



Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

Leandro Dias Porto Batista

HERMENÊUTICA JURÍDICA PARA ALÉM DO POSITIVISMO:

superação de paradigmas à luz da teoria de Ronald Dworkin

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília - UNICEUB.

Orientador:
Prof. Dr. Alvaro Ciarlini

BRASÍLIA
2011



Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

Leandro Dias Porto Batista

HERMENÊUTICA JURÍDICA PARA ALÉM DO POSITIVISMO:

superação de paradigmas à luz da teoria de Ronald Dworkin

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília - UNICEUB.

Orientador:
Prof. Dr. Alvaro Ciarlini

BRASÍLIA
2011



Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

Leandro Dias Porto Batista

**HERMENÊUTICA JURÍDICA PARA ALÉM DO POSITIVISMO:
superação de paradigmas à luz da teoria de Ronald Dworkin**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília - UNICEUB.

Orientador:
Prof. Dr. Alvaro Ciarlini

Brasília, 7 de outubro de 2011.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Alvaro Ciarlini
Orientador

Prof.
Examinador

Prof.
Examinador

Dedico este estudo à memória de Raimundo José Alves Batista, meu amado pai, que deixou um legado de ensinamentos e muitas saudades.

AGRADECIMENTOS

À Zilé Dias, pelo carinho e dedicação inesgotáveis dispensados desde sempre.

À Camila, cujo carinho e companheirismo desvelados, além de me tornarem seu eterno devedor, se revelaram o sustento sem o qual certamente sucumbiria ao peso das adversidades que se acumularam.

Ao camarada Carter, que apontou o caminho para além do encarceramento do Torreão, e com quem, hoje, tenho a honra e o privilégio de cerrar fileiras no palmilhar do duplo caminho das letras e das armas.

Ao meu orientador, Alvaro Ciarlini, que soube escutar todas as insipiências que eu tinha a falar e, nada obstante, teve a paciência e a serenidade cuidadosa de me guiar com toda sua sabedoria. Sua orientação soube transformar uma catástrofe nessa monografia, sendo que os eventuais erros que ainda persistirem são todos meus!

Videmus nunc per speculum et in aenigmate e a verdade, ao invés de cara a cara, manifesta-se deixando às vezes rastros (ai, quão ilegíveis) no erro do mundo, tanto que precisamos calculá-lo, soletrando os verdadeiros sinais, mesmo lá onde nos parecem obscuros e quase entremeados por uma vontade totalmente voltada para o mal.

Umberto Eco

RESUMO

A hermenêutica jurídica lecionada nas diversas escolas que compõem o positivismo jurídico constituiu um grande passo para consolidação do quadro político do Estado Moderno. Todavia, nos dias de nossa contemporaneidade, surge a necessidade de se ultrapassar o processo interpretativo formalista ou objetivista amarrado pelos paradigmas positivistas para encontrar uma interpretação adequada à nossa complexa sociedade que atenda a necessidade de autorrenovação do Direito ou mesmo que sirva como um instrumento adequado para resolução de casos difíceis. Diante desse contexto, a interpretação descrita na teoria de Ronald Dworkin se mostra como um passo para ultrapassarmos os paradigmas impostos à interpretação pelo positivismo que se perpetuam até o presente.

Palavras-chaves: hermenêutica jurídica, positivismo, Ronald Dworkin.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. HERMENÊUTICA JURÍDICA NO POSITIVISMO JURÍDICO	9
1.1 A Hermenêutica Jurídica e o Positivismo Jurídico - O dogma da completude do ordenamento jurídico	9
1.2 A Escola Histórica em oposição à Escola da Exegese – A inserção sistemática e restrita do elemento histórico na interpretação.....	16
1.3 A Jurisprudência dos Conceitos, a Jurisprudência dos Interesses e a Jurisprudência dos Valores – A inserção do elemento valorativo na interpretação e aplicação do direito.....	27
2. HERMENÊUTICA JURÍDICA PARA ALÉM DO POSITIVISMO JURÍDICO	43
2.1 A compreensão da função concretizadora da hermenêutica jurídica ...	43
2.2 A interpretação construtiva na teoria integrativa de Ronald Dworkin ...	51
CONCLUSÃO	79
REFERÊNCIAS	83

INTRODUÇÃO

Em apenas três séculos a sociedade humana atravessou mais revoluções políticas, culturais e intelectuais do que jamais fora visto em toda sua história. Nada mais previsível que o Direito também fosse levado por essa torrente racional, com tal impetuosidade em sua vazão, a ponto de transformar o terreno dialético da interpretação jurídica em um córrego de incertezas.

A expoente complexidade da sociedade impôs à hermenêutica uma nova função: assim como a própria norma passou da mera dicção da vontade do soberano para a efetivação da voz do povo, a sua interpretação expandiu os limites da mera elucidação para uma função concretizadora do próprio Direito.

Com efeito, o foco da hermenêutica jurídica transpôs a simples e, ao mesmo tempo intangível, meta de interpretar a distância cronológica entre o momento da elaboração da norma e o da sua aplicação e passou a buscar a efetividade entre a generalidade de seu enunciado e a singularidade dos casos.

Essa necessidade de uma hermenêutica construtiva se afigura ainda mais patente quando temos como tarefa a análise de normas constitucionais que, em sua maioria, sequer explicitam regras imperativas e objetivas. Antes, as normas constitucionais se limitam a orientar e consagrar princípios almejados pelo Estado.

O mesmo acontece quando temos de interpretar e aplicar o Direito diante de uma indeterminação lacunar que invariavelmente nos deparamos. Afinal, a dinamicidade com que evoluem os fatos sociais excede infinitamente a imaginação legislativa de nossos conspícuos representantes democráticos.

Portanto, não há dúvidas de que, muitas vezes, devemos atribuir sentido às normas que sequer foram ventilados no momento de sua confecção.

Ocorre que o processo interpretativo formalista ou objetivista, proposto pelo positivismo, tem se mostrado em crise ao desempenhar tal complexidade exigida pela dinamicidade das transformações sociais.

Atualmente, diversas teorias pretendem desatar as amarras da mera aplicação objetiva do direito legislado com uma redefinição política do papel dos intérpretes do direito, utilizando o afazer hermenêutico para sanar um direito que se encontrava em descompasso com as demandas da sociedade.

No presente estudo, escolhemos a teoria integrativa de Dworkin como um possível passo para ultrapassar o cosmo da interpretação dogmática positivista em sentido estrito.

Em sua sedimentação, o trabalho explorará as várias correntes hermenêuticas, situadas em diversas situações históricas, de modo a estruturar a análise evolutiva e comparativa das correntes doutrinárias.

Adverta-se, porém, que esta fase se restringe apenas a uma passagem perfunctória, porém necessária à própria concretização do ciclo do estudo. A compreensão, ainda que vaga, das referidas posturas positivas constitui pressuposto para as críticas e conclusões centrais do estudo.

Rigorosamente, essas leituras, agasalhando-se em sua vocação pragmática, sobrevivem até os dias atuais e, ainda, são pregadas como absolutas em certos meios acadêmicos.

Portanto, mesmo correndo o risco de incorrerem em reducionismo ou, até mesmo, de negligenciarmos alguma corrente doutrinária considerada importante para o leitor ou, pelo contrário, dedicarmos por demais a escolas tidas menores, o referido esforço é necessário.

Assim, no primeiro capítulo analisaremos a Escola da Exegese, a Escola Histórica, a Escola Pandectística, a Jurisprudência dos Interesses e a Jurisprudência dos Valores, destacando que cada uma das referidas escolas representou um marco importante para todo o direito, com a inserção de elementos fundamentais para a interpretação jurídica.

Em seguida, no segundo capítulo, demonstrada a necessidade de ultrapassar os paradigmas positivistas, descreveremos a teoria desenvolvida por Dworkin, pontuando suas considerações acerca da interpretação jurídica e demonstrando que

suas premissas apontam a direção para a superação do método interpretativo formalista.

Por fim, de forma a ilustrar o trabalho, e, até mesmo aproximá-lo da realidade, colocaremos em análise e o julgamento do RE n. 418.376 e exemplificaremos como deveríamos preceder sua interpretação, conforme a teoria integrativa de Ronald Dworkin.

Todavia convém ressaltar que a referida comparação não pretende esgotar todas as premissas fixadas no desenvolver da monografia, nem adentrar ao estudo profundo do caso. Trata-se, em realidade, de uma análise que, devido a suas especificidades, não comporta, nem pretende, a conjugação de toda doutrina exposta. É, conforme ressaltado, apenas uma pequena ilustração para nos aproximar da realidade, que é sempre mais complexa e frustrante do que o plano teórico.

1. HERMENÊUTICA JURÍDICA NO POSITIVISMO JURÍDICO

1.1 A Hermenêutica Jurídica e o Positivismo Jurídico - O dogma da completude do ordenamento jurídico

A concepção jurídico positivista do direito dominou todo o século passado e, ainda nos dias correntes, exerce patente influência nos limites do afazer hermenêutico.

Com efeito, o surgimento da doutrina do positivismo jurídico remonta ao próprio surgimento do Estado moderno.

O Estado moderno teve sua gênese na necessidade de se ultrapassar a primitiva organização medieval feudal, que não comportava mais os avanços demográficos e sociais.

Com sua ascensão, o direito deixa de ser um fenômeno social de aplicação variada a cada uma das comunidades pluralistas e passa a ser uma exclusividade do Estado que concentra sua criação e aplicação. Este movimento é definido por Norberto Bobbio como o *processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado*¹.

Essa mudança assecuratória do monopólio estatal se afigura do ponto de vista atual uma medida óbvia e necessária para a organização social, mas sua própria efetivação acabou por transformar a concepção do direito. Este sofre uma migração do campo da tradição costumeira para o campo da política legal.

Isso porque, antes da formação e legitimação fática do Estado moderno, o juiz não subordinava necessariamente suas razões decisórias às normas de lavra do Poder Legislativo.

¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Editora Cone, 1909. P. 27.

Norberto Bobbio² houve por bem ilustrar esse passado não tão distante, nos seguintes termos:

Antes da formação do Estado moderno, de fato, o juiz ao resolver as controvérsias não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do órgão legislativo do Estado, mas tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar; podia deduzi-la das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas ou, ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios equitativos, extraindo a regra do caso em questão segundo princípios da razão natural. Todas estas regras estão no mesmo nível, de todas podia o juiz obter normas a aplicar e, portanto, todas, na mesma proporção, constituíam “fontes do direito”. O que permitia aos juristas falarem de duas espécies de direito, natural e positivo, e o juiz podia obter a norma a aplicar tanto de regras preexistentes na sociedade (direito positivo) quanto de princípios equitativos e de razão (direito natural).

Com isso, a abertura hermenêutica para interpretação das leis esparsas existentes era a mais ampla e, ao mesmo tempo, mais particular possível, ou seja, refletia a própria estratificação pluralista da sociedade medieval.

Não é despiciendo ressaltar, aliás, que durante a Idade Média, chegou-se inclusive a privilegiar o direito natural, não escrito e costumeiro, ao direito positivo, uma vez que o direito natural é conhecido pela razão, enquanto o direito positivo, ao contrário, é conhecido através de uma declaração de vontade alheia – promulgação legislativa.

Em que pese verificarmos nos regimes absolutistas imediatamente anteriores à Revolução Francesa uma crescente valorização das leis, a exemplo da lei portuguesa da boa razão, promulgada em 1769, a aplicação e interpretação da legislação ainda era espaça e permeada pela pluralidade de fontes utilizadas no direito medieval.

No entanto, a partir da fixação do dogma da onipotência do legislador a perspectiva mudou radicalmente. O positivismo jurídico reduziu

² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Editora Cone, 1909. P. 28.

todo direito ao direito positivo (ou declarou sua prevalência): aquele necessariamente declarado pelo legislador, particular e mutável³.

Assim, a dimensão costumeira - restrita e particular - da interpretação do direito como um todo foi sendo substituída pela interpretação restrita das leis codificadas promulgadas por uma autoridade central responsável, muitas vezes, pela difícil tarefa de regular uma sociedade fundamentalmente heterogênea.

Para tanto, havia somente uma solução: renovando – a sempre em voga – tradição romana, houve um resgate das grandes codificações.

Entre o fim do século XVIII e o início do século XIX, a representação da onipotência do legislador se deu de maneira semelhante àquela realizada no século V d.C. por ordem do imperador Justiniano, quando da elaboração do *Corpus iuris civilis*⁴.

A natureza das relações deveria ser incorporada pela lei e a intervenção do legislador seria sempre justificada pelo consentimento da sociedade em ser regida pelo Estado.

Dessa forma, há um rompimento da carência jusracionalista de justificar racionalmente a validade e aplicação das normas. Pretende-se, com isso, conferir à aplicação e interpretação um caráter mais científico, afastando cada vez mais a filosofia do direito.

Esse impulso histórico exprime um ordenamento racional que pretende moldar a sociedade através da lei, ratificando a prevalência do direito posto pelo poder do soberano do Estado como fonte do direito

³ Vide BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito.** Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Editora Cone, 1909. P. 119.

⁴ Semelhante apenas quanto a forma, mas diametralmente opostos em suas essências; enquanto a Codificação Justiniana impunha diferenças entre *ius civile* e *ius gentium*, o Código de Napoleão pregava a igualdade entre todos os cidadãos.

(normas gerais e abstratas), fundado na convicção iluminista de que deveria existir um legislador universal que fixasse um direito *cognoscível pela razão humana*⁵.

Os primeiros esforços de ordenamento do direito civil, essencialmente heterogêneo, retalhado pelo costume local medieval, ocorreram na Prússia e na Áustria.⁶

A lei prussiana *Allgemeines Landrecht* (“Lei Geral do País”), de 1794, foi o primeiro código legal nacional a entrar em vigor. Teve a finalidade de dar uma medida de uniformidade (embora não total) aos sistemas jurídicos do rei da Prússia⁷.

Adverta-se, no entanto, que as grandes codificações não significaram o sufocamento do direito natural. Sua aplicação ainda resistia à enxurrada positivista espalhada pela Europa, como ocorria no Código austríaco de 1811, o qual previa em seu art. 7º que *sempre que um caso não puder ser decidido com base numa disposição precisa de lei, nem recorrendo à aplicação analógica, dever-se-á decidir segundo os princípios do direito natural*.⁸ De toda forma, é incontornável a conclusão de que o direito legislado passou a ser fonte primária.

Despiciendo destacar que, embora cronologicamente posterior, o Código Civil Francês [chamado sob a regência do Imperador Napoleão I, de Código de Napoleão], posto em vigor no alvorecer do século XIX, foi o auge da positivação jurídica⁹.

Malgrado o referido código tenha desapontado em parte toda a ânsia reformista iluminista, haja vista que sua promulgação *não aponta nem*

⁵ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Editora Cone, 1909. P. 65.

⁶ Vide KELLY, John M.. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Tradução: Marylene Pinto Michael. *A short history of western legal theory*. 1ª Edição. São Paulo. Editora Wmf Martins Fontes, 2010. P. 346

⁷ KELLY, John M.. *Ibidem*. P. 345.

⁸ BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.*, P. 44.

⁹ Inclua-se, por oportuno, o Código Comercial Francês de 1807.

*sanciona sistemas teóricos totalmente novos; o rompimento com as regras e ideias pré-revolucionárias foi menos claro do que se esperava*¹⁰, seu vigor mudou muito o afazer hermenêutico.

Com efeito, sua organização demandava que o intérprete dominasse mais o conhecimento do código legal do que conhecimento dos costumes locais (houve, inclusive, casos de derrogação de alguns costumes locais em prol da codificação de caráter nacional¹¹).

É inaugurada, assim, uma nova tradição jurídica que se perpetua obstinadamente até os dias atuais: a consagração do dogma juspositivista de que os intérpretes da lei devem se restringir à análise da própria lei.

Enquadrando-se nesse contexto, o intérprete, envolto pelo espírito geral das leis, deveria interpretar a lei segundo os critérios estabelecidos em seu próprio texto, com o fito de atuar de forma *avalorativa*, ou seja, excluindo quaisquer juízos de valor.

Isso, por evidente, advinha de própria disposição do Código Civil Francês, que impedia o magistrado de deixar de julgar o caso sob justificativa de lacuna na lei (juízo de *non liquet*).

O art. 4º do referido Código Napoleônico dispunha o seguinte:

- (i) obscuridade da lei: neste caso o juiz deve tornar clara, através da interpretação, a disposição legislativa que parece obscura;
- (ii) insuficiência da lei, no momento em que esta não resolve completamente um caso, descurando a consideração de qualquer elemento: em tal caso o juiz deve completar o disposto legislativo (integração da lei);

¹⁰ Vide KELLY, John M.. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Tradução: Marylene Pinto Michael. *A short history of western legal theory*. 1ª Edição. São Paulo. Editora Wmf Martins Fontes, 2010. P. 347.

¹¹ Vide COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. P. 184.

(iii) silêncio da lei, quando esta se cala sobre uma determinada questão (é o caso típico de “lacunas”, as quais, por outro lado, se verificam também no caso de insuficiência da lei): neste caso o juiz deve suprir a lei, deduzindo de qualquer modo a regra para resolver a controvérsia em exame.¹²

Perceba-se, todavia, que a mudança mais significativa da promulgação das grandes codificações, no que tange à hermenêutica jurídica, é que, a partir de suas promulgações, o intérprete deve restringir sua interpretação à produção do sistema legislativo, até mesmo no silêncio da lei.

Montesquieu, em *O Espírito das Leis*¹³, já havia inclusive proposto esse papel de forma rigorosa, nos seguintes termos: *os juízes da nação são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu vigor.*

Trata-se, em simplicidade, da fixação do dogma da onipotência do legislador, segundo o qual, as leis, desde o instante de sua vigência, são arrebatadas dos domínios facultativos do julgador - impedindo-o de alçar voos mais arrojados em sua aplicação - e passam a se encontrar em situação de aplicação necessária, onde não podem ser alcançadas pelo olvido ou pela mudez.

Ato contínuo, tem gênese a utopia de que o ordenamento jurídico seria completo e, por conseguinte, o intérprete, ao interpretar a lei, deveria se ater somente à mesma – definição de direito estritamente fatural de índole estática.

Da melhor forma, conclui Norberto Bobbio¹⁴ que:

A solução adotada pelo positivismo jurídico em sentido estrito é a primeira: o dogma da onipotência do legislador, de fato, implica que o juiz deve sempre encontrar a resposta para

¹² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Editora Cone, 1909. P. 74

¹³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Tradução: Cristina Muracho. *L'Esprit des lois*. 3ª Edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2005. P. 175.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. Op. Cit., P. 74.

todos os problemas jurídicos no interior da própria lei, visto que nela estão contidos aqueles, princípios que, através da interpretação, permitem individualizar uma disciplina jurídica para cada caso. O dogma da onipotência do legislador implica, portanto, num outro dogma estritamente ligado ao primeiro, o da completude do ordenamento jurídico.

Diante desse contexto, não há dúvidas que uma vez que a doutrina juspositivista acaba por mudar o modo de abordar e encarar o direito, a hermenêutica jurídica foi, da mesma forma, subvertida ao reducionismo positivista. Afinal, a interpretação guarda, por evidente, um vínculo congênito da ideia que se tem do direito.

De fato, nos termos do ideal positivista, para determinar o sentido da norma era necessário transpor a simples e, ao mesmo tempo, intangível meta de suplantar a distância cronológica entre o momento da elaboração da norma e o da sua aplicação.

Isso porque o limite da interpretação era a reconstrução do pensamento legislativo contido na lei. Do contrário, a criatividade hermenêutica violaria o próprio ato legislativo.

Exigência essa, que foi explicitamente exemplificada no célebre § 6º do Código Civil da Áustria, de 1811, onde se lê: *À aplicação de uma lei nenhum outro entendimento se lhe deve dar que não seja aquele que transparece do próprio significado das palavras em sua conexão e da clara intenção do legislador*¹⁵.

Esse movimento deflagrado pela publicação dos códigos tinha como principal estandarte a concretização de uma maior segurança jurídica, ansiada pela classe burguesa, conforme leciona Bobbio¹⁶:

A subordinação dos juízes à lei tende a garantir um valor muito importante: a segurança do direito, de modo que o

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. P. 454.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Editora Cone, 1909. P. 40.

cidadão saiba com certeza se o próprio comportamento é ou não conforme a lei.

No mesmo sentido, destaca Alexandre Araújo Costa¹⁷:

Portanto, o discurso hermenêutico daquele momento exigia que os juízes evitassem ao máximo a influência de seus valores subjetivos e de suas condicionantes ideológicas, o que deveria ser conquistado por meio da fixação de padrões objetivos para a resolução jurídica dos conflitos sociais, conferindo à atividade jurídica um grau de previsibilidade adequado a garantir a segurança jurídica tão cara ao ideário liberal da época.

Habituaamo-nos, assim, a interpretar o direito a partir de uma concepção focada nos diplomas legais, limitada aos mesmos. Fato esse que apontava, em última análise, para um *esvaziamento teórico da função judiciária*¹⁸.

Atualmente, embora esteja presente em nossa consciência doutrinária que a reverência mecânica à letra da lei deve ser ultrapassada, invariavelmente acabamos por depositar, mesmo que por descuido, autoridade dogmática às leis.

1.2 A Escola Histórica em oposição à Escola da Exegese – A inserção sistemática e restrita do elemento histórico na interpretação

Como visto, o positivismo jurídico pretende, com a redução do direito ao direito positivo posto pelo legislador, construir a ilusória concepção de que o ordenamento jurídico seria auto-suficiente somente com a observância da legislação vigente.

¹⁷ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. P. 184.

¹⁸ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. P. 12.

Seguindo esse conceito à risca, temos, no início da década de 1800, o surgimento na França da marcante e surpreendentemente passageira Escola da Exegese (*école de l'exégèse*).

Sua gênese é resultado reflexo e imediato do próprio advento das grandes codificações e, ainda, do desejo dos operadores do direito de adequar-se às práticas iluministas. Neste sentido, destaca António Hespanha¹⁹:

A Escola da Exegese estava intimamente ligada ao ambiente político e jurídico francês, ou seja, a um Estado nacional revolucionário, em corte com o passado, dotado de órgãos representativos e que tinha empreendido uma importante tarefa de codificação.

Existia, em razão de uma ferida ainda latejante das práticas tradicionais absolutistas, uma presente preocupação com a real separação dos poderes que foi fundamentalmente fomentadora da origem da mentalidade em comento. Buscava-se, em especial, a não subordinação do Poder Legislativo e a obrigatoriedade de suas normas aos demais componentes do Estado.

Por evidente, haviam interesses que financiavam a concretização desses ideais que, no caso, encontravam-se na, já citada, ânsia burguesa por segurança jurídica. Pretensão que contava não somente com a promulgação das grandes codificações, mas também com o firmamento da interpretação exegética estritamente legal, conforme destaca Norberto Bobbio²⁰:

Ora, a certeza só é garantida quando existe um corpo estável de leis, e aqueles que devem resolver as controvérsias se fundam nas normas nele contidas e não em outros critérios. Caso contrário, a decisão se torna arbitrária e o cidadão não pode mais prever com segurança as consequências das próprias ações (recordem-se as célebres palavras ditas por Montesquieu e Beccaria a este respeito). A exigência da

19 HESPANHA, António Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia**. 2ª Edição. Lisboa. Editora Fórum da História, 1998. P. 177.

20 BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Editora Cone, 1909. P. 80.

segurança jurídica faz com que o jurista deva renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se simplesmente a tornar explícito, através de um procedimento lógico (silogismo), àquilo que já está implicitamente estabelecido na lei.

Para desempenhar esse papel a rigor era necessário um rompimento com as escolas doutrinárias tradicionais que afastasse o direito da teoria filosófica, do direito natural e das outras fontes clássicas para, assim, adotar uma postura técnico-prática.

Neste contexto, assume a Escola da Exegese a defesa do legalismo positivista, erigindo uma interpretação imperativista da lei, fundada exclusivamente na interpretação da vontade do legislador.

Sua metodologia sustentava-se na ideia de que, uma vez que somente a manifestação escrita da vontade do Estado poderia assumir forma de direito, a interpretação das leis deveria funcionar de forma imperativista, aplicando-se a lei, quando sua interpretação gramatical fosse clara, e buscando qual seria a vontade do legislador, nos casos de obscuridade ou lacuna da lei (sendo essa busca sempre limitada às próprias leis e de seus trabalhos preparatórios).

Constrói-se o mito de que, para assegurar a autoridade do legislador, deveriam ser inibidos os métodos de interpretação que utilizassem outros elementos que não a própria lei, sob pena de conferir aos intérpretes competência exclusiva do legislador.

Haradja Torrens²¹ houve por bem definir as premissas da escola em comentário sob os seguintes termos:

A hegemonia exegética caracterizou-se, sobretudo, pela personificação da justiça vendada, que não cogitava as conseqüências fáticas da aplicação da lei, na forma do brocardo *dura lex sed lex*. Durante esse período, o primado da segurança jurídica determinava redução do direito à lei;

²¹ TORRENS, Haradja Leite. **Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos. Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004. P. 21.

quanto ao princípio da Separação de Poderes, o Poder Judiciário estava submetido ao Legislativo; e, no que tange à função jurisdicional, fazer justiça significava aplicar a lei.

Prática essa que se perpetua e se mostra sem recalques até os dias correntes, agasalhando-se na necessidade social de uma técnica de organização comum que defina com exatidão os limites visíveis do lícito e do ilícito que, muitas vezes, seriam inatingíveis por um comum acordo cientificamente fundado a partir de afirmações racionais.

Cumprе ressalvar que, sob regência imperial de Napoleão I - que muitas vezes se aproximava das práticas absolutistas supostamente combatidas no levante francês de 1789 -, o dogma da onipotência do legislador sustentava-se não somente pela lei, mas também pela autoridade de seus promulgadores e comentadores, membros da Escola da Exegese²².

Mesmo incorrendo o risco de revolver clichê, não é despidendo destacar a célebre frase do professor da Universidade de Paris, Bugnet, que serve de marco representativo do culto incondicional ao texto da lei: “Eu não conheço o Direito Civil, eu ensino o Código de Napoleão”.

Advirta-se, no entanto, que a Escola da Exegese constituiu-se mais como um esforço político, necessário à época, do que uma metodologia jurídica que viesse, de fato, a construir uma vertente hermenêutica.

Nesse exato sentido, também adverte Alexandre Araújo Costa²³:

A Escola da Exegese não tinha a potencialidade de gerar um discurso científico, pois ela se guiava fundamentalmente pelo princípio do *comentário*, que visa apenas a dar voz a textos mudos. [...] Não havia, portanto, lugar para um pensamento indutivo, pois a hermenêutica imperativista reduzia o discurso

²² Hespanha cita como principais representantes Duranton, Demolombe e Troplong. (HESPANHA. António Manuel. Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia. 2ª Edição. Lisboa. Editora Fórum da História, 1998. P. 178.

²³ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. P. 240.

jurídico a uma dedução, que buscava extrair consequências específicas das normas gerais fixadas pela lei.

Inspirada nas vertiginosas mudanças sociais que reclamavam uma nova configuração política de neutralidade científica, a Escola da Exegese surge mais para legitimar o rompimento com os padrões e tradições jurídicas bimilenares e alcançar a reelaboração social ansiada pela revolução francesa, que não podia ser alcançada somente pelo uso do direito consuetudinário.

Ocorre, todavia, que sua pretensão de reduzir a interpretação judicial à mera extração adaptativa entre fato e norma acabou por gerar incongruências insustentáveis justamente por entrarem em colisão com as próximas mudanças sociais irrefreáveis, cujo direito positivo estático não podia mais acompanhar.

O próprio intuito inicial iluminista de renovação do pensamento jurídico acaba por conduzir o direito a uma verdadeira lobotomia metodológica que detém o intérprete alheio à realidade histórico-social do momento da aplicação da lei.

Outrossim, bem define Plauto Faraco de Azevedo²⁴:

O exegetismo, mais de ontem do que de hoje, embora ainda presente, ou a sofisticação da variante tecnocrática do positivismo de nossos dias buscam restringir o máximo possível a atividade do juiz, cercando-lhe o poder criativo, para assegurar a permanência da atual conjunção de forças no processo histórico. O positivismo torna-se, por esta forma, um obstáculo, que lhe tolhe e complica a evolução e superação do direito e, em consequência, a evolução e superação dos dados históricos-sociais.

A fantasia de completude do ordenamento jurídico, trazida com a inovação da promulgação das grandes codificações e divinizada pela Escola da Exegese, construiu a frágil conclusão de que o direito poderia ser compreendido somente a partir da análise da lei (ou, nos casos em que seu

²⁴ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à Dogmática Jurídica**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor. 1989. P. 24.

sentido não se mostrava evidente, na busca da vontade do legislador) e, por conseguinte, de forma alheia ao contexto histórico em que era aplicado.

Percebe-se, assim que, para afastar as individualidades dos aplicadores do direito, abstraem-se as individualidades dos destinatários da norma.

Dessa forma, a política exegética constrói um paradoxo, pois surge da necessidade de mudança e, ao mesmo tempo, inviabiliza qualquer mudança posterior que se fizer necessária, represando a fluidez intrínseca do direito, conforme descreve Alexandre Araújo Costa²⁵:

Essa prisão dos juristas a critérios de literalidade e evidência implicava uma negação da historicidade (pois os sentidos corretos não deveriam mudar no tempo) e, nessa medida, inviabilizou o desenvolvimento de flexibilização que possibilitassem adaptar as velhas fórmulas aos novos fatos.

Nesse contexto, embora quase que contemporânea²⁶, o surgimento da Escola Histórica constitui uma bem vinda oposição, do ponto de vista hermenêutico, em relação à ilusão de que os atos do legislador são as únicas fontes do direito.

Isso porque, embora a Escola Histórica tenha aderido ao ideal futuro de buscar a objetivação com a formação de um direito sistemático e específico à determinada sociedade, essa vertente doutrinária de origem alemã se opunha, em parte, a jupiteriana restrição dos intérpretes às grandes codificações proposta pela Escola Exegética.

²⁵ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. P. 193.

²⁶ Nada obstante, cumpre ressaltar que Norberto Bobbio afirma, em seu livro *O Positivismo Jurídico*, que a Escola Histórica (e o historicismo em geral) podem ser considerados precursores do positivismo jurídico, mas somente no sentido de que representam uma crítica radical do direito natural.

A escola em comento, que surge essencialmente do florescimento do romantismo alemão de 1800²⁷, vem para equilibrar a ânsia da sociedade por uma sistematização que regulasse a vida moderna com as necessidades históricas inerentes à sua evolução e, ao mesmo tempo, refrear o otimismo depositado pelo iluminismo na razão e no legalismo positivista.

Inicialmente, a referida doutrina alemã contrapunha-se à disseminação do espírito iluminista de codificação, inclusive como um esforço de valorização romântica de um encaminhamento histórico focado na própria nação e avesso ao direito de origem francês, asseverado, em parte, por um “instinto patriótico de resistir ao imperador francês que espezinhou de alto a baixo as prostradas e desunidas terras alemãs, um novo espírito desenvolveu-se entre escritores e poetas, que voltaram seus interesses para sua nação, seu povo e sua raça.”²⁸

Codificação que, além de encontrar empecilhos doutrinários²⁹, esbarrava no próprio fator territorial alemão desfavorável a uma grande sistematização legislativa, haja vista que até meados do século XIX a Alemanha não se estruturava como uma nação unitária, e sim uma fragmentação de vários estados soberanos, liderados inicialmente pelo império austríaco, sendo incipiente uma identidade política nacional, conforme destaca António Manuel Hespanha³⁰:

Foi antes referido que um dos pressupostos políticos do legalismo era a existência de um Estado-Nação que os cidadãos reconhecessem como portador dos valores jurídicos da comunidade. Acontece que certas nações europeias, algumas das quais – como a Alemanha e a Itália – ocupavam lugares centrais no panorama do saber jurídico

²⁷ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução A. M. Botelho Hespanha. *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*. 4ª Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. P. 410.

²⁸ KELLY, John M.. **Uma breve história do direito ocidental**; tradução Marylene Pinto Michael; revisão técnica e da tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2010. P. 422.

²⁹ Sobre essa questão, vide a obra intitulada “*Sobre a vocação de nossa era para a legislação e a ciência jurídica*” de Friedrich Carl Von Savigny. 422.

³⁰ HESPANHA. António Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia**. 2ª Edição. Lisboa. Editora Fórum da História, 1998. P. 182.

européu, não conheceram um Estado nacional até o terceiro quartel do século XIX. Nestes casos de privação da identidade política, a consciência nacional não apenas se manifestou de forma mais intensa, cunhando muito fortemente todas as áreas da cultura, como reagiu contra a ideia de que o Estado e o seu direito (legislado) pudessem ser a única forma de manifestar a identidade política e jurídica de uma nação.

No entanto, o ponto nodal de nosso interesse reside no contraste entre as duas escolas que consiste na percepção, destacada pela Escola Histórica, da necessidade de se enxergar o direito não como uma ideia de razão, muito menos um conjunto pronto de escolhas do poder legislativo, *mas sim um produto da história*³¹ da consciência social somado até sua época.

Essa simples ampliação na esfera reflexiva de visão do direito serviu para suprir algumas das insustentáveis lacunas hermenêuticas e antinomias de aplicação responsáveis pelo declínio meteórico da Escola da Exegese que, todavia, ainda nos assombra.

A Escola Histórica, por evidente, contestava o desprezo exegético à tradição e a sua metodologia alheia às diferenças históricas que regeram a criação da lei.

O professor berlinense Friedrich Carl von Savigny, corifeu expoente da Escola Histórica, defendia que o direito era elaborado historicamente e sistematicamente por um conjunto de conceitos jurídicos gerados irracionalmente e exprimidos por normas consuetudinárias decorrentes do espírito do povo (*Volksgeist*). Amplia-se, assim, a atividade de interpretação e confere-se uma sistematicidade, assim descrita por Karl Larenz³²:

³¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Editora Cone, 1909. P. 51.

³² LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamengo. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3ª Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. P. 10.

Savigny distingue uma elaboração interpretativa de uma elaboração filosófica (sistemática) do direito. Como o objeto da interpretação aponta ele «a reconstrução do pensamento que é expresso na lei, na medida em que seja cognoscível a partir da lei». O intérprete precisa de «se colocar na posição do legislador e deixar que se formem, por esse artifício, os respectivos ditames». Para esse fim a interpretação precisa de três elementos: «um elemento lógico, um elemento gramatical e um elemento histórico» (pag. 9). Para que se «possa atingir o pensamento da lei», têm de tomar-se em consideração as circunstâncias históricas do seu aparecimento; além disso, a interpretação necessita de conhecer tanto as particularidades como o significado de cada texto para o conjunto, pois «a legislação só se exprime ao nível de um todo (pág. 25) e o «todo» do direito.

Ocorre que subsistia na doutrina da Escola Histórica a pretensão de conferir maior objetividade à interpretação e à aplicação do direito de forma que predominava ainda a vinculação ao critério gramatical de interpretação das leis.

Contudo, inseria-se na busca pela reconstrução do pensamento legislativo o elemento histórico na atividade hermenêutica com o fito de assegurar que a interpretação da norma deveria atentar ao momento histórico que se encontrava.

Afinal, essa inserção impunha-se no contexto alemão, haja vista que a base do pensamento jurídico alemão da época não era um código legal de lavra de seu poder legislativo atual, como ocorria na França pós-revolucionária. Pelo contrário, utilizava-se como fonte primordial o direito romano do uso comum.

Savigny, especificamente, difere do legalismo estrito positivista por incluir, além da fonte refletida do direito (direito proveniente do legislativo), outra fonte, qual seja, o direito espontâneo (subdividido em popular - próprio das sociedades na sua formação - e científico - próprio das sociedades mais maduras).

Para que a interpretação e aplicação de uma lei não ocorresse de forma espúria, a corrente historicista determinava que deveria ser observado o elemento histórico em sua compreensão.

Ao inserir a análise da historicidade para moldar e suprir lacunas se constrói um relevantíssimo degrau da hermenêutica jurídica contemporânea.

Entretanto, cumpre ressaltar que a elementar histórica incluída pela escola alemã era incontestavelmente conservadora tendo em vista que; não havia, de forma alguma, o intuito de interpretar a lei de maneira a adaptá-la aos valores históricos do momento de sua aplicação.

Especificamente, utiliza-se o elemento histórico limitado, primeiramente, à esfera da vontade do legislador. Confira-se: *Interpretação é reconstrução do pensamento (claro ou obscuro, e o mesmo) expresso na lei, enquanto seja possível conhecê-lo na lei.*³³

Todavia, decorrem da inserção da observância ao contexto histórico efeitos na concepção do direito, no raciocínio jurídico e, em consequência, para o processo hermenêutico, conforme demonstra Haradja Torrens³⁴, *in verbis*:

Essas técnicas de complementação do ordenamento jurídico têm início com o estudo histórico do Direito, no qual o jurista passou a compreender o Direito como um meio utilizado pelo legislador para promover determinados valores sociais e jusfilosóficos. Porém, ainda sob resquícios da influência legalista, o legislador não se permitia simplesmente enunciar valores; assim, em nome da segurança jurídica, consagrava regras de conduta que o juiz utiliza para determinar os valores abstraídos e solucionar a lide.

³³ SAVIGNY, Friedrich Karl von,. **Metodologia jurídica**. Tradução do alemão para o espanhol J. J. Santa-Pinter, tradução para o português Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas. *Juristische methodenlehre*. São Paulo. Editora Edicamp, 2001. P. 26.

³⁴ TORRENS, Haradja Leite. **Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos. Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004. P. 21.

Assim, malgrado a Escola Histórica objetivar especialmente a compreensão histórica do direito alemão e de suas instituições tradicionalmente utilizadas, sua postura acabou difundida e observada por várias nações, fomentando a pesquisa da história jurídica, conforme destaca John Kelly³⁵:

A escola histórica teve assim por objeto original o direito alemão. Mas seu postulado básico foi aplicado a todas as nações e suas instituições, e ela realmente estimulou a pesquisa da história jurídica de muitos países. Foi especialmente importante por ter inspirado o estudo histórico científico do direito romano na maior parte da Europa.

Conforme será demonstrado, a simples observância do contexto histórico no afazer hermenêutico, aventada pela Escola Histórica, é indispensável para orientar, ou até mesmo modificar, o sentido e alcance das normas jurídicas.

Acrescente-se que a contribuição de Savigny não se limitou à inserção do elemento histórico. Seus pensamentos incluíam o elemento sistemático de interpretação do direito. Argumentando, para tanto, que existia uma íntima e indissociável conexão entre institutos e regras jurídicas. Fato que será também de igual relevância na construção da próxima escola a ser citada, conforme destaca Karl Larenz³⁶:

o que veio a influir mais tarde foi, além da perspectiva histórica, a ideia de sistema como sistema «científico» construído a partir dos conceitos jurídicos – ideia que serviu de ponto de arranque para a «Jurisprudência dos conceitos», em que não deve incluir-se, ou então apenas com reservas, o nome do próprio SAVIGNY.

Sendo assim, mesmo a pequenos passos, a Escola Histórica também desempenha papel contributivo relevante na construção ideológica da hermenêutica jurídica atual.

³⁵ KELLY, John M.. **Uma breve história do direito ocidental**; tradução Marylene Pinto Michael; revisão técnica e da tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2010. P. 426.

³⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamengo. 3ª Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. P. 19.

1.3 A Jurisprudência dos Conceitos, a Jurisprudência dos Interesses e a Jurisprudência dos Valores – A inserção do elemento valorativo na interpretação e aplicação do direito

Conforme exposto, além da inserção do elemento histórico, um dos componentes defendidos pela Escola Histórica com igual relevância foi a sistemática do direito, conforme destaca Franz Wieacker³⁷:

Apesar da aparência externa do seu programa e apesar de muitas contribuições individuais da natureza histórico-jurídica, a Escola Histórica do direito aplicou a maior parte do seu vigor espiritual à construção de uma civilística sistemática;

Essa construção e defesa efetiva da sistematicidade do direito foi prosseguida especificamente por um seguimento específico da Escola Histórica alemã, qual seja, a Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*) ou Pandectística (*Pandektenwissenschaft*).

Como visto, malgrado a Escola Histórica diferir do legalismo estrito do positivismo francês, também havia em sua doutrina a necessidade de um sistema que objetivasse a interpretação e aplicação do direito.

No entanto, enquanto o exegetismo buscava destacar um caráter sistemático do conhecimento, através apenas da codificação e de sua descrição minuciosa, o historicismo alemão defendia que o conhecimento jurídico não deveria se encontrar apenas na lei, mas sim em uma vasta estrutura de conceitos interdependentes e harmonicamente articulados pré-existentes no ordenamento jurídico.

Perceba-se que não se trata aqui, em momento algum, de oposição à validade e utilidade das codificações instigadas pelos movimentos

³⁷ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução A. M. Botelho Hespanha. *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*. 4ª Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. P. 417.

iluministas, mas sim da declaração da existência de outros conjuntos estáveis normativos que regem o direito, como o direito romano clássico e a tradição.

Nos termos já tratados, o direito não poderia ser apenas o resultado racional das decisões legislativas; o direito deveria ser visto como um organismo que se desenvolve em um harmônico mutualismo com a sociedade, nutrindo-se do espírito do povo - *Volksgeist!*

Dentro desse crescimento irrefreável, autônomo às dicções unilaterais do Estado, são desenvolvidos conceitos e princípios gerais que deveriam ser extraídos por dedução e observados de forma sistemática como um todo, conforme descreve Alexandre Araújo Costa³⁸:

Em meados do século XIX, elegeu-se como objetivo da ciência jurídica germânica a análise do direito positivo historicamente dado na busca de extrair deles os conceitos que o estruturam, possibilitando uma descrição unificada e sistemática da totalidade do direito de um país, segundo os padrões de um sistema lógico de organização piramidal. Essa escolha metodológica representou o surgimento da *Jurisprudência dos conceitos*, escola positivista que representou o ápice do formalismo jurídico novecentista e que se caracterizava por deduzir “as normas jurídicas e a sua aplicação exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios doutrinários da ciência jurídica, sem conceder a valores ou objetivos extra-jurídicos (por exemplo religiosos, sociais ou científicos) a possibilidade de confirmar ou infirmar as soluções jurídicas.

Assim, a doutrina da *Jurisprudência dos Conceitos* sucedeu a Escola Histórica na busca de uma compreensão interna e sistemática dos conceitos que compunham a organicidade do direito, esse reconhecido, ainda, como um produto da construção histórica.

Tratava-se de uma ideia que lembra a proposta de intelecção deduzida por René Descartes, em *Discurso Sobre o Método*³⁹, de analisar,

³⁸ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. P. 218.

³⁹ *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison, et chercher la vérité dans les sciences*.

sintetizar e enumerar todas as conclusões e princípios utilizados, a fim de encontrar uma ordem no pensamento.

De maneira parecida com o referido método de indução, dedução e enumeração, a doutrina da Jurisprudência dos Conceitos pretendia dissecar os conceitos jurídicos obtidos pelo tratamento do material histórico e reduzi-los a seus elementos estruturantes para assim estudá-los isoladamente e determinar seu alcance.

Através da redução da complexidade e da formação conceitos simples explicar-se-ia o conteúdo do direito e os conceitos poderiam ser logicamente combinados interligando-se, assim, de maneira sistemática.

Advirta-se que a semelhança com o estudo da química e da física não é mera coincidência. Os juristas buscavam a extração de princípios gerais subjacentes ao fato empírico (como as leis da física e seus conceitos – massa, velocidade ou gravidade – ou como a análise combinatória das equações químicas). Rudolf Von Jhering, jurista alemão ligado à escola Pandectística, sustentava, em especial, essa química jurídica, inferindo que o jurista deveria sempre conhecer os elementos a fim de obter sua pureza⁴⁰.

Segundo a Escola Pandectista, o trabalho de interpretação e aplicação do direito não deveria ser uma mera adaptação do pensamento à realidade externa imposta pela legislação. Pelo contrário, a própria lei deveria, como requisito de validade, ser extraída a partir dos conceitos jurídicos contidos no direito nacional, segundo dispõe Hespanha⁴¹:

O jurista estaria a adoptar um método semelhante ao dos cientistas da natureza que, a partir da observação do real e da elaboração lógica dos resultados dessa observação, extraem princípios gerais subjacentes aos factos empíricos. Princípios que, por sua vez, não apenas explicam as

⁴⁰ Vide COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. P. 214.

⁴¹ HESPANHA. António Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia**. 2ª Edição. Lisboa. Editora Fórum da História, 1998. P. 186.

observações feitas, mas podem ser ainda logicamente combinados, produzindo novos princípios e teorias que, por seu turno, produzem conhecimentos novos sobre a realidade. Ou seja, princípios que não são apenas verdadeiros do ponto de vista formal, mas ainda ontologicamente fundados. No caso do direito, os princípios e conceitos obtidos pelo tratamento formal do material histórico e legislativo de um direito nacional seriam princípios como o princípio da vontade (*willensprinzip*) [...] Estes princípios explicariam e gerariam consequências normativas.

Os princípios destacados pela jurisprudência dos conceitos, tidos como já existentes no ordenamento jurídico vivo, deveriam inspirar o direito legal e, ao mesmo tempo, apresentar-se de forma a regular as relações esquecidas pelo legislador. De forma que a doutrina da jurisprudência dos conceitos dedicava sua atenção às noções jurídicas fundamentais, consoante exemplifica Alexandre Araújo Costa⁴²:

A diferença entre o modo de pensar exegético e o sistemático mostra-se na própria estruturação das obras clássicas sobre o direito civil: enquanto os livros da Escola da Exegese francesa seguiam a mesma estrutura do Código de Napoleão, esclarecendo cada uma das suas regras; livros dos teóricos influenciados pela Jurisprudência dos Conceitos estruturam-se em torno das noções jurídicas fundamentais. Assim, os conceitos jurídicos não são vistos como uma mera aplicação da lei, sendo que a própria lei passa a ser vista como expressão de um sistema conceitual logicamente organizado.

No entanto, a organização dos conceitos jurídicos imersos na totalidade significativa não é disposta de forma cíclica, como pretendiam os filósofos e sim de maneira semelhante a uma pirâmide, que Karl Larenz⁴³ voluntariou-se a difícil tarefa de descrever:

O conceito «supremo», que ocupa o vértice da pirâmide, paira muito acima da base, embora seja isso que lhe permite – imaginemos a pirâmide como transparente – uma extensão de perspectiva maior. À medida que subimos da base para o vértice, vai-se estreitando a largura dos estratos; de estrato para estrato perde a pirâmide em largura o que ganha em

⁴² COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. P. 221.

⁴³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamengo. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3ª Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. P. 22.

altura. Quanto maior a largura, ou seja, a abundância da matéria, tanto menor a altura, ou seja a capacidade de perspectiva – e vice-versa. À largura corresponde a compreensão e à altura a extensão (o âmbito da aplicação) do conceito «abstracto». O ideal do sistema lógico é atingido quando no vértice se coloca o conceito mais geral possível, em que se venham a subsumir, como espécies e subespécies, todos os outros conceitos, de sorte a que de cada ponto da base possamos subir até ele, através de uma série de termos médios e sempre pelo caminho da eliminação do particular.

Perceba-se que os conceitos são dispostos nessa pirâmide de acordo com: (i) sua capacidade de compreensão (quanto menor, menor será a largura); e (ii) a extensão de sua aplicação (quanto maior, maior a altura).

Transplantando-se para o contexto atual, no topo da pirâmide poderíamos dispor, por exemplo, o conceito de dignidade da pessoa humana (o qual seria de difícil compreensão e maior abrangência), descendo os estratos da pirâmide encontraríamos o conceito de legalidade, seguindo esse caminho de diminuir a abrangência e, por conseguinte a altura, encontraríamos – entre inúmeros outros - o devido processo legal, mais abaixo, a ampla defesa e contraditório e assim por diante até o mais específico (ou seja, de mais fácil compreensão e menor abrangência).

E, como já descrito, cada elemento do conceito (obtido através do processo lógico dedutivo do conceito superior) poderia ser estudado isoladamente e relacionar-se com os demais, construindo, assim, um conhecimento uniforme e sistemático do direito.

Esse sistema lógico disposto na forma de pirâmide de conceitos foi defendido por Puchta, seguidor de Savigny e autor cuja importância, sem dúvidas, demanda mais obras traduzidas para o português.

Aliás, sua principal obra *Pandekten* (Pandectas), acabou por consolidar o nome da presente escola que concentrava sua atenção, em especial, no estudo do Digesto, obra basilar do direito romano clássico,

também conhecido por seu nome grego: *Pandectas*, *Pandectae*, e eram chamados em alemão de *Pandektisten*, e a sua ciência de *Pandektistik*⁴⁴.

Segundo o autor, seria correto *deduzir novas normas a partir do «desenvolvimento» dos conceitos lógicos e legitimar assim o processo «de construção do direito» da jurisprudência construtiva*⁴⁵.

Assim, esforço científico em dispor de maneira sistemática e piramidal os princípios e conceitos permitiu ultrapassar-se várias lacunas que o pensamento exegético, através da *construção criadora* dos conceitos, estabelecendo diversas conexões lógicas.

Ademais, o reducionismo realizado pela escola em comento, proporcionou um aprofundado estudo doutrinário que definiu diversos elementos utilizados no direito contemporâneo, como negócio jurídico e contrato, posse e propriedade.

No entanto, cumpre asseverar que, em que pese a intenção de construção de um sistema lógico conceitual superior à lei positiva, a doutrina pandectística ainda é inserida no contexto do positivismo jurídico, uma vez que sua interpretação e aplicação do direito era restrita a seu sistema de conceitos, consoante ressalva Alexandre Araújo Costa⁴⁶:

A pandectística era uma escola de linha positivista, na medida em que não buscava analisar o direito segundo critérios de uma justiça natural, não tentava extrair normas da própria racionalidade humana nem intentava fundamentar a obrigatoriedade do direito em uma teoria metafísica: seus interesses limitavam-se a uma descrição neutra e precisa do direito que objetivamente existe e por uma descrição sistemática dessa realidade empírica, nos moldes das ciências exatas e da matemática.

⁴⁴ KELLY, John M.. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Tradução: Marylene Pinto Michael. *A short history of western legal theory*. 1ª Edição. São Paulo. Editora Wmf Martins Fontes, 2010. P.428.

⁴⁵ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução A. M. Botelho Hespanha. *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*. 4ª Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. P. 492.

⁴⁶ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. P. 220.

A aplicação dos conceitos e princípios deveria prezar sempre pela neutralidade (inspirada no desenvolvimento da química e física). Dessa forma, o afazer hermenêutico ainda teria de ocorrer de forma avalorativa, sem a inserção de quaisquer elementos de ordem atual como a ética, política ou a economia. Nesse exato sentido, destaca António Hespanha⁴⁷:

Justamente porque eram princípios realmente existentes, o jurista, ao formulá-los, não estava a criá-los arbitrariamente em função dos seus pontos de vista filosóficos, morais ou políticos. Apenas os estava a identificar e descrever, neutramente. Por isso, como dizia B. Windsheid (1817 – 1892), «considerações de caráter ético, político ou econômico não são assuntos dos juristas enquanto tais». O saber jurídico devia, justamente, garantir a sua cientificidade por meio deste formalismo, ou seja, desta recusa de, na construção jurídica, ultrapassar as preocupações de rigor conceitual, envolvendo-se em considerações de fundo sobre a justiça material dos resultados.

Ainda sob o mesmo pretexto de conter o subjetivismo jurisprudencial, a subsunção da escola exegética à lei é aqui substituída pela aplicação automática (avalorativa) dos princípios jurídicos. Por conseguinte, perpetua-se o dogma da plenitude do ordenamento jurídico (desta vez, porém, a completude e coerência do ordenamento jurídico se davam não apenas pela lei, mas também pela utilização dos conceitos), consoante ressalva Norberto Bobbio⁴⁸:

Na Alemanha do século XIX, portanto, a função histórica da legislação foi assumida pelo direito científico; também este, pois, pode ser considerado como um filão da corrente do positivismo jurídico, vez que se funda em dois postulados típicos dessa corrente: a concepção do direito como uma realidade socialmente “dada” ou “posta” e como unidade sistemática de normas gerais. Só que a doutrina do direito científico considera como material jurídico “dado” ou “posto” de uma vez por todas o direito romano e sustenta que seja tarefa própria da ciência jurídica, mais do que do legislador, transformar esse material num ordenamento jurídico unitário e sistemático.

⁴⁷ HESPANHA, António Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia**. 2ª Edição. Lisboa. Editora Fórum da História, 1998. P. 187.

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Editora Cone, 1909. P. 122.

Segundo o formalismo da pandectística, o sistema conceitual seria capaz de suprir quaisquer lacunas do conjunto de normas legislativas. Como consequência, a interpretação deveria ocorrer também de forma objetivista ou imperativista (restrita desta vez ao sistema conceitual).

Noberto Bobbio⁴⁹, que define a jurisprudência conceitual como dogmática jurídica, destaca o formalismo aqui ressaltado nos seguintes termos:

Esta ciência construtiva e dedutiva do direito recebeu o nome de dogmática do direito, que consiste na elaboração de conceitos jurídicos fundamentais, extraídos da base do ordenamento jurídico e, enquanto tais, não sujeitos a revisão ou discussão. [...] O juspositivismo tem uma concepção formalista da ciência jurídica, visto que a interpretação dá absoluta prevalência às formas, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos e às deduções puramente lógicas que se possam fazer com base neles, com prejuízo da realidade social que se encontra por trás de tais formas, dos conflitos de interesse que o direito regula, e que deveriam (segundo os adversários do positivismo jurídico) guiar o jurista na sua atividade interpretativa.

No entanto, malgrado a escola sustentar-se também em uma interpretação formalista, a inserção da sistematicidade transfere o alvo da interpretação, consoante destaca António Hespanha⁵⁰:

Enquanto que o positivismo legalista propunha uma interpretação da lei de acordo com as intenções do seu legislador histórico, o positivismo conceitualista propõe o recurso à ficção de um legislador «razoável», i. e., de um legislador que vai integrando («reescrevendo», «reinterpretando») continuamente cada uma das normas em seu contexto sistemático, de modo a que o ordenamento jurídico – de facto constituído por uma miríade de normas contraditórias – conserve sempre a sua integridade e coerência como sistema conceitual

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Editora Cone, 1909. P. 220/221.

⁵⁰ HESPANHA. António Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia**. 2ª Edição. Lisboa. Editora Fórum da História, 1998. P. 192.

Ademais, não é despiciendo destacar que há uma valorização dos juristas e do estudo do direito, desconsiderando-se a hipótese do jurista ser um mero repetidor da lei codificada.

Todavia, após a consolidação da codificação alemã e, sobretudo, após as constantes transformações sociais trazidas pelo século XX, o estudo romancista dos conceitos oriundos do direito romano perdeu espaço para a doutrina da jurisprudência dos interesses.

A escola da jurisprudência dos interesses pretendia ultrapassar o texto fidedigno da lei, para alcançar o interesse que deu sustento à lei, ao revés de seguir a subsunção lógica aos conceitos jurídicos (sistema fechado de conceitos), ou mesmo a lei. Transferindo, assim, a interpretação de uma investigação da lei pura ou de conceitos para uma investigação histórica dos interesses.

Isso porque a Jurisprudência dos Interesses (*Interessenjurisprudenz*) enxergava o direito (leis e conceitos) como um púlpito dos interesses sociais, donde são pregados tanto os interesses do indivíduo, como os da sociedade como um todo, os quais até podem ser, à primeira vista, conflitantes (como, por exemplo, o interesse do transgressor de obter a liberdade condicional e o interesse da sociedade em mantê-lo preso para garantir a segurança).

Percebia-se o direito funcionalmente como um instrumento concretizador de interesses do meio social previstos pelo legislador (*fonction sociale*).

Dessa forma, cumpria ao intérprete se concentrar mais no fim social da lei do que em seu texto, incluindo, assim, na ciência jurídica a percepção da *ação do direito sobre a vida*.

Ocorre, neste contexto, um rompimento do sistema exegético de interpretação imperativista das leis e também do sistema fechado e

histórico de conceitos jurídicos da pandectística para sobrevir uma interpretação que não se mostrasse alheia à “«*satisfação das necessidades da vida, à satisfação das apetências e das tendências apetitivas, quer materiais quer ideais, presentes na comunidade jurídica*»”⁵¹ em toda a operação, em toda a formação do direito.

Essa concepção que a norma jurídica tem sua gênese em interesses, *na medida em que determinam no legislador representações, ideias de dever ser*, foi defendida especialmente por Philipp Heck, seguidor do finalismo de Jhering. Karl Larenz⁵² descreve a escola em liça nos seguintes termos:

A Jurisprudência dos interesses – e esta é a sua afirmação justeorética fundamental – considera o Direito como «tutela de interesses». Significa isto que os preceitos legislativos – que também para HECK constituem essencialmente o Direito – «não visam apenas delimitar interesses, mas são, em si próprios, produtos de interesses». As leis são «as resultantes dos interesses de ordem material, nacional, religiosa e ética, que, em cada comunidade jurídica, se contrapõem uns aos outros e lutam pelo seu reconhecimento». Na tomada de consciência disto, garante-nos HECK, reside «o cerne da Jurisprudência dos interesses», sendo também daí que ele extrai a sua fundamental exigência metodológica de «conhecer com rigor histórico, os interesses que causaram a lei e de tomar em conta, na decisão de cada caso, esses interesses».

Perceba-se que, para Philipp Heck, a suposta vontade psicológica do legislador não é mais o alvo que deve ser alcançado pela interpretação. Segundo sua doutrina, o intérprete deveria, para alcançar o sentido da norma ou suprir uma lacuna, buscar as forças sociais ou os fatores causais, denominados de interesses, que foram determinantes para a lei.

Ocorre, assim, uma substituição gradual, para fins de interpretação, da vontade individual do legislador por algo que envolve toda a

⁵¹ LARENZ. apud Philipp Heck. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamengo. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3ª Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. P. 64.

⁵² LARENZ. *Ibidem*, P. 65.

sociedade na confecção da norma, a qual não pode ser depreendida apenas da lei e de seus trabalhos preparativos.

Mais precisamente, a vontade do legislador passou a significar um interesse histórico que deveria ser observado quando da interpretação e aplicação da norma. Há, portanto, um rompimento com a interpretação objetivista da lei, certo que, para atentar ao referido interesse deveria, na maioria das vezes, ultrapassar as palavras impressas no diploma.

Esse rompimento, sublevo um degrau importantíssimo para o giro hermenêutico; viola-se o dogma da completude do ordenamento jurídico, alforriando o intérprete do texto estrito da lei e impulsionando-o a ultrapassar a mera aplicação lógica da lei. Fato esse, também destacado por Karl Larenz⁵³:

Ao exortar o juiz a aplicar os juízos de valor contidos na lei com vista ao caso julgando, a Jurisprudência dos interesses – embora não quebrassem verdadeiramente os limites do positivismo – teve uma actuação libertadora e fecunda sobre uma geração de juristas educada num pensamento formalista e no estrito positivismo legalista.

Com efeito, o intérprete/aplicador deveria atentar-se ao interesse como fator causal determinante das percepções do legislador, possibilitando-o, assim, de acrescentar, ainda que de forma adstrita, elementos valorativos na interpretação da lei e dos conceitos.

A Jurisprudência dos interesses também retira oportunamente uma venda carregada pelos juristas, admitindo que, invariavelmente, a ordem jurídica conterà lacunas, cuja saída não será encontrada através da subsunção de um preceito legal ao caso concreto.

No entanto, cumpre ressaltar que a escola em comento, a fim de evitar a acusação de não objetivismo, concebia os interesses

⁵³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamengo. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3ª Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. P. 69.

formadores do direito, não como abstrações, mas fatos semelhantes aos da ciência positiva (por exemplo: o interesse geral da comunidade jurídica na paz como uma constante imutável).

Dessa forma, não havia como se falar em mudança nos interesses da sociedade no momento da aplicação da lei. Deveria ser observado apenas o interesse estático do momento de sua elaboração.

Posição essa que ainda se impunha como um sintoma de apego ao positivismo. Os interesses gerais determinantes deveriam ser observados no momento da construção da lei - os interesses pré-estabelecidos e preferidos pelo legislador -, e, portanto, alheio ao interesse atual do momento da aplicação da lei.

Ocorre que a verificação do interesse, supostamente considerado no momento da formação da lei, encontra-se limitado à existência de parâmetros para sua aferição.

Assim, nos casos de lacuna de exatidão da determinação legal, o intérprete tem apenas os parâmetros estabelecidos pelos interesses dominantes em concreto ficando abandonado à sua livre consideração, conforme destaca Franz Wieacker⁵⁴:

Na verdade, uma vez que a jurisprudência dos interesses analisava os interesses pré-estabelecidos e preferidos pelo legislador para seguir a sua valoração, ela não dava ao juiz qualquer indicação para o caso em que a lei não tivesse procedido a uma tal valoração. Nestes casos-fronteira, a jurisprudência dos interesses que se mantenha fiel à lei fica até mais desarmada do que um naturalismo radical que não fosse encaminhado para uma imediata descrição dos valores mais elevados da vida e da sociedade.

Nesses casos, sua doutrina acabava por servir de pretexto para a manifestação do interesse do próprio intérprete, haja vista que a

⁵⁴ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução A. M. Botelho Hespanha. *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*. 4ª Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. P. 669.

verificação de uma lacuna da lei é assim, já por si, incontornavelmente, um produto de uma consideração crítica do intérprete, ou seja, uma consideração valorante. A referida incongruência foi destacada por Karl Larenz⁵⁵ nos seguintes termos:

Essa deficiência foi entretanto reconhecida pelos próprios partidários da Jurisprudência dos Interesses. Assim, um deles, HARRY WESTERMANN, sublinha que seria necessário que o conceito de interesse fosse «delimitado às representações da pretensão que as partes num litígio têm ou devem ter, quando se empenham na obtenção de efeitos jurídicos favoráveis» e distinguir assim, de modo rigoroso, o conceito de interesses dos critérios legais de valoração.

Com efeito, foram os termos de outra escola que acendeu o estopim levantado a partir das mudanças sociais: a Jurisprudência dos valores, que vem defender a interpretação da lei de acordo com os valores por ela tutelados.

Com o fim da primeira guerra mundial, eclodiram pela Europa uma série de movimentos ideológicos políticos como a Revolução de outubro de 1917, que impôs a ditadura marxista de Lênin, a tirania nacional-socialista na Alemanha, a ascensão do Partido Fascista de Mussolini na Itália, a guerra civil na Espanha, entre outros. Junto com esses movimentos, a ideia de valor passou a ocupar o centro das reflexões filosóficas o que, inevitavelmente, veio a repercutir na esfera do conhecimento jurídico.

Por outro lado, até então, prevalecia ainda na metodologia do direito os ideais cientificistas que permearam o positivismo objetivista no sentido de excluir qualquer revolvimento de valores, os quais deveriam ser tratados apenas nas ciências do espírito.

No entanto, a prática acabou por desapontar os que pregavam que a partir da norma ou dos conceitos jurídicos poderiam ser resolvidos todos os problemas.

⁵⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamengo. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3ª Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. P. 162.

Isso porque encontramos muitas vezes, em especial nas normas de cunho constitucional, a existência apenas de conceitos indeterminados ou cláusulas gerais indicativas, onde a vontade ou o interesse do legislador não se mostram ou, até mesmo, normas que são conflitantes entre si ou são eivadas de diversas lacunas. Na interpretação dessas normas ocorrerá – incontornavelmente - uma valoração adicional por parte do intérprete.

Com efeito, nesse momento de inclusão da interpretação é que tem lugar uma ordenação valorativa onde, muitas vezes, encontra-se ao invés da valoração do legislador, a valoração do próprio intérprete que era abominada, por se tratar de ato de escolha pessoal que afrontaria a ciência do direito.

No entanto, é incontestável que a própria atividade de interpretação requer um juízo supra-legal de valor. Côncios dessa realidade, a escola da Jurisprudência dos valores ao invés de rechaçá-los, distinguia os critérios legais de valoração como *corolários da ideia de justiça*⁵⁶.

Para tanto, a Jurisprudência dos valores primeiramente rompia com a ideia de que os valores seriam atos de vontades individuais e, portanto, não susceptíveis para compor uma fundamentação.

Pelo contrário, a essência da escola em comento reside justamente na inclusão dos valores legais (aqueles ditados pelo legislador), na fundamentação dos instrumentos tradicionais de pensamento do direito para, assim, alcançar a concretização das normas, em especial, as compostas por critérios abertos.

⁵⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamengo. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3ª Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. P.163.

Consolida-se, segundo a lição de Franz Wieacker⁵⁷, em um tênue ponto de equilíbrio entre as correntes juspositivistas da jurisprudência dos conceitos e da jurisprudência dos valores. Confira-se:

O combate do séc. XIX entre formalismo e naturalismo, jurisprudência dos conceitos e realização de finalidades (jurisprudência dos interesses e aplicação teleológica da lei) atingiu na moderna jurisprudência das valorações um certo grau de equilíbrio; na determinação destes valores coube uma certa influência à relação entre o espaço de liberdade e a função social dos direitos privados. [...]

Como é natural, estes confrontos vêm mais nitidamente ao de cima na ciência do que na prática [...] Também aqui se desenha um certo equilíbrio, na medida em que, por um lado, se dá realização de sistemas abertos, em vez dos sistemas axiomáticamente fechado.

De toda sorte, a realização de valores, mesmo que restritos a um sistema axiomáticamente fechado, constitui um passo de extrema relevância para a hermenêutica jurídica contemporânea que deixa de ser apenas uma reconstrução do pensamento do autor da lei, para assumir uma postura de pensar efetivo relacionado ao fim subjacente dos valores salvaguardados pela norma ou conceito jurídico. De extrema relevância, aliás, para toda a ciência do direito, consoante destaca Karl Larenz⁵⁸:

A passagem a uma «Jurisprudência de valoração», a crítica ao modelo de subsunção e, por último, a preponderância da justiça do caso, bem como do procedimento «argumentativo», levaram a uma renovada discussão da possibilidade e utilidade da construção do sistema na ciência do Direito. A passagem a uma «Jurisprudência de valoração» só cobra, porém o seu pleno sentido quando conexas na maior parte dos autores com o reconhecimento de valores ou critérios de valoração «supralegais» ou «pré-positivos» que subjazem às normas legais e para cuja interpretação e complementação é legítimo lançar mão, pelo menos sob determinadas condições.

⁵⁷ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução A. M. Botelho Hespanha. *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*. 4ª Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. P. 721.

⁵⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamengo. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3ª Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. P. 167.

O próprio Karl Larenz é situado por Nazaré Ferreira⁵⁹ como um dos partidários da escola ora tratada. Confira-se

Larenz é um dos sequazes da Jurisprudência dos valores, em meados do século XX, para quem o legislador, ao regulador determinado setor social por meio de norma, tem sempre como referência determinados valores. Essas valorações expressam-se quando a ordem jurídica confere proteção absoluta a certos bens, deixando outros sem proteção ou os protegendo em menor escala. Assim, a compreensão de um texto legal reside na descoberta da valoração nele presente.

Confere-se através do procedimento argumentativo uma consideração de razoabilidade no direito, ultrapassando-se o modelo exegético de subsunção estrita à norma para garantir a preponderância da justiça do caso, inclinando a hermenêutica os rumos da epistemologia e, por conseguinte, para seu reencontro com a filosofia. Limitando-a, contudo, aos valores dispostos pelo legislador na norma.

⁵⁹ FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica: uma leitura de Gadamer e Dworkin**. Porto Alegre. Editor Sergio Antonio Fabris. 2004. P. 85.

2. HERMENÊUTICA JURÍDICA PARA ALÉM DO POSITIVISMO JURÍDICO

2.1 A compreensão da função concretizadora da hermenêutica jurídica

Na busca pela consolidação de uma recém nascida democracia moderna, utilizou-se da legalidade como início, meio e fim para prover à nova sociedade certa segurança jurídica.

Para tanto, as escolas de caráter positivistas fomentadas pela intensificação da codificação do direito que se espalhou pelo ocidente durante o séc. XIX repeliam qualquer interpretação não objetivista da lei.

Inseridas nesse contexto, as escolas referidas anteriormente, não atentam contra a vinculação do juiz em relação à lei. Ainda era comum a ordem de que a interpretação, por ocorrer após a promulgação da lei, deveria sempre tê-la como parâmetro final, seja pela observância a seu estritos termos, seja pelos interesses ou valores.

Com efeito, buscava-se sistematizar as regras de hermenêutica jurídica voltando-a sempre para o legislador ou, de preferência, à lei que consistia, ao fim e ao cabo, em *um agudo esforço por determinar a mens legis, entendida como a vontade oculta do autor da proposição normativa, vontade que ao intérprete incumbia revelar com fidelidade.*⁶⁰

Tudo isso, conforme já ressaltado, tende a garantir uma questão de fundo implícita: *a exigência da segurança jurídica faz com que o jurista deva renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei*⁶¹.

Contudo, cumpre ressalvar, para não incorrer em esquecimento, que encontramos ainda no séc. XX uma escola que se

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. P. 452.

⁶¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Editora Cone, 1909. P.87.

opunha isoladamente contra a postura pragmatista do direito, qual seja, a Escola do Direito Livre.

A Escola do Direito Livre foi de encontro ao positivismo legal e contra a jurisprudência conceitual que dominava ilimitadamente seu tempo.

Seus criadores, Ernst Fuchs e Kantorowicz defendiam a subjetividade do julgador em uma época de estrita vinculação à lei, consoante leciona Franz Wieacker⁶²:

A Escola Livre opôs ao positivismo – que negava ao juiz a possibilidade de uma criação livre do direito, ao remetê-lo para uma tarefa de subsunção em relação à lei ou aos conceitos científicos – que a decisão jurisprudencial se baseava não em processos intelectuais mas em processos intuitivos, sobretudo assentes nos sentimentos do juiz.

Porém tratava-se antes de uma vertente de teoria da do direito do que de interpretação, pois, segundo sua doutrina, *o juiz está legitimado e mesmo obrigado a desviar-se da lei sempre que considerar injusta ou inadequada*.⁶³

Portanto, essa livre opção do juiz para atender a satisfação e necessidade da sociedade através de sua sensibilidade jurídica não se limitava à interpretação da norma. De fato, pretendia-se conferir ao juiz o poder de funcionar como uma *social engineering*, tarefa essa para a qual não detinha legitimidade constitucional. Substituindo, assim, *o voluntarismo do legislador pelo voluntarismo do juiz*⁶⁴.

Retomando nosso frágil fio de Ariadne, em que pese encontramos nas escolas de caráter positivista pressupostos éticos/metafísicos como o *volksgeist*, os interesses e os valores, predominava ainda a posição de que qualquer pretensão de atribuir ao

⁶² WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução A. M. Botelho Hespanha. *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*. 4ª Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 671

⁶³ WIEACKER. *Ibidem*. P. 671.

⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. P. 453.

intérprete, em especial ao intérprete juiz, o poder de criação significava - aos olhos dos teóricos positivistas - uma afronta ao modo de organização estatal e à própria vontade do povo cujo veículo de comunicação deveria ser apenas a lei.

Sucede, no entanto, que, no fluir do séc. XX, a sociedade ocidental se viu imersa em vertiginosas transformações sociais, especialmente no que tange aos costumes e aos valores referentes aos direitos de segunda geração, exigindo, assim, a imediata adaptação das normas caducantes à sociedade e não mais o contrário. Conforme destaca Haradja Torrens⁶⁵:

A partir da Revolução Francesa, os primados da legalidade e segurança jurídica estão indissociáveis da atuação jurisdicional. No entanto, o modo de conceber a legalidade difere daquele consagrado na exegese e passa a significar uma solução justa, equitativa e razoável, que será aferida por intermédio do devido processo legal, além de necessariamente fundamentada pela racionalidade.

Com efeito, consolidou-se a consciência de que a própria estrutura da normatividade exige um longo processo de concretização após a publicação da norma, e *entender o contrário significa atar-se ao dogma e ao preconceito de perquirir o direito onde ele já não existe: a vontade subjetiva do legislador ou essa mesma vontade quando se objetiva na lei, tratando-se ainda nesse caso, de uma vontade desatualizada e imobilizada pelo texto da norma*⁶⁶.

Hans Kelsen, rompendo com a distinção tradicional entre atividade legislativa e judiciária, já previa que todas as autoridades investidas, direta ou indiretamente, pelo ordenamento jurídico fazem parte, dentro de uma moldura maior (constituição), da criação das normas⁶⁷. Diferenciados

⁶⁵ TORRENS, Haradja Leite. **Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos. Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira.** Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004. P. 23.

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 17ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. P. 504.

⁶⁷ Vide COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica.** P. 298.

apenas pela liberdade, que é ampla no legislativo (apenas a constituição) e restrita para o judiciário (interpretação da norma em debate).

Malgrado Kelsen não tenha elaborado uma solução metodológica hermenêutica isolada, negava-se a reduzir o intérprete a mero reproduzidor da lei, admitindo não ser possível extrair objetivamente das normas positivas proposições jurídicas únicas e corretas. Confira-se:

A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação “correta”. Isto é uma ficção que se serve a Jurisprudência tradicional para consolidar o ideal de segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal é somente realizado aproximadamente.⁶⁸

Alerta ainda o referido jurista que:

uma interpretação estritamente científica de uma lei estadual ou de um tratado de direito internacional que, baseada na análise crítica, revele todas as significações possíveis, mesmo aquelas que são politicamente indesejáveis e que, porventura, não foram de forma alguma pretendidas pelo legislador ou pelas partes que celebraram o tratado, mas que estão compreendidas na fórmula verbal por eles escolhida, pode ter efeito prático que supere de longe a vantagem política da ficção do sentido único: É que uma tal interpretação científica pode mostrar à autoridade legisladora quão longe pode estar sua obra de satisfazer à exigência técnico-jurídica de uma nova formulação de normas jurídicas mais possível inequívocas ou, pelo menos, de uma formulação feita por maneira tal que a inevitável pluralidade de significações seja reduzida ao mínimo e, assim, se obter maior grau possível de segurança jurídica⁶⁹

A partir da consolidação dessa consciência acerca da relação inquestionável entre hermenêutica jurídica e concretização judicial da lei, o processo interpretativo formalista ou objetivista, proposto pelo positivismo e pela *herança romanista de Savigny*⁷⁰, não

⁶⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. *Reine Rechtslehre*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 396.

⁶⁹ KELSEN. *Ibidem*, P. 397

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. P. 504.

mais era capaz de desempenhar a complexidade exigida pela criatividade e dinamicidade das transformações sociais.

Fato que pode ser percebido de forma mais clara na interpretação da norma constitucional, a qual possui pouca identidade fática, não podendo ser exaurida pela simples interpretação objetiva de seus termos.

Isso porque, a gênese da norma constitucional, diferentemente da norma de direito privado que é fruto de séculos de sedimentação empírica e de incorporação de princípios compilados de outras gerações e do direito romano, é constituída muitas vezes de um esforço viral revolucionário ou, quando menos, de um período de transição.

Acrescente-se, ainda, mais uma barreira à interpretação objetivista da norma constitucional: as normas constitucionais são formadas em sua essência por princípios. Princípios estes que inicialmente eram extraídos pela tradição positivista do próprio ordenamento jurídico somente para preencher as lacunas na lei deixadas pela rejeição abrupta do direito natural, conforme relembra Paulo Bonavides⁷¹:

Os princípios entram nos Códigos unicamente como “válvula de segurança”, e não como algo que se sobrepusesse à lei, ou lhe fosse anterior, senão que, extraídos da mesma, foram ali introduzidos para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo.

Todavia, os princípios dispostos nas constituições passaram de pautas programáticas supralegais de preenchimento de lacunas para verdadeiros alicerces que dão sustento e inspiração a todo o ordenamento jurídico de determinada sociedade, orientando a interpretação de quaisquer outras normas.

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. P. 262.

Princípios cuja fecundidade pode gerar – e, de fato, gera - interpretações contraditórias ou, no mínimo, controvertidas, resultantes da tensão da diversidade de interesses de uma nação que, nada obstante, são inseridas na mesma codificação magna.

Isso decorre da própria mudança na concepção da função da lei que, diante da desistência legislativa de suplantar as ocorrências do plano empírico, não pretende regular especificidades e, sim, lançar princípios orientadores. Por conseguinte, a hermenêutica formalista ou interpretação objetivista se mostra cada vez mais impotente para acompanhar e explicar a nova concepção normativa.

Por fim, cumpre acrescentar ainda mais uma dificuldade para interpretação formalista: a rigidez das normas constitucionais que acarreta um constante descompasso da norma com as transformações da sociedade. Neste viés, destaca o constitucionalista Paulo Bonavides⁷²:

Não resta dúvida que interpretar a Constituição normativa é muito mais do que fazer-lhe claro o sentido: é sobretudo atualizá-la. A interpretação nos sistemas rígidos do constitucionalismo formal será tanto mais importante e necessária quanto mais altos forem os obstáculos levantados à mudança de curso da Constituição ou ao processo técnico de sua reforma. A rigidez provoca assim e faz avultar as exigências interpretativas conduzidas segundo critérios evolutivos que possam consentir uma rápida adequação histórica dos textos aos imperativos tácitos da mudança constitucional, sem violência ao espírito do ordenamento jurídico fundamental.

Assim, a referida rigidez das constituições e seu sôfrego e lento caminho de modificação fazem com que uma norma renovadora, quando de sua entrada em vigor, esteja fadada a acabar como uma norma conservadora com o decorrer dos anos.

⁷² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. P. 483.

As alterações de ordem social exigiam que, de maneira semelhante à legislação, o intérprete enxergasse a norma de maneira menos formal ou limitada, consoante retrata Franz Wieacker⁷³:

O recuo perante o formalismo jurídico manifesta-se antes de tudo, na progressiva libertação do juiz no que respeita à vinculação em relação a hipóteses de facto definidas de forma precisa na lei. Isto corresponde a uma modificação na função da lei no estado social. Ela não é mais, como no estado de direito burguês, uma delimitação das esferas dos direitos e da liberdade de cada um relativamente aos outros e aos poderes públicos, mas antes um elemento de *social engineering*, linha de orientação jurídica para a planificação social, cuja prossecução está cometida à administração estadual e cuja apreciação está a cargo dos tribunais ordinários de trabalho, sociais e administrativos.

Emerge, desse contexto de modificação, a necessidade de se ponderar a limitação juspositivista da hermenêutica – fomentada sob o pretexto de assegurar segurança jurídica - em face da busca por uma solução adequada à realidade social, nos seguintes termos:

Enquanto as soluções derivadas dos sistemas jurídicos vigentes foram socialmente entendidas como justas, manteve-se intacto o respeito às palavras do legislador e ao sistema. Porém, quando a sociedade começou a perceber como injustas muitas das decisões sistematicamente adequadas, o modelo sistemático passou a ter opositores cada vez mais ferrenhos, que conduziram a teoria jurídica à necessidade de enfrentar o difícil problema de definir se era mais importante garantir a segurança jurídica (o que o sistema fazia bem) ou a justiça (que por vezes se contrapunha aos códigos e sistemática dominante).⁷⁴

Com efeito, a postura positivista de interpretação que buscava vedar qualquer liberdade hermenêutica correspondia a uma necessidade pertinente a sua *etapa histórica de justificação de jurisdição*

⁷³ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução A. M. Botelho Hespanha. *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*. 4ª Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. P. 626.

⁷⁴ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. P. 249.

*perante a afirmação dos direitos do homem nas democracias constitucionais.*⁷⁵

No entanto, a interpretação não poderia mais ser disposta apenas como meio de elucidação da disposição legislativa ou dos conceitos pré-determinados ou permanecer limitada ao emprego de cânones interpretativos, não mais se impõe como verdade monolítica. Pelo contrário, a interpretação deveria assumir a função de adaptar o direito congelado na norma a uma realidade fervilhante. Surge, assim, a necessidade de uma hermenêutica que possibilite a revitalização, conforme destaca Alexandre Araújo Costa⁷⁶:

a interpretação deixa de ser entendida como a reconstrução um significado cristalizado no tempo (a partir da vontade do legislador, do sentido histórico originário ou de imperativos de sistematicidade) e passa a ser compreendida como uma espécie de atualização, de concretização no presente das finalidades sociais implícitas na norma.

Niklas Luhmann, abordando o aspecto evolucionista da sociedade e do direito, estabelece que a crescente complexidade da sociedade exige e, ao mesmo tempo, possibilita modificações no arcabouço jurídico⁷⁷.

Assim, o referido autor leciona que o repertório de métodos e teorias que dispomos atualmente, elaborados sob a ótica de microssistemas, não se mostram como um instrumento adequado aos macrossistemas complexos e estruturados aptos a regular a complexidade de um sistema. Confira-se:

Sistemas simples têm necessidades estruturais diferentes de sistemas mais complexos, mas também possuem menos possibilidades de erigir e manter estruturas relevantes

⁷⁵ TORRENS, Haradja Leite. **Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos. Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira.** Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004. P. 24.

⁷⁶ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica.** P. 262.

⁷⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I.** Tradução Gustavo Bayer. *Rechtssoziologie I.* Editora Edições Tempo Brasileiro, 1983. P. 14/15.

enquanto pressupostos de outras possibilidades estruturais. Sociedades simples, por exemplo possuem um direito tradicionalmente determinado, concebido em termos relativamente concretos. No decorrer do desenvolvimento social em direção à complexidade mais elevada, o direito tem que abstrair-se crescentemente, tem que adquirir uma elasticidade conceitual-interpretativa para abranger situações heterogêneas, tem que ser modificável através de decisões, ou seja: tem que tornar-se direito positivo. Nesse sentido formas estruturais e graus de complexidade da sociedade condicionam-se reciprocamente⁷⁸.

A partir da consolidação dessas necessidades estruturais adequadas a sistemas mais complexos, passam a se afirmar as teorias pós-positivistas, as quais, de forma mais ou menos contundente, rompem limites paradigmáticos de vinculação à lei e *a partir de então já não basta aplicar a regra ao caso jurídico, para realizar justiça é necessário atender aos valores consagrados em cada um dos princípios que compõem o constitucionalismo.*⁷⁹

2.2 A interpretação construtiva na teoria integrativa de Ronald Dworkin

A vertiginosa atualização da sociedade passou a exigir, cada vez mais, uma interpretação não vinculada aos cânones clássicos de busca pela vontade ficta ou pelos valores prepostos pelo legislador engessada na norma.

A mera aplicação cega da lei, muitas vezes, não solucionava o conflito jurídico, mas, simplesmente, perpetrava uma injustiça decorrente da aplicação sumária e objetiva de uma norma avessa ao contexto vigente,

⁷⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução Gustavo Bayer. *Rechtssoziologie I*. Editora Edições Tempo Brasileiro, 1983. P. 15.

⁷⁹ TORRENS, Haradja Leite. **Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos. Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004. P. 25.

ensejando, assim, um conflito entre o direito positivo e a ânsia da sociedade pelo justo.

De fato, a vontade ficta do legislador não poderia adaptar a sociedade indefinidamente. Pelo contrário, uma vez que a sociedade movimenta-se enquanto a norma pende estática, se exige uma constante adaptação da própria norma à sociedade.

Da mesma forma, os pressupostos éticos/metafísicos como o *volksgeist*, os interesses e os valores congelados no tempo, não podiam acompanhar a necessidade de autopeiose do direito.

Nesse contexto, abre-se a caixa de pandora e começa a ruir a pretensão de subordinar a interpretação jurídica sempre à mera aplicação objetivista da lei, de seus valores ou conceitos, enquanto, ao mesmo tempo, soergue-se a consciência de que a efetiva solução do conflito jurídico (busca pela *paz social*) requer a realização de um esforço mais complexo de interpretação da lei conforme o paradigma vigente. Ademais, conforme destacado no capítulo anterior, as própria concepção e forma das normas passaram a impossibilitar sua aplicação metódica-formalista.

Paulatinamente, passou-se a admitir que o direito constrói-se tanto a partir de seu emissor originário, a lei, como na sua aplicação ao caso concreto, a interpretação da lei. Não sendo viável sufocar essa segunda etapa, sob pena de ceifar o contato do direito com a sociedade, certo que a inserção do elemento social pode ser verificada tanto na promulgação quanto na aplicação da lei.

Em outras palavras, ressalvado o valor da doutrina positivista, o direito não pode mais ser encarado estaticamente como um fato

ou algo posto, mas, sim, como uma questão interpretativa, consoante destaca Plauto de Azevedo⁸⁰:

Se é indubitosa a importância das normas jurídicas positivas para a construção de uma ciência do direito que ofereça subsídios à adequada solução das controvérsias emergentes da vida social, há que estabelecer-se que não pode o pensar dogmático converter-se em um pensar necessariamente anti-investigador do direito, isto é, não reelaborador do direito, cingindo-se à repetição de fórmulas (normas) mecanicamente aplicadas através de meras “subsunções” silogístico-dedutivas.

Ciente dessa necessidade, o direito é encarado, pela Teoria Integrativa de Ronald Dworkin, como um produto interpretativo do próprio senso político da sociedade e de sua práxis institucional, permitindo, assim, a *constante renovação do ordenamento jurídico, reconhecendo-o como um sistema dotado de um potencial de auto-superação para a realização dos direitos fundamentais*⁸¹.

Dworkin pontua que, durante a produção do direito, podemos segmentar desde sujeitos a níveis de interpretação, sendo que *não apenas a lei, mas a doutrina, a jurisprudência e os costumes são responsáveis pela produção jurídica*⁸², os quais *atuam pressões sociais opostas, algumas tendentes a homogeneizá-los e outras conduzindo à diversidade*.⁸³

Essas forças são identificadas e subdivididas por Dworkin como centrífugas (*aquelas que atuam sobre os indivíduos, gerando multiplicidade de resultados*) e centrípetas (*aquelas que evidenciam a identidade de caracteres aproximando resultados*)⁸⁴.

⁸⁰ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. P. 31.

⁸¹ TORRENS, Haradja Leite. **Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos. Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004. Página. 61.

⁸² TORRENS. *Ibidem*, p. 60.

⁸³ TORRENS. *Ibidem*, p. 60.

⁸⁴ Vide TORRENS. *Ibidem*, p. 60.

A princípio, essas forças agindo contrariamente e ao mesmo tempo parecem caminhar para um descompasso de mútua repulsa. No entanto, é justamente nesse embate que têm gênese a corrente renovação do direito, consoante é ressaltado na obra *O império do direito*⁸⁵:

As influências que levam mais poderosamente à convergência são inerentes à natureza da interpretação. A prática do precedente, que nenhum juiz pode ignorar totalmente em sua interpretação, pressiona pelo acordo; [...] Além disso, os juízes refletem sobre o direito no âmbito da sociedade, e não fora dela; o meio intelectual de modo geral, assim como a linguagem comum que reflete e protege esse meio, exerce restrições práticas sobre a idiosincrasia e restrições conceituais sobre a imaginação. O inevitável conservadorismo do ensino jurídico formal, e do processo de selecionar juristas para as tarefas judiciárias e administrativas, aumenta a pressão centrípeta. Seria um erro ignorar esses diversos fatores de unificação e socialização, mas um erro ainda mais insidioso e perigoso exagerar sua força. A dinâmica da interpretação resiste à convergência ao mesmo tempo que a promove, e as forças centrífugas são particularmente fortes ali onde as comunidades profissional e leiga se dividem em relação a justiça. Juízes diferentes pertencem a tradições políticas diferentes e antagônicas, e a lâmina das interpretações de diferentes juízes será afiada por diferentes ideologias. Tampouco isso é deplorável. **Ao contrário, o direito ganha em poder quando se mostra sensível às fricções e tensões de suas fontes intelectuais.** O direito naufragaria se as várias teorias interpretativas em jogo no tribunal e na sala de aula divergissem excessivamente em qualquer geração. Talvez um senso coletivo desse perigo proporcione ainda outra razão para que assim não seja. Mas o direito estagnaria, acabaria naufragando de um modo diferente, se caísse no tradicionalismo que imaginei como o destino último da cortesia. (Grifamos)

Por evidente, o intérprete não deve pretender uma interpretação inédita/neutra que, de acordo com a história, ofenda os dogmas vigentes com excesso de discrepância. Deve, pelo contrário, existir uma correspondência que, inevitavelmente, emerge do conservadorismo do ensino jurídico formal.

⁸⁵ DWORCKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. *Law's empire*. 2ª Edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2007. Página 111.

Porém, conforme assevera Dworkin, também configura um erro drástico tentar suprimir as diferenças e antagonismos que, naturalmente, emergem das diferentes interpretações de uma norma ou de sua ausência, conforme pretendido pelo positivismo.

Isso porque é justamente na dialética contínua e na lacuna ou obscuridade da lei que, segundo Dworkin, o direito *evolui, permitindo, por vezes, romper com paradigmas arcaicos e assumir novos padrões para soluções cada vez mais aproximadas dos novos parâmetros assumidos pela sociedade*⁸⁶.

Com esse posicionamento, a teoria integrativa vem para romper paradigmas jurídico-positivistas, conforme destaca Nazaré Ferreira⁸⁷:

Assim, são encontrados, na teoria da interpretação jurídica de Dworkin, elementos imprescindíveis que fomentam a perscrutação de um modelo hermenêutico que ultrapassa a concepção tradicional da interpretação jurídica, enquanto estreita concepção legalista.

Prestigiar esse conceito interpretativo do direito e sua constante necessidade de superação constitui medida necessária, pois, conforme já asseverado, o conhecimento de uma nova conduta ou fato chega, invariavelmente, muito antes ao judiciário do que ao legislativo, defrontando o juiz em uma incerteza legal forçando sua atuação interpretativa.

Assim, a interpretação integrativa pretende permitir que a interpretação da norma acompanhe essa evolução da sociedade, conforme destaca Haradja Torrens⁸⁸:

O fenômeno que se observa é de democratização do Direito pela valorização do fato social; no entanto, o que se

⁸⁶ TORRENS, Haradja Leite. **Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos. Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira.** Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004. P. 60.

⁸⁷ FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica: uma leitura de Gadamer e Dworkin.** Porto Alegre: Editor Sergio Antonio Fabris, 2004. P. 96.

⁸⁸ TORRENS, Haradja Leite. Op. Cit., P. 63.

propugna não é uma formulação jurídica irresponsável a partir da prática de auto-superação do Direito ou da abertura hermenêutica. Esse fenômeno recebe também influxo de outros elementos que conduzem segurança jurídica ao Direito: são os princípios jurídicos, as forças harmonizadoras da prática jurisdicional e dos critérios políticos afeito à ordem estatal instituída pelo Estado Democrático de Direito.

Nos países que, como o Brasil, adotam o modelo romano-germânico, a norma deve ser vista como um argumento que se desdobra, incrementa, estende e materializa na sua aplicação, a partir da postura argumentativa em relação à lei, certo que seu conteúdo somente se efetiva quando da sua efetiva interpretação⁸⁹.

Para chegar a referida conclusão, Dworkin explica primeiramente a diferença entre três tipos de interpretação: a científica, a conversacional e a artística.

A interpretação científica é causal e neutra, consoante o seguinte exemplo: um cientista começa por colocar dados para, para depois interpretá-los e, assim, explicar o coaxar de uma rã. Já a conversacional é intencional: *Atribui significados a partir dos supostos motivos, intenções e preocupações do orador, e apresenta suas conclusões como afirmações sobre a “intenção” deste ao dizer o que disse.*⁹⁰

A interpretação artística, por sua vez, pode ser exemplificada da seguinte forma: *os críticos interpretam poemas, peças, e pinturas a fim de justificar algum ponto de vista acerca de seu significado, tema ou propósito.* Consistindo, assim, em uma interpretação que impõe *um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor possível da forma ou do gênero*

⁸⁹ Vide FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica: uma leitura de Gadamer e Dworkin.** Porto Alegre: Editor Sergio Antonio Fabris, 2004. P. 96.

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução Jefferson Luiz Camargo. *Law's empire.* 2ª Edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2007. P. 61.

aos quais se imagina pertencer.⁹¹ Sendo que, do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto⁹².

A referida interpretação artística é uma interpretação construtiva⁹³, e é justamente essa ideia de interpretação construtiva que Dworkin se utilizará.

De posse dessas distinções, Dworkin, difere do positivismo jurídico, definindo a interpretação de forma construtiva com a mais apropriada para o direito, mais especificamente, expõe a ideia de que a interpretação do direito deve ocorrer como um romance em cadeia.

Dworkin destina inclusive um capítulo específico (“de que maneira o direito se assemelha à literatura”) para mostrar as semelhanças entre o direito e a literatura, destacando que tanto na interpretação do direito como na interpretação de uma novela é impossível alcançar e manter a interpretação original do autor, conforme pretende o positivismo na interpretação da norma.

Isso porque, em ambos os casos, assim que o autor da novela ou o autor da lei publicam sua obra, quem irá interpretá-la serão os seus destinatários, os quais variam tanto individualmente – psique de cada intérprete - como coletivamente – modificação na sociedade -, consoante destaca Haradja Torrens⁹⁴:

Em ambos os casos, após a leitura de um texto literário ou jurídico, ou depois da exibição de um capítulo de novela, o público apreende a mensagem independentemente da intenção do emissor, entendendo-a e a modificando conforme o psique individual. A significação apreendida varia ainda conforme o tempo, em função da constante evolução e

⁹¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. *Law's empire*. 2ª Edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2007. P. 63/64

⁹² DWORKIN, Ronald. *Ibidem*, P. 64.

⁹³ DWORKIN, Ronald. *Ibidem*, P. 75.

⁹⁴ TORRENS, Haradja Leite. **Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos. Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004. Página 36.

de modificações culturais. Portanto, torna-se impossível para o autor manter a identidade da sua intenção perante a peça se, depois de escrita e publicada, o leitor será o intérprete. Semelhante é o posicionamento do legislador perante as leis, pois o sentido original será modificado, em constante evolução social, e, por consequência, de evolução jurídica também.

Assim, Dworkin confere à função interpretativa um alcance mais amplo, dispondo-a como parte do processo construtivo de aplicação da norma que se volta tanto para o passado quanto para o futuro, necessária para concretização da própria natureza de estabilização social da norma, alçando o intérprete de executor para um verdadeiro protagonista da história.

O intérprete deve levar em consideração (não vincular-se) a substância e circunstâncias das interpretações já tomadas sob o objeto anteriormente. *Deve confrontar cada interpretação com outras decisões judiciais do passado*⁹⁵ compartilhando, assim, o aspecto normativo da interpretação. Para que, ao escrever o próximo capítulo interpretativo, possa encontrar o melhor desenvolvimento da história⁹⁶.

Para explicar a interpretação em seu modelo integrativo, Dworkin divide, preliminarmente, a interpretação em três etapas: pré-interpretativa, interpretativa, e pós-interpretativa⁹⁷.

A primeira etapa consiste mais em um pressuposto inicial do que um passo do afazer hermenêutico, propriamente dito.

Destaca que, para iniciar a interpretação, devem ser primeiramente identificadas as regras e os padrões cotidianamente observados do conteúdo basilar do objeto a ser interpretado, sobre os quais deve haver algum consenso na sociedade, conforme o seguinte exemplo: *na interpretação de obras literárias, a etapa equivalente é aquela em que são*

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. *Law's empire*. 2ª Edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2007. P. 293.

⁹⁶ Vide DWORKIN. *Ibidem*, P. 276.

⁹⁷ Vide DWORKIN. *Ibidem*, P. 81.

*textualmente identificados romances, peças, etc., isto é, a etapa na qual o texto Moby Dick é identificado e distinguido do texto de outros romances*⁹⁸.

Neste momento deve haver - entre os membros da comunidade interpretativa - um compartilhamento inicial aproximado acerca do objeto a ser interpretado, sob pena de impossibilitar qualquer formulação posterior.

Em seguida, temos a etapa da interpretação, quando o intérprete deverá buscar a justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa anterior, consubstanciados nos aspectos ou características do objeto, para que se posicione como alguém que está a interpretar e não a criar, no seguinte sentido: utilizando-se agora de um exemplo mais conhecido deste aluno, o intérprete deve conhecer – ter lido – a obra prima de Dumas, O Conde de Monte Cristo, para poder tecer qualquer interpretação sobre o final deste romance sem que tenha que inventar sobre o que aconteceu.

Do contrário, o intérprete não poderá interpretar – sem ter de inventar - a atitude de Edmond Dantès ao abandonar sua amada catalã, Mercedes, pela filha de Ali Paxá, Haydeé.

Conhecendo a pré-interpretação de domínio geral e, logo após, a existência e características do objeto com as diversas interpretações já conferidas a ele, o intérprete deve avançar para a terceira fase.

A etapa final, pós-interpretativa ou reformuladora, é aquela na qual o intérprete ajustará sua ideia daquilo que a prática realmente requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa anterior. Seria uma

⁹⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. *Law's empire*. 2ª Edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2007. P. 81.

questão de *ver de imediato as dimensões de sua prática, um propósito ou objetivo dessa prática, e a consequência pós-interpretativa desse propósito*⁹⁹.

Retomando o exemplo da cortesia na comunidade hipotética, Dworkin exemplifica essa terceira etapa da seguinte forma:

Um intérprete da comunidade hipotética em que se pratica a cortesia, por exemplo, pode vir a pensar que uma aplicação coerente da melhor justificativa dessa prática exigiria que as pessoas tirassem os chapéus tanto para soldados que voltam da guerra quanto para nobres. Ou que ela exige uma nova exceção a um padrão estabelecido de deferência: isentar os soldados das demonstrações de cortesia quando voltam da guerra, por exemplo. Ou, talvez, até mesmo que uma regra inteira estipulando deferência para com todo um grupo (ou toda uma classe) de pessoas deva ser vista como um erro à luz daquela justificativa.¹⁰⁰

Como pode ser percebido, nessa etapa não basta analisar a prática em si. Pelo contrário, trata-se de uma etapa onde deve se buscar o sentido da prática social à luz do contexto vigente na sociedade.

No caso da cortesia, o intérprete deve extrair na terceira fase aquilo que a referida prática social melhor representaria para a sociedade.

Trata-se, ao fim e ao cabo, de uma questão de qualificar o objeto a ser interpretado e, em seguida, buscar a melhor entre as várias interpretações que emergem, defendendo, portanto, uma posição distinta daquela pregada pela interpretação tradicional, consoante destaca Nazaré Ferreira¹⁰¹:

A questão central no projeto hermenêutico de Dworkin, ao asseverar como propósito da atividade interpretativa a de por o objeto ou a prática social interpretada sob o enfoque de sua melhor natureza, localiza-se, portanto, fora do âmbito da

⁹⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. *Law's empire*. 2ª Edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2007. P. 82.

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *Ibidem*. P. 82.

¹⁰¹ FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica: uma leitura de Gadamer e Dworkin**. Porto Alegre: Editor Sergio Antonio Fabris, 2004. P. 96.

¹⁰¹ TORRENS, Haradja Leite. **Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos. Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004. P. 98.

interpretação tradicional, viabilizando uma nova e aprimorada modalidade de interpretação, a interpretação hermenêutica no âmbito do direito.

Como se percebe, Dworkin também parte do pressuposto de que seria uma utopia defender que somente se pode extrair uma interpretação correta. De fato, não há como negar a existência de escolha ou avaliação no processo de interpretação, certo que, invariavelmente, surgirão várias possibilidades interpretativas do mesmo objeto, conforme ressalva:

É certamente impossível que, num caso verdadeiramente difícil, uma das partes esteja simplesmente certa e a outra, simplesmente errada¹⁰².

Dentre as diversas justificações existentes o intérprete deve buscar a melhor justificação e, no caso de empate, a moralidade política deverá solucionar o empate buscando a solução que melhor determine os direitos que o indivíduo detém, como um *sopesamento das consequências práticas de cada resposta*¹⁰³

Essa inserção de atributos morais e políticos na interpretação possibilitaria *à comunidade, a construção do Direito embasada na consciência política e jurídica e se determina ao indivíduo que aja em conformidade com a moralidade política, tornando desnecessária a constante criação e reformulação das leis*¹⁰⁴.

Com efeito, o afazer hermenêutico consiste em uma atividade intelectual normativa, na medida que busca a melhor forma de atender a justificativa da lei no momento em que materializa sua aplicação.

Porém, quais são os parâmetros que o intérprete deve ter para conseguir avançar para as duas últimas etapas hermenêuticas, uma vez

¹⁰² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. *Taking rights seriously*. 3ª Edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2010. P. 446.

¹⁰³ TORRENS, Haradja Leite. **Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos. Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004. P. 86.

¹⁰⁴ TORRENS, Haradja Leite. *Ibidem*, P. 87

que até mesmo o próprio direito é tido como algo interpretativo que comporta uma diversidade de argumentos?

Para estabelecer essas premissas e justificar sua concepção, Dworkin formula diversas constatações acerca da função do poder, do governo e do direito, entre as quais convém destacar a seguinte:

Os governos têm objetivos: pretendem tornar as nações que governam prosperas, poderosas, religiosas ou importantes; também querem permanecer no poder. Usam a força coletiva que monopolizam para este e outros fins. De modo geral, nossa discussão sobre o direito assume – é o que sugiro – que o escopo mais abstrato e fundamental na aplicação do direito consiste em guiar e restringir o poder do governo da maneira apresentada a seguir. O direito insiste em que a força não deve ser usada ou refreada, não importa quão útil seria isso para os fins em vista, quaisquer que sejam as vantagens ou a nobreza de tais fins, a menos que permitida ou exigida pelos direitos e responsabilidades individuais que decorrem de decisões políticas anteriores, relativas aos momentos em que se justifica o uso da força pública. Nessa perspectiva, o direito de uma comunidade é o sistema de direitos e responsabilidades que respondem a esse complexo padrão: autorizam a coerção porque decorre de decisões anteriores de tipo adequado. São, portanto, direitos e responsabilidades “jurídicas”.

O referido uso da força pública deve ser limitado pela ordem jurídica, fator que constitui o argumento fundamental de justificativa do direito como norma, podendo essa limitação do uso da força ser vista por diversos prismas.

Especificamente, Dworkin elenca didaticamente três concepções antagônicas ou interpretações abstratas de nossa prática jurídica que justificariam o uso da força pública, quais sejam: o “convencionalismo”, o “pragmatismo jurídico” e o “direito como integridade”. Definindo-os nos seguintes termos¹⁰⁵:

O convencionalismo sustenta [...] que o sentido da vinculação ao direito, nossa razão para exigir que a força seja usada somente de maneira coerente com decisões políticas anteriores, está esgotado pela previsibilidade e pela equidade processual proporcionadas por essa restrição. [...]

¹⁰⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. *Law's empire*. 2ª Edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2007. P. 118/119.

O pragmatismo, concepção cética do direito, os juízes devem tomar a decisão que parece melhor para sociedade, não se importando com o passado. [...]

Já o direito como integridade [defendido por Dworkin] supõe que a vinculação ao direito beneficia a sociedade não apenas por oferecer previsibilidade ou equidade processual, ou em algum outro aspecto instrumental, mas por assegurar, entre os cidadãos, um tipo de igualdade que torne sua comunidade mais genuína e aperfeiçoa sua justificativa moral para exercer o poder político que exerce.

Essas três concepções servirão para enquadrar como se daria a interpretação do direito.

Para o convencionalismo, o que justifica a obrigação política de respeito aos preceitos legais decorre apenas em razão da prescrição convencional de um dever legal, sendo que a questão do uso da força seria consolidada pela própria implementação do Estado Democrático de Direito.

No convencionalismo, a interpretação seria limitada pelas convenções institucionais do direito, compartilhando, assim, de padrões formalistas de que sua tarefa é aplicar a lei e não modificá-la para adequá-la à ética ou à política, amarrando, portanto, o direito às convenções jurídicas de poder, no seguinte sentido:

Toda a comunidade política complexa, insiste o convencionalismo, possui tais convenções. Nos Estados Unidos, é determinado por convenção que o direito é constituído pelas leis promulgadas pelo Congresso, ou pelas legislaturas do Estado, segundo o modo prescrito pela constituição, e, na Inglaterra que as decisões da Câmara dos Lordes são válidas para os tribunais inferiores. O convencionalismo sustenta que a prática jurídica, bem compreendida, é uma questão de respeitar e aplicar essas convenções, de considerar suas conclusões, e nada mais, como direito¹⁰⁶.

Deparando-se diante de um caso concreto, o juiz convencionalista deverá buscar o que já foi criado de direito em relação àquele caso, conforme leciona Dworkin:

¹⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. *Law's empire*. 2ª Edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2007. P. 142.

O convencionalismo faz duas afirmações pós-interpretativas e diretivas. A primeira é positiva: os juízes devem respeitar as convenções jurídicas em vigor em sua comunidade, a não ser em raras circunstâncias. Insiste, em outras palavras, em que eles devem tratar como direito aquilo que a convenção estipula como tal. Uma vez que a convenção na Grã-Bretanha estabelece que as leis do Parlamento constituem direito, um juiz britânico deve aplicar até mesmo as leis do Parlamento que considera injustas ou insensatas. Esse aspecto positivo do convencionalismo corresponde plenamente ao lema popular de que os juízes devem seguir o direito, e não substituí-lo por um novo direito¹⁰⁷.

Assim, o convencionalismo, que em muito se assemelha com as teorias semântico-positivistas¹⁰⁸, oferece à sociedade algo atraente: maior segurança jurídica certo que *subordinam as ocasiões de coerção a fatos simples e acessíveis a todos, e não apreciações recentes de moralidade política* expectativa de *determinada solução jurídica sempre que existir convenção*¹⁰⁹, insistindo que as decisões claras tomadas pelo organismos autorizados sejam respeitadas em sua perpetuidade, sem serem questionadas.

No entanto, na hipótese de ausência de convenção prévia será permitida a discricionariedade do juiz, conforme destaca Dworkin¹¹⁰:

[O convencionalismo] Declara que não existe direito – nenhum direito decorrente de decisões tomadas no passado – a não ser aquele que é extraído de tais decisões por meio de técnicas que são, elas próprias, questões de convenção, e que, portanto, em alguns casos não existe direito algum. [...] Não se segue daí que os juízes confrontados com tal problema devam cruzar os braços e mandar as partes para casa sem tomar decisão alguma. Esse é o tipo de caso em que os juízes devem exercitar o poder discricionário há pouco descrito, isto é, usar padrões extrajurídicos para fazer o que o convencionalismo considera um novo direito. Depois, em casos futuros, a convenção do precedente transformará esse novo direito em direito antigo.

¹⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. *Law's empire*. 2ª Edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2007. P. 144.

¹⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *Ibidem*, P.143

¹⁰⁹ TORRENS, Haradja Leite. **Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos. Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004. P. 34.

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.*, P. 144.

Já o pragmatismo seria a postura oposta, onde o juiz decidiria, com base em um ceticismo quanto à lei e às convenções. Dessa forma, a interpretação pragmática gera uma tremenda insegurança jurídica, pois retira-se da interpretação judicial qualquer previsibilidade, conforme constrói Dworkin¹¹¹:

O pragmatismo é uma concepção cética do direito porque rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas. Não rejeita a moral, nem mesmo as pretensões morais e políticas. Afirma que, para decidir os casos, os juízes devem seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser a melhor comunidade futura, e ainda que alguns juristas pragmáticos pudessem pensar que isso significa uma comunidade mais rica, mais feliz ou poderosa, outros escolheriam uma comunidade com menos injustiças, com uma melhor tradição cultural e com aquilo que chamamos de alta qualidade de vida.

De fato, ao decidirem de forma alheia as leis e convenções os tribunais estariam, verdadeiramente, inovando o direito e aplicando-o retroativamente.

Dessa forma, não há como negar que a observância da legislação é medida que se impõe, até mesmo como forma de preservação da organização do Estado.

No entanto, Dworkin refuta os critérios interpretativos positivistas descritos no capítulo anterior que, sem se preocupar com a realização de justiça, se limitam a buscar pela suposta intenção do legislador.

Acrescentado, ainda, que as referidas teorias, por compreenderem, equivocadamente, o direito como um produto de decisões históricas tomadas por aqueles que detêm o poder político acabam conferindo discricionariedade aos juízes diante da ausência de normas. O que não é mais cabível no presente contexto político pluralista e mutável.

¹¹¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. *Law's empire*. 2ª Edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2007. P. 195.

De forma distinta dessas concepções pragmáticas e convencionalistas, o direito como integridade, sem desconsiderar as convenções já fixadas, nem se ater à submissão apenas por prescrição convencional, se baseia no paradigma jurisdicional contemporâneo para construir a melhor interpretação do objeto para a comunidade, consoante leciona Haradja Torrens¹¹²:

Assim o autor suscita a síntese dialética das práticas vigentes, por meio da atividade interpretativa que ele denomina Interpretação Integrativa ou Direito como Integração, que sinteticamente consiste em um posicionamento político (em sentido amplo) perante as lacunas jurídicas e os casos difíceis, através da solução da demanda por um resultado justo, além disso embasado no conhecimento jurídico e no paradigma jurisdicional contemporâneo. Na interpretação integrativa, as proposições jurídicas são verdadeiras ou válidas se coerentes com os objetivos ou princípios justificativos do ordenamento jurídico, o que propicia a melhor interpretação jurisdicional a ser construída a partir da prática jurídica da comunidade.

Trata-se de uma proposta conciliatória dos paradigmas já edificados e dos anseios de mudança, buscando definir a interpretação como harmonizadora das decisões anteriores e dos princípios vigentes.

Especificamente, o intérprete não procura no passado a intenção do legislador, mas, sim, observa os princípios que deram gênese às normas por ele promulgadas. Para que, diante desse contexto, a interpretação possibilite a auto-superação do direito.

A própria impossibilidade do legislador prever em lei todas as situações demandou a utilização de conceitos mais abertos para albergar as eventuais lacunas e orientar a aplicação do direito. Os referidos conceitos

¹¹² TORRENS, Haradja Leite. **Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos. Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira.** Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004. P. 34/35.

indeterminados de conteúdo elástico estão presentes em todos os ordenamentos jurídicos¹¹³.

Na busca pela melhor justificativa, o intérprete utilizaria dos referidos conceitos para valorar e construir racionalmente o conteúdo jurídico da norma. Ao proceder dessa maneira o intérprete não estaria criando novo direito, mas, sim, interpretando racionalmente, permitindo, assim, a auto-superação do direito.

Assim, a referida auto superação não se dará de forma arbitrária. Será justificada pelo diálogo entre os princípios orientadores do ordenamento jurídico e da ordem democrática, atentando-se, sempre, ao devido processo legal.

Com efeito, são justamente os referidos princípios que devem reduzir a *zona de penumbra ou de incerteza* para conferir aplicabilidade ao direito diante de uma lacuna ou de um conflito entre normas.

Todavia, para a compreensão da teoria de Dworkin é necessário que separemos princípios de regras. A referida diferença, especialmente salta aos olhos nas diferenças de aplicação ou concretização.

A regra pretende tipificar uma hipótese fática específica concreta. Assim, sua interpretação é tida como “tudo-ou-nada”¹¹⁴: ou verifica-se pela subsunção que a regra está relacionada à hipótese fática, quando ocorrerá sua aplicação, ou, caso contrário, a regra não contribui para o deslinde da lide.

¹¹³ TORRENS, Haradja Leite. **Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos. Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira.** Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004. P. 41.

¹¹⁴ Dworkin explica a regra do tudo-ou-nada nos seguintes termos: “As regras 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. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério.** 3ª Edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2010. Página 39)

Assim, não há, dentro de um sistema, uma gradação de importância de regras, sendo que em um eventual conflito a escolha da regra deverá girar em torno das seguintes perguntas: *precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada pela autoridade mais recente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero*¹¹⁵.

Já os princípios detêm um feixe de valoração que os distingue das regras e uma amplitude de aplicação infinitamente maior, sendo definidos por Dworkin¹¹⁶ nos seguintes termos:

Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não por que vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável o que Dworkin denomina como política, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Em razão de sua natureza normativa distinta, sua influência na solução de um litígio, deve se dar por meio de uma dimensão de peso, conforme destaca Dworkin¹¹⁷:

Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), 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.

Nesse contexto, um princípio deve ser tratado pelo intérprete como se fosse uma razão aplicável de forma geral *que inclina numa ou noutra direção*¹¹⁸.

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. *Taking rights seriously*. 3ª Edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2010. P. 43.

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Ibidem*, p. 36.

¹¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Ibidem*, P. 42.

Dworkin se mostra contra a postura positivista que encara os princípios e políticas como regras, fundamento para tanto que:

Quando os positivistas realmente se ocupam de princípios e políticas, os tratam como regras manquêes. Presumem que, se eles são padrões de direito, então devem ser regras; desse modo, os positivistas os lêem como se fossem padrões tentando ser regras. Quando um positivista ouve alguém tentando argumentar que princípios jurídicos são parte do direito, ele compreende isso como um argumento em favor do que ele denomina “direito de nível superior”, segundo a qual esses princípios são regras de uma lei acerca do direito. Ele refuta essa teoria salientando que algumas vezes essas “regras” são aplicadas, outras não e que, para cada “regra” do tipo “nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos”, existe uma “regra” contrária do tipo “a lei favorece a garantia de direitos”. Portanto não há maneira de testar a validade de “regras” como essas. O positivista conclui que esses princípios e políticas não são regras válidas de uma lei acima do direito – o que é verdade – porque certamente não são regras. Ele concluiu ainda que são padrões extrajurídicos que cada juiz seleciona de acordo com suas próprias luzes, no exercício de seu poder discricionário – o que é falso. É como se um zoológico tivesse provado que os peixes não são mamíferos e então concluído que na verdade eles não passam de plantas¹¹⁹.

Quanto mais genérico for o princípio, mais ele terá de se relacionar com outros em mútua confluência. Porém, enquanto a aplicação de regras é procedimental ou convencional, *a lógica de aplicação dos princípios é orientada pela racionalidade na aplicação de valores*, consoante destaca a leitura de Haradja¹²⁰:

Nessa hipótese, a solução por meio dos princípios torna-se possível, equacionando os valores embutidos nas regras para os princípios dos quais elas decorrem, para então relacionar o fato jurídico aos princípios que ele suscita, possibilitando que a questão seja solucionada através de princípios.

¹¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. *Taking rights seriously*. 3ª Edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2010. P. 42.

¹¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Ibidem*, P. 63.

¹²⁰ TORRENS, Haradja Leite. **Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos. Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004. P. 73.

Acrescente-se que, por não terem limites definidos, a cada interpretação, o princípio constrói-se em adequação à sociedade, adequando, por conseguinte, todo o ordenamento.

Os princípios atuam, por evidente, de forma mais vigorosa nas questões judiciais difíceis (quando nenhuma regra regula o caso ou que não regula de forma clara¹²¹), certo que *em casos como esses, os princípios desempenham um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicos particulares*¹²².

Mesmo diante desses casos de maior incerteza, não pode haver discricionariedade ou arbitrariedade. Pelo contrário, devem ser observados os conceitos orientadores da solução justa¹²³.

Conforme asseverado por Haradja, *a discricionariedade situa-se na atuação administrativa, enquanto a atuação discricionária não contempla discricionariedade, mas sim a necessidade de determinar termos fluidos ou imprecisos*¹²⁴.

Em outras palavras, a discricionariedade remete a critérios subjetivos, enquanto a interpretação integrativa dos princípios condensa a busca por algo mais legítimo e justo.

Acrescente-se que não só questões difíceis por indeterminação lacunar, mas também decisões propriamente políticas chegam ao judiciário em busca de apreciação.

¹²¹ Vide Dworkin. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. *Taking rights seriously*. 3ª Edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2010. P. 127.

¹²² DWORKIN, Ronald. *Ibidem*, P. 46.

¹²³ TORRENS, Haradja Leite. **Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos. Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004. P. 43.

¹²⁴ TORRENS, Haradja Leite. *Ibidem*, P. 44.

Isso é inevitável, haja vista que a dinamicidade da sociedade e sua ânsia por proteção acabam trazendo questões políticas ao intérprete juiz, antes mesmo do conhecimento delas pelo Poder Legislativo.

Nessas hipóteses, o juiz, que não pode deixar de julgar com fundamento na ausência de legislação. Ele será chamado a decidir politicamente certas questões públicas de interesse coletivo, como saúde, educação, moradia e transporte.

Novamente, o juiz deve pautar sua interpretação de forma integrativa, justificando-a sempre pela equidade, justiça e devido processo legal adjetivo. A equidade consistiria na estruturação balanceada do sistema, a justiça o objetivo final e o devido processo legal, *o meio para obtê-la*¹²⁵. Dworkin descreve a aplicação dos preceitos da seguinte forma:

A integridade da concepção de equidade de uma comunidade exige que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada. A integridade da concepção de justiça de uma comunidade exige que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões de seu legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito. A integridade de sua concepção de devido processo legal adjetivo insiste em que sejam totalmente obedecidos os procedimentos previstos nos julgamentos e que se consideram alcançar o correto equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do direito, levando-se em conta as diferenças de tipo e grau de danos morais que impõem um falso veredito. Essas diferentes exigências justificam o compromisso com a coerência de princípio valorizada por si mesma. Sugerem aquilo que sustentarei: que a integridade, mais que qualquer superstição de elegância, é a vida do direito tal qual conhecemos¹²⁶.

Não se trata, portanto, de decisões político-partidárias, e sim da própria aplicação da força política da Constituição Federal que, enquanto chave do sistema jurídico, dita formas autônomas aos processos reais de

¹²⁵ TORRENS, Haradja Leite. **Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos. Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira.** Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004. P. 50.

¹²⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução Jefferson Luiz Camargo. *Law's empire.* 2ª Edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2007. P. 203.

poder, bem como determina os princípios pressupostos que foram endossados *em função de escolhas políticas fundamentais pela democracia e pela organização jurídica*¹²⁷.

Assim, a expansão da atividade jurisdicional não significa, necessariamente, afronta ou usurpação do espaço do legislador, conforme destaca Peter Harbele¹²⁸:

A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador. Igualmente flexível há de ser a aplicação do direito processual constitucional pela Corte Constitucional, tendo em vista a questão jurídico-material e as partes materialmente afetadas. A íntima relação contextual existente faz-se evidente também aqui.

Com efeito, a própria sociedade vê o judiciário como a última guarida para as expectativas gerais de justiça e não como um aplicador mecânico da concepção de outrora cristalizada na legislação, a qual, muitas vezes, não realiza seu papel e as expectativas normativas não são legalizadas devido às influências do poder político-ideológico.

A referida posição da própria sociedade reflete, ainda que de forma contida, o desejo de superação do paradigma jus-positivista, para que a interpretação não se limite à mera aplicação mecânica da lei ao caso concreto e funcione como uma tarefa construtiva baseada nos princípios que permeiam o constitucionalismo moderno, inserindo o Poder Judiciário nessa tarefa:

A tarefa a ser implementada pelo Poder Judiciário implica recorrer-se à fundamentação teórica de doutrinas que

¹²⁷ TORRENS, Haradja Leite. **Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos. Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira.** Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004. P. 50

¹²⁸ HABERLE, Peter. **HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição.** Tradução Gilmar Ferreira Mendes. *Die offene gesellschaft der verfassungsinterpreten. Ein beitrag zur pluralistischen und prozessualen verfassungsinterpretation.* 2ª Edição. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editora Martins Fontes, 1997. P. 48.

ênfatisam a revitalização do ordenamento jurídico por meio do potencial de constante superação do Direito de atuação jurisdicional legítima, sob as balizas da ordem constitucional democrática. Observa-se que a transformação dos direitos humanos em direitos fundamentais, a percepção do caráter autopoiético do Direito, a constatação de normas principiológicas no ordenamento jurídico e os instrumentos de redução da discricionariedade da atuação judicial constituem elementos inafastáveis da atuação jurisdicional, irradiados do paradigma judicial nas sociedades pós-modernas¹²⁹.

Conforme assevera Haradja Torrens; *o novo escopo da hermenêutica anui que já não é essencial aplicar silogisticamente a norma jurídica e sim oferecer a melhor interpretação possível*¹³⁰.

Exige-se que a hermenêutica jurídica não seja apenas uma ferramenta de busca do passado, e sim uma ferramenta voltada para o futuro de concretização coerente dos princípios dispostos na Carta Política e a integridade se propõe como chave para a melhor interpretação. São os referidos princípios que, graças a seu maior grau de abstração e influência, permitem a construção legítima do direito.

Perceba-se que a dicotomia entre convencionalismo e pragmatismo explicada por Dworkin tem como fim justamente situar a integridade fora de qualquer um desses extremos.

Dworkin não pretende adotar uma postura radical de escolha entre a bipolarização convencionalista ou pragmática. Pretende descrever um ponto de equilíbrio necessário que permita que o intérprete proceda de forma construtiva sob a égide dos valores constitucionais, conforme ressalva Haradja Torrens¹³¹:

Se percorrer uma trajetória convencionalista é contraproducente à evolução do ordenamento jurídico e tolhe a ação de mecanismos autopoiéticos inerentes ao Direito,

¹²⁹ TORRENS, Haradja Leite. **Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos. Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004. P. 55.

¹³⁰ TORRENS, Haradja Leite. *Ibidem*, P. 122.

¹³¹ TORRENS, Haradja Leite. *Ibidem*, P. 117/118.

seguir uma solução absolutamente pragmática conduz a instabilidade. No entanto, uma teoria que implica a observância do sistema de valores constitucionalmente consagrados não é apenas pragmática ou alternativa ao Direito, pois está calcada em elementos que são jurídicos e que, embora não estejam situados em uma regra, decorrem de normas que compõem o ordenamento jurídico.

Pautando sua interpretação na integridade, o intérprete deve sempre observar os três valores selecionados por Dworkin: (i) *encontrar procedimentos políticos que distribuem o poder de forma adequada*¹³² [equidade - *fairness*]; (ii) correto resultado do sistema político [justiça - *justice*]; e (iii) *respeito aos procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos*¹³³ (devido processo legal adjetivo - *procedure due process*)¹³⁴.

Ao proceder dessa forma, o intérprete não estará usurpando competência legislativa ou gerando instabilidade jurídica e política através de suas construções. Em verdade, propugna por um método racional de busca da melhor resposta possível sem que sejam ampliadas as inúmeras incertezas já existentes, consoante leciona Haradja Torrens:

A racionalidade reduz a incerteza e a insegurança de um regime plural porque não atribui aos juízes e tribunais liberdade para inventar o Direito e sim indica uma prática que exige coerência e mantém a subordinação do juiz a um sistema jurídico que não é apenas um conjunto de regras, mas de normas que são regras, princípios e diretrizes.

Todavia, cumpre, neste ponto, de forma a ilustrar o trabalho, e, até mesmo aproximá-lo da realidade, analisarmos o julgamento do RE n. 418.376, realizado por nossa Augusta Corte Constitucional.

¹³² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. *Law's empire*. 2ª Edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2007. P. 200

¹³³ DWORKIN, Ronald. *Ibidem*, P. 200.

¹³⁴ Malgrado o presente estudo destaque a aplicação da integridade na esfera judicial (*adjudicative principle*), a tese dworkiana também se refere a aplicação da integridade na legislação (*legislative principle*).

No citado julgamento, também estudado por Lenio Luiz Streck¹³⁵, estava sendo debatido a extinção de punibilidade prevista no art. 107, VIII, do Código Penal, atualmente revogado.

O referido dispositivo extinguiu a punibilidade dos chamados crimes contra os costumes previstos na legislação penal – estupro, atentado violento ao pudor, sedução, rapto, corrupção de menores, posse sexual e atentado ao pudor mediante fraude – no caso da vítima e do réu virem a se casar posteriormente, nos seguintes termos:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: [...]

VIII - pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código;(Revogado pela Lei nº 11.106, de 29.03.05);

Acrescente-se que, em atenção ao art. 226 , § 3º, da Constituição da República que equiparou a união estável ao casamento, os tribunais pátrios estendiam, de forma uníssona, a extinção de punibilidade prevista no referido artigo às hipóteses em que a vítima e o réu tenham iniciado união estável posterior ao crime, conforme destacou Streck¹³⁶:

O *hard case* a ser examinado aqui se consubstância, desse modo, a partir da relevante circunstância de que, até então, os Tribunais brasileiros vinham estendendo a *favor legis* aos casos de concubinato e união estável, a partir de uma interpretação analógica, valendo lembrar, nesse sentido, o julgamento do RHC 79788-MG e do HC 89.938-SP pelo Supremo Tribunal Federal e o Resp 2006/0044469-3 pelo Superior Tribunal de Justiça, lembrando, ademais, que os demais Tribunais – na esteira da doutrina penal uníssona – aplicavam o mesmo entendimento, módulo *tabula rasa*. Releva registrar, por outro lado, que a posição do Ministério Público brasileiro, com raríssimas exceções, perfilhava o mesmo entendimento, o que pode ser observado pelo parecer emitido pela Procuradoria Geral da República, sustentando, no mérito, que o recorrente deveria ser beneficiado pela extinção da punibilidade. O parecer não adentrou na discussão da possível inconstitucionalidade da

¹³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. P. 594.

¹³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. P. 595.

extinção da punibilidade de um crime hediondo em face do casamento da vítima com terceiros.

Ocorre que, no recurso extraordinário em voga, tratava-se de um crime de estupro praticado pelo tio, padrinho e detentor da guarda da vítima - uma menina de 11 anos de idade -, sendo que as relações sexuais se iniciaram quando a vítima tinha apenas 9 anos.

O Recorrente, demonstrando que, após o ocorrido, vivia maritalmente com a vítima, ajudando-a a criar o filho gerado pelas relações sexuais, pretendia que o E. STF, cassasse o acórdão de segunda instância que reformou sua absolvição obtida em primeira instância, com fundamento na extinção de punibilidade supra-descrita.

No caso concreto, os Ministros Marco Aurélio (relator), Celso de Mello e Sepúlveda Pertence se posicionaram a favor da interpretação analógica e da conseqüente extinção da punibilidade do recorrente. Porém, prevaleceu o entendimento da maioria (Ministros Joaquim Barbosa, Eros Grau, Cesar Peluso, Ellen Gracie e Gilmar Mendes) que entenderam que as circunstâncias de fato impediam a interpretação analógica, para extinguir a punibilidade do Recorrente.

Analisando a presente discussão à luz da teoria de Dworkin, primeiro temos que fixar os seguintes pressupostos: (i) trata-se de crime de violência sexual cometido contra menor; (ii) o fato se deu quando ainda era vigente, no ordenamento legal, regra que extingue a punibilidade do referido crime na hipótese do ofensor vir a casar com a vítima; e (iii) o tribunal estadual, responsável pela consolidação da moldura fática do julgamento, informou que o Recorrente e a vítima viviam na época do julgamento em união estável.

Logo após, temos que observar as interpretações passadas sobre o mesmo tema, as quais, interpretaram que o referido dispositivo também se aplicaria nos casos de união estável e concubinato. Todavia, não podemos assumir uma postura pragmática e parar por aqui.

Devemos buscar a melhor justificativa para a referida extinção de punibilidade, e as consequências interpretativas do propósito nela contida.

In casu, o revogado inciso VIII, do art. 107, promulgado no conjunto do código penal de 1940, prescrevia a exclusão de punibilidade à luz do contexto vigente naquela sociedade.

Àquela época, as mulheres não detinham o mesmo reconhecimento que hoje conquistaram na esfera profissional, patrimonial e social. Pelo contrário, regidas pela constituição autoritária de 1937, as mulheres apostavam seu sucesso ao marido, o qual deveria prover o sustento do lar e administrá-lo. Somente a título ilustrativo, cumpre asseverar que somente em 1932 as mulheres adquiriram o direito ao voto de seus representantes legislativos.

Portanto, justificava-se extinguir a punibilidade do ofensor se este resolvesse assumir sua função de patriarca e poupava-se a mulher de enfrentar vários preconceitos que emergiriam da sociedade, incentivando esse vínculo familiar iniciado de maneira inconcebível.

Porém, essa justificativa não poderia ser aplicada ao caso concreto, certo que o intérprete deve sopesar as consequências práticas sob a perspectiva da moralidade política, alertadas no voto do Min. Gilmar Mendes nos seguintes termos:

De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de uma norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais específico.

Com, efeito, os mesmos princípios morais que são exigidos pela sociedade para justificar a substância das decisões de nosso Poder Legislativo também devem ser conhecidas no Poder Judiciário nesses casos.

Isso porque, os ministros de nossa Suprema Corte, assim como romancistas, assumem a tarefa de redigir o próximo capítulo da obra iniciada anteriormente que podemos titular “As hipóteses de extinção da punibilidade dos crimes sexuais”.

Entre os inúmeros princípios que devem ser observados para redigir o referido capítulo podemos destacar o princípio da absoluta prioridade da criança e do adolescente, assim descrito no art. 227 da Constituição Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A preocupação com o futuro certamente emergiria no sentido de que o estupro de uma menina de tenra idade extrapola as convenções estabelecidas de forma que, à luz do princípio da absoluta prioridade da criança e do adolescente, o referido infrator não poderia beneficiar-se da extinção de punibilidade ora debatida.

CONCLUSÃO

Vivemos em uma sociedade pluralista, complexa e dinâmica, que exige necessidades estruturais adequadas a seu sistema.

Enquanto o direito positivado, refém dos legisladores, avança sofregamente, a incessante renovação da sociedade com a especialização das condutas evolui exponencialmente e de forma irrefreável, tendendo, por isso, a atingir os tribunais, antes de ser normatizada pelo legislador.

Diante dessa realidade, não mais podemos pretender que a interpretação do direito funcione objetivamente ou mecanicamente, assim como procede Procusto em seu leito¹³⁷, sob o qual somente uma única medida pode ser aceita.

Surge, assim, a necessidade de ultrapassarmos as limitações do processo interpretativo formalista ou objetivista, o qual não pode acompanhar a necessidade de autorrenovação do direito ou se mostra como um instrumento inadequado para resolução de casos difíceis.

Em geral, as interpretações sensíveis à necessidade e potencial de auto superação do direito são as mais adequadas a nossa era. De posse dessa ideia, Dworkin define o próprio direito como um produto interpretativo e dispõe sua interpretação de forma construtiva.

Ressalvando o imenso valor do positivismo jurídico, que constituiu um esforço político corolário da consolidação de nosso modelo de estado democrático de direito, a integridade defendida por Dworkin vem

¹³⁷ Diz a mitologia grega que: *O bandido Procusto possuía singular mania; queria que todos tivessem a sua altura, e para tanto mandava se deitassem no seu leito viajantes detidos. Se ultrapassassem a medida do leito, cortavam-se-lhes as extremidades das pernas; se, pelo contrário, fosse demasiadamente pequenos, puxavam-nos mediante cordas, até que atingissem o comprimento exigido.* (MÉNARD, René. **Mitologia Greco-Romana**. Tradução Aldo Della Nina. La mythologie dans l'art ancien et moderne. São Paulo. Opus Editora. Volume 3. P. 258). Trata-se de uma metáfora da medida única.

suprir várias carências, promovendo a inserção da política e da moral na interpretação e, em especial, trazendo mais eficiência ao direito como todo.

Isso porque, a interpretação na integridade não pode ser reduzida à observância das decisões particulares tomadas pelas instituições de poder, mas deve buscar visualizar os princípios que endossam e pressupõem as referidas decisões, perdendo, assim, a exigência de uma legislação minuciada, conforme destaca Dworkin¹³⁸:

Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito.

Assim, Dworkin pretende superar o paradigma exegético de completude do ordenamento jurídico, segundo o qual o intérprete deveria cultuar a lei, limitando a interpretação à busca da vontade do legislador. A hermenêutica, para Dworkin não é tratada como um instrumento elucidativo, mas sim como um instrumento construtivo.

Mais especificamente, Dworkin defende que a interpretação deve dar-se como um romance em cadeia, sempre observando a equidade, a justiça e o devido processo legal adjetivo.

Perceba-se que ao situar o romance interpretativo como um ato em cadeia, inacabado, Dworkin vence outro paradigma, tendo em vista que o intérprete, apesar de observar o passado, não enxerga o futuro com pessimismo conforme procedia a Escola Histórica. O intérprete ao realizar seu afazer hermenêutico estaria escrevendo um novo capítulo do objeto

¹³⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. *Law's empire*. 2ª Edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2007. P. 229.

interpretado, o qual também teria seu valor e deveria ser observado nas próximas interpretações.

Em sua interpretação Dworkin não pretende alcançar um método científico formal como pretendia a Jurisprudência dos Conceitos, inspirada pelos preceitos químico-físicos de sua época.

Com efeito, não basta que o intérprete busque um resultado final de uma equação de conceitos jurídicos extraídos do próprio ordenamento jurídico (os quais não estavam sujeitos a revisão ou discussão).

Pelo contrário, Dworkin parte do pressuposto de que não é possível extrair-se apenas um único resultado da interpretação, certo que, inevitavelmente, emergirão várias interpretações, dentre as quais o intérprete deve buscar aquela que melhor atenda a justificativa do objeto e suas consequências pós-interpretativas.

Para tanto, a interpretação não pode se preocupar tão somente com os interesses históricos que foram responsáveis pela composição da lei, alvo maior da Jurisprudência dos Interesses. Deve o intérprete buscar a melhor justificativa da lei que atenda aos interesses atuais da sociedade no momento de sua materialização.

Ao invés de buscar os valores congelados na norma, limite intransponível na Jurisprudência dos Valores, Dworkin segue adiante pretendendo um diálogo entre os princípios orientadores do ordenamento jurídico que deve privilegiar a justiça substantiva e a equidade política.

Assim, a interpretação na teoria de Dworkin, tem se mostrado como um passo para ultrapassarmos a referida necessidade de superação da interpretação pregada pelo positivismo jurídico, todavia, traz consigo uma série de questionamentos não respondidos, sobre os quais Dworkin dispõe o seguinte:

Essas questões devem ser enfrentadas, mas mesmo as questões prometem mais do que o positivismo tem a oferecer. Nos termos de sua própria tese, o positivismo não chega a enfrentar esses casos difíceis e enigmáticos que nos levam à procura de teorias do direito. Quando lemos esses casos, o positivismo nos remete a uma teoria do poder discricionário que não leva a lugar algum e nada nos diz. Sua representação do direito como um sistema de regras tem exercido um domínio tenaz sobre nossa imaginação, talvez graças a sua própria simplicidade. Se nos livrarmos desse modelo de regras, poderemos ser capazes de construir um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação de nossas próprias práticas¹³⁹.

Conforme destacado, a interpretação segundo a teoria da integridade, longe de ser um linimento de Panacéia, constrói importantes fundamentos para nos salvarmos da crise hermenêutica, sob a qual seguimos à deriva.

¹³⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. *Taking rights seriously*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010. P. 71/72.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Editora Cone, 1909.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. Retirado da internet, no sítio eletrônico: http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/1512/1/2008_AlexandreAraujoCosta.pdf, às 19:58 do dia 06/10/2011.

DUMAS, Alexandre. **O Conde de Monte Cristo**. Tradução André Telles e Rodrigo Lacerda. Rio de Janeiro. Editora Jorge Zahar, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. *Taking rights seriously*. 3ª Edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. *Law's empire*. 2ª Edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2007.

FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica: uma leitura de Gadamer e Dworkin**. Porto Alegre. Editor Sergio Antonio Fabris. 2004.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista**

e procedimental da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. *Die offene gesellschaft der verfassungsinterpreten. Ein beitrage zur pluralistischen und prozessualen verfassungsinterpretation.* 2ª Edição. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editora Martins Fontes, 1997.

HESPANHA. António Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia.** 2ª Edição. Lisboa. Editora Fórum da História, 1998.

KELLY, John M.. **Uma breve história da teoria do direito ocidental.** Tradução: Marylene Pinto Michael. *A short history of western legal theory.* 1ª Edição. São Paulo. Editora Wmf Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução João Baptista Machado. *Reine Recit-Itslehre.* São Paulo: Martins Fontes, 2006

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Tradução José Lamengo. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft.* 3ª Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I.** Tradução Gustavo Bayer. *Rechtssoziologie I.* Editora Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MÉNARD, René. **Mitologia Greco-Romana.** Tradução Aldo Della Nina. *La mythologie dans l'art ancien et moderne.* São Paulo. Opus Editora. Volume 3.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis.** Tradução: Cristina Muracho. *L'Esprit des lois.* 3ª Edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2005.

SAVIGNY, Friedrich Karl von,. **Metodologia jurídica.** Tradução do alemão para o espanhol J. J. Santa-Pinter, tradução para o português Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas. *Juristische methodenlehre.* São Paulo. Editora Edicamp, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

TORRENS, Haradja Leite. **Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos. Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004.

ECO, Umberto. **O nome da Rosa**. Tradução de Aurora Bernadini e Homero Freitas de Andrade. Il nome della rosa. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1983, p. 11.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução A. M. Botelho Hespanha. *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*. 4ª Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.