme clareza** é, em si mesma, como já se adiantou, **uma forma de interpretação.**”¹⁵⁰ (grifo nosso)

E corroborando com a ideia de Celso Bastos, registrou Bulos:

O aforismo latino *in claris non fit interpretatio* (**nas coisas claras não se faz interpretação**) encontra-se desprovido de sentido [...], pois

¹⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Artigo da Revista de Direito Administrativo, número 225, p. 5-37. Biblioteca Digital FGV, 2001, p. 91

¹⁴⁹ HESSE, Konrad (1998). *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre. Ed: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 53: **Registrhou entendimento contrário. “Onde não existem dúvidas, não se interpreta, e muitas vezes também não é necessária interpretação. [...]”**. (grifo nosso)

¹⁵⁰ BASTOS, Celso Ribeiro (2014). *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros, p. 33

nem sempre a inveterada subserviência ao conteúdo gramatical das normas [...] consegue dirimir os problemas da vida. Nenhum texto [...] dispensa interpretação, sob pena de não adaptarmos o *dover ser* de suas normas ao influxo dos acontecimentos sociais, históricos, políticos, religiosos e econômicos, presentes num determinado momento.”¹⁵¹ (grifo nosso)

Para que as normas possam atingir a sua finalidade de disciplinar um número infinito de situações da sociedade, acabam por tornarem-se abstratas e gerais. Tendo-se em vista essa característica de abstração e generalidade, indispensável é a tarefa interpretativa para atribuir sentido ou significado a estes preceitos. Sempre diante de um fato concreto, estará a dúvida ou indagação se, esse fato, encontra-se acobertado pelo preceito normativo ou não. É a interpretação que dará a resposta.

A tarefa interpretativa objetiva aclarar qual o escopo da norma analisada, estabelecendo o seu alcance diante dos diversos casos concretos. Isso não significa dizer que poderão ser consideradas várias hipóteses normativas para a questão tratada. A interpretação irá direcionar o interprete a uma escolha normativa específica que melhor se enquadre ao fato. Metaforicamente, Celso Ribeiro Bastos explica a respeito:

A interpretação aparece diante do juiz como se fosse um quadro, ou melhor, uma moldura, dentro da qual o **intérprete tem a faculdade de exercer a sua escolha**, sendo que qualquer que seja a sua opção, desde que dentro desse perímetro, ela é válida. Todavia, se a escolha recair fora deste quadro, será inválida. **Isso é interessante na medida em que se verifica que a atividade do intérprete não é absolutamente incondicionada**, o que implica no fato de as interpretações desembocarem em um ponto em que elas sejam passíveis de aplicação independentemente de um ato volitivo. Não há negar-se que são múltiplos os aspectos do Direito a fazerem uma opção sobre certas alternativas deixadas pela norma e passíveis de aplicação ao caso concreto”.¹⁵² (grifo nosso)

Ressalte-se que a interpretação tem sempre em mira um caso determinado, isso significa dizer que a norma ganha vida e compreensão plena, no

¹⁵¹ BULOS, Uadi Lammêgo (2017). *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Saraiva, p. 447

¹⁵² BASTOS, Celso Ribeiro (2014). *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros, p. 27

momento de sua interpretação e aplicação, movimentando, assim, a ordem jurídica, tornando o Direito aplicável.

As palavras da lei, muitas vezes gerais e abstratas, necessitam de um mecanismo ou método que permita enquadrá-las ao caso concreto, tendo em vista não poderem operar por elas mesmas, senão por uma atividade que é a interpretativa. Esta ideia de que a interpretação impulsiona a ordem jurídica, é considerada desde Aristóteles, já que para ele, o juiz, ao interpretar a lei, torna a justiça viva e dinâmica.

¹⁵³

Há que se considerar, ainda, que além do caráter de amplitude e de generalidade da norma, as quais exigem do intérprete a pesquisa da relação entre o seu texto amplo e abstrato e o caso concreto, há a mutabilidade do fato social que exige reanálise, por parte do intérprete, da função normativa da lei. Neste sentido registrou Gadamer:

É verdade que o jurista sempre tem em mente a lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo deve ser determinado em relação ao caso em que deve ser aplicado. E para determinar com exatidão esse conteúdo não se pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário, e é só por isso que o intérprete jurídico leva em conta o valor posicional histórico atribuído a uma lei em virtude do ato do legislador. **No entanto, ele não pode prender-se ao que informam os protocolos parlamentares sobre a intenção dos que elaboraram a lei. Ao contrário, deve admitir que as circunstâncias foram mudando, precisando assim determinar de novo a função normativa da lei.**¹⁵⁴ (grifo nosso)

E acrescenta Celso Bastos, repetindo o pensamento de Savigny: “[...] na atividade interpretativa faz-se necessário uma **reconstrução do pensamento contido na lei**. Dita reconstrução tem sempre uma tarefa de natureza intelectual [...]”.¹⁵⁵ (grifo nosso)

¹⁵³ ARISTÓTELES (2014). *Ética a Nicômaco* – Livro V. São Paulo: Ed. Edipro, p. 190

¹⁵⁴ GADAMER, Hans-Georg (2015). *Verdade e Método I*. Petrópolis: Ed. Vozes, p. 429

¹⁵⁵ BASTOS, Celso Ribeiro (2014). *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros, P. 27

O objetivo da interpretação é o de garantir uma resposta correta por parte dos operadores do direito, especialmente, por parte dos que estão no exercício da jurisdição, à aqueles que carecem de uma eficaz resposta.

Tal resposta, precisa estar liberta da dogmática positivista, e alicerçar-se numa reflexão despida de uma visão pré-definida, colimando, essencialmente, o real sentido da norma, e por conseguinte, aproximar-se da justiça. Neste sentido, vale mencionar, a “tríplice questão” mencionada por Streck¹⁵⁶ - como se interpreta, como se aplica e como garantir uma resposta correta -, que é de fundamental importância, e pode ser satisfeita na medida em que o intérprete vale-se da interpretação com as ferramentas e métodos hermenêuticos para subsunção do fato a norma.

Diante do imenso arcabouço normativo, o problema inicial que se encontra é o de escolher, dentre as múltimas normas, qual a que se enquadra ao caso analisado. Aí entra a tarefa do intérprete que, valendo-se das diretrizes hermenêuticas, irá proceder com uma concreção crescente da norma, até que esta perca o seu caráter abstrato e geral, para converter-se em norma específica para a questão tratada. Nesta direção registrou Christiano José de Andrade:

A vida humana, a realidade social, nas quais a norma jurídica deve incidir, são sempre particulares e concretas. **Por conseguinte, para cumprir ou impor uma lei é necessário um processo de conversão da norma geral em norma individualizada, de abstrato em concreto.** Esse processo ou técnica de individualização é o que Luis Recaséns Siches denomina interpretação do direito. **E sem esse processo de conversão já previsto por Aristóteles como uma das funções da equidade, não pode funcionar nenhuma ordem jurídica.**¹⁵⁷ (grifo nosso)

O direito é um conhecimento voltado para a decidibilidade de conflitos de interesses concretos. Assim, o seu objetivo é a solução acertada ou justa de casos concretos. Isto envolve o problema do método que é o caminho que o jurista deve percorrer para chegar à solução justa dos casos que lhe são apresentados. Este

¹⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz (2014). *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 47

¹⁵⁷ ANDRADE, Christiano José de (1992). *O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica*. São Paulo: Editora RT, p. 10

método, segundo Christiano José de Andrade: “Em matéria de interpretação, fala-se indistintamente em método, técnica ou processo, embora haja distinção a respeito. **A palavra método é empregada aqui no sentido de técnica ou processo de raciocínio**”.¹⁵⁸ (grifo nosso)

Tais métodos no direito constituem um problema, já que a interpretação, por possuir um condicionamento histórico-cultural, é um fenômeno constante, necessitando ser sempre renovado.

Os juristas, em função dos valores dominantes de sua época, e para chegarem ao objeto de bem interpretar, construíram uma grande variedade de técnicas ou métodos de interpretação, no decorrer dos tempos.

2.3. Métodos da Atividade Interpretativa

O vocábulo método, do grego *méthodos*, em função de sua raiz etimológica mantém o caráter de significar perseguição de algo. Na interpretação da palavra método como deriva de *metà* (reflexão, raciocínio, verdade) e *hodós* (caminho, direção), o significado vem a ser *um caminho em busca de um fim*.

Como dito alhures, na acepção jurídica, o fim buscado pelo método é chegar à solução dos casos que lhe são apresentados. Diante da importância do tema, serão revisitados nos tópicos a seguir, os principais métodos da atividade interpretativa.

2.3.1. Método Gramatical (filológico, literal ou léxico)

O *método gramatical*, também conhecido como *filológico literal ou léxico*, baseia-se na ideia ou crença de que as palavras da lei têm um sentido unívoco, cabendo ao interprete descobrir e sistematizar. Em que pese sua importância seja

¹⁵⁸ ANDRADE, Christiano José de (1992). *O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica*. São Paulo: Editora RT, p. 11

decrescente¹⁵⁹, este método busca o sentido literal das palavras que são analisadas isoladamente ou no contexto da oração ou frase, mediante o emprego de técnicas gramaticais ou etimológicos.

O processo verbal ou filológico tem como norte entender a linguagem empregada, atendendo à forma exterior do texto, atentando-se com as várias acepções dos vocábulos, o manejo e o conhecimento das leis e usos da linguagem. Com o emprego desses recursos é possível descobrir qual deve ou pode ser o sentido de uma frase, dispositivo ou norma. Conforme ensina Christiano José de Andrade¹⁶⁰ esse era o processo primitivo, e como dito antes, a sua importância é cada vez menor.

Embora este método não seja o protagonista no processo interpretativo, não se pode olvidar que o direito é a linguagem do poder, e, mesmo não se restringindo a ela, é incontestável o subsídio que pode prestar a interpretação da linguagem empregada na norma.

É daí que se pode concluir pela importância do significado comum das palavras. Como o direito objetiva a busca da sua eficácia ou obediência, e também como seus mandamentos são direcionados à coletividade, estes devem ser elaborados em linguagem comum para que possam ser compreendidos e obedecidos.

Sobre ser o menos compatível com o progresso, o método gramatical é o mais antigo e único outrora. Segundo Christiano José de Andrade: “[...] **tem suas raízes no direito romano**, desenvolvendo-se com o trabalho dos glosadores e pós-

¹⁵⁹ MAXIMILIANO, Carlos (2014). *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 100: “[...] nunca será demais insistir sobre a crescente desvalia do processo filológico, incomparavelmente inferior ao sistemático e ao que invoca os fatores sociais, ou o Direito Comparado. [...]”

Só ignaros poderiam, ainda, orientar-se pelo suspeito brocardo – *verbis legis tenaciter inhaerendum* – “apeguemo-nos firmemente às palavras da lei”. Ninguém ousa invoca-lo; nem mesmo quem de fato o pratica”. (grifo nosso)

¹⁶⁰ ANDRADE, Christiano José de (1992). *O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica*. São Paulo: Editora RT, p. 30

glosadores, com sua técnica de sinônimos, etimologias, exemplos e textos paralelos".¹⁶¹

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., a interpretação gramatical ou literal que pretende ser capaz de extraír do texto o seu sentido literal é ilusória. Pode ser um ponto de partida e nunca um fim do processo.¹⁶²

No entanto, não há que descurar que o sentido próprio das palavras e sua relação com o contexto já são um bom princípio. O ponto de partida tem de estar no texto e a interpretação deste depende de suas palavras, veículo indispensável para a comunicação de um sentido.

Assim, a letra é irremovível de toda a interpretação. Se o texto for relegado ao nada, já não há que se falar em interpretação.

2.3.2. Método Exegético (escolástico, dogmático, tradicional ou psicológico)

Surge o *método exegético* (denominado por alguns, *escolástico* e por outros, *dogmático* ou ainda *tradicional* ou *psicológico*)¹⁶³ de forma predominante em todos os direitos escritos e submetidos a uma sistematização legislativa, como a realizada pelas codificações dos séculos XIX e XX. Predomina na Escola da Exegese

¹⁶¹ ANDRADE, Christiano José de (1992). *O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica*. São Paulo: Editora RT, p. 30

¹⁶² FERRAZ Jr. Tércio (2015). *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Editora Atlas, p. 151

¹⁶³ MAXIMILIANO, Carlos (2014). *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 36 e 40: "Denominam alguns – **escolástica**, outros – **dogmática** ao sistema tradicional, primitivo de Hermenêutica, ao que se obstina em jungir o Direito aos textos rígidos e aplica-lo hoje de acordo com a vontade, verificada ou presumida, **de um legislador há muito sepultado**.

Em toda escola teórica há um fundo de verdade. **Procurar o pensamento do autor de um dispositivo constitui um meio de esclarecer o sentido deste; o erro consiste em generalizar o processo, fazer do que é simplesmente um dentre muitos recursos da Hermenêutica – o objetivo único, o alvo geral; confundir o meio com o fim.** Da vontade primitiva, aparentemente criadora da norma, se deduziria, quando muito o sentido desta, e não o respectivo alcance, jamais preestabelecido e difícil de prever.

[...] o sistema primitivo de interpretação teve denominações várias, sem lhe alterar sensivelmente a essência (processo **tradicional; psicológico; dogmático; escolástico**)". (grifo nosso)

um subjetivismo histórico, que privilegia a vontade histórica do legislador como sentido normativo.

O método exegético é uma variação do método gramatical, com antecedentes nos trabalhos dos glosadores e comentaristas medievais que realizavam exegese dos textos do direito romano, no entanto, foi construído em torno do modelo napoleônico de direito. Para a determinação do sentido unívoco das palavras, recorre-se à ficção do espírito do legislador.

Tinha a Escola da Exegese uma concepção normativista e conceitual do direito que é revelado somente pelas leis, que são normas gerais e abstratas, emanadas do Estado. Esta Escola buscava uma expressão racional do direito. A interpretação, seria, dessa forma, um trabalho meramente declaratório da intenção do legislador de algo que já existia no sistema legal e só competia ao intérprete trazer à tona.

Segundo Luís Alberto Warat, a invocação do espírito do legislador é uma estratégia para a afirmação de determinados valores sociais.¹⁶⁴

Numa sociedade aberta, plural e democrática, enormes dificuldades surgem para a apreensão da vontade primitiva e imutável do legislador, que pode coincidir apenas com a minoria. A vontade primitiva, imutável do legislador é uma ficção, presumindo-se o impossível. O apego a ela impede a modernização. Neste sentir, apontou Carlos Maximiliano:

Deve-se ao uso do Direito Romano¹⁶⁵ entre os povos cultos, sobretudo do Foro civil, esse apego à formalística, **a redução do aplicador dos Códigos a uma espécie de autômato, enquadrado em regras precisas e cheias de minúcias, em uma geometria pretensiosa, obcecado pela arte, enganadora, dos silogismos forçados, interpretando hoje um texto como se vivesse há cem anos,**

¹⁶⁴ WARAT, Luís Alberto (1979) *Mitos e teoria da interpretação da lei*. Porto Alegre: Editora Síntese, p. 76

¹⁶⁵ MAXIMILIANO, Carlos (2014). *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 37: “Os doutos apelidaram **Pandectologia** a esse **apego demasiado aos métodos romanos**, à preferência pelos comentadores das compilações justinianas, em contraste com o abandono dos excelentes repositórios de Direito moderno estrangeiro.

imobilizado, indiferente ao progresso, conforme os ditames da escola tradicional. Copia, aliás, as práticas de Roma dos piores tempos; não dos organizadores da incomparável nação, e, sim, dos epígonos em o talento criador, que brilhava nos antepassados ricos de aspirações, ciosos de onipotência. Como imitá-los imperfeitamente, agrava o mal, cristaliza preceitos outrora empregados com inteligência e ductilidade.¹⁶⁶ (grifo nosso)

De fato. Uma concepção autômata ou mecanizada da função judicial é albergada pelo método exegético, como uma dedução silogística, supondo a figura de um juiz neutro, ou seja, não criativo. Nesta direção manifestou-se Luís Alberto Warat:

A concepção que orienta o método exegético, tanto como a que inspira o método gramatical, baseia-se na ideia de que as leis conformam um universo significativo e auto-suficiente, do qual se pode inferir por **atos de derivação racional** as soluções para todo tipo de conflito jurídico. [...] o ato de interpretação da lei é para a escola exegética, mais que para qualquer outra, um ato de conhecimento e não de vontade. É nesta corrente que se detecta com maior clareza a crença num modelo de direito que rende culto ao formalismo, ao valor segurança, em detrimento da equidade. Ela, como a maioria das escolas jusfilosóficas, responde a uma orientação mais jurídico-política que teórica. À diferença do jusnaturalismo que exalta um direito superior ao Estado, a escola exegética destaca o valor do direito positivo, da legalidade, entendida basicamente como respeito à lei escrita.¹⁶⁷ (grifo nosso)

No entanto, a intenção ou vontade do legislador, como um fato histórico não é um dado que deva ser totalmente descartado. Não deve haver um excessivo apreço nem um completo desprezo. O trabalho legislativo, os debates preparatórios parlamentares têm o seu valor.

As investigações históricas no seu sentido mais amplo se convertem em um meio auxiliar da interpretação jurídica e servem também para averiguar a intenção reguladora e os fins do legislador, sempre que estes não sejam já evidentes pela mesma lei, por um preâmbulo, pelas disposições introdutórias, pelas epígrafes etc.

¹⁶⁶ MAXIMILIANO, Carlos (2014). *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 36

¹⁶⁷ WARAT, Luís Alberto (1979) *Mitos e teoria da interpretação da lei*. Porto Alegre: Editora Síntese, p. 76-77

Assim, a interpretação jurídica não pode deixar de considerar o processo que concebe a lei, que permite o conhecimento da valoração originária, a qual dá lastro jurídico à norma. Neste sentido uma interpretação que busca a averiguação do significado normativo atual da lei, não pode desconsiderar a intenção do legislador histórico, transpondo as unilateralidades tanto da teoria subjetiva da interpretação como da objetiva.

Há que se ressaltar que é de grande dificuldade averiguar qual foi a vontade do legislador ao elaborar a norma. Assim, tantos os precedentes normativos, os trabalhos preparatórios, a *occasio legis*, têm função auxiliar na interpretação.

2.3.3. Método Sistemático (ou lógico-sistemático)

Consiste o *método sistemático* (também denominado *lógico-sistemático*)¹⁶⁸ em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repertório legislativo ou de outras leis referentes ao mesmo objeto. Nessa ideia de raciocínio, registrou Miguel Reale:

[...] nenhum dispositivo está separado dos demais. Cada artigo de lei situa-se num capítulo ou num título e seu valor depende de sua colocação sistemática. É preciso, pois, interpretar as leis segundo seus valores linguísticos, mas sempre situando-as no conjunto do sistema. Esse trabalho de compreensão de um preceito em sua correlação com todo os que com ele se articulam logicamente, denomina-se **interpretação lógico-sistemática**.¹⁶⁹ (grifo nosso)

¹⁶⁸ REALE, Miguel (2014). *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 279: “Levados pelo apego ao texto, alguns mestres da Escola da Exegese sustentavam ser necessário distinguir a interpretação lógica da interpretação sistemática. A primeira cuidaria, apenas, do valor lógico das frases, abstração feita da posição distribuída a cada grupo de normas no conjunto geral do ordenamento jurídico. Interpretação sistemática viria num segundo momento, ou melhor, num terceiro momento, para elucidar dúvidas possivelmente ainda existentes, após a exegese gramatical e lógica.

Com o tempo, porém, foi se verificando a impossibilidade de separar essas duas ordens de pesquisas, a lógica e a sistemática. Interpretar logicamente um texto de Direito é situá-lo ao mesmo tempo no sistema geral do ordenamento jurídico. A nosso ver, não se comprehende, com efeito, qualquer separação a interpretação lógica e sistemática. São antes aspectos de um mesmo trabalho de ordem lógica, visto como as regras de direito devem ser entendidas organicamente, estando umas na dependência das outras, exigindo-se reciprocamente através de um nexo que a *ratio juris* explica e determina”. (grifo nosso)

¹⁶⁹ Ibidem, p. 279

É no conjunto normativo que se conhece o espírito de cada dispositivo da norma, conciliando as palavras antecedentes com as consequentes, e da análise das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma. Nessa direção registrou Carlos Maximiliano:

Em toda ciência, o resultado do exame de um só fenômeno adquire presunção de certeza quando confirmado, **contrasteado pelo estudo de outros, pelo menos dos casos próximos, conexos**; à análise sucede a síntese; do complexo de verdades particulares, descobertas, demonstradas, chega-se até a verdade geral.

Possui todo corpo órgãos diversos; porém autonomia das funções não importa separação; operam-se, coordenados, os movimentos, **e é difícil, por isso mesmo, compreender bem um elemento sem conhecer os outros**, sem os comparar, verificar a recíproca interdependência, por mais que à primeira vista pareça imperceptível.¹⁷⁰ (grifo nosso)

O direito não é um aglomerado desordenado de preceitos. É constituído de um sistema, de um conjunto harmônico de normas coordenadas que interrelacionam-se, embora fixada cada uma em um determinado lugar.

Assim, cada preceito é integrante de um grande todo. Por essa razão o exame em conjunto de cada dispositivo, conduzirá o intérprete a ter maior clareza para a solução do caso concreto.

2.3.4. Método Histórico-Evolutivo (evolutivo ou sociológico)

Embora a lei esteja vinculada às suas fontes originárias, ela deve acompanhar as vicissitudes e mudanças sociais, ajustando-se às circunstâncias supervenientes. Miguel Reale aponta que essa visão progressiva da lei surgiu, em primeiro lugar entre os pandectistas alemães, e aponta:

Foi o pandectista Windscheide que colocou o problema da interpretação em termos de *intenção possível do legislador, não no seu tempo, mas sim, na época em que se situa o intérprete*. Assim sendo, **mesmo quando os estudos históricos comprovam que o legislador pretendeu alcançar X, é lícito ao juiz, em virtude**

¹⁷⁰ MAXIMILIANO, Carlos (2014). *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 104

de fatos supervenientes, admitir um objetivo Y, se o texto da lei comportar essas duas interpretações: é a segunda que deve prevalecer, pois, dirá outro pandectista, **pode a lei ser mais sábia que o legislador.**¹⁷¹ (grifo nosso)

Desta forma, a corrente *histórico-evolutiva* (também chamada de *evolutiva* apenas ou *sociológica*)¹⁷², está ligada ao subjetivismo que procura atender àquilo que a *mens legislatoris* projetaria como solução nas atuais condições de vida. Nas palavras de Luís Alberto Warat: “A verdade é que **o sentido efetivo na circunstância atual e o sentido no momento de criação da norma se interpenetram**, surgindo assim a ideia de uma interpretação histórico-evolutiva”.¹⁷³ (grifo nosso).

Nesta mesma esteira de ideias, registrou Carlos Maximiliano:

A velha escolástica cedeu o lugar ao sistema que se poderia denominar *histórico-evolutivo, ou evolutivo*, apenas. Alguns mestres de Hermenêutica aceitaram a modernização da teoria, de fronte erguida, sem rebuço, nem subterfúgio; **tentam outros conciliar o passado com o presente, admitir a exegese progressiva sobre a base da dogmática: insistem em inquirir da vontade geradora dos dispositivos, porém permitem que se observe não só o que o legislador quis, mas também o que ele quereria, se vivesse no meio atual, enfrentasse determinado caso concreto hodierno**, ou se compenetrasse das necessidades contemporâneas de garantias, não suspeitadas pelos antepassados.¹⁷⁴ (grifo nosso)

Por meio da interpretação histórico-evolutiva, o direito é adaptado às exigências sociais imprevistas, às variações sucessivas do meio, imergindo no mundo objetivo e participando da realidade.

¹⁷¹ REALE, Miguel (2014). *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 283

¹⁷² MAXIMILIANO, Carlos (2014). *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 38 e 41: “A velha escolástica cedeu o lugar ao sistema que se poderia **denominar histórico-evolutivo ou evolutivo**, apenas.

Apelidam de **sociológico** o sistema que obriga o juiz a aplicar o texto de acordo com as necessidades da sociedade contemporânea, a olhar menos para o passado do que para o futuro, a tornar-se obreiro, inconsciente ou consciente do progresso”. (grifo nosso)

¹⁷³ WARAT, Luís Alberto (1979) *Mitos e teoria da interpretação da lei*. Porto Alegre: Editora Síntese, p. 36

¹⁷⁴ MAXIMILIANO, op. cit., p. 38-39

Para Carlos Maximiliano, baseando-se em Jhering (O Espírito do Direito Romano) o método evolutivo já era praticado habilmente pelos primitivos jurisconsultos romanos, para satisfazer às necessidades da vida real e às exigências da época.¹⁷⁵

Na interpretação de Christiano José de Andrade, a interpretação evolutiva tem origem em Aristóteles:

Ao meu ver, a interpretação evolutiva tem raízes em Aristóteles. Para o filósofo grego, a equidade é o justo, ou melhor, uma espécie de justiça, a expressão do justo natural em relação ao caso singular e concreto, o que vale dizer a justiça concreta. Mas, segundo o fundador da Filosofia do Direito, a equidade tem várias funções: integração das lacunas, correção da justiça legal e benignidade.¹⁷⁶ (grifo nosso)

Em função da sua universalidade, e quando ela se mostra deficiente, a correção da lei, equivale à equidade que é a expressão do justo.

O processo de individualização ou de adaptação da lei ao caso singular e concreto em que ela incide, é a correção da lei. Dessa forma, a correção da lei é a sua adaptação ao fato social e à sua realidade no momento de aplicação. Essa adaptação, equivale à interpretação evolutiva, sociológica.

Com esta mesma ideia, Luis Recaséns Siches entende que a função da equidade não é corrigir a lei, mas interpretá-la razoavelmente, de modo que a norma jurídica, ao ser interpretada é revivida de modo atual, sujeitando-se a ajustar-se às novas realidades em que e para que é revivida. Seguem suas palavras:

El problema de la equidad no es el de "corregir la ley" al emplearla en determinados caso particulares. Esto, aunque en la mente de quienes se expresan así sea algo bien intencionado, no es lo cuerdo. **No se**

¹⁷⁵ MAXIMILIANO, Carlos (2014). *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 41

¹⁷⁶ ANDRADE, Christiano José de (1992). *O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica*. São Paulo: Editora RT, p. 37

trata de "corregir la ley". Se trata de otra cosa; se trata de "interpretarla razonablemente".¹⁷⁷ (grifo nosso)

Assim, é a equidade um processo de flexibilização, de adaptação do direito à realidade e, por isso, é também um processo de sua mobilidade, de seu desenvolvimento e sobrevivência.

Recorre-se no levantamento das condições históricas aos precedentes normativos e aos chamados trabalhos preparatórios como elementos auxiliares do sentido histórico da norma. Todo esse arsenal integra a *occasio legis*, ou seja, as circunstâncias sociais que orbitaram a gênese da lei. Esses elementos em conjunto têm a função de auxiliar a interpretação, ajudando a esclarecer o sentido atual da norma.

Há que se considerar, todavia, que a lei é uma fórmula criada para ser incorporada à ordem social, que lhe confere sentido objetivo. Essa integração da lei na ordem social importa apagar o legislador após o ato de criação da norma, de modo que o objetivismo desaloja o subjetivismo. A *ratio legis* se objetiva e se atualiza. Isto significa que o fim e o sentido da lei se atualizam, como condição de sobrevivência da própria lei. Ou seja, o subjetivismo atualista transforma-se em objetivismo atualista, mas os elementos históricos passam a ter uma função coadjuvante na interpretação.

Nas palavras de Christiano José de Andrade, a integração da lei à ordem social em vigor, implica também em adequações de ordem jurídica. Nesta direção expõe:

Também a vagueza, a ambiguidade e a textura aberta das palavras da linguagem normativa (que é essencialmente uma linguagem natural) **levam o jurista a raciocinar topicamente, com o uso abundante de redefinições de velhos conceitos. E tais redefinições, que podem ser denotativas ou conotativas, são baseadas em fatores axiológicos e em dados sociológicos atuais, o que torna a interpretação evolutiva.** Isso possibilita ainda a introdução de

¹⁷⁷ SICHES, Luis Recaséns (1997). *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Editora Porruá, p. 239

mudanças no sistema sem a necessidade de alterar o teor literal das normas.¹⁷⁸ (grifo nosso)

Valorizando o objetivismo atualista, Alfredo Buzaid na apresentação da obra de Francisco de Paula Baptista, intitulada: Compêndio de Hermenêutica Jurídica, expõe de maneira primorosa a interpretação evolutiva de maneira moderada:

Bem diversa desse poder revolucionário, que abala a segurança da ordem jurídica, é a existência de uma interpretação evolutiva do direito, por obra da jurisprudência, **sensível às variações políticas e econômicas, que repercutem sobre o sistema vigente, adaptando-o às novas necessidades sociais.** Esta tendência não veda a criação de direito novo, como ensina Ferrara, mas antes fica dentro das raias normais da interpretação. **Ela apoia-se sobre dois cânones: a *ratio legis* é objetiva (não aquela subjetiva do criador da lei) e é atual (não aquela histórica do tempo em que a lei foi feita).** Dado o conceito de que a lei se destaca do seu autor e tem vida autônoma do meio social, surge em consequência que o seu fundamento racional deve aplicar-se de modo absoluto e na vida moderna. O intérprete, examinando uma norma, que tem 50 anos, não está incondicionalmente vinculado a procurar que razão induziu o legislador de então, mas qual é o seu fundamento racional hoje e sob esta medida decidir. Assim pode ocorrer que uma norma ditada por uma certa ordem de razões adquira em seguida uma destinação e função diversa.¹⁷⁹ (grifo nosso)

Há que se observar que a elasticidade do texto tem um limite a impedir distorções excessivas à margem da lei. Nesse sentido, a versão moderada, é aquela na qual o intérprete molda os dados da realidade em função do bem comum, não podendo decidir *contra legem*¹⁸⁰.

Em nosso direito parece haver um pequeno caminhar para a interpretação histórico-evolutivo ou evolucionismo teleológico moderado, na forma de um objetivismo atualista, apesar de algumas decisões *contra legem* em nome do bem comum.

¹⁷⁸ ANDRADE, Christiano José de (1992). *O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica*. São Paulo: Editora RT, p. 37

¹⁷⁹ BAPTISTA, Francisco de Paula (1984). *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Editora Saraiva (Apresentação de Alfredo Buzaid – item 17)

¹⁸⁰ **Contra legem**, é o costume que se opõe a lei. Não pode o costume, em regra, contrariar a lei, pois, esta só se revoga, ou se modifica, por outra lei. A doutrina dominante assenta-se no sentido de que o costume contrário à aplicação da lei não tem o poder de revoga-la, não existindo mais a chamada *desuetudo* (não aplicação da lei em virtude do desuso).

Nas lições de Miguel Reale, a hermenêutica jurídica atual, “não consagra as teses extremadas do *direito livre*¹⁸¹, desenvolve de maneira mais orgânica a compreensão hermenêutica evolutiva”, numa visão retrospectiva e prospectiva da norma, conferindo “ao interprete um papel positivo e criador no processo hermenêutico”.¹⁸²

Também Alfredo Buzaid, embora contrário a uma interpretação *contra legem* “não exclui uma interpretação *praeter legem*¹⁸³, quando sobrevém mutações profundas na ordem política e social, que levam o juiz a proceder a uma adaptação do direito às condições da realidade atual”.¹⁸⁴

Em sua função interpretativa na busca do sentido da norma, a equidade vai em direção ao método histórico-evolutivo, que impõe sua adequação às circunstâncias atuais da sociedade e em direção ao método teleológico, que exige a valoração da lei.

2.3.5. Método Teleológico

¹⁸¹ WARAT, Luís Alberto (1979) *Mitos e teoria da interpretação da lei*. Porto Alegre: Editora Síntese, p. 82: “**Escola de Direito Livre (Erlich, Kantorowscz)** - O movimento sociológico adquire na Alemanha traços específicos por intermédio do movimento denominado “direito livre”. Sem dúvida, este representa tendências mais extremadas de oposição ao positivismo normativista e ao formalismo jurídico. Sua concepção jurídica afirma a existência de um direito livre anterior, vivo e espontâneo, contraposto ao direito ditado pelo Estado. Proclama a insuficiência do direito legislado, partindo da suposição de que as exigências da vida jurídica não podem ser satisfeitas pela lei, necessitando-se outros elementos que supram tal deficiência.

Afirma a escola que os distintos intérpretes do fenômeno jurídico teriam a missão de eliminar os ingredientes ultrapassados das leis, provocando a maturação dos que florescem a partir da práxis social. A atividade do intérprete, seria, portanto, criadora e livre, constituindo a única garantia para fazer valer o direito individual. Em consequência, também a liberdade judicial torna-se um elemento indispensável para a produção de sentenças justas.

¹⁸² REALE, Miguel (2014). *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 293-294

¹⁸³ **Praeter legem**, é o costume que se destina a suprir a lei, nos casos omissos, como prevê o 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro e artigo 126 do Código de Processo Civil. Tem-se como exemplo o costume de efetuar-se pagamento com cheque pré-datado, e não como ordem de pagamento à vista. É, portanto, costume *praeter legem*, um dos expedientes a que deve recorrer o juiz para sentenciar quando a lei é omissa.

¹⁸⁴ BAPTISTA, Francisco de Paula (1984). *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Editora Saraiva (Apresentação de Alfredo Buzaid – item 18)

O *método interpretativo teleológico* está ubicado numa perspectiva antinormativista e anticonceitualista e considera o problema do fim, como elemento metodológico principal.

O principal precursor deste método foi Jhering, com a crença de que o fim é o criador do direito, que não há norma jurídica que não deva sua origem a um fim, a um propósito, ou seja, é somente um meio a serviço de um fim, que consiste na existência da sociedade.

Por meio do conteúdo do direito, é possível perquirir o porquê e o para quê. É variável o conteúdo do direito, alterando-se histórica e geograficamente. Dessa forma, a perene mudança, a contradição, constitui a essência do direito. Nessa direção disse Jhering:

[...] o critério do direito não é o absoluto que se toma para a verdade, mas o relativo que se aplica com relação ao fim. Disso tudo se depreende que o conteúdo do direito não só pode, como também deve ser infinitamente variável. Assim como o médico não prescreve o mesmo remédio a todos os doentes, mas apropria, ao revés, seus meios ao estado do paciente, o direito também não pode ditar em toda parte as mesmas disposições. Ao contrário, ao direito também cabe adaptá-las à condição do povo, ao seu estágio cultural, às necessidades do tempo, ou melhor, o direito não é um simples *Sollen*, mas um fato social que se processa necessariamente sempre em toda parte.¹⁸⁵

Na perspectiva de Jhering, tudo o que brota sobre o solo do direito, nasceu através de sua finalidade e em função de sua finalidade, de sorte que todo o direito não é outra coisa senão uma única criação teleológica.¹⁸⁶

Em relação ao indivíduo, a finalidade do direito é a realização de suas condições existenciais, de maneira que é “a forma de asseguramento das condições vitais da sociedade, produzido através do poder coercitivo do Estado”. As condições vitais compreendem “não só as da existência física, mas todos aqueles bens e gozos

¹⁸⁵ JHERING, Rudolf Von. *A finalidade do Direito* – Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 235

¹⁸⁶ Ibidem, p. 236

que, conforme o modo de pensar do sujeito, emprestam à vida seu verdadeiro valor”, diz Jhering.¹⁸⁷

No sentir de Luís Recaséns Siches o estudo profundo do Direito Romano revelou a Jhering que sua sabedoria não consistiu tanto no refinamento lógico de seus conceitos, mas sobretudo em haver ajustado esses conceitos a serviços de propósitos práticos.¹⁸⁸

Luís Alberto Warat observa que no teleologismo de Jhering, o direito é considerado em sua atividade funcional. A regra jurídica cumpre sua finalidade que justifica seu nascimento e existência, assim, o elemento teleológico é importante na interpretação.¹⁸⁹

Desta maneira, cuida Jhering do direito na sua perspectiva prática e funcional, de maneira que o direito autêntico não é o que aparece formulado em termos abstratos pelas normas genéricas, mas aquele que é vivido pela sociedade e que é aplicado. Esta perspectiva, nas palavras de Christiano José de Andrade, que caracteriza Jhering como antinormativista e anticonceitualista.¹⁹⁰ Por essa razão, a orientação sociológica tem assento direto ou indireto em Jhering.

Jhering reduzia o fim, criador do direito, a uma forma de interesse. No entanto, pondera Miguel Reale:

A compreensão finalística da lei, ou seja, a interpretação teleológica veio se afirmando, desde as contribuições fundamentais de Rudolf von Jhering, sobretudo em sua obra *O Fim no Direito*. Atualmente, porém, após os estudos de teoria do valor e da cultura, dispomos de conhecimento bem mais seguro sobre a estrutura das regras do direito, sobre o papel que o valor nela representa: o fim que Jhering reduzia a uma forma de interesse, é

¹⁸⁷ JHERING, Rudolf Von. *A finalidade do Direito – Vol. 1*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 237

¹⁸⁸ SICHES, Luis Recaséns (1956). *Nueva Filosofía de La Interpretación del Derecho*. México: Editora Fondo de Cultura Econômica, p. 42

¹⁸⁹ WARAT, Luís Alberto (1979). *Mitos e teoria da interpretação da lei*. Porto Alegre: Editora Síntese, p. 83

¹⁹⁰ ANDRADE, Christiano José de (1992). *O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica*. São Paulo: Editora RT, p. 57

visto antes como o sentido do valor reconhecido racionalmente enquanto motivo determinante da ação.¹⁹¹ (grifo nosso e do autor)

Christiano José de Andrade complementa esse raciocínio: “O fim da lei é sempre um valor, que o legislador teve em vista garantir. Numa visualização axiológica do direito, Gustav Radbruch, que completou a obra de Jhering, atribuiu ao fim a categoria de valor”.¹⁹²

Segundo opinião de Carlos Maximiliano, Savigny e Jhering foram precursores da escola universal: “aquele, da História; este, da Evolucionista ou Monismo jurídico-teleológico, ainda predominante na atualidade”.¹⁹³

Novamente Christiano José de Andrade, baseando-se em várias passagens da obra de Carlos Maximiliano, salienta que é possível notar que suas ideias aproximam-se bastante do evolucionismo teleológico de Jhering e de outros autores, de conotação sociológica moderada, e que, portanto, abrange o método teleológico e o histórico-evolutivo ou progressivo, também de caráter sociológico moderado.¹⁹⁴

A seguir, Carlos Maximiliano manifesta-se no sentido de que o fim da lei há de ser apreciado de forma evolutiva. A *ratio legis* se objetiva e se atualiza:

A doutrina que admite o escopo alterável com o tempo, e se preocupa, de preferência, com o objeto atual das disposições, é hoje aceita por quase todas as correntes doutrinárias [...]

[...]

O fim primitivo e especial da norma é condicionado pelo objetivo geral do Direito, **mutável com a vida, que ele deve regular [...]**

[...]

Os que não adaptam o sentido do texto ao fim atual, **além de afastarem o Direito da sua missão de amparar os interesses**

¹⁹¹ REALE, Miguel (2014). *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 290

¹⁹² ANDRADE, Christiano José de (1992). *O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica*. São Paulo: Editora RT, p. 58

¹⁹³ MAXIMILIANO, Carlos (2014). *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. XIV, nota 1

¹⁹⁴ ANDRADE, op. cit., p. 58

patrimoniais e o bem-estar-psíquico do indivíduo consociado, revertem ao quarto século antes de Cristo [...].¹⁹⁵ (grifo nosso)

Neste sentido o direito progride sem se alterarem os textos e desenvolve-se por meio da interpretação.

O evolucionismo teleológico de Carlos Maximiliano, no qual o fim prático (teleológico) está acima da lógica jurídica, identifica-se com o objetivismo atualista que hoje tem primazia, cabendo ao elemento histórico função auxiliar de interpretação.

Por esta razão alguns doutrinadores não veem diferenciação entre o *método teleológico* e o *método histórico-evolutivo*. A justiça, a utilidade social e os critérios valorativos se ligam aos fins sociais da lei, constituídos justamente *pela ideia de justiça e utilidade comum*, que são as duas principais exigências do bem comum temporal.

Desta forma, não há incompatibilidade entre o método teleológico e o histórico-evolutivo, que objetivam atender na medida do possível a realidade social ao tempo da aplicação. O predomínio conferido ao fim social da lei propicia uma interpretação de acordo com as necessidades novas e perenes, sem contrastar com as origens da lei.

A orientação de Jhering tem fundamental consonância com as exigências do bem comum e dos fins sociais da lei, estabelecidos no artigo 5º da Lei de Introdução das Normas de Direito Brasileiro¹⁹⁶. Traduz este artigo uma perspectiva teleológica e sociológica, portanto, evolutiva.

Atender aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum, na sua aplicação, conduz à sua adaptação às necessidades da vida contemporânea, já que a finalidade do direito é garantir as condições de existência em sociedade, ao tempo de sua aplicação.

¹⁹⁵ MAXIMILIANO, Carlos (2014). *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 126-127

¹⁹⁶ Art. 5º da LINDB: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Há, entretanto, uma ponderação acerca da interpretação teleológica quanto à variação da finalidade ou à dificuldade de verifica-la. Nesse sentido, pontuou Christiano José de Andrade:

Todavia a interpretação teleológica apresenta problemas; [...] este método é pluridimensional, havendo fins dentro e fora das normas, fins mais próximos e mais remotos, menos e mais elevados. **Enfim, o conceito de finalidade é elástico e plurissignificativo, isto é, vago e ambíguo.** A atribuição de propósito às normas é a regra básica do método teleológico. **Mas isto nem sempre é claro e às vezes é difícil de encontrar propósitos e finalidades para algumas normas costumeiras.**¹⁹⁷ (grifo nosso)

E continua Christiano José de Andrade:

Às vezes há mudança de finalidade. Os resultados previstos podem não ser atingidos. A lei é insuficiente e fica a meio do caminho. Nem todas as leis alcançam sucesso. **E algumas leis realizam fins completamente imprevistos. Daí uma heterogenia de fins. O legislador pretende um fim e acaba atingindo fins diversos e insuspeitados. E uma interpretação não isolada, mas sistemática da lei de fins nocivos ou injustos, pode arredar a sua nocividade.**¹⁹⁸ (grifo nosso)

Diante destas considerações há que se observar, entretanto, que a interpretação teleológica quer dizer interpretação de acordo com os fins cognoscíveis e as ideias fundamentais de uma regulação, em sintonia com todo o ordenamento jurídico, como um sistema integrado de fins.

Por oportuno registre-se que a equidade está intimamente ligada à ideia de finalidade da norma que, ao menos em tese, visa o bem comum da sociedade. Também tem conexão com a lógica do razoável que á a sua versão qualificada e lapidada, segundo posição já mencionada de Luis Recaséns Siches.

Assim, a equidade, em sua função interpretativa, pode ensejar o predomínio da finalidade da lei sobre o seu texto, conduzindo a uma solução mais humana, direcionando ao método do evolucionismo teleológico. Dessa maneira, a

¹⁹⁷ ANDRADE, Christiano José de (1992). *O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica*. São Paulo: Editora RT, p. 60

¹⁹⁸ Ibidem, p. 60

interpretação equitativa e razoável, é aquela que coaduna com os propósitos da norma e a realidade social do momento de sua incidência, o que traduz a atender o bem comum temporal.

Por fim, registre-se que a interpretação teleológica e axiológica ativa a participação do intérprete na configuração do sentido normativo, variando a sua significação por obra deste, sem que haja a revogação da norma.

2.4. A Hermenêutica Jurídica Crítica

Fundamenta-se a teoria crítica do direito em um novo modelo de ciência que a epistemologia contemporânea elaborou considerando os questionamentos dos paradigmas científicos tradicionais, especialmente após pesquisas realizadas por estudiosos como Stucka, Pashukanis, Althusser, Foucault, Lyra Filho, Fernando Coelho e Alberto Warat, entre outros.

Seus antecedentes são localizados no âmbito da filosofia existencial, que direcionou a reflexão filosófica com os seguintes critérios: existência em oposição à essência; contingente em oposição ao necessário; particular em oposição ao geral; real em oposição ao ideal; concreto em oposição ao abstrato; vida em oposição à metafísica.

Observou Christiano José de Andrade, sobre a teoria crítica:

A teoria crítica coloca-se como um realismo transformista, de modo que o **direito não é o passado que condiciona o presente, mas o presente que constrói o futuro**.

Conforme essa função transformadora do direito, a fonte mais autentica deste é a jurisprudência, que reflete o direito vivo, ubicado na realidade social [...]. Também assumem relevância como fonte os costumes e a doutrina.¹⁹⁹ (grifo nosso).

¹⁹⁹ ANDRADE, Christiano José de (1992). *O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica*. São Paulo: Editora RT, p. 100

Desta forma, desaparece a primazia da lei como fonte, sendo colocada no mesmo patamar das demais fontes, possibilitando-se, inclusive, que o operador do direito decida contra ela, nos casos de notória injustiça, pois ao juiz, principalmente, não cabe somente aplicar a lei, mas acima de tudo realizar a justiça.

Também fica abandonada no plano epistêmico a exigência da objetividade, a qual cria obstáculo a construção da jurisprudência.

O saber jurídico assume uma função crítica em relação ao passado e à realidade social, bem como uma função prospectiva, voltada para o futuro, numa tarefa de reconstrução do homem e da sociedade.

Nesta ideia, o direito tem vida não somente para manter a ordem, mas para transformá-la, ou seja, a transformação do presente e a construção do futuro na direção de um mundo mais humano.

A ciência do direito como teoria prospectiva, assume uma função política e ideológica, como uma disciplina compromissada com a realidade social, progressivamente melhor. Nessa perspectiva, é função da hermenêutica jurídica crítica, posicionar-se como uma instância crítica do que ocorre na sociedade.

Como conseqüário, no contexto da teoria crítica do direito surge uma hermenêutica jurídica crítica, prospectiva, comprometida com o real concreto e justo. Assim, o intérprete torna-se um agente ativo na transformação social e um criador de sentido, na medida que busca a revelação dos pressupostos ideológicos das expressões normativas, para questioná-los, considerando o que é melhor para a sociedade.

Dentro do contexto da teoria crítica, as abordagens processuais, apesar de suas dificuldades epistemológicas, têm procedido a uma crítica interna e externa da dogmática jurídica, objetivando a revisão e a mudança de seus pressupostos metodológicos e temáticos, no sentido de torná-la mais prospectiva e ajustada à realidade social.

Christiano José de Andrade, aponta que as teorias críticas configuram um conjunto de críticas dos paradigmas dominantes, do senso comum dominante dos juristas e dos efeitos políticos destes, “contendo às vezes pretensões exageradas”: “[...] não é o sentido da norma que se impõe aos juristas, mas é o jurista que estabelece o sentido da norma de acordo com sua formação cultural e ideológica, de sorte que é o jurista a única e autêntica fonte de direito”.²⁰⁰

2.5. Problemas Especiais de Interpretação

Interpretar uma lei, implica, antes de tudo, acessar a plenitude de seus fins sociais, para, a partir daí, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos. Somente desta maneira, ela será aplicável a todos os casos que correspondam àqueles objetivos.

Desta forma, uma primeira observação que deve ser realizada pelo hermeneuta contemporâneo é de saber qual a finalidade social da lei, uma vez que é a sua finalidade que irá possibilitar que seja desvendada a estrutura de “suas significações particulares”²⁰¹, já que, se faz necessário desvendar a correlação existente entre as partes representadas por seus artigos e a integralidade da lei.

A teoria da interpretação que antes prevalecia seguia com a análise de cada preceito para, pouco a pouco, reuni-los e obter o sentido geral da lei. Há que se ressaltar, entretanto, que o processo interpretativo não segue o critério de ascensão das partes para o todo, “mas representa antes uma forma de captação do valor das partes inserido na estrutura da lei, por sua vez inseparável da estrutura do sistema e do ordenamento. É o que se poderia denominar de *hermenêutica estrutural*”.²⁰²

²⁰⁰ ANDRADE, Christiano José de (1992). *O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica*. São Paulo: Editora RT, p. 102

²⁰¹ REALE, Miguel (2014). *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 289

²⁰² Ibidem, p. 290

Miguel Reale salienta, inspirado nos ensinamentos de Savigny, que basta a mudança de localização de um dispositivo, no corpo de um sistema legal, para que seja alterada a sua significação. Esse ensinamento hoje, que antes era de cunho lógico-formal, passou a adquirir grande relevo, pois, está intimamente ligado à substância da lei, que é o seu significado em razão da sua finalidade²⁰³.

Como já registrado, a compreensão finalística da lei, ou seja, a interpretação teleológica, veio se firmando desde Jhering, especialmente com sua obra a Finalidade do Direito. Atualmente, todavia, adverte Miguel Reale, que após estudos da teoria do “valor e da cultura”, há conhecimento muito mais seguro acerca da estrutura das regras de direito e sobre o papel que o valor nela representa, qual seja, “o fim”, “que Jhering reduzia a uma forma de interesse, é visto antes como o sentido do valor reconhecido racionalmente enquanto motivo determinante da ação”. ²⁰⁴ (grifo do autor).

Destarte, fim é sempre um valor que o legislador vislumbrou garantir, através de sanções, por exemplo. Ainda, pode ser o fim da lei, impedir que ocorra um desvalor.

É equivocada a análise de um artigo de uma lei, isoladamente, sem ater-se à sua função no contexto geral do diploma legal, assim como seria “tão precipitado e ingênuo como dissertarmos sobre uma lei, sem estudo de seus preceitos, baseando-nos apenas em sua ementa” .²⁰⁵

Diante desses apontamentos, e de acordo com os ensinamentos de Miguel Reale, é possível identificar quais são os pontos essências caracterizados da denominada *hermenêutica estrutural*: a) toda interpretação jurídica é de natureza teleológica (finalística), tendo como lastro consistência axiológica (valorativa); b) toda interpretação jurídica carece organizar-se numa estrutura de significações, não de forma isolada, assim, cada preceito significa algo situado no contexto do diploma legal.

²⁰³ REALE, Miguel (2014). *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 290

²⁰⁴ Ibidem, p. 290

²⁰⁵ Ibidem, p. 290

Desta maneira, a compreensão da hermenêutica estrutural ocorre, em primeiro lugar, quando o intérprete realiza um trabalho construtivo de natureza axiológica, captando não somente o significado do preceito, mas correlacionando-o com os outros do diploma, e com os da mesma espécie localizados em outros textos legais. Assim, a sistemática jurídica, além de ser lógico-formal, como se sustentava antes, é também axiológica-valorativa. Nesse sentido, e destacando o caráter criativo hermenêutico, disse Reale:

Não pode absolutamente ser contestado o **caráter criador da Hermenêutica Jurídica nesse árduo e paciente trabalho de cotejo de enunciados lógicos e axiológicos para atingir a real significação da lei**, tanto mais que esse cotejo não se opera no vazio, mas só é possível mediante contínuas aferições no plano dos fatos, em função dos quais as valorações se enunciam.²⁰⁶ (grifo nosso)

Acerca do processo interpretativo, outro ponto sensível que se faz importante destacar, relaciona-se ao seu caráter unitário.

Em primeiro lugar, contesta-se que se deva iniciar, progressivamente, da análise gramatical do texto até atingir sua compreensão sistemática, lógica e axiológica. É comprehensível que essas análises, desde o início, se imbricam e se exijam reciprocamente, já que só podem atingir o seu fim, se entendidas de maneira estrutural, em correlação com as estruturas e mudanças sociais. A este respeito, novamente Reale pronunciou-se:

Admitindo, porém, esse caráter unitário ou estrutural da interpretação jurídica, não nos parece que assista razão a Betti quando exclui se possa falar em interpretação gramatical ou em interpretação lógica, condenando também a distinção entre a interpretação extensiva e a estrita: **a seu ver a interpretação só pode ser uma e concreta.**²⁰⁷ (grifo nosso)

De fato. O processo interpretativo é uno, no entanto, não se pode olvidar que dentro dessa unidade interpretativa, há etapas que correspondem à análise

²⁰⁶ REALE, Miguel (2014). *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 291

²⁰⁷ Ibidem, p. 292

gramatical, lógica, sistemática e axiológica, e que há correlação entre elas. Nesta esteira de ideias, continua Reale:

Talvez haja aqui mais questão terminológica. Se se afirma que a interpretação gramatical, a lógica e a sistemática não podem, cada um de per si, dizer-nos o que o Direito significa, estamos de pleno acordo, mas não cremos que a necessidade de unidade nos impeça de apreciar, por exemplo, um texto à luz de seus valores gramaticais: o essencial é que **se tenha presente a correlação daquelas interpretações particulares** como *simples momentos* do processo global interpretativo, em si uno e concreto.²⁰⁸ (grifo nosso)

Reale também contesta a manifestação de Emílio Betti, em relação à distinção de interpretação extensiva e restrita, sob a alegação de que o hermeneuta só pode extrair o significado que a lei tem, sem restringi-la ou alarga-la.

Para Reale não é destituída de sentido tal distinção, e acrescenta que “no fundo, as chamadas interpretações extensiva e estrita se referem mais à aplicação do direito do que à sua intepretação”.²⁰⁹

O que se chama de interpretação extensiva é justamente o trabalho criador do intérprete, ao acrescer algo de novo àquilo que, em tese, a lei deveria anunciar, diante das novas circunstâncias, quando a flexibilidade do diploma normativo permitir tal acréscimo. Assim, com o trabalho de extensão, traz-se à tona algo que estava implícito na significação do preceito, sem romper a sua estrutura.

Ao contrário se dá com a intepretação restritiva, já que o intérprete, limitando a incidência da norma, impede que esta produza certos efeitos danosos.

Ambas as formas de correção de deficiências e excessos dos diplomas legais, são prudentes, desde que não se adote a interpretação *contra legem*, a não ser quando os novos fatos sociais se apresentarem em evidente contraste com o texto normativo.

²⁰⁸ REALE, Miguel (2014). *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 292

²⁰⁹ Ibidem, p. 293

Embora diante de todas essas vicissitudes, a ciência do direito deu preferência às imperfeições de um direito predeterminado ao risco de um direito determinável, caso a caso pelo juiz, e assim, não abriu as portas para o *direito livre*.²¹⁰ Ou seja, o valor da certeza prevaleceu, muito embora não seja desconsiderada a possibilidade de se recusar a aplicação de uma lei em evidente desuso.

Assim, a hermenêutica jurídica atual, não abarca as teses do *direito livre*, e desenvolve a compreensão histórico-evolutiva, de modo que entende a norma jurídica como: a) um modelo operacional de comportamentos possíveis; b) um conjunto que deve ser interpretado de maneira inter-relacionada; c) constituída de fatos e valores que originalmente a constituíram.

Com essa visão retrospectiva e prospectiva do direito que o intérprete assume um papel positivo e criador no processo hermenêutico. Esta tarefa é de extrema importância especialmente no caso de ser constatada a existência de lacunas no sistema legal, o que demandará a integração normativa, que será objeto do próximo tópico.

2.6. Integração do Direito: O problema da Incompletude do Ordenamento Jurídico (o problema das lacunas)

Embora sejam distintos, os termos *interpretação, integração e aplicação do direito*, se confundem, em virtude da íntima relação que possuem.

²¹⁰ ANDRADE, Christiano José de (1992). *O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica*. São Paulo: Editora RT, p. 47: “[...] representa uma posição extremada ao positivismo normativista e ao formalismo jurídico. [...] Proclama, enfim, a insuficiência ou incompletude do direito legislado ou mesmo a sua supressão para que se torne o juiz árbitro livre e único dos conflitos, resolvendo-os segundo sua consciência de justiça. Ehrlich é mais moderado; na mesma perspectiva de Gény, confere ele ao juiz, liberdade ampla, criadora, mas em falta de disposição escrita ou costumeira; ele é autorizado a agir *praeter legem*. Segundo Ehrlich, o ordenamento jurídico-positivo é incompleto perante a complexidade e a riqueza da realidade e da vida; por isso a realidade jurídica é plural e a categoria principal é a ordenação da sociedade extra-estatal, que está desligada do Estado. Estas normas são também jurídicas, internas e autônomas, configurando um direito vivo e dinâmico, que nasce e se desenvolve dentro da sociedade. Portanto, no caso de lacuna ou incompletude do direito estatal, deve o juiz recorrer ao direito vivo, logrando assim a plenitude da ordenação jurídica. Destarte, a interpretação do direito não deve ser feita segundo a lógica tradicional, que é falsa, por estar baseada em ficções”. (grifo nosso)

Assim, antes de iniciar a análise da integração e o problema da incompletude do ordenamento jurídico, objeto deste tópico, inicia-se a passagem pelo conceito de aplicação do direito, e, em seguida, de maneira muito breve, por interpretação, visto que sua análise já foi realizada anteriormente no início deste capítulo.

A *aplicação do direito*, é a atividade realizada por força da competência de que se acha investida, um órgão ou autoridade. O juiz aplica o direito já que se encontra como membro do Poder Judiciário, e essa atribuição é uma imposição decorrente da competência legal.

Além desse aspecto formal, consiste a aplicação do direito em enquadrar um caso concreto em norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma situação da vida real, procurando e indicando o dispositivo adaptável a um fato determinado. Assim, o objeto da aplicação do direito, em outras palavras, é descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano.

Carlos Maximiliano ressalta que a aplicação do direito se dá de maneira “voluntária quase sempre e forçada muitas vezes”.²¹¹ Isto porque, o direito necessita transformar-se em realidade eficiente, no interesse coletivo e também individual, mediante atividade dos particulares no sentido de cumprir a lei, ou pela ação, espontânea ou provocada, dos tribunais contra as violações das normas expressas, e até mesmo contra as simples tentativas de iludir ou desrespeitar dispositivos escritos e consuetudinários.

Adverte Maximiliano que diante do fato e de todas as circunstâncias respectivas, a questão que surge é: qual o tipo jurídico que se enquadra? Neste sentir, registrou:

Nas linhas gerais antolha-se fácil a classificação; **porém, quando se desce às particularidades, à determinação da espécie, as dificuldades surgem à medida das semelhanças frequentes e embaraçadoras.** Mais de um preceito aparece adaptável à hipótese em apreço; entre as regras que se confundem, ou colidem, ao menos

²¹¹ MAXIMILIANO, Carlos (2014). *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 5

na aparência, de exclusão em exclusão se chegará, com o maior cuidado, à verdadeiramente aplicável, apropriada, preferível às demais.²¹² (grifo nosso)

Destarte, após verificar em que ceara o direito se encontra à solução do problema jurídico em análise, o aplicador desce às prescrições especiais. Podem estas colidirem no espaço, ou no tempo, o que determinará o exame, inclusive, de questões atinentes à irretroatividade das leis entre outros aspectos.

Para preceitos sobre o mesmo tema e que se contradizem, cumpre analisar a data da publicação, a fim de se saber qual o que revoga implicitamente o outro. Se os dois surgiram simultaneamente, ou pertencem ao mesmo diploma legal, deve-se procurar conciliá-lo quando possível. Se ao contrário, são de natureza diferente, faça-se prevalecer o estatuto fundamental sobre todos os demais ramos do direito positivo. A lei sobre o regulamento, costume, uso ou praxe.

Para atingir o escopo de todo o direito objetivo, se faz necessário examinar: a) a norma em sua essência, conteúdo e alcance no sentido estrito; b) o caso concreto e suas circunstâncias; c) a adaptação do preceito à hipótese em apreço.

São estabelecidas as circunstâncias do fato mediante o exame deste de forma isolada, a princípio considerado em relação ao ambiente social. Depois, verifica-se o estudo da prova em sua grande variedade (depõimento das partes, testemunhos, documentos, etc.).

Pressupõe a adaptação de um preceito ao caso concreto: a) a interpretação, visando descobrir o sentido e o alcance do texto; b) suprimento das lacunas, com o auxílio da analogia e dos princípios gerais do direito; c) exame das questões possíveis sobre ab-rogação, ou simples derrogação de preceitos, bem como acerca da autoridade das disposições expressas, relativamente ao espaço e ao tempo.

²¹² MAXIMILIANO, Carlos (2014). *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 5-6

A aplicação do direito pressupõe a hermenêutica e é um momento da atividade do aplicador do direito. Neste sentido registrou Miguel Reale:

Mas para aplicar o Direito, **o órgão do Estado precisa, antes, interpretá-lo.** A aplicação é um modo de exercício que está condicionado por uma prévia escolha, de natureza axiológica, entre várias interpretações possíveis. **Antes da aplicação não pode deixar de haver interpretação**, mesmo quando a norma legal é clara, pois a clareza só pode ser reconhecida graças ao ato interpretativo. Ademais, é óbvio que só aplica bem o Direito quem o interpreta bem.²¹³ (grifo nosso)

Em sentido amplo a aplicação abrange a hermenêutica, mas o termo aplicação é geralmente empregado para exprimir a atividade prática do juiz, o ato final, posterior ao exame da autenticidade, constitucionalidade e conteúdo da norma.

Interpretar, como já mencionado, é esclarecer, dar significado ao vocábulo. É reproduzir um pensamento exteriorizado. É mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão, extraíndo de frase, sentença ou norma, tudo o que nelas contém.

No entanto, ao se verificar que a lei tem lacunas, será necessário preencher tais vazios, para que se possa dar sempre uma resposta jurídica, favorável ou contrária a quem se encontra ao desamparo de lei expressa.

Integração do direito, chama-se esse processo de preenchimento das lacunas da lei, que se valerá, nos termos do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB)²¹⁴, *da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito*, e ainda, *da equidade*, para a resolução de tal omissão.

Antes de especificamente trazer à baila os processos utilizados para satisfazer a realização da integração do direito, cabe tratar da incompletude do ordenamento jurídico em virtude das lacunas.

²¹³ REALE, Miguel (2014). *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 295

²¹⁴ Art. 4º da LINDB: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a **analogia, os costumes e os princípios gerais de direito**”. (grifo nosso)

Deveria ser a realidade do ordenamento jurídico, a *completude*. Por *completude* entende-se a característica que possui o ordenamento jurídico de contemplar normas suficientes e capazes de tratar quaisquer casos que se lhe sejam apresentados, e neste caso, o ordenamento estaria com *ausência de lacunas*.

Sobre a *completude do ordenamento jurídico*, registrou Norberto Bobbio:

Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma extraída do sistema. Caso queiramos dar uma definição mais técnica de completude, poderemos dizer que um ordenamento é completo quando nunca se verifica uma situação na qual não se possa demonstrar a pertinência *nem* de uma determinada norma *nem* de sua norma contraditória.²¹⁵

No entanto, não é esta a realidade que se apresenta. Em razão da complexidade da sociedade, e, por conseguinte, diante dos inúmeros conflitos e diversas possibilidades de demandas que surgem, torna-se impraticável que o legislador preveja todos estes fatos e situações sociais com a respectiva criação de normas regulamentadoras.

Diante desta realidade, de ausência de um ordenamento completo para tratar todas as questões apresentadas, está-se diante da *incompletude do ordenamento jurídico*, e mais ainda, está-se diante do *problema das lacunas*.

Sobre a *incompletude do ordenamento jurídico*, novamente tem-se as lições de Bobbio:

Se quisermos especificar, a incompletude consiste no fato de que o sistema não comprehende nem a norma que proíbe um determinado comportamento nem a norma que o permite. De fato, se se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de um determinado comportamento podem ser deduzidos do sistema, tal como é posto, é preciso dizer que o sistema é incompleto, que o ordenamento jurídico tem uma lacuna.²¹⁶ (grifo nosso)

²¹⁵ BOBBIO, Norberto (2017). Teoria do Ordenamento Jurídico. São Paulo: Editora Edipro, p. 113

²¹⁶ Ibidem, p. 114

Considerado o problema da lacuna, e frente a um sistema jurídico como o brasileiro, caracterizado pelo princípio de que o juiz deve julgar cada caso mediante uma norma pertencente ao sistema, a completude é algo mais que uma exigência, é uma necessidade, ou seja, é uma condição necessária para o funcionamento do sistema.

A norma que estabelece o dever do juiz de julgar todos os casos com base em uma norma pertencente ao sistema não poderia ser executada se o sistema não fosse pressuposto como completo, isto é, que contempla uma regra para todo caso. Assim, a completude é uma condição essencial, sem a qual o sistema em seu conjunto, não pode funcionar.

Bobbio registrou seu pensamento sobre o modelo dos ordenamentos fundados no dogma da completude:

[...] o Código Civil francês, cujo artigo 4º diz: “O juiz que se recusar a julgar, a pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado por denegação da justiça”. No nosso direito, esse princípio foi estabelecido no artigo 113 do Código de Processo Civil italiano, que diz: “Ao se pronunciar sobre a causa, o juiz deve seguir as normas do direito, salvo se a lei lhe atribuir o poder de decidir segundo a equidade”.²¹⁷

Resumidamente, a completude é uma condição necessária para aqueles ordenamentos em que valem as regras de que: a) o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que lhe sejam apresentadas; b) o juiz é obrigado a julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema.

Segundo Bobbio, o princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz, em todos os casos, uma solução sem que recorra à equidade, foi dominante, e em parte é até hoje, na teoria jurídica continental, de origem romanística. Tal dogma é considerado por alguns juristas como um aspecto saliente do positivismo jurídico.²¹⁸

²¹⁷ BOBBIO, Norberto (2017). Teoria do Ordenamento Jurídico. São Paulo: Editora Edipro, p. 115

²¹⁸ Ibidem, p. 117

Provavelmente o dogma da completude tenha sido concebido na tradição romanística medieval, quando o direito romano passa, paulatinamente, a ser considerado o direito por excelência.²¹⁹

Na modernidade, o dogma da completude tornou-se parte integrante da concepção estatal do direito, ou seja, aquela concepção que fez a produção jurídica um monopólio do Estado. Desta forma, à medida que o Estado moderno crescia em potência, todas as fontes de direito que não fossem a lei, iam se acabando. Neste sentir, registrou Bobbio: “A onipotência do Estado se reverteu para o direito de origem estatal, e não foi reconhecido outro direito que não aquele que era emanação direta ou indireta do soberano”.²²⁰

Embora não seja objeto de profunda análise neste trabalho, registre-se por derradeiro que, o dogma da completude recebeu críticas, simultaneamente à reação ao *fetichismo legislativo*²²¹. Nas lições de Bobbio, um dos maiores representantes desta reação, foi o jurista alemão Eugen Ehrlich, numa obra dedicada à crítica do jurista tradicional, *A lógica dos juristas*. Ehrlich, afirmou nesta obra que o raciocínio do jurista tradicional, alicerçado no dogma da completude, era fundado em três pressupostos: a) a premissa maior do raciocínio jurídico deve ser uma norma jurídica; b) essa norma deve ser sempre uma lei do Estado; c) todas essas normas devem formar, no seu conjunto, uma unidade.²²²

²¹⁹ BOBBIO, Norberto (2017). Teoria do Ordenamento Jurídico. São Paulo: Editora Edipro, p. 117

²²⁰ Ibidem, p. 117

²²¹ Ibidem, p. 118: “A cada grande codificação (da francesa de 1804 à germânica de 1900), desenvolveu-se entre os juristas e os juízes a **tendência a se ater escrupulosamente aos códigos**, naquela atitude dos juristas franceses em relação aos códigos napoleônicos, mas que se poderia estender a toda nação com direito codificado, que foi chamada de **fetichismo da lei**. Na França, a escola jurídica, que se foi impondo após a codificação, é frequentemente designada com o nome de **escola da exegese**, e se contrapõe à **escola científica**, que veio depois. O caráter peculiar da escola da exegese é a **admiração incondicional pela obra realizada pelo legislador por meio da codificação, uma confiança cega na suficiência das leis, a crença definitiva de que o código, uma vez emanado, baste completamente a si mesmo**; ou seja, não tenha lacunas, em uma palavra, o dogma da completude jurídica. Uma escola da exegese não existiu só na França, mas também na Itália e na Alemanha, entre outros. E existe até hoje, ainda que, como veremos, o problema das lacunas já tenha sido formulado criticamente. Diria que a **escola da exegese e a codificação são fenômenos estreitamente conexos e dificilmente separáveis um do outro**”. (grifo nosso)

²²² Ibidem, p. 119

Feitas estas considerações sobre o dogma da completude, inicia-se agora a análise dos processos utilizados para satisfazer a realização da integração do direito.

2.6.1. Analogia

Por *analogia* entende-se o procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulado, a mesma disciplina de um caso regulado de maneira similar.

Os repertórios legislativos não podem dilatar-se até a exagerada minúcia, já que é impossível prever os casos possíveis no presente e no futuro. Desta forma, por mais vasto que seja o repertório legislativo, sempre haverá lacunas. Neste sentir, registrou Carlos Maximiliano:

[...] Sempre haverá lacunas no texto, embora o espírito do mesmo abranja órbita mais vasta, todo o assunto inspirador do Código, a universalidade da doutrina que o mesmo concretiza. Esta se deduz não só da letra expressa, mas também da falta de disposição especial. Até o *silêncio* se interpreta; até ele traduz alguma coisa, constitui um índice do Direito, um modo de dar a entender o que constitui, ou não o conteúdo da norma.²²³ (grifo do autor)

O ordenamento jurídico e a vida do homem em sociedade, coincidem. Destarte, toda legislação, que tem por objeto disciplinar a utilidade social, constitui um organismo vivo com forças latentes de adaptação e expansão. Guarda uma série de normas não expressas, porém, vivazes e implícitas no sistema normativo. O mesmo princípio contido numa regra legal é logicamente estendido a outras hipóteses não previstas. Assim, o direito positivo, nas palavras de Maximiliano:

[...] regula, ora direta, ora indiretamente, todas as relações sociais presentes e futuras, visadas, ou não, pelos elaboradores dos Códigos. O elemento supletório de maior valor é a analogia, que desenvolve o espírito das disposições existentes e o aplica a relações semelhantes na essência.²²⁴

²²³ MAXIMILIANO, Carlos (2014). *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 170

²²⁴ Ibidem, p. 170

Segundo Maximiliano, a analogia prevalece no direito pátrio desde época remota, pois, sempre se entendeu ser atribuição dos magistrados, preencher as lacunas do direito.²²⁵

Norberto Bobbio lembra que a analogia foi amplamente considerada em todas as épocas. No direito intermediário a analogia ou *argumentum a simili* (*argumentação por semelhança*) era considerado o procedimento mais eficaz para realizar a chamada *extensio legis* (extensão da lei).²²⁶

A analogia é indubitavelmente o mais típico e o mais importante dos procedimentos interpretativos de determinado sistema normativo. É o procedimento segundo o qual se manifesta a chamada tendência de todo sistema jurídico a expandir-se para além dos casos expressamente regulados.

A aplicação da analogia surge nesse processo: a) existe um dispositivo legal; b) surge uma dúvida não resolvida diretamente pelo texto explícito; c) decide o juiz orientado pela presunção de que o desenvolvimento de um preceito leve a verdadeiros corolários jurídicos, a consequências que tenham moral afinidade com a norma positiva; c) aplica ao caso novo a regra fixada para outro, semelhante àquele.

De modo idêntico devem ser julgados os fatos de igual natureza. *Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositivo* (onde se depare razão igual à da lei, prevalece a disposição correspondente, da norma referida). Este era o conceito básico da analogia em Roma, e, ainda hoje, justifica-se o seu uso, pois, atribui à hipótese nova, as mesmas razões e fins do caso contemplado pela norma existente.²²⁷

Haverá semelhança de casos concretos e identidade de substância jurídica, uma vez descoberta a razão íntima, fundamental, decisiva de um dispositivo, o que permitirá, através do processo analógico o transporte do efeito e a sanção a

²²⁵ MAXIMILIANO, Carlos (2014). *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 170

²²⁶ BOBBIO, Norberto (2017). Teoria do Ordenamento Jurídico. São Paulo: Editora Edipro, p. 142

²²⁷ MAXIMILIANO, op. cit., p. 171

hipóteses não previstas, se nestas se encontram elementos idênticos aos que condicionam a regra positiva.

Carlos Maximiliano adverte que a analogia não se refere a uma simples vontade presumida do legislador, mas sim de um princípio de justiça e de igualdade jurídica, já que os casos semelhantes devem ser julgados por normas semelhantes.²²⁸

Duas formas de analogia existem, a depender da hipótese tratada. Trata-se da *analogia legis* e da *analogia juris*.

A *analogia legis* lastreia-se em uma regra existente, aplicável à hipótese semelhante na essência. A *analogia juris*, mais complexa, lança mão do conjunto de normas disciplinadoras de um instituto que tenha pontos fundamentais de contato com aquele que os textos positivos deixaram de contemplar. A primeira encontra reservas de soluções no conteúdo dos preceitos legais. A segunda, *nos princípios gerais do direito*, que será tratado no tópico seguinte. Nesta linha de ideias, registrou Maximiliano:

A respeito de analogia duas possibilidades merecem registro: ou falta uma só disposição, um artigo de lei, e então se recorre ao que regula um caso semelhante (*analogia legis*); ou não existe nenhum dispositivo aplicável à espécie nem sequer de modo indireto; encontra-se o juiz em face de instituto inteiramente novo, sem similar conhecido; é força, não simplesmente recorrer a um preceito existente, e, sim, a um complexo de princípios jurídicos, à síntese dos mesmos, ao espírito do sistema inteiro (*analogia juris*). A primeira hipótese é mais comum e mais fácil de resolver; apenas se trata de espécie não prevista, inesperada controvérsia acerca de instituto já disciplinado pelo legislador; argumenta-se com a solução aplicável a um *fato semelhante*. É o caso da segunda quando não existe regra explícita, nem caso análogo; reconstrói-se a norma pela combinação de muitas outras, que constituem visível aplicação de um princípio geral, embora não expresso; elabora-se preceito completamente novo, ou um instituto inteiro, segundo os princípios de todo o sistema em vigor.²²⁹ (grifo do autor)

²²⁸ MAXIMILIANO, Carlos (2014). *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 171

²²⁹ Ibidem, p. 171

O emprego da analogia está longe de ser um processo mecanizado. Exige da parte de quem a emprega, discernimento, inteligência, rigor e lógica. O processo não é simples, porque não é passivo. Não é destituído de perigos, já que facilmente pode conduzir a erros se o aplicador for descuidado. Logo, é um processo de extrema responsabilidade.

Leciona Carlos Maximiliano que a analogia pressupõe: a) uma hipótese não encontrada, senão se trataria de interpretação extensiva; b) a hipótese contemplada no texto, embora diversa da que se examina, deve ser semelhante, ter com ela um elemento de identidade; c) esse elemento precisa ser essencial, ou seja, o fato jurídico que concebeu o dispositivo.²³⁰

Afinidades aparentes não bastam. Deverá existir verdadeira igualdade sob um ou mais aspectos, consistente no fato de se encontrar, o mesmo princípio básico e de ser uma só a ideia geradora tanto da regra existente como da que se busca. É indispensável existir em ambas a mesma razão de decidir. Neste sentido registrou Bobbio:

Para que se possa extrair a conclusão, isto é, a atribuição ao caso não regulado a partir das mesmas consequências jurídicas atribuídas ao caso regulado similar, **requer-se que entre os dois casos não exista uma similitude qualquer, mas uma similitude relevante, isto é, é necessário remontar os dois casos a um qualidade comum a ambos** que seja simultaneamente a razão suficiente pela qual foram atribuídas ao caso regulado aquelas e não outras consequências.²³¹

Maximiliano chama a atenção para o fato de que na interpretação analógica, se faz imprescindível aplicar uma norma jurídica obedecendo-se à “ordem de coisas” para a qual foi estabelecida:

Não é lícito pôr de lado a natureza da lei, nem o ramo do Direito a que pertence a regra tomada por base do processo analógico. Quantas vezes se não verifica o nenhum cabimento do emprego de um preceito fixado para o comércio, e transplantado afoitamente para os domínios da legislação civil, ou da criminal, possibilidade esta mais duvidosa ainda!

²³⁰ MAXIMILIANO, Carlos (2014). *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 173

²³¹ BOBBIO, Norberto (2017). Teoria do Ordenamento Jurídico. São Paulo: Editora Edipro, p. 143

Decide-se com presumível acerto desde que procurem e confrontem casos análogos subordinados a leis análogas.²³² (grifo nosso)

Cabe a analogia quanto às prescrições do direito comum, não do direito excepcional, nem do penal. No campo destes dois a lei só se aplica aos casos que especifica.

Funda-se a primeira restrição no fato de que o processo analógico transporta a disposição formulada para uma espécie jurídica a outra hipótese não contemplada no texto. Ora, quando este só encerra exceções, os casos não incluídos entre elas consideram-se sujeitos à regra geral.

Entretanto, não se pode confundir o *direito excepcional* com o *especial ou particular*, pois, neste cabe a analogia e a interpretação extensiva.

E agora surge a questão: qual a diferença entre *analogia* e a *interpretação extensiva*? Bobbio leciona com a resposta:

Foram imaginados vários critérios para justificar a distinção. Creio que o único critério aceitável seja aquele que procura compreender a diferença em relação aos diversos efeitos, respectivamente, da extensão analógica e da interpretação extensiva: o efeito da primeira é a criação de uma nova norma jurídica; o efeito da segunda é a extensão de uma norma a casos não previstos por ela. Citaremos dois exemplos. Pergunta-se se o art. 1577 do Código Civil Italiano, atinente às obrigações do locador em relação às reparações da coisa locada, pode estender-se às obrigações de mesma natureza do comodatário: se a resposta for afirmativa, criou-se uma regra nova para disciplinar o comodato, que antes não existia. Pergunta-se ao contrário, se o art. 1754 do Código Civil italiano, que define como mediador “aquele que põe em contato duas ou mais partes para a conclusão de um negócio”, estende-se também àquele que “induza à conclusão do negócio depois que as partes tenham iniciado os contatos sozinhas ou por meio de outro mediador”: se a resposta for afirmativa, não se criou uma regra nova, mas simplesmente ampliou-se o alcance da regra dada. **O primeiro exemplo é de analogia; o segundo, de interpretação extensiva.**²³³

²³² MAXIMILIANO, Carlos (2014). *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 173

²³³ BOBBIO, Norberto (2017). *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Editora Edipro, p. 145

Assim, considerando os exemplos de Bobbio, enquanto é correto dizer que com a interpretação extensiva estendeu-se o conceito de mediador, não é igualmente correto dizer, no caso do art. 1577 do Código Civil italiano, que com a analogia estendeu-se o conceito de locação, já que, neste caso, acrescentou-se a uma norma específica (locação), uma outra norma específica (comodato).

Em síntese, ocupa-se a analogia com uma lacuna do direito positivo, com hipótese não prevista em dispositivo nenhum, e resolve esta por meio de soluções estabelecidas para casos afins. Já a interpretação extensiva completa a norma já existente. Trata-se de espécie já regulada pela norma, enquadrada no sentido de um preceito explícito, embora não se compreenda na letra desta norma.

Carlos Maximiliano relembra que em matéria de privilégios, bem como em se tratando de dispositivos que limitam a liberdade, ou restringem quaisquer outros direitos, não se admite o uso da analogia. Igualmente as leis de finanças e as disposições instituidoras de impostos, taxas, multas e outros ônus, só abrangem os casos que especificam, portanto, não comportam o emprego da analogia.²³⁴

Na analogia o magistrado não age livremente, pois, desenvolve preceitos latentes, que se encontram no sistema jurídico em vigor. Trata-se de reproduzir a ideia essencial de preceito já formulado para casos semelhantes. Neste sentido, “escritores da escola histórico-evolutiva veem na analogia o complexo de meios utilizáveis para integrar o direito positivo com elementos tirados do próprio direito”.²³⁵

2.6.2. Costume

Costume é a prática uniforme, constante, pública e geral de determinado ato, com a convicção de sua necessidade.

Serpa Lopes leciona sobre os costumes:

²³⁴ MAXIMILIANO, Carlos (2014). *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 174

²³⁵ Ibidem, p. 174

Na definição de Geny, os costumes representam “toda a formação de regras jurídicas, processada fora da lei escrita, enquanto Du Pasquier os entende como sendo o uso implantado numa coletividade e por ela considerado juridicamente obrigatório: *jus moribus constitutum*. Trata-se da mais antiga forma de revelação do Direito. Originariamente, um puro fato; decisão tomada certo dia pelo chefe do grupo, com a qual todos se manifestam acorde e submissos, reputando-a justa, boa e razoável. Meio único de origem da regra jurídica nos primitivos tempos, contudo, tanto que uma legislação se tornou florescente, o seu pendor natural volveu-se para uma estratificação em um corpo da lei. São palavras de Ihering: “à medida que um povo tem sede de justiça, isto é, de igualdade, sentirá surgir nele a tendência para se tornar independente dos azares da inspiração puramente individual, e a transportar cada vez mais a justiça no próprio Direito. É na lei que se encontra o meio.”²³⁶

É o costume fonte supletiva em nosso sistema jurídico, porém, está colocado em plano secundário, em relação à lei. O juiz só pode recorrer a ele depois de esgotadas as possibilidades de suprir a lacuna pelo emprego da analogia. Por isso decorre o fato de o costume ser caracterizado como *fonte subsidiária ou supletiva*.

O costume difere da lei quanto à origem, posto que esta nasce de um processo legislativo, tendo origem certa e determinada, enquanto o costume tem origem incerta e imprevista.²³⁷

Ainda, diferenciam-se no tocante à forma, pois a lei apresenta-se sempre como texto escrito, enquanto o costume é direito não escrito, consuetudinário, salvo no caso de sua consolidação em ordenamentos em que possam ser consultados. Mesmo nestes, adverte Carlos Roberto Gonçalves, “como se deu na França, antes da codificação, com as regiões chamadas “países de direito costumeiro” e as coletâneas intituladas *Coûtumes de Paris*, conserva a característica de direito não escrito”.²³⁸

É o costume composto de dois elementos: a) o uso ou a prática reiterada de um comportamento (elemento externo ou material); b) a convicção de sua obrigatoriedade (elemento interno ou psicológico).

²³⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa (2000). *Curso de Direito Civil. Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos – Vol. 1* – Rio de Janeiro: Editora Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, p. 112 e 113

²³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto (2015). *Direito Civil Brasileiro – Parte Geral – 1*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 74

²³⁸ Ibidem, p. 74

A convicção da necessidade do costume é o que fundamenta a sua obrigatoriedade. Ela deve ser geral, cultivada por toda a sociedade ou observada por uma parcela considerável da comunidade, ou ao menos mantida por uma categoria especial de pessoas. No entanto, para que se converta em costume jurídico, e deixe de ser simples uso sem força coercitiva, é necessário que a autoridade judiciária tome conhecimento de sua existência e o aplique, declarando-o obrigatório.

Registre-se por oportuno, que em relação às leis, três são as espécies de costume: *secundum legem*, *praeter legem* e *contra legem*.

O costume *secundum legem*, é aquele que se encontra expressamente previsto na lei. Nesta hipótese, a sua eficácia é reconhecida pelo direito positivo, como nos casos mencionados, dentre outros, nos artigos 1297, § 1º, 596 e 615 do Código Civil.

Praeter legem, é o costume que se destina a suprir a lei, nos casos omissos, como prevê o 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro e artigo 126 do Código de Processo Civil. Tem-se como exemplo o costume de efetuar-se pagamento com cheque pré-datado, e não como ordem de pagamento à vista. É, portanto, costume *praeter legem*, um dos expedientes a que deve recorrer o juiz para sentenciar quando a lei é omissa.

Contra legem, é o costume que se opõe a lei. Não pode o costume, em regra, contrariar a lei, pois, esta só se revoga, ou se modifica, por outra lei. A doutrina dominante assenta-se no sentido de que o costume contrário à aplicação da lei não tem o poder de revoga-la, não existindo mais a chamada *desuetudo* (não aplicação da lei em virtude do desuso).

Em geral os autores rejeitam o costume *contra legem* por entende-lo incompatível com a tarefa do Estado e com o princípio de que as leis só se revogam por outras.

2.6.3. Princípios Gerais do Direito

Segundo Miguel Reale, toda a forma de conhecimento, seja filosófico ou científico implica a existência de princípios, ou seja, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber.²³⁹

Aqui está-se a falar de princípio apenas em seu sentido lógico, sem se ater à acepção ética deste termo.

Voltando ao aspecto lógico, pode-se dizer que os princípios são verdades que estruturam um sistema de conhecimento, “como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *praxis*”.²⁴⁰

No direito positivo brasileiro há um preceito que coincide com o vigente na maioria dos países de tradição romântica. Trata-se do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB),²⁴¹ a qual prevê que quando a norma jurídica for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os *princípios gerais do direito*.

O sistema das leis não é suscetível de acobertar todo o campo das situações que se apresentam em sociedade. Para essas situações que o legislador não conseguiu prever, gerando as lacunas, há também, além de outros recursos, os princípios gerais do direito.

Advirta-se de antemão, que aos princípios gerais de direito, não cabem somente a tarefa de preencher ou suprir as lacunas da legislação. Em verdade, a

²³⁹ REALE, Miguel (2014). *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 303

²⁴⁰ Ibidem, p. 303

²⁴¹ Art. 4º da LINDB: “Quando a lei for omissa, o juiz decidira o caso de acordo com a **analogia, os costumes e os princípios gerais de direito**”. (grifo nosso)

função integradora dos princípios gerais é bem mais ampla, já que o sistema jurídico vigente está impregnado de princípios desde sua norma fundamental.

Segundo Miguel Reale, os princípios gerais de direito são:

[...] enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática.²⁴²

A importância dos princípios é de tamanha magnitude que o legislador lhes confere força de lei, com a estrutura de modelos jurídicos, inclusive no plano constitucional.

Vale ressaltar que os princípios são eficazes independentemente do texto legal. Este, quando os consagra, confere-lhes força cogente, mas não lhes altera a substância, constituindo um “*jus prévio e exterior à lex*”²⁴³.

A depender da seara jurídica que está inserido, cada princípio terá a sua amplitude, visto que uns são objeto do Direito Civil, outros do Direito Constitucional, outros do Direito do Trabalho, etc. Ou seja, como elementos condicionadores ou fundantes da experiência jurídica, podem ter as mais diversas origens, consubstanciando exigências de ordem ética, sociológica, política, ou de caráter técnico. Nesta direção registrou Reale:

Bastará dar alguns exemplos para se verificar a complexidade e a variedade desses conceitos ou pensamentos gerais que informam a jurisprudência. Eles se abrem num leque de preceitos fundamentais, desde a intangibilidade dos valores da pessoa humana, vista como fulcro de todo o ordenamento jurídico, até os relativos à autonomia da vontade e à liberdade de contratar; à boa fé como pressuposto da conduta jurídica; à proibição de locupletamentos ilícitos; ao equilíbrio dos contratos, com a condenação de todas as formas de onerosidade excessiva para um dos contratantes; à preservação da autonomia da instituição familiar; à função social da propriedade; à economia das formas e dos atos de procedimentos; à subordinação da atividade administrativa aos ditames legais; à

²⁴² REALE, Miguel (2014). *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 305

²⁴³ Ibidem, p. 305

proteção da rápida circulação das riquezas e à crescente formalização de crédito; à exigência de justa causa nos negócios jurídicos; aos pressupostos da responsabilidade civil ou penal etc.²⁴⁴

Tais exemplos demonstram que os princípios gerais do direito não são preceitos de ordem moral ou econômica, e sim diretrizes que se inserem na experiência jurídica, convertendo-se, desta forma, em elementos componentes e essenciais do direito.

A introdução dos princípios gerais no ordenamento jurídico até o ponto de adquirirem força coercitiva, pode operar-se através das fontes de direito, a começar pelo processo legislativo, entretanto, é com mais frequência introduzido pela atividade jurisdicional e pela formação dos precedentes judiciais, bem como através dos usos e costumes e da prática dos atos negociais.

Assim, observa-se que os princípios se desenvolvem no plano do direito positivo, embora se fundem, de maneira mediata, em razões éticas do direito natural.

2.6.4. Equidade

Equidade é derivado do latim *aequitas* de *aequus* (igual, equitativo). Antigamente era tido em sentido análogo ao de justiça, pelo que, por vezes se confundiam. Desta forma, tanto um como outro se compreendiam como a disposição de ânimo, constante e eficaz, de tratar qualquer pessoa, segundo sua própria natureza, ou tal como é, contribuindo em tudo que se tem ao alcance, desde que não seja em prejuízo próprio, para torna-la perfeita e feliz.²⁴⁵

No entanto, no conceito atual, não é este o sentido de equidade, onde não se confunde com justiça, onde é aplicada. É compreendida como a igualdade de que nos falam os romanos: *jus est ars boni et aequi* (o direito e a arte do bem e do justo). E o bom, que vem do que é direito, e está na reta razão ou na razão direita, pode ser

²⁴⁴ REALE, Miguel (2014). *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 306

²⁴⁵ SILVA, De Plácido (2008). *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, P. 542

complemento na razão absoluta ou no que é equitativo. É um abrandamento ou a benigna e humana interpretação da lei, para sua aplicação.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, a *equidade* não constitui meio supletivo de lacuna da lei, mas sim recurso auxiliar da aplicação desta²⁴⁶.

Não é considerada em sua acepção lata, um ideal de justiça, mas é empregada quando a própria lei cria espaços ou lacunas para o juiz formular a norma que melhor se adequa ao caso. É utilizada quando a lei expressamente o permite.

O parágrafo único do artigo 140 do Código de Processo Civil prescreve que o juiz decidirá por equidade nos casos previstos em lei. Isso ocorre geralmente nos casos de conceitos vagos ou quando a lei formula várias alternativas e deixa a escolha a critério do juiz.²⁴⁷ Tem-se como exemplo o artigo 1586 do Código Civil, que autoriza o juiz a regular por maneira diferente dos critérios legais a situação dos filhos em relação aos pais, se houver motivos graves e a bem do menor.

A equidade está inserida no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB)²⁴⁸, e recomenda ao juiz que atenda, ao aplicar a lei, aos fins sociais a que ela se destina, adequando-a às exigências oriundas das mutações sociais e às exigências do bem comum.

²⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto (2015). *Direito Civil Brasileiro – Parte Geral – 1*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 77

²⁴⁷ Ibidem, p. 77

²⁴⁸ Art. 5º da LINDB: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

3. A QUESTÃO DA JUSTIÇA

3.1. Justiça: valor absoluto ou relativo?

Independentemente de qualquer direção ou posicionamento que se adote, a *ideia de justiça*²⁴⁹ traduz uma universalidade ou complexidade de expectativas, que tornam ampla a sua conceituação.

No curso da história do pensamento ocidental, reconhecendo, inclusive, as inúmeras perspectivas que se desdobram em torno da ideia de justiça, pode-se identificar várias correntes sobre o justo e o injusto, que se colocam aptas para o debate em torno da pergunta: *Afinal, o que é justiça?*

De fato. São inúmeros os pensadores e as tendências em torno do tema, e dentre elas pode-se destacar as seguintes: *teoria sofista, teoria socrática, teoria platônica, teoria aristotélica, doutrina cristã, teoria agostiniana, teoria tomista, teoria rousseauiana, teoria kantiana, teoria hegeliana, teoria kelseniana, teoria rawsiana*.²⁵⁰

Entretanto, dentre essa universalidade de pensamentos, ressalte-se que o pensamento ocidental, inclusive os ordenamentos jurídicos e as doutrinas jurídicas, foram impactadas pelas seguintes correntes: a) de *Platão* advém um legado segundo

²⁴⁹ DINIZ, Maria Helena (1998). *Dicionário Jurídico – Volume 3 – J-P*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 38: “**JUSTIÇA.** 1. *Filosofia do direito.* a) *Ratio juris*, ou seja, a razão de ser ou o fundamento da norma, que está vinculado a fins que legitimam a sua eficácia; b) *virtude* de que visa produzir a igualdade nas relações humanas e assegurar efetivamente o devido a cada um; c) aquilo que é conforme ao direito; d) o que tem por fim coordenar as atividades e os esforços diversificados dos membros da comunidade e distribuir direitos, poderes e deveres entre eles, de modo a satisfazer as razoáveis necessidades e aspirações dos indivíduos e, ao mesmo tempo, promover o máximo de esforço produtivo e coesão social (Bodenheimer); e) realização da ordem social justa; f) virtude de dar a cada um o que é seu por direito; g) virtude de que envolve em sua dialeticidade o homem e a ordem justa por ele instaurada, que é projeção do ser humano e valor-fonte de todos os valores no processo dialógico da história (Miguel Reale); h) valor jurídico, a cuja realização devem tender as normas e as instituições jurídicas; i) virtude da convivência humana, ou seja, de dar a cada um o que lhe é devido, segundo uma igualdade simples ou proporcional, exigindo, portanto, uma atitude de respeito para com os outros, dando-lhes aquilo o que tenham direito de ter ou de fazer. Daí as três notas essenciais da justiça em sentido estrito: a alteridade (ou pluralidade de pessoas); o devido (ou exigibilidade), e a igualdade (ou relação de conformidade quanto à quantidade) simples ou proporcional; j) qualidade do que é justo.

²⁵⁰ BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis (2011). *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 523

o qual a *justiça* é *virtude suprema*; b) de Aristóteles advém um legado segundo o qual a *justiça* é *igualdade e proporcionalidade*; c) dos juristas romanos advém um legado cujo o qual a *justiça* é *vontade de dar a cada um o que é seu*.

Neste primeiro momento, o foco não é responder a questão antes proposta, mas sim ressaltar o fato de que inclusive as tendências mais modernas da teoria da justiça *tem dado importância a esta para a vivência das experiências jurídicas, contrariando, desta forma, ao mero formalismo decorrente da corrente positivista*.

Caminhar lado a lado com a justiça, deve ser a meta de toda e qualquer atividade jurisdicional. Orientar o julgador neste intento, deve ser meta da doutrina e da teoria do direito. Nessa direção, contribuem as posições e ideias de diversos pensadores contemporâneos.

O *positivismo reduz a justiça à simples aplicação dos preceitos contidos no ordenamento jurídico*. A preocupação com a justiça, assim, seria uma realidade metafísica e, portanto, impossível de ser conceituada.

Sobre a discussão da justiça, Eduardo Bittar registra que Chaïm Perelman ocupa papel central. Neste sentido:

[...] além de tratar da questão da justiça, trazendo-a novamente para o seio das preocupações jurídicas, vê como saída para o impasse de sua conceituação o uso da teoria da argumentação. Ora, para Perelman, os conflitos em torno da justiça, e de seus possíveis enfoques, pode ser dirimido ante um método argumentativo, em que todas as oportunidades são oferecidas para a discussão dos valores envolvidos, emergindo do diálogo a **razoabilidade das respostas**. Chaïm Perelman, em seu ensaio sobre a justiça, **não admite que esta seja um valor absoluto, mas relativo e impassível de ser definido pelo conhecimento**; o valor é relativo e **depende da crença de cada qual**.²⁵¹

Destarte, aponta-se como direção para resolver o problema, a elevação da questão justiça para o nível da razoabilidade prudencial do diálogo e da

²⁵¹ BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis (2011). *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 524

argumentação. Assim, é a discussão racional, sobre *valores “mais ou menos aceitos, que constitui objeto de conhecimento sobre a justiça”*.²⁵²

Neste sentido, estudar justiça, coincide com estudar valores, e valores relativos que se discutem historicamente, culturalmente e socialmente.

Nas palavras de Eduardo Bittar, este relativismo também é encontrado em Kelsen. Para ele, sendo um valor relativo, a justiça é passível de várias acepções, variáveis ao sabor das preferências, tendências, bem como das culturas, das ideologias, das políticas, devendo ser admitido que o valor absoluto de justiça não é palpável para o homem. Aliás, Platão mesmo, em suas investigações, torna clara a verdadeira natureza da justiça, que é transcendente e inacessível para os homens.²⁵³

3.2. Justiça: é a finalidade do direito?

A justiça, desde tempos remotos, representou o preenchimento de sentido das práticas do direito, que acabou por se transformar num *mero proceder técnico, mecanizado e vazio*.

A história da humanidade, com suas ideologias, bem como com suas tendências político-econômicas, tornou o direito frágil, suscetível e vassalo aos comandos do poder político e econômico. O direito, muitas vezes, estrutura coercitiva da conduta humana social, se *destituído de essência e finalidade*, sujeita-se a qualquer finalidade, independentemente de qualquer valor, o que o torna instrumento de dominação e interesse de minorias.

Entretanto, deve-se resgatar a ideia de que o preenchimento semântico do direito pela ideia de justiça relaciona-se com a teleologia do movimento do que é

²⁵² BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis (2011). *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 525

²⁵³ KELSEN, Hans (2001). *O que é Justiça*. São Paulo: Editora Martins Fontes, p. 23-25

jurídico em direção ao que não é jurídico, mas é valorativo, e deve ser a axiologia a se realizar: a justiça.

Nesta direção a justiça passa a ser a *ratio essendi* do direito, e que, por si e em si, sem essa direção valorativa, não possui sentido. E neste sentir, registrou Tércio Sampaio Ferraz Júnior: “Por isso, também nestes termos, **a exigência moral de justiça é uma espécie de condição para que o direito tenha sentido**”.²⁵⁴ (grifo nosso)

De todo modo o que é perceptível é que o *direito* e *justiça* são conceitos distintos, no entanto, muitas vezes andam em sintonia, às vezes em dissintonia. Há que ressaltar, no entanto, que se nem sempre o direito caminha *pari passu* com a justiça, ainda assim ele o busca, ele nela deposita sua finalidade de existir e operar na vida social. O direito deve ser o veículo para a realização da justiça, ou seja, a *justiça deve ser a meta do direito*.

Há que se ressaltar, ademais, que a justiça não é coercível, é autônoma, correspondendo a uma norma moral, e não a uma norma jurídica. As normas jurídicas tem a absorver, embora nem sempre isso aconteça, normas de justiça. Operam como forma de compelir coercitivamente comportamentos injustos, de proscrever os socialmente, entretanto, não há que se negar a natureza da justiça como norma moral, e não jurídica.

Destes aspectos da questão, deve-se admitir que, com essas características, a *justiça, diante do direito, desempenha uma tríplice função*: a) é *meta do direito, dotando-o de sentido, justificando sua existência bem como finalidade*; b) é *o critério para seu julgamento, para sua avaliação*; c) serve como fundamento histórico para sua ocorrência, explicando-se por meio de sua imperfeições os usos humanos que podem ocorrer de valores muitas vezes razoáveis.

Feitas estas considerações preliminares, passa-se agora a analisar a justiça a partir de algumas de suas várias concepções.

²⁵⁴ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio (1994). *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 358

3.3. Algumas Concepções de Justiça

A ideia de justiça é elástica, já que abarca e traduz uma universalidade ou complexidade de expectativas que torna ampla a sua conceituação. Todavia, e com a expectativa de trazer à baila algumas das várias formas como a qual justiça se apresenta, os próximos tópicos tratarão da justiça nos seguintes aspectos: a) Platão: *justiça, metafísica, ordem política, ética e alma*; b) Aristóteles: *justiça, ética, virtude, justo e injusto e equidade*; d) Santo Agostinho: *justiça e o dar a cada um o que é seu*; g) Kelsen: *justiça como norma*.

3.3.1. Platão: justiça, metafísica, ordem política, ética e alma

A realidade divina, admitida para além da realidade humana e a admissão de que *existe uma justiça divina para além daquela conhecida e praticada pelos homens*. “O que é inteligível, perfeito, absoluto e imutável pode ser contemplado, e é o resultado dessa atividade contemplativa que se devem extrair os princípios ideais para o governo da *politeia*, tarefa delegada ao filósofo”.^{255 256}

Para Platão, existe uma justiça, infalível e absoluta, que governa o *kósmos*, e da qual não se pode furtar qualquer infrator, além da justiça ineficaz e relativa que é a justiça humana. A justiça não pode ser tratada unicamente do ponto de vista humano, terreno e transitório. A justiça é questão metafísica, e possui raízes no Hades (além-vida), onde a doutrina da paga (pena pelo mal; recompensa pelo bem) vige como forma de justiça universal. O homem justo, por suas razões singulares, participa da ideia do justo, e por isso, é virtuoso. Confira-se esta ideia em passagem do Livro IV, de As *Leis* de Platão:

Homens, o deus que tem em suas mãos segundo a tradição antiga, o começo, o fim e o meio de todos os seres que existem, encaminha-se

²⁵⁵ KELSEN, Hans (2008). *A Ilusão da Justiça*. São Paulo: Editora Martins Fontes, p. 498-503: Não são necessárias as leis, onde o filósofo platônico governa, pois, sua vontade é vontade do Estado. As leis somente aparecem como um paliativo, como uma alternativa viável para a falta de um verdadeiro homem sábio. Neste caso, as leis não podem e não devem ser desobedecidas em hipótese alguma.

²⁵⁶ BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis (2011). *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 120

diretamente para sua meta entre as revoluções da natureza; acompanha-o sempre a *Justiça*²⁵⁷, que se vinga daqueles que infringem a lei divina; e ela é, por sua vez, acompanhada por todo aquele que deseja a felicidade, que a ela se liga com humilde e ordenado comportamento; mas aquele que se enche de soberba, exaltado por suas riquezas e suas honras ou ainda pela beleza física e que através do orgulho associados à juventude e à loucura tem sua alma inflamada pela insolência, acreditando que prescinde de quem o governe ou o conduza e crendo, ao contrário, que é capaz de conduzir os outros – esse é abandonado e preterido pelo deus.²⁵⁸

A cosmovisão platônica, permite a abertura da questão da justiça a caminhos mais largos que aqueles tradicionalmente trilhados no sentido de construir o seu conceito.

A proposta platônica contém uma redução dos efeitos racionais da investigação, a uma maximização dos aspectos metafísicos do tema. Destarte, toda alma, após a morte, encontrará seu julgamento, que será feito de acordo com os mandamentos da justiça.²⁵⁹

Quanto à doutrina da paga no além dos males causados a outrem, deuses e homens, possui caráter essencialmente pitagórico e é essência da justiça cósmica platônica.²⁶⁰

O regramento ético e a sua conduta, possuem raízes no além (Hades), de maneira que o sucesso e o insucesso terreno, não representam critérios de mensurabilidade do caráter de um homem (se justo ou injusto). No mundo das aparências (terreno), o que parece ser justo, em verdade, não o é e o que parece ser injusto, em verdade não o é.

²⁵⁷ A justiça personificada pela divindade

²⁵⁸ PLATÃO (2010). *As Leis - incluindo Epinomis*. São Paulo: Editora Edipro, 716, p. 189

²⁵⁹ A noção de justiça funcionaliza-se de maneira que seja feita parte de uma ordem de coisas muito superior. Sua importância como máximo valor humano diminui à medida que a investigação evolui em seus aspectos metafísicos e transcendentais. De fato. A justiça participa do bem, ideia maior que tudo ordena, e para o que todo teleologicamente se direciona, ou seja, da ideia que abarca todas as demais virtudes como a amizade, coragem, amor, etc. A própria paga no além, é somente meio para a realização do bem supremo.

²⁶⁰ BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis (2011). *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 120

Esta inversão ético-valorativa operada por Platão faz com que todo equilíbrio das relações humanas, baseiem-se em critério palpáveis, acessíveis aos sentidos passíveis de serem discutidos pela opinião. O que se cria com tal visão, é que a expectativa de justiça, somente realizável no além, apesar de, às vezes, concretizar-se na vida terrena.

O melhor caminho à alma que se desprende do corpo é nada dever a ninguém, pois, aquele que algo dever, ainda que se esconda, sob a justiça encaminhada pela providência divina, haverá que sucumbir (*As Leis*). E a retribuição é o modo de justiça metafísica que ocorre desde o plano terreno e também no além (*A República*). Vejam-se passagens registradas por Platão:

Deste decreto dos deuses nem tu nem qualquer outra vítima do infortúnio jamais se gabará de ter escapado. Seus autores o colocaram acima de qualquer outro decreto e se impõe observá-lo rigorosamente, pois graças a ele tu nunca serás negligenciado, mesmo que na tua tacanhez mergulhasses nas entranhas da terra ou te elevasses nas alturas excelsas do céu. **Mas pagarás aos deuses a pena devida por ti, quer permaneças aqui na Terra quer realizes sua passagem ao [domínio] de Hades,** quer sejas transportado a uma região ainda mais hedionda.²⁶¹

E também não concordaremos que tudo que chega a alguém amado pelos deuses, na medida em que procede dos próprios deuses, é o melhor possível, a menos que seja a punição inevitável por algum erro que esse alguém tenha cometido numa vida anterior? [...]

Então é forçoso supormos que o mesmo é verdadeiro com respeito a um homem justo que cai na pobreza, na doença ou em algum outro mal aparente, a saber, que isso por fim acabará se revelando bom para ele, seja durante sua vida ou após esta, pois os deuses jamais descuidam de alguém que deseja ansiosamente tornar-se justo e através da prática da virtude assemelha-se, no que é possível, um ser humano a um deus.²⁶²

²⁶¹ PLATÃO (2010). *As Leis - incluindo Epinomis*. São Paulo: Editora Edipro, 905, p. 427

²⁶² PLATÃO (2014). *A República*. São Paulo. Editora Edipro, 613a, p. 458

Em Platão, a justiça agrada a Deus, e a injustiça o desagrada. A justiça é causa de bem para aquele que a pratica, e causa de mal para aquele que a transgride.²⁶³ Assim, nas palavras de Eduardo Bittar:

Passam à direita e para cima de Deus as almas que se destinam a fruir os gozos celestes, e passam à esquerda e para baixo de Deus as almas destinadas ao cumprimento de penas; as almas cumprem seus ciclos num longo período de provas, durante o qual permanecem indo e vindo entre duas realidades.

Toda alma que retorna de seu ciclo tem o direito de escolher, diante de três moiras²⁶⁴, a sorte que deseja cursar, em um vasto leque de opções, podendo optar por profissões e posições sociais as mais variadas, levando-se em conta as aptidões que já possui e que já adquiriu em vivências passadas; logo em seguida, submete-se a alma a beber a água do rio Ameles para o esquecimento do que viu e posterior renascimento. O próprio renascimento, momento de união do corpo com a alma, que está presa como a um cárcere àquele, significa a justiça em funcionamento, mecanismo que responsabiliza cada alma por sua conduta aqui e no Além. ²⁶⁵ (grifo nosso)

Destarte, conclui-se que, na justiça de Platão, não se pode ser justo ou injusto somente para esta vida, já que a alma, preexiste ao corpo, o que significa que subsiste à vida carnal, de maneira que ao justo caberá o melhor e ao injusto o pior. Nesse sentido, o resultado será implacável, pois, toda alma compadecerá diante de um tribunal, que sentenciará os acertos e os erros, determinando o fim de qual no além.

Outra necessidade para a realização da justiça, está na *ordem política platônica*, que é um imperativo para o convívio social. Neste sentido, os governados obedecem aos governantes que ordenam, e, nesta ordem, onde uns obedecem e outros ordenam, deve haver uma cooperação entre as partes para que se realize a justiça.

²⁶³ KELSEN, Hans (2008). *A Ilusão da Justiça*. São Paulo: Editora Martins Fontes, p.305-310: O castigo é a única forma de correção do incorreto (corrigir, ensinar, emendar). Também é a intimidação metafísica (temeridade pelo futuro no Hades) e aliada da correção e educação das almas.

²⁶⁴ Na mitologia grega, eram as três irmãs que determinavam o destino, tanto dos deuses, quanto dos seres humanos. Eram três mulheres lúgubres, responsáveis por fabricar, tecer e cortar aquilo que seria o fio da vida de todos os indivíduos.

²⁶⁵ BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis (2011). *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 121

A divisão do trabalho é a regra da justiça no Estado Ideal, e nesta direção três classes dividem-se em três atividades (política, defesa e economia), não sendo possível haver interferência de uma classe na atividade da outra, pois a interferência representaria a injustiça, pois, cada parte corresponde a uma parte da alma, e a alma racional, aliada à epítimética, deve governar. Neste sentido, a justiça na cidade é ordem e a desordem é sinônimo de injustiça. A justiça é a saúde do corpo social, pois, onde cada um cumpre o que lhe é dado fazer, o todo beneficia-se dessa complementariedade.

Para Platão, o *Estado Ideal* descrito sistematicamente em *A República*, é apenas meio para a realização da justiça, uma vez que estabelece uma ordem jurídica. Porém, para ele, esse Estado não existe na Terra, e sim no além, como modelo a se inspirar:

Eu comprehendo. Dizes que desejará participar da política do Estado que estávamos fundando e descrevendo, **aquele que existe em teoria, pois não creio que ele exista [na prática] em qualquer parte da Terra.**

Mas talvez, eu disse, haja um modelo no céu para quem queira contemplá-lo, e, sob a força dessa contemplação, constituir-se seu cidadão. Não faz diferença se existe ou algum dia existirá em alguma parte, pois essa pessoa participará dos assuntos práticos e políticos somente desse Estado e de nenhum outro.²⁶⁶

Ainda, o Estado Ideal para Platão, deve ser liderado não por muitos (democracia), uma vez que a multidão não saber governar, mas por um único (teocracia), o filósofo, o sábio, pois este contemplou a verdade, e está apto a realizarla socialmente, aliando-se, desta forma, poder e filosofia (platônica).

Destina-se a ética platônica a esclarecer que tal ética não se esgota na simples localização da ação virtuosa e de seu discernimento em relação à ação viciosa. Se a natureza do bem é metafísica, também a natureza da verdadeira e definitiva justiça será metafísica.

²⁶⁶ PLATÃO (2014). *A República*. São Paulo. Editora Edipro, 592b, p. 396

A alma ao moldar-se de acordo com estes reclamos, estará, definitivamente, a orientar-se de acordo com o bem. Ao desviar destes, estará, literalmente, desviando-se do caminho.

De todo modo, a educação (*paideia*) da alma tem por finalidade destinar a alma ao pedagogo universal, ao bem absoluto. No mundo, a tarefa de educação das almas, para Platão, deve ser levada a cabo pelo Estado, que monopoliza, no diálogo da República, a vida do cidadão.

A educação deve ser pública, com o objetivo ao melhor aproveitamento do cidadão pelo Estado e do Estado pelo cidadão. Destarte, a *justiça*, *ética* e *política* movimentam-se, no sistema platônico, numa só base, que deriva da ideia metafísica primordial do bem.

Tal ambiente de idealismo filosófico haveria de produzir condições favoráveis para o desenvolvimento de uma corrente de pensamento igualmente contundente, mas profundamente empírica que será tratada no próximo item.

3.3.2. Aristóteles: justiça, ética, virtude, justo e injusto e equidade

O tema da justiça na teoria de Aristóteles (384-322 a.C.), discípulo de Platão, fundador do Liceu e preceptor de Alexandre Magno, tem sede no campo ético, isto é, no campo de um saber que vem definido em sua teoria como saber prático.²⁶⁷

O trabalho operado pelo pensador permitiu, por meio de seus textos, que se congregassem inúmeros elementos doutrinários reunidos ao longo dos séculos, pelos quais se espalharam os conhecimentos gregos anteriores a ele (pré-socráticos, socratismo, sofistas, platonismo). É da junção das opiniões dos sábios, da opinião do povo, da experiência prática, avaliados e analisados criticamente, dentro de uma visão de todo do problema (justiça da cidade, justiça doméstica, justiça senhorial, entre outros) que foi concebida uma concepção propriamente aristotélica.

²⁶⁷ BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis (2011). *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 125

Sobre os principais conceitos do tema da justiça, sua discussão, sua exposição e sua crítica na teoria de Aristóteles encontram-se analisados e apresentados no livro intitulado *Ethica Nicomachea* (livro V), texto dedicado à ética (ação prática, vícios, virtudes, deliberação, decisão, agir voluntário, educação). É nesta obra, que o tema vem desdobrado em detalhes.²⁶⁸

Entretanto, falar de justiça, é comprometer-se com outras questões afins, tais como, as questões sociais, políticas e retórica. Destarte, Aristóteles também se lança na análise pontual do problema da justiça, dedicando algumas páginas de seus principais textos (*Politica*, *Rethorica*) a seu tratamento, sem se falar no diálogo de autenticidade duvidosa intitulado *Acerca da justiça* (*Perì dikaiosýnes*), que versa sobre o tema.

Aristóteles tem vasta obra, orbitando por diversos domínios do saber (ética, poética, política, física, metafísica, biologia, lógica), e engloba inclusive três trabalhos sobre a ética (*Ethica Nicomachea*, *Magna Moralia*, *Ethica Eudemia*).

No entanto, não é apenas a natureza ética do livro (*Ethica Nicomachea*) que faz com que a justiça ganhe imbricações éticas na teoria de Aristóteles. O fato é que Aristóteles tratou a *justiça entendendo-a como uma virtude*, assemelhada a todas as demais tratadas no curso da obra (coragem, temperança, benevolência).

Assim, a justiça, definida como virtude (*dikaiosýne*), torna-se o foco das atenções de um ramo do conhecimento humano que se dedica ao estudo do próprio comportamento humano. À ciência prática, intitulada ética, cumpre investigar e definir o que é o justo e o injusto, o que é ser temerário e o que é ser corajoso.

O conhecimento ético, o conhecimento do justo e do injusto, do bom e do mau, é uma primeira premissa para que a ação, converta-se em uma ação justa ou conforme à justiça, ou em uma ação boa ou conforme o que é melhor.

²⁶⁸ BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis (2011). *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 125

O que significa é que, não somente o conhecimento do que seja justo ou injusto faz do indivíduo um ser mais ou menos virtuoso, praticamente. E é nesse ponto mesmo que se deposita toda a excelência do estudo ético, perquirição em torno do fim da ação humana, pois, este também é objeto da investigação política, a mais importante das ciências práticas. É sua a tarefa de traçar as normas suficientes e adequadas para orientar as atividades da *pólis*, e dos sujeitos que a compõem, para a realização palpável do bem comum.

Destarte, uma vez que o bem do todo é coincidente com o bem das partes, não se encontra o indivíduo inteiramente absorvido pelo Estado ao ponto do sacrifício da esfera particular em prol da esfera pública.

A especificidade do estudo ético reside no fato de que os juízos baseados em leis fixas não lhe são aplicáveis, como ocorre, por exemplo, com o “conhecimento matemático”, as quais garantem a obtenção de resultados uniformes. Nesse aspecto, registrou Eduardo Bittar:

Então, o estudo ético está marcado por esse tipo de preocupação: definir sem constranger com conceitos, pois fica sempre aberta uma **margem de variabilidade que torna a principiologia ética flexível de indivíduo a indivíduo**.

Em outras palavras, **os princípios éticos não se aplicam a todos de forma única (a coragem não é a mesma para todos, a justiça não é a mesma para todos...)**, estando condicionados ao exame do caso particular para que, a cada um, de maneira personalizada e singularizada, se aplique o justo meio (*mesótes*). O conceito de justo meio (*mesótes*) não comporta de forma alguma uma compreensão genérica e indiferente às qualidades específicas dos indivíduos; é, pelo contrário, sensível, dentro das ambições teóricas de Aristóteles, à dimensão individual.²⁶⁹ (grifo nosso)

Como categorização genérica, a *justiça*, é uma *virtude* (*areté*), e, como toda virtude, assim como a coragem, a temperança, a liberalidade, a magnificência, é um justo meio (*mesótes*).

²⁶⁹ BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis (2011). *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 127

A construção do comportamento virtuoso, só é possível unicamente pela educação ética, ou seja, a criação do hábito do comportamento ético, o que se faz com a prática à conduta diurna do que é deliberado pela reta razão (*ortòs lógos*) à esfera das ações humanas. Nesta esteira de ideias, registro Eduardo Bittar:

A semântica do termo ética (éthos) indica o caminho para sua compreensão: **ética significa hábito, em grego**. Aqui, o importante é **a reiteração da prática virtuosa; nesse sentido, ser justo é praticar reiteradamente atos voluntários de justiça**. Está-se, destarte, a recorrer, novamente, ao capital valor da educação (*paideia*) como bem maior de todo Estado (pólis). ²⁷⁰ (grifo nosso)

A igualdade, ou seja, o justo meio na relação entre dois polos é a equilibrada situação dos envolvidos numa posição mediana, seja ela proporcional, seja ela absoluta. Este equilíbrio reside no fato de ambos compartilharem de um *medium*, não se invadindo o campo do que é devido ao outro.

Ressalte-se, no entanto, que apenas a atividade do injusto, ou seja, o reter uma porção maior de bens e menor de males, constitui propriamente um vício, sendo que sofrer a injustiça, estado de passividade por excelência, não pode ser considerado uma situação viciosa.

Destarte, “não são dois vícios que se contrapõem por um meio-termo, como ocorre com as outras virtudes, mas se trata de uma posição mediana entre o possuir mais e o possuir menos, relativamente a todo e qualquer bem que se possa conceber”.²⁷¹

A prática ética que cuida da conduta humana, tem esta tarefa de elucidar e tornar realizável, factível, a harmonia do comportamento humano individual e social. O meio de aquisição da virtude é ponto de fundamental importância nesse sentido.

²⁷⁰ BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis (2011). *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 128

²⁷¹ Ibidem, p. 128

De fato. Não sendo a virtude nem uma faculdade, nem uma paixão inerente ao homem, encontra-se neste apenas a capacidade de discernir entre o justo e o injusto, e de optar pela realização de ações conformes a um ou a outro.

A ideia de que a virtude, assim como o vício, adquire-se pelo hábito, deve ser renovada, através da reiteração de ações em determinado sentido, com conhecimento de causa e com o acréscimo da vontade deliberada.

O termo hábito (*éthos*), deve-se a própria terminologia das virtudes chamadas éticas. É próprio do homem a capacidade racional de deliberação, o que lhe confere a possibilidade de agir aplicando a razão prática na condução de sua conduta social. “Conhecer em abstrato (teoricamente) o conteúdo da virtude não basta, como à exaustão já se disse, ao *phrónimos*, sendo de maior valia a atualização prática e a realização da virtude”.

Destaque-se, ainda, que a teoria de Aristóteles analisa a diversidade de acepções em que normalmente se usa o termo justiça, e é desta análise dos usos do termo que surge uma classificação própria da justiça de acordo com suas acepções. Assim, a imensidão que se abre ao se reconhecer este pressuposto como válido (justiça é um termo plurívoco) é que permitiu a Aristóteles elaborar sua classificação e sua terminologia acerca da justiça. Desta forma, tendo-se anotado em quantos sentidos se diz o homem injusto (*ádikos*), poder-se-á dizer em quantos sentidos se diz o homem justo (*dikos*).

Após identificar que para o vocabulário justiça podem-se atribuir muitos sentidos, Aristóteles procede ao exame da primeira noção conceptual do termo, a saber, a noção de *justiça total* (*díkaion nomimón*), que consiste na virtude de observância da lei, no respeito àquilo que é legítimo e que vige para o bem da comunidade.

Considerando que a lei (*nómios*) seja uma prescrição de caráter genérico e que a todos vincula, então seu fim é a realização do bem da comunidade, e, como tal, do bem comum. Neste sentido, registrou Bittar:

A ação que se vincula à legalidade obedece a uma norma que a todos e para o bem de todos é dirigida; como tal, essa ação deve corresponder a um justo legal e a forma de justiça que lhe é por consequência é a aqui chamada justiça legal. **Aquele que observa os conteúdos legais pode ser chamado de justo, nesse sentido. O mesmo, a contrariu sensu, a respeito do injusto que lhe corresponde.**²⁷² (grifo nosso)

É gênero este tipo de justiça, ou seja, a acepção mais ampla que se pode atribuir ao termo. Desta maneira é que a justiça total é também chamada de justiça universal ou integral, e tal se deve ao fato de a abrangência de sua aplicação ser a mais extensa possível (já que as leis valem para o bem de todos). Assim, pode-se mesmo afirmar que toda virtude, naquilo que concerne ao outro, pode ser entendida como justiça, e é nesse sentido que se denomina justiça total ou universal. Nessa direção, novamente pontua Eduardo Bittar:

De fato, pode-se entendê-la como sendo a virtude completa ou perfeita (*areté téleia*) em relação ao semelhante, e não em absoluto, pois se a lei que versa sobre as mais diversas matérias e prescreve a prática das inúmeras virtudes exercitáveis no convívio social (temperança, magnificência...) é regularmente observada, por consequência tem-se que nenhum prejuízo a outrem se efetuará pelo homem que pratica atos de justiça.²⁷³

Quem não cumpre as leis contraria a todos que são por elas protegidos e beneficiados. Quem as acata, serve a todos que por elas são protegidos ou beneficiados. Deste modo, o integrante da comunidade relaciona-se indiretamente, por meio de suas atitudes comissivas no realizar das virtudes e omissivas diante dos vícios, com todos os que compartilham do modo de vida político, e os resultados de suas ações têm efeitos sobre todos. Este é o resultado direto da esfera individual sobre a coletiva, dado que ambas estão intrinsecamente imbricadas.

O *justo total* é o cumprimento do que é regra social de caráter vinculativo. O hábito humano de conformar as ações ao conteúdo da lei é a própria realização da justiça nesta acepção (justiça total). Aqui não reside parte da virtude, mas toda a virtude, pois o respeito à lei corresponde ao respeito de todos. Em certo sentido,

²⁷² BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis (2011). *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 130

²⁷³ Ibidem, p. 130-131

confunde-se até com o próprio sentido da virtude integral. Em essência, porém, difere a justiça total (*díkaion nomimón*) da virtude total (*dikaiosýne*). Esta é apenas uma disposição de espírito, enquanto aquela envolve não somente o *animus subjetivo* humano, mas também, e sobretudo, os importes relacionais para com o outro.

O justo particular corresponde a uma parcela da virtude. A justiça particular refere-se ao outro, singularmente no relacionamento direto entre as partes, e é, de certa forma, espécie do gênero justo total, pois quem comete um injusto particular não deixa de violar a lei, e como tal, praticar um injusto no sentido mais genérico.

O justo particular subdivide-se. De um lado, é espécie do justo particular o justo distributivo (*díkaion dianemetikón*); de outro lado, o justo corretivo (*díkaion diorthotikón*).

A primeira acepção do justo particular, ou seja, o justo distributivo, relaciona-se com todo tipo de distribuição levada a efeito no Estado (*politeía*), seja de dinheiro, seja de honras, de cargos, ou quaisquer outros bens passíveis de serem participados aos governados. A segunda acepção do justo particular, o justo corretivo, consiste no estabelecimento e aplicação de um juízo corretivo nas transações entre os indivíduos. Trata-se de uma justiça apta a produzir a reparação nas relações (*synallágmasi diorthotikón*).

Além do que já se disse acerca do justo e do injusto, deve-se buscar definir as relações existentes entre a *equidade* e a *justiça* (*epieíkeia pròs dikaiosýnen*).

De fato. Os termos não se equivalem perfeitamente, e, neste caso, o uso de um pelo outro conduz a equívocos notórios. Sendo semelhantes, porém não idênticos, devem ser distinguidos naquilo que lhes individualiza. É no gênero (*éteron tō génei*) que se dizem aproximados os conceitos de ambos os termos.

No direito, há uma figura denominada anomia, que significa não a falta de lei, mas um dissídio entre uma lei escrita e os princípios do justo. Por outro lado, a eunomia é o acordo entre a lei escrita e os princípios gerais do justo. Para os tribunais gregos, todo legal era justo, no entanto, nem todo justo era legal (lei escrita).

O justo advinha de uma virtude, atribuída a todo cidadão, de dirimir entre uma lei justa e outra injusta. Neste sentido, pontuou Tercio Sampaio:

Uma certa prudência ou bom-senso de que os magistrados, particularmente, deveriam ser bem dotados fazia com que o justo, entre os gregos, se identificasse como o equitativo, devendo a lei reposar sobre a equidade. Havendo conflito, o juiz sempre decidia *secundum bonum et aequum*, lembrando Aristóteles que “o bom juiz é o que recebeu uma cultura geral” (É. N., I, 1, 1095a)²⁷⁴.

Para Aristóteles, equidade e justiça são conceitos diferentes, mesmo pertencendo ao mesmo gênero. Coloca-se, assim, para ele, um dilema, pois, pode-se perguntar como pode algo que não é justo ou que é diferente do justo ser bom? Ou, ao contrário, se ambos são bons, então, devem ser idênticos. A resposta de Aristóteles começa por diferenciar entre gênero e espécie.

Existe um gênero que é o justo, do qual a lei e a equidade são espécies. Quanto ao gênero, a justiça conforme à lei e a equidade são iguais e boas da mesma forma. No entanto, quanto à espécie, a equidade é melhor. Por que?

Ao criar as leis, o legislador pode incorrer em duas espécies de lacunas: ou um fato lhe passa despercebido e a lacuna acontece contra sua vontade, ou, não diante da impossibilidade de tudo prever, estatui ele princípios gerais, e a lacuna será por sua vontade. Nestes termos:

Quando, portanto, a lei se expressa em termos gerais e surge um caso que não se enquadra na regra, será, então, correto – onde a expressão do legislador, por ser absoluta, é lacunar e errônea – corrigir a deficiência (preencher a lacuna), pronunciando como o próprio legislador teria pronunciado se estivesse presente oportunamente e teria legislado se tivesse conhecimento do caso em particular.²⁷⁵

A lei é sempre geral. Ela não pode abranger as minúcias que se multiplicam na realidade social. Neste sentido, pronunciou-se Tercio Sampaio:

²⁷⁴ FERRAZ Jr. Tércio (2009). *Estudos de Filosofia do Direito – Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 222

²⁷⁵ ARISTÓTELES (2018). *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Editora Edipro, 1137b1-20-25, p. 212

Pode-se dizer, comparativamente, que assim como Aristóteles vê no discurso em geral uma desvantagem que lhe é inerente (palavras em número finito para coisas em número infinito), o que não é tanto uma conquista da linguagem, mas uma limitação [...], do mesmo modo a lei escrita, que é universal, não se revela uma conquista da prudência legislativa, mas uma imposição do real humano, com ações de ordem particular a se multiplicarem.²⁷⁶

Destarte, a noção de justiça pode ser compreendida como o que é conforme à lei, em sua atualidade jurisprudencial, que versa sobre questões referentes às relações políticas, quer contempladas por leis particulares, quer naturais, escritas ou costumeiras, mas à medida que todo aparato se encontre informado pela equidade.²⁷⁷

O justo conforme à lei, se revela em seu estrito senso como equitativo, em última análise.

3.3.3. Santo Agostinho: justiça e o dar a cada um o que é seu

Considerando a difusão da filosofia e a expansão de seus postulados e contribuições na história do pensamento, há que se dizer que a maior contribuição para a formação e o desenvolvimento do pensamento medieval não foi romana, mas grega.²⁷⁸

Da conciliação dos postulados religiosos com os postulados filosóficos gregos, que se iniciaram diversas correntes de pensamento no medievo. Exemplos disso foram *Aurélio Agostinho* (séculos IV e V), na patrística, que perpetrou a fusão do platonismo com o cristianismo, e *Santo Tomás de Aquino* (século XIII), na escolástica, que, por sua vez, perpetrou a fusão do aristotelismo com o cristianismo²⁷⁹.

²⁷⁶ FERRAZ Jr. Tércio (2009). *Estudos de Filosofia do Direito – Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 222

²⁷⁷ Ibidem, p. 223

²⁷⁸ BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis (2011). *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 208

²⁷⁹ Ibidem, p. 208

Destarte, o marco teórico do período de toda filosofia, é a palavra revelada. Com o advento da doutrina cristã cristalizou-se novos ideais que se constituíram dogmaticamente em modelos de devoção e fé, que conduziram a filosofia a servir de recurso teológico de ascensão espiritual. A respeito, pontuou Eduardo Bittar:

A filosofia, nesse contexto, deixou de ocupar o importante papel que desempenhou anteriormente, perdendo parte da autonomia racional que possuía, para tornar-se *ancilla theologiae*. A própria interpretação mística dada às palavras de Jesus, “*E ele lhes disse: Vinde vós aqui, à parte, a um lugar deserto, e repousai um pouco*” (Marcos, 6: 31), passou a constituir paradigma de vida interior, o que constituiu um primeiro passo para a construção da estrutura de vida monástica que se expandiu e se perpetuou no curso dos séculos medievais.²⁸⁰ (grifo nosso e do autor)

É notória em Santo Agostinho a preocupação com o transcendente, não somente em função de sua conversão para o cristianismo, mas também por conta da influência platônica nos séculos III e IV da Era Cristã. A influência dos dogmas cristãos é notória, à medida que Santo Agostinho ganha maturidade. Nessa esteira de ideias registrou Eduardo Bittar:

A conversão de Augustinus, em 386, representou sua verdadeira adesão à filosofia, não no sentido de que não a praticasse anteriormente [...], mas no sentido de que sua profissão de fé se tornou o sacerdócio da palavra divina por meio de sua filosofia. [...]

É certo, então, que sua teoria, que se espalhava por diversos temas, estará marcada por esta ambivalência, ou seja, por um conhecimento minucioso das Sagradas Escrituras, de um lado, prova disso são as citações que recheiam seus escritos, e por um conhecimento amplo dos textos gregos clássicos e pós-clássicos, de outro lado. Foi exatamente o bom conhecimento das doutrinas cristã e pagã que permitiu ao Bispo de Hipona galgar o *status de pater ecclesiae*, soldando, com isso, a doutrina platônica especificamente ao ensinamento católico.²⁸¹ (grifo nosso).

²⁸⁰ BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis (2011). *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 208

²⁸¹ Ibidem, p. 212.

Santo Agostinho trata sobre o problema da justiça com lastro em pressupostos teleológicos, no entanto, não se pode ignorar a herança helenística²⁸² que agrega em seus escritos. Nessa direção registrou Bittar:

Identificar essas peculiaridades de sua formação é imprescindível para compreender o comprometimento de seus escritos com as teorias de Platão, Cícero, Plotino, Porfírio etc., bem como a influência do estilo e das preocupações doutrinais de Paulo de Tarso. **O que há em Augustinus, no plano de discussão dos problemas éticos, políticos e jus-filosóficos, que são os que mais diretamente se deitam sobre a temática justiça, é um resgate da metafísica platônica, tudo sob os fortes influxos da Palavra Evangélica.**²⁸³ (grifo nosso)

²⁸² GUARINELLO, Norberto Luiz. História Antiga. São Paulo: Contexto, 2013; FUNARI, Pedro Paulo. Grécia e Roma. São Paulo: Contexto, 2002: O **Período Helenístico** foi marcado pelo domínio do Império Macedônio sobre a Grécia. Localizados em uma região ao norte da Grécia, eram considerados bárbaros pelos povos gregos. Liderados por Felipe II conseguiram conquistar toda a Grécia em 338 a.C. marcando o início do período. Felipe morreu em batalha mas seu trono ficou para o filho, Alexandre Magno, que ascendeu ao poder em 336 a.C. Alexandre fora educado pela cultura grega e teve aulas com Aristóteles, o que marcou sua trajetória de conquista dos povos do oriente.

Alexandre Magno, que passou a ser conhecido como Alexandre, o Grande, foi o principal responsável pela cultura helenística que marcou o período. Além de manter os domínios já conquistados pelo pai, rumou em direção ao oriente conquistando novas terras e fazendo do seu império um império extenso. Após a morte de Alexandre, vítima de doença à época, seu império não se sustentou e foi dividido.

Alexandre Magno foi um importante nome do mundo antigo. O domínio macedônio e a expansão de Alexandre, o Grande, marcaram o que chamamos de **Período Helenístico, que se estende desde a conquista da Grécia pelos macedônios em 338 a.C. até sua anexação pelos romanos em 146 a.C.** Ao herdar o trono de seu pai, Felipe II, Alexandre procurou manter os domínios já conquistados por Felipe e expandir seu poder. Foi um viajante conquistador que, por onde passou, dominou os povos e tratou de espalhar a cultura grega. Nas sociedades que conquistou estabeleceu a forma de vida grega e sua organização social. **Assim, o período helenístico foi marcado pela mistura: dos povos conquistados do oriente com a cultura grega.** Ao construir templos, ágoras e ginásios por onde passaram a cultura grega se expandiu. O centro desta nova cultura, um misto dos gregos e da cultura oriental, estava localizada no Egito, na cidade de Alexandria, que teve a maior biblioteca do mundo antigo: a biblioteca de Alexandria. No entanto, a cultura helenística continuou existindo, pois se caracteriza por ser o resultado da mistura das culturas gregas e dos povos orientais conquistados por Alexandre. Foi através dele que a cultura grega se expandiu e se alastrou pelo oriente. **Os povos conquistados por Alexandre conviveram com a cultura grega assim como os gregos e macedônios conviveram com a cultura local, formando o que chamamos de helenismo.** Ainda assim, há pesquisadores que afirmam que é preciso ter cuidado: a expansão da cultura grega e a sua apropriação entre as sociedades orientais se deu, especialmente, entre as suas elites, que frequentavam os espaços destinados à difusão da cultura grega. Foi neste período que a cultura grega, além de se colocar para as sociedades ocidentais através das ideias, se fez presente também na forma física. As esculturas são grandes marcas da cultura helenística: elas representam os corpos humanos e sãometiculosamente detalhadas a ponto de representarem corpos em movimento.

²⁸³ BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis (2011). *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 213

A construção agostiniana sobre o *justo* e o *injusto* é concebida neste cenário, onde a transcendência que se concretiza na dicotomia existente entre o que é da *Cidade de Deus* (*lex aeterna*) e o que é da *Cidade dos Homens* (*lex temporalem*).

Em Agostinho, o problema da justiça funda-se na discussão da relação existente entre a *lei humana* (*lex temporalem*) e a *lei divina* (*lex aeterna*), compreendendo a análise das diferenças, influências, relações, etc, entre ambas. A esse respeito, novamente pontua Eduardo Bittar:

[...] discutir a situação do problema da justiça no conjunto de seu pensamento não significa buscar uma unidade sobre a questão em Agostinho. O que se pretende ao se discorrer sobre o **justo** e o **injusto** na doutrina agostiniana é sistematizar o que se encontra diluído no pensamento sobre o tema que se desenrolou em **inúmeras obras**. Trata-se, portanto, de vislumbrar, em meio à obra de Agostinho, os ensinos atinentes à justiça, sobretudo aqueles extraídos dos livros *De civitate Dei*, *De ordine*, *Confessiones*, *De beata vita*, *de Libero arbítrio*. Perceba-se, portanto, que uma pesquisa sobre a justiça na obra agostiniana não é uma pesquisa que deve ater-se a estreitos problemas terminológico-conceituais, como aquela que se deve empreender no sentido da compreensão das acepções da justiça na obra aristotélica (justiça política, justiça distributiva, justiça comutativa, justiça corretiva...). A **justiça em Agostinho identifica-se como humana e como divina**, e, para melhor compreender a discussão sobre esta oposição, deve-se proceder ao adequado inventário dos problemas e categorias de pensamento que a cercam.²⁸⁴ (grifo nosso)

O tema justiça em Agostinho não é um conjunto sistematizado de conhecimentos teóricos dedicados ao assunto. No entanto, não há dúvidas que o tema foi objeto de análise do pensador, já que em várias passagens dispersas em algumas de suas obras, teceu considerações sobre justiça. Assim, o que é possível identificar na obra agostiniana, não é propriamente um conceito de justiça, mas sim um conjunto de ideias construídas pelo filósofo acerca da questão.

Nas lições agostinianas é possível identificar a presença do dualismo platônico (corpo-alma; terreno-divino; mutável-imutável; transitório-perene; imperfeito-perfeito; relativo-absoluto; sensível-inteligível, etc.), que consolida a radical

²⁸⁴ BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis (2011). *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 214

concepção entre o que é e o que o que deve ser. Assim, a justiça pode ser dita *humana* e *divina*.²⁸⁵

É a *justiça humana* aquela que se concretiza como decisão humana em sociedade. Essa justiça tem como lastro a lei humana que é responsável por comandar o comportamento entre os homens que relacionam-se entre si, e com o que os cerca. No controle dessas relações que é concebida a lei humana.

Assim, não é tarefa da lei humana comandar o que preexiste ao comportamento social. Nesse sentido, para que seja possível pensar sobre o que preexiste, deve-se recorrer à ideia de Deus, que, como origem de tudo, como princípio unitário de todas as coisas, só pode ser o legislador maior do universo. Nesse sentido, registrou Bittar:

A tarefa divina no controle do todo é, aos olhos humanos, irrealizável. É exatamente a ilimitação de poderes de Deus que permite tudo conhecer, tudo saber, tudo coordenar. Pelo contrário, é a limitação humana que faz do homem um ser restrito ao que lhe está ao alcance imediato. A limitação humana torna o campo de abrangência das leis no tempo e no espaço igualmente restrito.²⁸⁶

Já a *justiça divina* é aquela que a tudo governa e preside. Da sua existência surge a ordenação de todas as coisas e em todas as partes, ou seja, em todo o universo. Baseia-se a justiça divina na lei divina, que é aquela exercida em condições independentes da posição sociocultural que marca diferenças legislativas entre os povos, civilizações e culturas diversas. É a lei divina, além de absoluta, imutável, perfeita, e infinitamente boa e justa.

A lei humana é inspirada pela lei eterna, da mesma forma que a natureza humana é inspirada pela natureza divina. Dessa forma, a natureza humana pode ser considerada uma natureza divina, já que todo criado é fruto do Criador. Destarte, a lei humana também é divina, ou seja, também participa da divindade, o que equivale a

²⁸⁵ BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis (2011). *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 215

²⁸⁶ Ibidem, p. 215

dizer que a fonte última de toda lei humana seria a própria lei divina. Nessa perspectiva registrou Eduardo Bittar:

Quando, porém, se trata de falar sobre a justiça divina, deve-se advertir, de que não se está a falar somente da justiça de Deus como justiça d’O Criador, mas também de uma justiça que se desdobra na própria justiça humana. Grife-se que a lei divina não é somente a lei d’Ele, mas também a que Ele produz nos homens; nesse sentido, e somente nesse sentido, a lei dos homens também é divina, à medida que é dada por Deus.²⁸⁷

Por sua onisciência e onipresença, a justiça divina não se confunde com a justiça humana, que por vezes cria a desordem e até mesmo a injustiça. Não somente a lei divina é perfeita, mas também o julgamento que se faz com lastro na lei divina.

O que torna as leis humanas imperfeitas, incorretas, e muitas vezes injustas, não deriva da fonte de inspiração divina, mas da própria pobreza do espírito humano. Nessa esteira de ideias, temos o registro de Eduardo Bittar:

Nada além do pecado original que corrompeu a natureza humana, está por trás deste écran existencial, prenhe de lamentos e de sofrimentos. O homem existe, e sua natureza é corrupta; é nesse sentido que se pode dizer que o homem se desgarrou de sua origem. Não há aí mero determinismo informando a teoria agostiniana, mas uma profunda consciência de que o livre-arbítrio, sede da deliberação autônoma do homem, é seu motivo maior de queda espiritual.

E, nessa ordem de ideias, em que homens, instituições, governos, julgamentos, ordenações, organizações, comportamentos são corruptos, também leis são corruptas. Esse é o estado de coisas humano; esse é o estatuto da lei humana.²⁸⁸ (grifo nosso)

Assim, neste conjunto de ideias, a justiça é compreendida como profundamente maculada pelos próprios defeitos humanos, e, por conseguinte, é viciada.

Outros são os pontos que marcam as diferenças entre a lei humana e a lei eterna. Os comandos de ambas são diversos já que o que uma comanda, por vezes,

²⁸⁷ BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis (2011). *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 215

²⁸⁸ Ibidem, p. 217

à outra é indiferente e o que uma recrimina, para a outra, não requer nenhuma atenção. Destarte, para que o homem atinja a perfeição da alma e a busca do eterno, imprescindível que trilhe os caminhos guiados pela lei eterna. Diferentemente, a lei dos homens não se preocupa com o bem-estar da alma. Para a lei dos homens é indiferente o bem-estar da alma, desde que seus regramentos não sejam desrespeitados.

Ainda que submetida a toda imperfeição, a lei ditada pelos homens constitui recurso indispensável na organização social. Trata-se de ajuda para os homens no governo das coisas humanas, e, assim, deve estar próxima dos mandamentos de justiça. Nessa dimensão, registrou Eduardo Bittar:

[...] Agostinho está preocupado não só com o relacionamento da lei eterna com a humana, de modo que a eterna se veja cada vez mais presente e imiscuída na realidade das leis humanas. **Agostinho quer mesmo salvaguardar a noção de que o Direito só possa ser dito Direito, quando seus mandamentos coincidirem com mandamentos de justiça.** Conceber o Direito dissociado da justiça é conceber um conjunto de atividades institucionais humanas que se encontram dissociadas dos anseios de justiça.²⁸⁹ (grifo nosso)

E continua:

Invocando o conceito de república (*res-publica*) de Cícero, ao lado da doutrina de Varrão, Agostinho quer dizer que o que se faz com o direito se faz com justiça, e o que se faz sem justiça não se pode fazer com Direito; **as iníquas instituições humanas por si só não podem ser chamadas de Direito.** Ainda uma vez se diga, para Agostinho, **o Direito não se concebe dissociado da noção de justiça.** Isso reafirma a noção de que nem qualquer reunião de pessoas pode ser chamada de povo. **A coisa pública que se forma em torno de um povo deve ser administrada não só com Direito, mas sobretudo com justiça.** Assim, Direito e justiça atrelam-se, ainda que em meio à transitoriedade dos interesses humanos, andando de mãos dadas.²⁹⁰ (grifo nosso)

Neste sentido, já que a lei ditada pelos homens deve estar de mãos dadas com a justiça, todo governo deve pautar-se nos preceitos da *lex divina*, para ser

²⁸⁹ BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis (2011). *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 218

²⁹⁰ Ibidem, p. 219

caracterizado como governo justo. Dissociar o governo e a divindade é fazer um poder vazio, destituído de sentido e de finalidade, e, portanto, destituído de justiça.

Destarte, identifica-se que a filosofia agostiniana ao tratar da questão da justiça, vem marcada, sobretudo, pela noção romano-ciceroniana de que o governo de direito é o governo justo, *em que a justiça é o dar a cada um o que é seu*.

Tal virtude de atribuir a cada um o que é seu é uma virtude que coordena interesses e vontades, criando a ordem. Assim, nas lições agostinianas, não há república sem ordem, não há ordem sem direito e não há direito sem justiça.²⁹¹

Desrespeitar esta ordem significa desrespeitar a ordem de Deus, atribuindo algo a alguém que disto não é merecedor. Na distribuição do que é devido a cada um, deve haver equilíbrio, visto que atribuir algo a alguém a quem não deva ser dado, deixando-se, portanto, de atribuir algo que a alguém é devido, acarreta a injustiça. Assim, a justiça relaciona-se com a ordem, com a razão sobre as paixões, das virtudes sobre os vícios, de Deus sobre os homens.²⁹²

3.3.4. Kelsen: justiça como norma

Para compreender *justiça em Kelsen*, deve-se primeiro compreender a relação mantida entre as normas jurídicas (objeto do estudo do direito) e as normas morais (objeto do estudo da ética).

Destarte, *em Kelsen, discutir sobre justiça, é discutir sobre normas morais*. Entretanto, *para Kelsen, discutir sobre justiça não é discutir sobre direito*, e vice-versa, já que *toda ordem jurídica é definida pelas normas jurídicas que possui*. Assim, as normas jurídicas são compreendidas pela ciência do direito, e são normas entre outras sociais, e as normas morais são objeto de estudo da ética como ciência.

²⁹¹ BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis (2011). *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 219

²⁹² Ibidem, p. 220

Já com essa delimitação inicial, percebe-se em Kelsen que a doutrina da justiça não é objeto de conhecimento do jurista, que deve preocupar-se em compreender a mecânica das normas jurídicas.

É característica do direito de poder ser moral (direito justo), e de poder não ser moral (direito injusto). Evidentemente prefere-se o direito justo ao injusto, porém, não é isto que retira a validade de determinado sistema jurídico. Um direito positivo pode ser justo ou injusto, ou seja, um direito positivo sempre pode contrariar algum mandamento de justiça, e nem por isso deixa de ser válido.²⁹³

O direito não precisa respeitar um mínimo de moral para ser definido e aceito como tal, pois a natureza do direito, para ser garantida em sua construção, não requer nada além do valor jurídico²⁹⁴. Confirma-se mais uma vez que, o que foi posto pelo legislador é norma jurídica, se consignado internamente no ordenamento jurídico dentro dos moldes procedimentais e hierárquicos suficientes para tanto.

Destarte, a conclusão acerca da relação entre direito e moral não pode ser outra senão, a de que: “A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral Absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral.”²⁹⁵

Assim, em Kelsen, é válida a ordem jurídica ainda que contrarie os alicerces morais. Validade e justiça de uma norma jurídica são juízos de valores diversos, portanto (uma norma pode ser válida e justa; válida e injusta; inválida e justa; inválida e injusta).

A discussão sobre o tema justiça não se encontra no escopo da obra *Teoria Pura do Direito*, já que Kelsen quer eliminar de seu conteúdo a preocupação com o que é justo e injusto. Para ele, tratar sobre a justiça, é missão da ética, ciência que se

²⁹³ KELSEN, Hans (2001). *O que é Justiça?* São Paulo: Editora Martins Fontes, p. 363

²⁹⁴ Kelsen, Hans (2000). *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, p. 74

²⁹⁵ Ibidem, p. 75

ocupa de estudar não as normas jurídicas, mas as normas morais e, por isso, tem a incumbência de detectar o certo e o errado, o justo e o injusto.

Entretanto, esta não foi a única obra de Kelsen, o que significa que ele se preocupou em discutir o conceito de justiça. Em *Teoria Pura do Direito*, a abordagem gira em torno somente do direito positivo.

Sobre a questão da justiça, houve a publicação das seguintes obras: *O que é justiça?*; *O problema da justiça*; e *A ilusão da justiça*.

Na obra *O que é justiça?* as doutrinas sobre a justiça são divididas em *racionalistas* (Aristóteles, Kant, direito natural, etc.) e *metafísico-religiosas* (Platão, Jesus, entre outros), e recebem pormenorizado estudo. Já nos estudos preambulares da obra, Kelsen declara sua opinião de que a justiça não pode ser concebida de forma absoluta, e que, portanto, não pode ser entendida como lugar estanque, comum a todos os homens, de conteúdo inefável, tratando-se, pelo contrário, de algo extremamente mutável, variável. Para Kelsen, é esse relativismo que deve induzir à tolerância, e a tolerância à aceitação. Sua teoria da justiça resume-se a isso.

A resposta cristã ao problema da justiça consiste na obediência a qualquer direito, pois todos os direitos derivam de Deus. Nesse caso, a fundamentação parte para uma concepção religiosa. Seria nesta certeza religiosa que repousaria uma possível certeza científica. Kelsen, porém, adverte que a fé não garante certeza à ciência.²⁹⁶

Suas investigações sobre a ideia da justiça das Sagradas Escrituras, é concluída como uma justiça extremamente contraditória.²⁹⁷ Isso porque a Palavra Revelada deveria ser a fonte não de ideias díspares, incompatíveis, conflitantes, mas de harmonia, integração, coesão, signos da imutabilidade da lição divina. Sua pesquisa, então, desenvolve-se no sentido de mostrar as incongruências textuais dos

²⁹⁶ KELSEN, Hans (2001). *O que é Justiça?* São Paulo: Editora Martins Fontes, p. 251-259

²⁹⁷ Ibidem, p. 27-80

textos sagrados, sobretudo aquelas existentes entre o Antigo e o Novo Testamento. Neste sentido, registrou Bittar:

Trata-se de estudar, com essas ambições, uma fonte religiosa sobre a justiça (Bíblia), onde sua concepção vem estritamente fundada no poder da Revelação de Deus (atos e palavra); seus atos são suas intervenções na vida das pessoas, sua palavra, aquela dada nos Evangelhos. Esse tipo de investigação deveria ser suficiente para identificar um conceito único e definitivo de justiça (a justiça como valor absoluto), ou seja, um sobre o qual se pudesse confiar toda fé, toda esperança, todo fulgor da alma, podendo-se, então, dormir o sono científico dos justos. Existe, porém, uma franca contradição entre o Antigo Testamento (princípio da retaliação ensinado por Javé) e o Novo Testamento (com Cristo, a lei do amor e do perdão). É essa contradição que motiva à descrença num valor absoluto, perene, único, que induz ao relativismo. A diferença é muito acentuada, destaca Kelsen, entre os ensinamentos dados pela lei mosaica (Moisés e o Decálogo), a doutrina crística (Jesus Cristo e sua pregação) e os ensinos paulianos (Paulo de Tarso e suas Cartas e Exortações).²⁹⁸

Assim, estas variações não permitem falar de uma unidade de conceitos ou de valores cristãos-judaicos absolutos dentro dos Evangelhos. Muitas contradições conduzem a *soluções de justiça diversas*, o que faz pressentir falta de homogeneidade na Palavra Revelada. É acentuado o fato de que o juízo final provocará muitos males, e sua justiça ocorrerá por meio da retribuição (penas e castigos).²⁹⁹

Se a pesquisa, ao contrário, se detiver sobre concepções filosóficas, as mais evidentes e de maior influência na Antiguidade grega, talvez seja possível reter algo de definitivo acerca do conceito de justiça. No entanto, a pesquisa elaborada por Kelsen sobre as teorias platônica³⁰⁰ e aristotélica é exatamente uma pesquisa que demonstra o caráter insatisfatório dessas teorias para responder à questão: o que é justiça? Nesta direção, registrou Bittar:

De fato, quanto à teoria platônica da justiça, para Kelsen, reafirma-se o aspecto metafísico e transcendente da teoria platônica, que operacionaliza seus conceitos com base nas categorias real/ideal; a

²⁹⁸ BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis (2011). *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 398

²⁹⁹ KELSEN, Hans (2001). *O que é Justiça?* São Paulo: Editora Martins Fontes, p. 69-70

³⁰⁰ Ibidem, p. 81-107

análise debruça-se sobre os principais aspectos aprofundados em *A ilusão da justiça*. A justiça, na teoria platônica, é uma virtude, e liga-se diretamente à virtude a ideia de conhecimento (só se erra por ignorância), de modo que a virtude é algo ensinável; contudo, se todo conhecimento somente pode ser dito como tal se se detiver nas essências, e não nas aparências, então, a justiça que se ensina é acerca do que É e não do que parece ser; entre Bem e Mal, a justiça ensinável é algo que aponta para o Bem. Todavia, o que é justo não pode ser objeto de *dóxa*, mas somente de *epistéme*, e esta não é senão o conhecimento por meio da dialética; **a própria massa dos homens não está em acordo quanto ao que seja a justiça.**³⁰¹ (grifo nosso)

A crítica de Kelsen recai ao fato de a teoria platônica estar exercendo uma vontade de eticizar o mundo natural, julgando-o entre bem e mal.³⁰² Nessa concepção, tudo que é material é efêmero, e tudo que é só pode ser entendido como tal se inefável, transcendente.

Em resumo, extraí-se da doutrina que não se pode ser justo ou injusto somente para esta vida, pois, se a alma preexiste ao corpo, é porque também subsiste à vida carnal. Assim, ao justo caberá o melhor e ao injusto o pior. Ao justo, a ilha dos bem-aventurados, ao injusto, o Tártaro. Toda alma aparece nua diante de um Tribunal, que sentenciará os acertos e os erros, determinado o fim de cada qual no além.³⁰³

Neste sentido, o direito positivo (justiça relativa, imperfeita, realizável, humana) deve ser obedecido, pois, seu fundamento está na natureza e na transcendência da própria justiça absoluta, esta inatingível, inalcançável, inexprimível.

Já, quanto à teoria aristotélica da justiça³⁰⁴, Kelsen interpreta o sistema de ideias sobre a justiça contida na *Ética à Nicômaco* como um esquema matemático-geométrico. Assim, a justiça dotada de igualdade e proporcionalidade, dividida em distributiva (geométrica), comutativa (aritmética), seria nada mais que um esboço de

³⁰¹ BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis (2011). *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 398

³⁰² KELSEN, Hans (2008). *A Ilusão da Justiça*. São Paulo: Editora Martins Fontes, p. 279

³⁰³ Ibidem, p. 279

³⁰⁴ KELSEN, Hans (2001). *O que é Justiça?* São Paulo: Editora Martins Fontes, p.109-135

matematização da justiça, esboço naturalmente, segundo Kelsen, fadado ao fracasso teórico.

Partindo da identificação do bem maior metafísico (Deus), procura-se identificar na investigação da ética uma busca pelo que é o bem para o homem (felicidade). Residindo a felicidade na virtude, e sendo a justiça uma virtude, nestes quadrantes é que se tecem considerações sobre a doutrina do meio-termo (*mesótes*).

Kelsen quer declarar insuficiente remeter a definição da justiça a uma fórmula vazia, ao “a cada um o seu” (segundo o mérito ou segundo o princípio da não invasão do que é do outro). O que é meu, e o que é seu, para Kelsen não parece claro o suficiente para que sirva de parâmetro para definição.

Em Kelsen, a justiça aristotélica aparece dividida em justo total (legitimidade), subdividido em justo natural e justo positivo, e justo particular, subdividido em justo distributivo (igualdade geométrica) e justo comutativo (igualdade aritmética).

Estaria aqui, para Kelsen, a falha da teoria, que, preocupada com a identificação de espécies e subespécies, de tipos e classificações, teria perdido a noção de sua importância prática. Mais ainda. Quando Aristóteles remete a discussão sobre a justiça para a necessidade da amizade (entre amigos não há a necessidade de justiça), Kelsen quer ver aí uma renúncia de Aristóteles à discussão do tema do qual se acercou: a justiça. Porque, para Kelsen, Aristóteles teria deixado de definir o que é a justiça, remetendo o problema para a amizade.³⁰⁵

Para Kelsen, nenhuma resposta, muito menos, sobre o que seja a justiça se pode encontrar, nas teorias jusnaturalistas.³⁰⁶

³⁰⁵ BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis (2011). *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 400

³⁰⁶ KELSEN, Hans (2001). *O que é Justiça?* São Paulo: Editora Martins Fontes, p.177-201

Em qualquer teoria do Direito natural, qualquer que seja sua origem e sua proposta, sempre se estará procurando uma constância de valores imanentes na “natureza”.

No fundo, o que se quer dizer é que a resposta do direito natural é a seguinte: a natureza aparece como legisladora, ou melhor, a natureza é a norma fundamental de todo ordenamento jurídico. A este respeito, registrou Bittar:

Como o conceito de “natureza” em si já é fluido, esta natureza pode ser: humana; biológica; social; racional. A ambiguidade e os retoques teóricos já começam aqui, demonstrando que o terreno do que seja o natural é em si fonte de discórdias entre seus próprios teóricos. A dificuldade avulta, quando se procura identificar justiça e natureza, e por consequência, justiça e direito, pois o que ocorre é uma confusão imperdoável entre valor (dever-ser) e fato (causa/efeito). Dessa forma, esse tipo de abordagem recai invariavelmente na aceitação de um essencialismo dedutível e observável da natureza. Na avaliação de Kelsen, a demonstração, método próprio da ciência natural, é confundida com a avaliação, método próprio das ciências valorativas. O(s) jusnaturalismo(s), portanto, procedendo dessa forma, não estaria(m) apto(s) a responder ao desafio do que seja a justiça.³⁰⁷

Eduardo Bittar, registra, por oportuno, que as escolas sobre as teorias do justo e o injusto são muitas, especialmente em Kelsen, na obra o *Problema da Justiça*, e continua:

Podem-se, pelo menos, alistar as seguintes teorias que partem de um pressuposto para encerrarem suas conclusões, a saber: 1. o dar a cada um o seu (*suum cuique tribuere*); 2. a regra de ouro (Não faças aos outros o que não queres que façam a ti); 3. o imperativo categórico (Age sempre de tal modo que a máxima do teu agir possa por ti ser querida como lei universal); 4. o evitar o mal e o fazer o bem (*bonum faciendum et male vitandum*); 5. o costume como valor de justiça social; 6. o meio-termo aristotélico (*mesótes*); 7. a retribuição; 8. a equivalência na prestação; 9. o amor ao próximo; 10. o contrato social, a democracia liberal; 11. a justiça e a felicidade; 12. o jusnaturalismo da natureza, da razão...³⁰⁸

³⁰⁷ BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis (2011). *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 400

³⁰⁸ Ibidem, p. 401

A posição de Kelsen é cética diante destas tantas escolas e doutrinas e nega a preponderância de uma sobre outra. Para ele são múltiplas as formas de compreender o que seja a justiça, ficando, portanto, a questão sem resposta.

Este ceticismo leva Kelsen a afirmar que o terreno dos valores está destituído de qualquer constância. A existência de valores díspares é motivo de descrença para o filósofo da matematização e do rigorismo. Não admitindo existência à justiça absoluta, que só se pode conceber com base em pressupostos metafísicos e não científicos, sua doutrina se abeira da noção de justiça relativa, como resposta à questão do que seja a justiça.

Justiça e injustiça nada têm a ver com validade de determinado direito positivo. Esta é a marca de Kelsen. A validade de uma ordem jurídica não vem contrariada pelo simples fato de que o Direito se tenha construído contra a moral.

O que é válido prepondera sobre o que é justo, pois o que é válido está de acordo com os modos de existência normativa de dado ordenamento jurídico. O que é justo, por sua vez, está no plano das especulações, dos valores etc. e aceitar que o justo prepondera com relação ao válido é trocar o certo pelo incerto.³⁰⁹

O princípio de validade de todo um ordenamento é determinado pela sua norma fundamental, pressuposto lógico-técnico do sistema, e não qualquer norma de justiça.³¹⁰

O tema justiça pode ser tratado por um detido estudo do que é e do que não é justo/injusto, mas dessa tarefa está isenta a ciência do direito, ao estilo de Kelsen. “O que há é que uma teoria sobre a justiça responde por concepções acerca do justo e do injusto, e o que é justo e injusto nem sempre é claro e unânime. Contudo, que há um justo e que esse justo é um justo relativo, isso Kelsen admite”.³¹¹

³⁰⁹ KELSEN, Hans (2017). *O Problema da Justiça*. São Paulo: Editora Martins Fontes, p. 11

³¹⁰ Ibidem, p. 117

³¹¹ BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis (2011). *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, p. 402

3.4. A Busca do Justo

Como foi apontado, o *conceito de justiça* é elástico, comportando várias significações.

Destarte, o *conceito de justiça* está vinculado: à razão de ser ou o fundamento da norma; à virtude de que visa produzir a igualdade nas relações humanas; àquilo que é conforme o direito; à ordem social justa; à virtude de dar a cada um o que é seu, entre tantas outras vinculações. Assim, já que a justiça se apresenta de maneiras variadas, as formas de se buscar o justo também são variadas.

A justiça, desde tempos remotos, representou o preenchimento de sentido das práticas do direito, que acabou por se transformar num mero proceder mecanizado e vazio frustrando a realização do justo. Neste sentido, o direito tornou-se frágil, suscetível dos comandos do poder político e econômico. O direito, muitas vezes, estrutura coercitiva da conduta humana social, se destituído de essência e finalidade, sujeita-se a qualquer finalidade, independentemente de qualquer valor, o que o torna instrumento de dominação de minorias.

Deve-se, entretanto, resgatar a ideia de que o preenchimento semântico do direito pela ideia de justiça relaciona-se com a teleologia do movimento do que é jurídico em direção ao que não é, mas é valorativo, e deve ser a axiologia a ser realizada. Nesta direção, a justiça passa a ser a *ratio essendi do direito*.

De qualquer forma, é notório que o *direito* e *justiça* são conceitos distintos, porém, muitas vezes andam em sintonia, às vezes nem tanto. Ressalte-se, entretanto, que apesar de nem sempre o direito caminhar lado a lado com a justiça, ainda assim, ele o busca, ele nela deposita sua finalidade de existir e atuar na vida social. Assim, o direito deve ser o veículo para a realização da justiça, ou seja, a sua meta.

Alcançar o justo através de uma decisão justa, deve ser o escopo de toda e qualquer atividade jurisdicional. Orientar o julgador nesta missão, deve ser a meta da doutrina e da teoria do direito. Nessa direção, contribuem as posições e ideias de diversos pensadores.

No entanto, há uma indagação a realizar: *O positivismo jurídico caminha pari passu com a justiça?*

Antes da tentativa de responder a tal indagação, cabe registrar a importância histórica do período que concebeu a dogmática positivista.

O positivismo jurídico tal qual foi concebido no final do século XIX, objetivou, especialmente, sistematizar a aplicação e o estudo do direito reduzindo-se, portanto, a *insegurança jurídica causada pelo direito natural*, evidenciando-se, assim, a sua importância.

Na busca de pragmatismo científico, enfocando a realidade observável e não a mera especulação filosófica, o positivismo separou o direito da moral e dos valores transcendentais. Nessa esteira de raciocínio, direito é norma emanada do Estado com caráter imperativo e força coativa.

No entanto, ao longo do tempo o *positivismo jurídico enfraqueceu*, sujeitando-se à várias críticas até sofrer derrota histórica. A ambição positivista de certeza jurídica que substituiu o ideal racionalista de justiça, além de ter custado um altíssimo preço para história da humanidade, *mostrou-se insuficiente diante de determinadas demandas apresentadas pela sociedade, insusceptíveis de serem solucionadas pelo pragmatismo do ideal positivista*.

Exatamente diante desta insuficiência construída pelo pragmatismo e cientificismo do positivismo jurídico, que este se tornou incapaz de responder à complexidade das várias novas demandas da sociedade. Assim, é certo afirmar que, para o mundo atual, a dogmática positivista tal qual foi concebida, não é capaz de alcançar o justo, razão pela qual, portas se abriram para uma nova fase: o *pós-positivismo*.

O *pós-positivismo*, não objetivando desconstrução, mas uma superação do convencional, iniciou uma nova trajetória que busca ir além da estrita legalidade, sem menosprezar o direito positivado, no entanto, *incorporando a ele as ideias de justiça e legitimidade*.

Então, neste novo cenário, reforça-se a pergunta: *O pós-positivismo conduz a busca do justo?*

É de se destacar, antes da tentativa de responder a esta nova indagação, que esse novo pensamento jusfilosófico surgiu para impor limites valorativos ao aplicador do direito, com pretensão de correção do sistema. Decisões apartadas da justiça, como as que ocorreram no fascismo e no nazismo não poderiam mais ser aceitas, e a sociedade percebeu que se não houvesse na *atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito poderia servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei.*

A partir desse novo pensamento, *a interpretação e a aplicação do ordenamento jurídico são lastreadas por uma teoria de justiça, sem comportar voluntarismos ou personalismos, especialmente os judiciais.*

Neste novo conjunto de ideias, incluem-se: *a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a razão prática e a argumentação jurídica são reabilitadas; forma-se uma nova hermenêutica; desenvolve-se uma teoria dos direitos fundamentais, consolidada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana.*

Destarte, é de se concluir que, mesmo com algumas deficiências, é possível sim, com esta nova realidade do direito, *caminhar com a justiça.*

A sociedade evoluiu, e o direito, mesmo que não na mesma velocidade, esforça-se para acompanhá-la. *Do jusnaturalismo ao positivismo, e deste último ao pós-positivismo, aonde mais chegaremos? Quais complexidades mais surgirão em nossa sociedade? Estas são perguntas que ficam, mas com a certeza de que a sociedade terá muitos operadores capazes de trazer as devidas respostas.*

CONCLUSÃO

Após a análise das correntes jusfilosóficas que acompanharam a história do direito ao longo dos séculos, *conclui-se pela extrema importância de cada uma delas*. Cada qual à sua maneira, com suas especificidades e deficiências, foi capaz de sustentar, por longo período, a organização da sociedade.

O *jusnaturalismo*, fundado na existência de um direito natural, teve como ideia central o reconhecimento de que há na sociedade um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não nascem de um ordenamento jurídico instituído pelo Estado, ou seja, independem do direito positivado. Cultivado e desenvolvido ao longo de mais de dois milênios, havia se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos no decorrer do século XIX e já não simbolizava a revolução, mas sim a estagnação, abrindo portas ao positivismo jurídico.

O *positivismo jurídico* como doutrina, surgiu ao final do século XIX em oposição ao *direito natural*. Assim, a escola positivista do direito, foi concebida especialmente no intuito de sistematizar a aplicação e o estudo do direito, reduzindo-se, portanto, a *insegurança jurídica causada pelo direito natural*. No entanto, ao longo do tempo o *positivismo jurídico enfraqueceu*, sujeitando-se a várias críticas até sofrer derrota histórica. A ambição positivista de certeza jurídica que substituiu o ideal racionalista de justiça, além de ter custado um altíssimo preço para a história da humanidade, mostrou-se insuficiente diante de determinadas demandas apresentadas pela sociedade, insuscetíveis de serem solucionadas pelo pragmatismo do ideal positivista. Também, de outro lado, já havia um discurso científico que dominava o direito, e seus operadores não mais ambicionavam o retorno ao *jusnaturalismo*, aos fundamentos abstratos, vagos ou metafísicos de uma razão subjetiva.

Neste cenário surge o *pós-positivismo*, objetivando uma superação do convencional, iniciando uma nova trajetória que busca ir além da estrita legalidade, sem menosprezar o direito positivado, mas, incorporando nele as ideias de justiça e legitimidade. Para a construção desse novo ideal, houve a contribuição de vários

estudosos, objetivando cada qual ao seu modo e estilo, relativizar a separação entre Direito e Moral, e foram abordados os posicionamentos de *Peces-Barba*, *Dworkin* e *Alexy*.

Dentro do cenário pós-positivista, alguns pontos críticos foram abordados, incluindo a deficiência no ensino das escolas de direito, bem como a forma com a qual o bem da vida pretendido será entregue àquele que o pleiteia, tendo como enfoque o preparo dos juristas.

Houve a abordagem da *hermenêutica*, da *interpretação*, onde foram tecidos comentários, inclusive, sobre a *diferenciação entre os dois institutos*, concluindo-se que: a diferenciação entre *hermenêutica* e *interpretação* não é defendida por todos os doutrinadores, já que alguns consideram ambas como sinônimas, ou atividades contidas uma na outra de maneira inseparável. De outro lado, há os que entendem que a atividade interpretativa é inteiramente subordinada às normas de hermenêutica, já que esta última é constituída pelas regras que regem esta ciência. Defendem, ainda, o caráter científico da hermenêutica que justifica sua abstratividade e generalidade. No entanto, para aqueles que defendem a diferenciação tem-se que: a *hermenêutica que apresenta a característica de fornecer subsídios e regras para a atividade interpretativa*, é bem diferente da característica conferida à *interpretação*, que é sempre concreta, o que equivale a dizer que só é possível exercitar-se a interpretação quando ela está perante um caso a carecer de decisão. Isso significa dizer que a norma ganha vida e compreensão plena, no momento de sua interpretação e aplicação.

Foi analisada a *importância da atividade interpretativa*. Neste aspecto, destacou-se que há tempos é a interpretação um dos temas mais desafiadores colocados frente ao aplicador do direito, e hodiernamente, diante da complexidade dos conflitos que se apresentam, há uma demanda intensa da atividade de especulação dos métodos interpretativos.

Ainda, foram tratados os *métodos da atividade interpretativa*, tais como: *método gramatical* (filológico, literal ou léxico); *método exegético* (escolástico, dogmático, tradicional ou psicológico); *método sistemático* (lógico-sistemático);

método histórico-evolutivo (evolutivo ou sociológico); método teleológico. Há evidente destaque para estes dois últimos métodos, tendo em vista a utilidade social e os critérios valorativos aos quais se ligam, objetivando a justiça e a utilidade comum.

Houve uma breve passagem pela *hermenêutica jurídica crítica*, destacando-se que o direito tem vida não somente para manter a ordem, mas para transformá-la.

Foram abordados alguns aspectos dos *problemas especiais da interpretação*, constatando-se que a hermenêutica jurídica atual, não abarca as teses do *direito livre*, e desenvolve a compreensão histórico-evolutiva, de modo que entende a norma jurídica como: a) um modelo operacional de comportamentos possíveis; b) um conjunto que deve ser interpretado de maneira interrelacionada; c) constituída de fatos e valores que originalmente a constituíram. Nesse cenário o intérprete assume um papel positivo e criador no processo hermenêutico. Esta tarefa é de extrema importância especialmente no caso de ser constatada a existência de lacunas no sistema legal, o que demandará a *integração normativa*.

A *integração normativa* também mereceu abordagem, destacando-se o *problema da incompletude do ordenamento jurídico (o problema das lacunas)*. Aqui, foi constatado que deveria ser a realidade do ordenamento jurídico, a *completude*. Por *completude* entende-se a característica que possui o ordenamento jurídico de contemplar normas suficientes e capazes de tratar quaisquer casos que lhe sejam apresentados, e neste caso, o ordenamento estaria com *ausência de lacunas*. Entretanto, não é esta a realidade que se apresenta. Em razão da complexidade da sociedade, e, por conseguinte, diante dos inúmeros conflitos e diversas possibilidades de demandas que surgem, torna-se impraticável que o legislador preveja todos estes fatos e situações sociais com a respectiva criação de normas regulamentadoras. Diante dessa realidade, de ausência de um ordenamento completo para tratar todas as questões apresentadas, está-se diante da *incompletude do ordenamento jurídico*, e mais ainda, está-se diante do *problema das lacunas*. A respeito destas, foram abordados os meios para satisfazer a realização e a integração do direito: *analogia; costume; princípios gerais do direito; e equidade*.

A justiça foi tratada no derradeiro capítulo. Diante da complexidade do tema e dos vastos pensamentos a respeito, o presente estudo limitou-se a abordar os registros de *Platão*, *Aristóteles*, *Santo Agostinho* e *Kelsen*, tendo em vista o impacto causado pelas correntes de tais pensadores nas doutrinas jurídicas.

Por último, tem-se no presente trabalho que na atual realidade jurídica pós-positivista, que inclui: a) a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; b) a reabilitação da razão prática e a argumentação jurídica; c) uma nova hermenêutica; d) o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais, consolidada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana, é possível, apesar das inevitáveis deficiências apontadas nesse trabalho, caminhar com a justiça, embora muitas vezes haja dissintonia entre esta e o positivismo jurídico.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017;
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Malheiros, 2017;
- ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018;
- ANDRADE, Christiano José de. *O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica*. São Paulo: Editora RT, 1992;
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Editora Edipro, 2018;
- BAPTISTA, Francisco de Paula; RAMALHO, Barão de. *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Editora Saraiva, 1984;
- BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Rio de Janeiro: Artigo da Revista de Direito Administrativo, número 240, p. 1-42. Biblioteca Digital FGV, 2005;
- BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Artigo da Revista de Direito Administrativo, número 225, p. 5-37. Biblioteca Digital FGV, 2001;
- BARBA, Gregorio Peces. *Ética, Poder y Derecho*. México: Editora BEP, 2004;
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Editora Malheiros, 2014;
- BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, 2011;
- BLOOM, Harold. *Um Mapa da Desleitura*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003;
- BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO Gianfranco. *Dicionário de Política – Vol. 1*. Brasília: Editora UnB, 2010;
- _____ . *Dicionário de Política – Vol.2*. Brasília: Editora UnB, 2010;
- _____ . *Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico*: Editora Unesp, 2016;
- _____ . *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Editora Ícone, 1995;
- _____ . *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Editora Edipro, 2016;
- _____ . *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Editora Edipro, 2017;

- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017;
- CANOTILHO, J.J Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (2014). *Comentários à Constituição do Brasil* – São Paulo: Ed. Saraiva, 2014;
- CARNEIRO, Daniel Dix. *O Positivismo Jurídico e Sua Evolução como Pensamento: Um histórico de Sucesso ou Fracasso?* Vitória: Artigo da Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, nº 9, p. 105-142, jan./jun.2011;
- CASAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. Espanha: Artigo do Cuadernos de Filosofia del Derecho, número 21, volume 1998, p. 209-220. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1998;
- CÍCERO, Marco Túlio. *Da República*. São Paulo: Editora Edipro, 2011;
- DINIZ, Maria Helena. *Conceito de Norma Jurídica como Problema de Essência*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003;
- _____ . *Dicionário Jurídico – Volume 2 – D-I*. São Paulo: Editora Saraiva, 1998;
- _____ . *Dicionário Jurídico – Volume 3 – J-P*. São Paulo: Editora Saraiva, 1998;
- DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho. Justiça e Valor*. São Paulo: Editora
- _____ . *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2017;
- _____ . *O Império do Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014;
- _____ . *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001;
- FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.
- FERRAZ Jr. Tércio. *Estudos de Filosofia do Direito – Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*. São Paulo: Editora Atlas, 2009;
- _____ . Tércio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Editora Atlas, 2015;
- _____ . *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, 1994;
- FUNARI, Pedro Paulo. *Grécia e Roma*. São Paulo: Editora Contexto, 2002;
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Editora Vozes, 1997;

- GARAPON, Antoine. *Bem Julgar – Ensaio sobre o Ritual Judiciário*. Porto Alegre: Editora Instituto Piaget;
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Parte Geral - 1*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015;
- GUARINELLO, Norberto Luiz. *História Antiga*. São Paulo: Editora Contexto, 2013;
- HART, Herbert Lionel Adolphust. *O Conceito de Direito*. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2012;
- HEIDEGGER, Martin. *A Caminho da Linguagem*. Petrópolis: Editora Vozes, 2003;
- _____ . *Ontologia (Hermenêutica da facticidade)*. Petrópolis: Editora Vozes, 2012;
- HESPAÑHA, António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. Portugal: Editora Europa-América, 1997;
- HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992;
- HOBBES, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2014;
- HUME, David. *Uma investigação sobre princípios da moral*. São Paulo: Unicamp, 1995;
- JHERING, Rudolf Von. *A finalidade do Direito – Vol. 1*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979;
- JHERING, Rudolf Von. *A finalidade do Direito – Vol. 2*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979;
- KELSEN, Hans. *A Ilusão da Justiça*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008;
- _____ . *O Problema da Justiça*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011;
- _____ . *O que é Justiça*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001;
- _____ . *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000;
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil. Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos – Vol. 1* – Rio de Janeiro: Editora Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 2000;
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014;
- MAFFETTONE, Sebastião. VECA, Salvatore. *A ideia de justiça de Platão a Rawls*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005;
- PLATÃO. *As Leis - incluindo Epinomis*. São Paulo: Editora Edipro, 2010;
- _____ . *A República*. São Paulo. Editora Edipro, 2014;

- REALE, Miguel. *Direito Natural/Direito Positivo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012;
- _____. *O Direito como Experiência*. São Paulo: Editora Saraiva, 1968;
- _____. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014;
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo. Editora Edipro, 2007;
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2015;
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1997;
- SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2015;
- SOUSA, José Pedro Galvão de. *O Positivismo Jurídico e O Direito Natural*. São Paulo: Editora LAEL, 1940;
- SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008;
- SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Editora Porruá, 1997;
- _____. *Nueva Filosofía de La Interpretación del Derecho*. México: Editora Fondo de Cultura Econômica, 1956;
- STEIN, Ernildo. *A questão do método na filosofia. Um estudo do modelo heideggeriano*. Porto Alegre: Editora Movimento, 1983;
- _____. *Exercícios de Fenomenologia: Limites de um Paradigma*. Ijuí: Editora Unijuí, 2004;
- _____. *Às voltas com a Metafísica e a Fenomenologia*. Ijuí: Editora Unijuí, 2014;
- _____. *Pensar e Errar: um ajuste com Heidegger*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011;
- _____. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí: Editora Unijuí, 2002;
- _____. *Aproximações sobre Hermenêutica*. Porto Alegre: Editora Edipucrs, 2004;
- STRECK, Lenio Luiz. *Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2016;
- _____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011;
- _____. *Hermenêutica e Epistemologia: os 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011;
- _____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004;

- _____. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Editora RT, 2014;
- _____. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014;
- USERA, Raúl Canosa. *Interpretación Constitucional y Fórmula Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988;
- VOLTAIRE, François Marie Arouet. *O Preço da Justiça*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006;
- WARAT, Luís Alberto. *Ensino e Saber Jurídico*. São Paulo: Editora Moderna, 1996;
- _____. *Filosofia do Direito – uma introdução crítica*. São Paulo: Editora Moderna, 1996;
- _____. *Introdução Geral ao Direito – I – Interpretação da Lei – Temas para uma Reformulação*. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1994;
- _____. *Introdução Geral ao Direito – II – O Direito não Estudado pela Teoria Jurídica Moderna*. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1997;
- _____. *Introdução Geral ao Direito – III – Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1995;
- _____. *Mitos e teoria da interpretação da lei*. Porto Alegre: Editora Síntese, 1979;
- _____. *O Direito e Sua Linguagem – 2ª versão*. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1995;
- WOLKER, Antônio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015;
- _____. *Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015;
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editora Trotta, 2011.