

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**

SÂMIA SILVA GALLEGO CAMPOS TAVARES

**DO ASPECTO AXIOLÓGICO DO DIREITO COMO BASE E COMO LIMITE DA
ATIVIDADE INTERPRETATIVA CRIATIVA**

**LISBOA
2018**

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**

SÂMIA SILVA GALLEGO CAMPOS TAVARES

**DO ASPECTO AXIOLÓGICO DO DIREITO COMO BASE E COMO LIMITE DA
ATIVIDADE INTERPRETATIVA CRIATIVA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, no Mestrado em Direito e Ciência Jurídica, com especialidade em Teoria do Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Miriam Cláudia Sousa Silva Afonso Brigas

**LISBOA
2018**

SÂMIA SILVA GALLEGO CAMPOS TAVARES

**DO ASPECTO AXIOLÓGICO DO DIREITO COMO BASE E COMO LIMITE DA
ATIVIDADE INTERPRETATIVA CRIATIVA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, no Mestrado em Direito e Ciência Jurídica, com especialidade em Teoria do Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Aprovada em __/__/____.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Miriam Cláudia Sousa Silva Afonso Brigas

À pequena Alice, por compreender que a minha plenitude reside na comunhão das várias versões de mim e por possibilitar o meu encontro com a mais especial delas, ser mãe.

Ao Eduardo, pela parceria na vida e por acolher os meus projetos como nossos.

Meus agradecimentos à Prof^a. Dr^a. Miriam Afonso Brigas, pela orientação, apoio e compreensão.

É preciso libertar o Direito: da aridez formal e do conformismo político a que uma metodologia ensimesmada sob pretexto de rigor e purificação necessariamente conduz”. (CUNHA, Paulo Ferreira da. Libertar o Direito. Do Problema Metodológico-Jurídico do Nosso Tempo. *In*: **Jurismat – Revista Jurídica**. Nº5, pp.143-155. Portimão: Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes, novembro de 2014, p. 155)

RESUMO

O presente trabalho destina-se ao estudo teórico do duplo papel exercido pelos valores do direito na interpretação jurídica: de um lado, como mecanismos propulsores da participação construtiva do direito pelo intérprete e, de outro, como parâmetros de balizamento dessa atividade. O estudo inicia-se com a contextualização histórico-jurídica da alteração no pensamento jusfilosófico ocorrida nos finais do século XIX e no início do século XX, tanto em cenário europeu, como em cenário norte-americano. Mudança esta que resultou no reconhecimento de que a interpretação jurídica, antes limitada a um processo meramente lógico e silogístico, configura um mecanismo complexo de determinação do direito, através da consideração, não somente do aspecto normativo, mas também das circunstâncias fáticas e valorativas envolvidas. Ao participar desse processo de construção jurídica, que não se resume à legislatura, o intérprete é também criador de direito. A pesquisa continua com a identificação de que o valor é uma das três dimensões dialeticamente complementares do direito e que seu conteúdo é historicamente determinado. E disso decorre a conclusão de que a concretização do direito impescinde da verificação do seu aspecto axiológico, ou seja, dos valores que pretende consagrar. Chega-se, então, à constatação de que esses mesmos valores que propulsionam a interpretação como mecanismo de busca do sentido do direito representam, ainda, a moldura dentro da qual a atividade criativa do intérprete pode se desenvolver. Para ilustrar esse balizamento axiológico, foram analisadas três perspectivas diferentes: a necessidade de compatibilidade do direito a um mínimo axiológico, decorrente da estabilidade de conteúdos valorativos, de que são exemplos os direitos fundamentais e humanísticos; os princípios gerais de direito como importantes vetores da interpretação jurídica e como instrumentos de garantia da integridade do direito; e a modulação constante existente entre os valores da justiça, do bem-comum e da segurança-jurídica, que obsta uma escolha apriorística de primazia.

Palavras-chave: direito, interpretação, criativa, valor, conteúdo axiológico.

ABSTRACT

The present work aims at the theoretical study of the dual role of law values in juridical interpretation: on one hand, as propelling mechanisms for the constructive participation of the right by the interpreter and, on the other, as parameters for the grounding of this activity. The study begins with the historical-legal contextualization of the alteration in the philosophical thought occurred in the late nineteenth and early twentieth centuries, both in Europe and in the North American scene. This change has resulted in the recognition that juridical interpretation, once limited to a purely logical and syllogistic process, constitutes a complex mechanism for determining law, not only considering the normative aspect, but also the factual and evaluative circumstances involved. By participating in this process of legal construction, which is not limited to the legislature, the interpreter is also the creator of law. Research continues with the identification that the value is one of the three dialectically complementary dimensions of law and that its content is historically determined. And this enable the conclusion that the realization of the right requires the verification of its axiological aspect, in other words, of the values it seeks to enshrine. It is possible to verify that these same values that propel interpretation as a mechanism of search for the meaning of law, also represent the frame within which the creative activity of the interpreter can develop. To illustrate this axiological delimitation, three different perspectives were analyzed: the need for compatibility of the right to an axiological minimum, resulting from the stability of value contents, which are examples the fundamental and humanitarian rights; the general principles of law as important vectors of juridical interpretation and as instruments to guarantee the integrity of law; and the constant modulation between the values of justice, public welfare and legal certainty that precludes an *a priori* choice of primacy.

Keywords: law, interpretation, creative, value, axiological content.

ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

art. – artigo

Dr^a. - Doutora

ed. – edição

n^o - número

p. – página

pp. – páginas

Prof^a. - Professora

trad. – tradução

vol. - volume

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. ATIVIDADE INTERPRETATIVA CRIATIVA	17
2.1. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICO-JURÍDICA: DA NEGAÇÃO AO RECONHECIMENTO DA ATIVIDADE INTERPRETATIVA CRIATIVA	17
2.1.1. Perspectiva Europeia	20
2.1.2. Experiência Americana.....	31
2.2. ATIVIDADE INTERPRETATIVA CRIATIVA: PRESSUPOSTOS E CONTORNOS	40
3. DO VALOR COMO BASE DA ATIVIDADE INTERPRETATIVA CRIATIVA	53
3.1. DIREITO E SUA NATUREZA TRIDIMENSIONAL	53
3.1.1. Norma, Fato e Valor: da tripartição à tridimensionalidade jurídica genérica....	54
3.1.2. Tridimensionalidade jurídica específica.....	60
3.1.3. Historicismo Axiológico.....	66
3.2. INTERPRETAÇÃO COMO ENCONTRO DO SENTIDO AXIOLÓGICO DO DIREITO.....	70
4. VALOR COMO LIMITE DA ATIVIDADE INTERPRETATIVA CRIATIVA	76
4.1. CONTEÚDO AXIOLÓGICO ESTÁVEL	76
4.2. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO	83
4.3. A IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLUTIZAÇÃO APRIORÍSTICA DOS VALORES DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA JUSTIÇA E DO BEM-COMUM.....	89
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	99

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho, como o título elucida, pretende analisar o aspecto axiológico do Direito tanto como parte inerente do fenômeno jurídico e, assim, da interpretação judicial, quanto como parâmetro dentro do qual a hermenêutica jurídica pode atuar. Como aspecto axiológico do Direito nos referimos ao universo dos valores relacionados ao jurídico, aos valores que o sistema jurídico na sua visão global pretende ver resguardados. Como interpretação nos referimos a todo o processo de apreensão e realização do direito que ocorre, não somente na interpretação em sentido estrito da lei, mas também na integração e na aplicação do direito.

A pesquisa iniciará com uma abordagem histórica da evolução do pensamento jurídico acerca da atividade interpretativa, primeiro no cenário europeu, depois no norte-americano, através do enfoque da grande mudança de perspectiva ocorrida nos finais do século XIX e início do século XX. Como os temas da filosofia e da teoria do direito, salvo alguns detalhes peculiares, tem uma natureza geral e não territorial¹, uma análise histórica e comparada mostra-se um importante instrumento de auxílio na compreensão profunda das suas questões.

Buscar-se-á demonstrar, na primeira parte do trabalho, de que forma a Ciência do Direito, a partir do século XX, busca se afastar do formalismo jurídico e das soluções jurídicas abstratas e aproxima-se de uma preocupação mais prática e finalística às exigências da sociedade. Tudo isso para ilustrar que o pensamento jurídico dominante no século XIX, de negação de uma interpretação que não fosse meramente decorrente de um processo lógico-silogístico, evoluiu para o reconhecimento, em maior ou menor grau, da interpretação como processo construtivo da norma jurídica.

Longe de pretender exaurir o conteúdo de cada uma das correntes jurídicas da época, buscar-se-á identificar a mudança de sentido do pensamento jurídico relacionado à atividade interpretativa ocorrida entre os séculos XIX e XX e perceber de que forma essa evolução repercutiu no contexto jurídico atual.

¹ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. (Título original: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*) Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira e Revisão Científica e Coordenação de António Manuel Hespanha. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, pp. 28-29.

Concluir-se-á o capítulo inicial com o enquadramento desse novo modelo interpretativo como criativo, com a indicação dos pressupostos e dos contornos desse reconhecimento.

Estudar-se-á, na segunda parte do trabalho (capítulo 3), de que forma a avaliação axiológica é parte inerente do processo interpretativo. Num primeiro momento, abordar-se-á a evolução do pensamento jurídico que culminou na teoria que reconhece o valor como uma das dimensões indissolúveis do direito. Em seguida, analisar-se-á o historicismo como condição determinante dos conteúdos valorativos. E, por fim, identificar-se-á a estreita relação entre o aspecto axiológico do direito e a atividade interpretativa jurídica.

Na terceira e última parte do trabalho (capítulo 4), serão analisadas algumas perspectivas que colocam os valores jurídicos como parâmetros de balizamento da interpretação judicial, quais sejam: o conteúdo axiológico estável, os princípios gerais de direito e a necessária ponderação entre segurança-jurídica, justiça e bem-comum.

A escolha do tema de um trabalho acadêmico, principalmente da magnitude de uma tese de mestrado, deve, ao nosso ver, conciliar dois requisitos principais: interesse pessoal do investigador e capacidade contributiva da pesquisa para a área do conhecimento.

O primeiro deles é, no nosso caso, decorrente da proximidade com a atividade da magistratura. São anos de estágio e, posteriormente, de trabalho na assessoria jurídica a magistrados de diversos órgãos judiciais do Brasil, nas áreas criminal, cível e trabalhista. A interpretação do Direito sempre esteve em nossa atividade profissional diária e, através dela, pudemos nos deparar com as dificuldades práticas e como as complexidades dogmáticas do assunto, mas, acima de tudo, com a importância e a urgência no aprofundamento das questões a ela relacionadas.

O interesse pelo tema não deixa de se dever também ao desafio que proporciona. Desafio esse aceite desde o momento da escolha da área do mestrado. Talvez nos mostrasse muito mais confortável a opção por um estudo mais especializado do Direito, na área trabalhista, por exemplo, onde dedicamo-nos profissionalmente há mais de oito anos. No entanto, a possibilidade de reencontro com disciplinas como Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Sociologia Jurídica em

sede de especialização nos instigou a aventurar por áreas de pouco contato, mas de grande interesse intelectual.

Assim, se por um lado, o cenário é novo, principalmente porque o ensino jurídico brasileiro – e arrisco dizer também o europeu - não atribui às disciplinas gerais e de base o destaque que merecem, e porque o contato do estudante com elas se resume aos primeiros anos da graduação, época em que não há maturidade intelectual para apreensão profunda dos ensinamentos; por outro, há curiosidade e, acima de tudo, reconhecimento da relevância desses conteúdos na formação jurídica e, conseqüentemente, na qualidade da prática jurídica entregue.

O desafio continua pela complexidade da própria temática da interpretação, que, ousamos dizer, é o tendão de Aquiles da Teoria do Direito, já que, apesar de ser extensamente debatida, continua um ponto de sensibilidade e de algum desacordo na doutrina. Há quem reconheça com facilidade a possibilidade criativa da interpretação, há quem ainda negue qualquer contribuição construtiva do julgador nessa atividade. Há quem não consiga se afastar da visão positivista do final do século XIX e início do século XX, de que o julgador apenas encontra no ordenamento jurídico, através de métodos lógicos, a solução previamente existente e estipulada pelo legislador. Há quem, entretanto, acredite que a interpretação envolva valoração de elementos que estão além do ordenamento jurídico. Há também profundos questionamentos a respeito de ser a interpretação criativa um risco à segurança jurídica e aos princípios democráticos do direito, notadamente ao princípio da separação dos poderes. É, pois, a interpretação judicial um tema jurídico que ao longo dos séculos continua a assumir relevância nos estudos acadêmicos pela sua natureza polêmica, que, por essa razão, nos desperta tanto interesse.

É justamente em razão dessa complexidade do tema que o estudo a que nos propomos tem a possibilidade de trazer grande contributo para a área do conhecimento. Não se espera chegar a uma proposta de solução para a questão da interpretação, porque isso, além de uma prepotência sem tamanho, desconsideraria o caráter histórico-evolutivo do Direito e de seus institutos.

Acreditamos, contudo, que o presente trabalho possibilitará, ao menos, a análise da temática sob uma perspectiva que nos pareceu de grande relevância, qual seja, a do aspecto axiológico na interpretação. Isso porque, segundo pretendemos demonstrar, a interpretação jurídica está intimamente relacionada à descoberta dos valores que estão envolvidos na norma ou, na falta dela, no universo

jurídico que preenche essa lacuna. Para tanto, necessária uma abordagem que, para além da preocupação dogmático-jurídica, não se descuide da perspectiva filosófica da questão.

O tema do trabalho é, sem dúvida, importante também pela sua atualidade, porque se vive um momento jurídico, especialmente no cenário brasileiro, de grande questionamento acerca dos limites da atuação judicial e do necessário equilíbrio entre os valores da justiça e da segurança jurídica.

Este trabalho, portanto, longe de pretender uma exposição completa do tema, propõe uma provocação e um estímulo ao desenvolvimento do assunto. Não se pretende dar respostas a todas as questões que envolvem o tema, nem abordar todas as teorias a elas relacionadas. Em primeiro lugar, porque, como já dissemos, a interpretação da norma é um dos pontos mais centrais e polêmicos da Teoria do Direito. Se, ao longo de tantos anos da Ciência Jurídica, não se chegou a uma sistematização pacificada sobre o assunto, ou é porque ainda se caminha para isso ou é porque o assunto, em virtude de sua forte natureza axiológica, é historicamente variante, hipótese essa à qual nos inclinamos. Em segundo lugar, porque o trabalho tem forte enfoque filosófico, para o qual mais interessa a proposta de uma reflexão constante e científica da questão, do que a propositura de tese acabada sobre o assunto.

Ante a amplitude temática e a limitação da extensão do trabalho científico, optou-se por uma análise na perspectiva da Teoria e da Filosofia do Direito², sem intenção de maior aprofundamento sobre as questões de Direito Constitucional ou de Jurisdição Constitucional que se relacionam ao tema. A nossa base será, portanto, a Teoria do Direito em sua dimensão atual, que não se esgueira numa perspectiva jurídica crítica, e da Filosofia do Direito, e sua aptidão para o estudo do conjunto de valores que fundamentam a ordem jurídica positiva.

Longe de se pretender esgotar o tema, que, como já dissemos, é um dos mais extensos no universo jurídico, buscar-se-á analisar alguns de seus elementos e, ao menos, estimular o pensamento crítico do assunto.

² Aqui não se preocupou em se fazer uma distinção entre Teoria do Direito e Filosofia do Direito, por não se verificar necessidade nesse sentido, já que, segundo Arthur Kaufmann, “até hoje, não existe nenhum critério que permita estabelecer as fronteiras entre a teoria do direito e a filosofia do direito. Apesar de tudo, pode observar-se alguma diferença na escolha dos núcleos: na teoria do direito, o interesse recai mais sobre os momentos formais e estruturais, centrando-se, na filosofia do direito mais estritamente no conteúdo” (KAUFMANN e HASSEMER, 2015, p. 36).

Em termos de formatação da pesquisa, serão seguidas as normas para trabalhos acadêmicos da ABNT³, Associação Brasileira das Normas Técnicas, observadas as particularidades previstas no regulamento aprovado por meio do Despacho nº 6322/2016, da diretoria da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, aplicável ao presente ciclo de estudos.

³ Disponíveis em <http://www.normasabnt.net/>. Acesso em: 25 de maio de 2018.

2. ATIVIDADE INTERPRETATIVA CRIATIVA

2.1. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICO-JURÍDICA: DA NEGAÇÃO AO RECONHECIMENTO DA ATIVIDADE INTERPRETATIVA CRIATIVA

Para Arthur Kaufmann, a filosofia do direito – e também a teoria do direito⁴ - dependem da experiência como processo cognitivo. Para o autor, “temos de perceber e resolver as nossas tarefas actuais a partir da história”⁵.

Assim, para uma melhor compreensão da temática de nossa pesquisa, qual seja, do aspecto axiológico do Direito enquanto elemento crucial no processo de interpretação da norma, não se poderia prescindir de iniciar o estudo com uma contextualização histórica do assunto.

A questão do valor no Direito está presente desde as primeiras manifestações do fenômeno jurídico, assim, o estudo histórico relacionado aos valores jurídicos se confunde com a própria história do Direito. Diante da enorme dificuldade, se não impossibilidade, de proceder um estudo histórico do tema desde suas iniciais manifestações, necessária a realização de limitações metodológicas, seja na perspectiva da análise, seja no período temporal que se propõe analisar.

Aqui, optamos por focar a contextualização história do tema na grande mudança de pensamento jurídico identificada entre os anos finais do século XIX e a primeira metade do século XX. Essa escolha se deve a duas razões principais.

A primeira é que, nesse momento histórico, identifica-se uma significativa proposta de mudança no pensamento jusfilosófico, seja no ponto de vista do percurso de uma ruptura para um aproximação entre filósofos e juristas, seja na perspectiva da evolução de um monismo para um pluralismo jurídico, seja no ponto de vista do caminho da abstração para a concretude na análise do fenômeno jurídico, enfim, todas essas questões que estiveram em voga nesse cenário jurídico e que mantêm estreita relação com o processo interpretativo do Direito e, portanto, com o nosso tema de estudo. Foi nesse cenário histórico que, em alternativa ao naturalismo e ao formalismo jurídicos, despontaram as primeiras ideias que serviram de base para as correntes jusfilosóficas contemporâneas.

⁴ Arthur Kaufmann opta por não tratar de forma distinta a filosofia do direito e a teoria do direito em sua obra, esclarecendo que ao falar da primeira, estaria englobando a segunda. (KAUFMANN e HASSEMER, 2015, p. 36).

⁵ *Idem*, p. 59.

Na passagem do século XIX para o século XX houve, fundamentalmente, uma proposta de superação tanto do conceito de um direito universal e perene como da concepção que restringe o direito ao que é formalmente declarado como tal pelo Estado. Essa ruptura ocorreu, segundo Norberto Bobbio, em três momentos fundamentais: na consideração de que o direito pode nascer espontaneamente do povo e de seus costumes, o que foi sugerido inicialmente pela Escola Histórica, na necessidade de aproximação entre o direito válido e a realidade social, principal questão dos movimentos com forte concepção sociológica do direito, dos quais destaca o Movimento do Direito Livre, e na proposta de interpretação evolutiva do direito, iniciada pela jurisprudência sociológica americana⁶, o que, de certa forma, justifica as nossas escolhas de destaque nessa contextualização histórica.

A segunda razão que revela a importância desse estudo inicial com perspectiva histórica é o fato de que, não obstante os resultados das transformações ocorridas nesse cenário tenham sido recepcionados no nosso modelo, ainda se verifica forte influência do modelo anterior na forma de pensar dos juristas de hoje. Ainda não é tranquilo, para alguns, assumir que a interpretação é um processo de construção da norma e da ordem jurídica e, como tal, envolve criação. Os juízes sentem-se muito mais seguros quando podem justificar sua decisão com base em texto de lei ou através de processos lógicos-sistemáticos de interpretação. O medo de que tenham suas decisões consideradas subjetivas e arbitrárias não raro levam os julgadores a fundamentações aparentes, que mascaram os reais elementos valorativos associados, o que pode ser tão ou mais danoso para a segurança e a certeza jurídicas.

Buscar-se-á investigar, no cenário histórico proposto, de que forma passou-se de uma interpretação da norma, limitada à literalidade ou a procedimentos de correspondência lógico-sistemáticos, que reconhecia ao julgador a tarefa de mero localizador de um direito já previamente consagrado pelo legislador, para uma interpretação criativa, resultante de um processo de construção da norma com observância dos limites constantes em lei, mas também das necessidades sociais e dos valores envolvidos.

⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho* (Obra coletânea de dois livros originalmente publicados em 1958 e 1960). Madri: Debate, 1993 (segunda reimpressão da primeira edição de 1991), pp. 46-49.

Esse estudo se fará em duas principais partes. Na primeira, analisar-se-á a questão numa perspectiva europeia, com uma breve abordagem das principais correntes jurídicas do período.

A análise será feita com uma intenção de contextualizar a evolução do pensamento jusfilosófico, sem pretensão de esgotar as características de cada uma dessas correntes. Até porque a própria tarefa de identificação das características de uma e outra é tormentosa. Ao contrário das ciências naturais, em que a tarefa de classificação e compartimentação é eficiente pela própria natureza do objeto de pesquisa, na história esse procedimento é dificultado pela circunstância de entre os momentos históricos não haver, na grande maioria das vezes, uma ruptura absoluta, e sim uma evolução gradual. Na perspectiva jurídica tampouco se consegue identificar, com precisão, o fim de uma corrente de pensamento e o início de outra⁷.

Na segunda parte, passar-se-á pela experiência americana e pela identificação de que, não obstante tratar-se de outro sistema de Direito, as mudanças no pensamento jurídico foram semelhantes e concomitantes às ocorridas na Europa.

Em seguida, serão analisados os pressupostos ressaltados por essas correntes que possibilitam a conclusão do que referimos como atividade interpretativa criativa. Será, ainda, analisada a forma como se dá essa interpretação construtiva do direito.

Assim, longe de se pretender esgotar a análise histórica da questão ou de se abarcar todo o estudo acerca da criatividade do intérprete, o que se propõe é a contextualização do problema para que, em seguida, possamos adentrar especificamente na relação entre interpretação e o aspecto axiológico do direito com maior discernimento.

⁷ Como bem observa Miguel Reale, “a originalidade do jusfilósofo ou do jurista não resulta de transformações radicais, como pode ocorrer nas mutações 180 que, vez por outra, parecem alterar *ab inis fundamentis* as estruturas das ciências físico matemáticas. Mesmo nesse campo, aliás, quando amainados os impulsos inovadores, percebem-se subtis liames ligando os esquemas revolucionários a motivações latentes no bojo dos sistemas superados, revelando quão delicados e vários são os fios com que o Clio vai compondo a trama sempre inacabada da cultura humana” (REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito. Teoria da Justiça. Fontes e Modelos do Direito**. Estudos Gerais – Série Universitária. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2003, p. 19, itálicos no original).

2.1.1. Perspectiva Europeia

O nosso ponto de partida nessa contextualização histórica serão as correntes formalistas que encontraram no cenário europeu do século XIX um campo muito fértil para o fortalecimento do positivismo jurídico.

Na França, os ideais de um positivismo extremado foram defendidos pela Escola da Exegese⁸ que, legitimada pelo Código de Napoleão de 1804, bravejava um Direito Formal pleno e completo, capaz de atender a todas as necessidades da vida jurídica. E dessa completude do direito legislado decorria a defesa de uma interpretação literal da norma, que deixava ao intérprete o recurso a meras operações lógico-mecânicas para a aplicação da norma pronta do legislador.

Na Alemanha, o positivismo formalista manifestou-se na metodologia jurídica de maior influência no período, a Jurisprudência dos Conceitos⁹. A doutrina desenvolveu-se a partir da ideia da pirâmide dos conceitos de George Friedrich Puchta, segundo a qual o Direito é concebido como um sistema lógico e hierarquicamente organizado na forma de uma pirâmide. No topo dessa estrutura estaria o conceito supremo, do qual se extrairiam, por processo lógico-dedutivo, outros conceitos genéricos e, destes, outros conceitos, com o aumento do grau de concretude a medida do avanço à base da pirâmide¹⁰. Esse processo, denominado de “genealogia dos conceitos”¹¹, se propõe ao conhecimento de proposições jurídicas ocultas, que apesar de não terem sido objeto de declaração por parte do legislador, podem ser extraídas do ordenamento jurídico¹².

⁸ Ramón Soriano enuncia, com sinteticidade, os princípios básicos da Escola da Exegese: “a) *la ley del código es la única fuente jurídica, por ser perfecta y autossuficiente; b) la interpretación jurídica corresponde al legislador, autor de la ley, para evitar de esta manera que se produzca una deformación en su aplicación, y se atente contra la voluntad del legislador; c) los jueces sólo tienen que aplicar mecánicamente la ley del código mediante el proceso de la subsumción o acto de subsumir el caso de la realidad en el texto de la ley, ya que en el código siempre hay una norma que se ajusta perfectamente al caso de la realidad, y d) el derecho romano es el derecho natural, cuyas instituciones deben ser incorporadas y acopladas a las normas de los códigos*” (SORIANO, Ramón. **Sociología del Derecho**. Barcelona: Editora Ariel, 1997, p. 117).

⁹ Segundo Kaufmann, a Jurisprudência dos Conceitos “teve muitos adeptos no século XIX, mas de cujo método, ainda hoje, muitos juristas, consciente ou inconscientemente, se servem” (KAUFMANN e HASSEMER, 2015, p. 168).

¹⁰ A respeito da pirâmide de Puchta, Larenz comenta que “quanto maior a largura, ou seja, a abundância de matéria, tanto menor a altura, ou seja a capacidade de perspectiva – e vice e versa. À largura corresponde a compreensão e à altura a extensão (o âmbito da aplicação) do conceito abstrato” (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 7ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 23.).

¹¹ KAUFMANN e HASSEMER, 2015, p. 168.

¹² PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco Ferreira; GAVIORNO, Gracimeri Vieira Soeiro de Castro e FILGUEIRAS, Sofia Varejão. **A importância da Jurisprudência dos Conceitos para a metodologia jurídica**. In: Revista Depoimentos, 2006. Disponível em <http://docplayer.com.br/9964444-A->

Nessa concepção, a lei seria autossuficiente, sendo desnecessário o recurso a elementos externos para a interpretação jurídica¹³, já que as regras estariam sempre, ao menos implícitas, no ordenamento jurídico.

Vários autores filiaram-se a essa corrente, como Rudolf von Ihering, na sua primeira fase de pensamento, Bernard Windscheid, Binding Wach e Kohler e, apesar das particularidades de cada um¹⁴, é possível identificar um núcleo comum a todos, qual seja, uma visão do Direito como uma unidade racional, autossuficiente e sem lacunas.

Apesar das inegáveis contribuições dessas escolas formalistas para a evolução da dogmática jurídica e para a noção de sistema jurídico, o apego à lógica levou-as ao afastamento do elemento valorativo que é inerente ao fenômeno jurídico e à despreocupação com os resultados da solução jurídica encontrada.

Essa foi a principal crítica feita por José de Oliveira Ascensão à Jurisprudência dos Conceitos, que também pode ser estendida à Escola da Exegese:

Se a ciência jurídica existe tendo em vista o momento culminante da solução do caso, temos de julgar um método pelos resultados a que conduz. Ora, sobretudo na integração das lacunas, acusa-se a jurisprudência dos conceitos de chegar a resultados que poderão ser logicamente impecáveis, no desenvolvimento do sistema, mas praticamente nocivos¹⁵.

Nos finais do século XIX, prevalecia o sentimento de certeza absoluta da lei. Havia, de fato, logo após a promulgação das grandes codificações, uma profunda correspondência entre o conteúdo da lei e às expectativas sociais¹⁶. E disso decorria o culto à lei, o pequeno espaço interpretativo atribuído ao jurista, a subordinação do juiz à intenção do legislador, a preocupação com o rigor formal da

[importancia-da-jurisprudencia-dos-conceitos-para-a-metodologia-juridica.html](#). Acesso em 10 abr. 2018, p. 140.

¹³ KAUFMANN e HASSEMER, 2015, p. 168.

¹⁴ Karl Larenz faz um bom panorama sobre as contribuições de cada um desses autores (LARENZ, 2014, pp. 31-35).

¹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à Ciência do Direito**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 459.

¹⁶ Como bem observou Miguel Reale: “É que as estruturas jurídicas do Estado de Direito, modelado sob o influxo do individualismo liberal dominante na cultura burguesa, cujos valores se impunham como expressão natural de toda uma época histórica, correspondiam, consoante crença generalizada, às necessidades e tendências da sociedade oitocentista. Os estatutos constitucionais vigentes nos países de maior densidade cultural, tanto na Europa como na América, bem como os códigos e os sistemas jurídicos privados, fundados nos princípios da liberdade política e da autonomia da vontade, pareciam ser a imagem fiel da realidade social a que se destinavam, muito embora nela já estivessem fermentando os motivos que iriam determinar, na presente centúria, o ciclo de crises de estrutura em que ainda se debatem tanto o Direito como o Estado” (REALE, 2003, p. 35).

lei, a desvinculação das atividades dos juristas das questões jusfilosóficas relacionadas ao complexo de valores que fundamentam a ordem jurídica e a limitação da análise do Direito sob a perspectiva conceitual e de ordem lógico-estrutural¹⁷. Essa postura justificava-se, porque, ao menos no início, não havia necessidade de preocupação com a falta de efetividade da norma ou com um possível distanciamento da norma com um conteúdo ético.

E é justamente nesse contexto que são deixadas as maiores contribuições desses movimentos formalistas para a Ciência do Direito, quais sejam: a preocupação de aprimoramento dos conceitos técnicos e a valorização do rigorismo e da sistematicidade no pensamento jurídico.

Por outro lado, a estandarização conceitual e o apego à lei como fonte única de direitos acabaram por se mostrar características demasiadamente rígidas frente às novas condições de convivência humana que a cada dia se distanciavam daquelas consagradas na codificação¹⁸. Os erros dessas correntes positivolegalistas foram supor que esse sistema jurídico permaneceria imutável e olvidar-se da natureza dinâmica da realidade social em que o Direito vive e dos valores ideais que o fundamentam.

Segundo Miguel Reale:

Ninguém pode ignorar a alta significação das contribuições que à Ciência do Direito trouxeram a Escola da Exegese, os pandectistas germânicos ou a 'Analytical School', movimentos que guardam entre si profunda correspondência, sobretudo no que toca ao aprimoramento dos conceitos técnicos e ao rigor atingido nas obras sistemáticas; mas, como muitas vezes sói acontecer, o aparelhamento conceitual passou a valer em si e por si, esterilizando-se em esquemas fixos, enquanto a vida prosseguia, sofrendo aceleradas mutações em seus centros de interesse¹⁹.

Gradualmente os métodos lógicos-formais passaram a se mostrar cada vez menos suficientes na apreensão do fenômeno jurídico, que se opera também no

¹⁷ Miguel Reale destinou um capítulo de sua obra "Teoria Tridimensional do Direito" para abordar esse afastamento entre juristas e filósofos tão característica das correntes formalistas do Direito. Segundo o autor "estabeleceu-se, em certo momento, um verdadeiro dualismo ou uma justaposição de perspectivas, como se houvesse um direito para o jurista e outro para o filósofo, cada um deles isolado no seu domínio, sem que a tarefa de um repercutisse, de maneira directa e permanente, na tarefa de outro" (REALE, 2003, pp. 24-25).

¹⁸ Segundo Miguel Reale, "a suposta correspondência entre a infra-estrutura social e o sistema de normas vigente levava, por conseguinte, o jurista a concentrar a sua atenção nos elementos conceituais ou lógico-formais(...). Quando, porém, logo no fim do século passado (século XIX, porque a primeira edição de seu livro data de 1967), começou-se a perceber que havia poderosas razões de conflitos entre os factos e os códigos, pode-se dizer que cessou, como por encanto, 'o sono dogmático' dos 'técnicos do direito' e as cogitações filosófico-jurídicas reconquistaram a perda autonomia" (*Idem*, p. 26).

¹⁹ *Idem*, p. 24 (grifos no original).

mundo dos valores e dos fatos. Passou-se a identificar a necessidade de uma Ciência Jurídica mais concreta e atenta às manifestações sociais, históricas econômicas e axiológicas.

A Escola da Livre Investigação Científica do Direito, na França, através das contribuições de seu principal autor, François Géný, defendeu a ideia de que o Direito possui um espaço dado (*le donné*) e outro construído (*le construit*). O primeiro é constituído pelos aspectos temporais, territoriais, pela tradição e pelos valores que fundamentam o Direito. O segundo é resultante da organização e sistematização dos elementos anteriores, através da elaboração das leis, da consolidação dos costumes, da jurisprudência ou da doutrina, ou seja, refere-se às fontes formais²⁰.

Nessa concepção, a atividade do juiz seria livre, porém científica. A liberdade decorreria da busca do conteúdo jurídico que nem sempre está contido na lei ou dela se extrai facilmente. A cientificidade estaria na necessidade de que essa busca fosse direcionada pelos elementos objetivos do caso concreto e não por critérios e preferência pessoais do julgador.

Segundo Géný,

o processo de pesquisa (*la recherche*) que se impõe ao juiz ao buscar a lei pertinente ao caso parece-nos muito semelhante àquele que compete ao próprio legislador. Exceto pela circunstância nada desprezível, embora de importância secundária, de que o processo seja acionado por alguma situação concreta, e a fim de adaptar o Direito a essa situação, as considerações que devem orientá-lo são, no que tange à finalidade última a ser atingida, exatamente da mesma natureza que as que devem dominar a própria ação legislativa, uma vez que se trata, em ambos os casos, de satisfazer, da melhor maneira possível, a justiça e a utilidade social, mediante uma norma apropriada. Assim, quando as fontes formais de mostrarem omissas ou inadequadas, não hesitarei em recomendar ao juiz, como linha geral de conduta, o seguinte: que ele formule seu juízo sobre a lei obedecendo aos mesmos objetivos que seriam os do legislador que se propusesse a regulamentar a questão. Não obstante, uma importante distinção separa aqui a atividade judicial da legislativa. Enquanto o legislador não é tolhido por nenhuma limitação ao avaliar uma situação geral, que ele regulamenta de forma totalmente abstrata, o juiz, que decide tendo em vista casos particulares e referentes a problemas absolutamente concretos, deve, em adesão ao espírito de nossa moderna organização e para fugir os perigos de ação arbitrária, livra-se, tanto quanto possível, de toda a influência que seja pessoal ou se origine da situação particular que tem diante de si, baseando sua decisão judicial em elementos de natureza objetiva. É por isso que me pareceu correto qualificar a atividade que lhe compete de livre pesquisa científica, *libre recherche scientifique*; livre, porque aqui fica longe da ação de autoridade positiva; e científica, ao

²⁰ SORIANO, 1997, pp. 119-121.

mesmo tempo, porque só pode encontrar fundamentos sólidos nos elementos objetivos que somente a ciência é capaz de revelar²¹.

Na Alemanha, a ruptura com a hegemonia do método lógico-formal pode ser identificada na segunda fase de pensamento do Ihering. Para o autor, o Direito não deve ser compreendido apenas em sua validade lógica, mas também em sua validade prática, eis que “não existe nenhuma proposição jurídica que não deva sua origem a um fim, ou seja, a um motivo prático”²².

Apesar de Ihering não ter desenvolvido uma teoria acerca dessa sua nova postura, teve o mérito de ser um dos primeiros autores a atentar para a insuficiência da dogmática jurídica formalista e para a imperativa análise teleológica dos preceitos jurídicos²³.

Nesse cenário, desponta o Movimento do Direito Livre com o qual encerraremos essa breve contextualização histórica. Embora esse movimento não tenha atingido um alcance sistemático de suas ideias²⁴, representa um resumo das principais críticas ao modelo anterior e, por isso, um importante foco de estudo para se compreender a mudança de posicionamento jusfilosófico e para se encerrar a contextualização histórica proposta.

O Movimento do Direito Livre funda-se no pressuposto de que o direito não se resume ao direito legislado, mas abrange também o direito decorrente da atividade judicial e o direito decorrente da observação das regras sociais, das praxes do comércio, dos usos e costumes. Eugen Ehrlich, autor relacionado ao Movimento do

²¹ GÉNY, *Méthode d'Interpretation et Source en droit privé positif*, vol. II, p. 77, Apud CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. (Palestras proferidas na Universidade de Yale, em 1921). São Paulo: Martins Fontes, 2004, pp. 87-89.

²² IHERING, *Der Zweck ums Recht* (O fim do Direito), 1877, Apud LARENZ, (2014, p. 59).

²³ É o que, a propósito, também entende Larenz (*Idem*, pp. 57 e 62).

²⁴ O próprio Kantorowicz anunciou que ‘*no se debe exigir claridade conceptual acabada*’ do Movimento do Direito Livre, já que ‘*ningún movimiento joven sabe exactamente lo que quiere*’ (KANTOROWICZ, Hermann. **La Ciencia del Derecho**. (Título original: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*) Trad. Werner Goldschmidt. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1949, p. 327). Essa juventude do movimento se relaciona ao fato de seus principais nomes não terem conseguido superar a fase desconstrutivista do paradigma anterior e passar para o estudo construtivista de um novo modelo. De qualquer sorte, o fato de terem centrado as forças para criticar o positivismo legalista, cujas ideias estavam profundamente arraigadas na tradição jurídica da época, já é louvável e, no nosso entender, justifica o aprofundamento do estudo sobre essa corrente de ruptura.

Direito Livre, teve como um dos seus principais méritos a promoção do pluralismo jurídico e desse direito além do estatal, a que denominou de direito “vivo”²⁵.

Ehrlich entende que a profunda aceitação da pluralidade de fontes do direito só é atingida mediante: a superação da tendência de se afastar o direito estatal das demais normas sociais com conteúdo jurídico²⁶; a maior preocupação em se compreender os fatos sociais e as instituições que ensejaram a necessidade de um determinada proteção jurídica do que o próprio conteúdo da norma jurídica²⁷; a compreensão de que o Direito é um fenômeno social em constante transformação e que essa evolução tem, na maioria das vezes, uma velocidade maior que a adaptação legislativa; a aceitação de que essa evolução não se confunde com

²⁵ “A concepção estatal do direito, portanto, não consegue comprovar seu caráter científico. Ela repousa, em parte, sobre o fato de se utilizar os mais diferentes artifícios para relacionar toda a norma jurídica com o Estado, independente de sua origem e independente de sua eficácia; em parte ela também repousa no fato de que se força o desconhecimento da grande quantidade de direito que surgiu independentemente do Estado e que subsiste independente dele. O conceito extremamente unilateral de direito que assim surgiu teve, porém, uma influência nefasta tanto sobre a atividade científica propriamente dita quanto sobre a jurisprudência prática e o ensino jurídico. Não só pelo fato de ser falso, mas também porque subtraiu aos pesquisadores um campo muito fértil para estímulos novos. Enquanto este conceito de direito restringir a atenção do pesquisador ao Estado, aos órgãos estatais, às leis e ao processo, condenou a ciência a miséria de que ela sofre tremendamente até os dias atuais. Sua evolução futura pressupõe a libertação destas peias e a análise da norma jurídica não só dentro de seu contexto estatal, mas também dentro de seu contexto social. (EHRlich, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Trad. René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 128.)

²⁶ “A norma jurídica, portanto, é apenas uma das regras do agir e neste sentido se assemelha a todas as outras regras sociais. A jurisprudência dominante compreensivelmente deixa de acentuar este fato, acentuando antes, por motivos práticos, a oposição entre o direito e as outras normas, especialmente se referentes à moral; com isto, em qualquer oportunidade se procura insistir junto ao juiz de que ele somente deve decidir de acordo com o direito e nunca de acordo com outras regras. Numa situação em que o direito não está totalmente estatizado, esta oposição perde em vigor; em Roma, onde o direito era chamado de *ars boni et aequi*, não se falava desta oposição e mesmo para os ingleses de hoje ela não aparece tão claramente” (EHRlich, 1986, pp. 37-38).

²⁷ “Na questão das fontes do direito o mais importante não é saber como as regras jurídicas que o juiz ou o funcionário devem aplicar se tornam determinante para eles. O direito não consiste nas disposições jurídicas, mas nas instituições jurídicas; quem quer determinar quais são as fontes do direito deve saber explicar como surgiram o Estado, Igreja, família, propriedade, contrato, herança e como eles se modificam e evoluem no decorrer do tempo. A tarefa de uma teoria das fontes de direito consiste em procurar as forças que impulsionam o desenvolvimento das instituições jurídicas; não basta indicar a forma pela qual disposições jurídicas, ou melhor, um certo tipo de disposições jurídicas, são estabelecidas (...). Não haveria direito se não existissem pessoas que fossem portadoras da concepção de direito (...). Na base das concepções sempre estão fatos observáveis. Estes fatos devem ter existido antes que no cérebro humano se formasse qual ideia de direito ou de relação jurídica. E mesmo no presente precisamos ter diante de nós determinados fatos, para podermos falar de direito e de relações jurídicas. É aqui, portanto, que devemos procurar a oficina do direito. A questão fundamental da ciência jurídica, a questão referente à origem do direito, transforma-se deste modo na seguinte pergunta: quais as instituições reais que no decorrer do desenvolvimento histórico se transformam em relações jurídicas e quais os processos sociais que conduzem a isto? (...) Trata-se, portanto, basicamente, em apontar os fatos com os quais o espírito humano relaciona tais regras. Estes fatos, aparentemente muito diversos, podem ser reduzidos a alguns poucos. E estes são – caso seja permitido antecipar o resultado da exposição – os seguintes: o hábito, a dominação, a posse e a declaração de vontade (*Idem*, pp. 70-71).

instabilidade, já que os fatos sociais que influenciam o direito são aqueles dotados de certa generalidade e constância²⁸ e o reconhecimento de que a atividade do juiz tem o importante papel de, além de adequar a generalidade da norma legal ao caso concreto, integrar a ordem jurídica legislada em suas lacunas e de adaptá-la ao “direito vivo”.

Essa nova concepção do direito, mais abrangente daquela que restringia o Direito ao que fora formalmente reconhecido pelo Estado, foi também ressaltada por Hermann Kantorowicz, que a configurou como uma “*ressurrección del Derecho Natural en forma modificada*”²⁹. A perspectiva naturalista transmuta-se da ideia metafísica de um direito espontâneo para um direito que existe independentemente do direito estatal³⁰.

Essa nova concepção do Direito Natural, a que Kantorowicz denominou Direito Livre, é, portanto, o conteúdo material a que se recorre para se completar e compreender a lei, onde “hay tantas lacunas como palabras”³¹. Esse conteúdo material tem a mesma influência que o conteúdo formalmente reconhecido pelo Estado, pelo fato de que “el pueblo conoce el Derecho libre, mientras que desconoce el Derecho estatal, a no ser que este último coincida con el primero”³². O Direito Livre seria a fundação sobre a qual se constrói o Direito Estatal³³.

Oskar von Bülow, em seu texto *Gesetz und Richteramt (Statutory Law and the Judicial Function*, na tradução em inglês estudada), considera que a determinação completa da norma só ocorre através da interpretação judicial, que encerra o trabalho de criação normativa iniciado pelo legislador³⁴. Como o legislador não tem

²⁸ “Um fato isolado surgido na sociedade não é um fato social; uma instituição isolada não pode conduzir a normas sociais e permanecer inobservada pela sociedade. Somente quando se expande e se generaliza transforma-se em parte constitutiva da ordem social. Somente quando um fenômeno social, em virtude de sua expansão, se transforma em fenômeno permanente a sociedade vê-se obrigada a tomar posição (seja uma nova forma de família, uma nova igreja, uma nova orientação política, uma nova relação de submissão, uma nova forma de posse, um novo conteúdo de contrato); no caso, a sociedade deve rejeitar e combater essa nova forma ou então integrá-la na ordem social e econômica geral, por ser um meio adequado para satisfazer às necessidades sociais e econômicas; quando isto ocorre, transformam-se em nova forma de organização da sociedade e com isto numa relação social, eventualmente numa relação jurídica.” (EHRlich, 1986, p. 95).

²⁹ KANTOROWICZ, 1949, p. 332.

³⁰ *Idem*, p. 333.

³¹ *Idem*, p. 337.

³² *Idem*, p. 335.

³³ *Idem*, p. 336.

³⁴ BÜLOW, Oskar Von. *Statutory Law and Judicial Function* (Título original: *Gesetz und Richteramt*). Trad. James E. Herget e Ingrid Wade. In: *The American Journal of Legal History*. Vol. 39, nº1, janeiro/2013, pp.71-94. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/845751?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 10 de abr. 2018, p. 75.

condições de abstratamente disciplinar todas as particularidades, nem de prever o destino das transformações sociais, caberia ao juiz, no primeiro caso, adaptar as regras gerais às hipóteses concretas e, no segundo, apresentar a solução jurídica até a posterior regulação legislativa³⁵. A decisão judicial teria a mesma força do ato legislativo, por também representar manifestação do poder estatal³⁶, com a diferença apenas de estar condicionada ao que se encontra regulado legislativamente.

O pensamento de Bülow representa forte crítica à plenitude do ordenamento jurídico e ao reconhecimento da lei como fonte exclusiva do direito, características marcantes nas correntes formalistas pretéritas, ao mesmo passo em que valoriza a atividade judicial nas tarefas de superação das lacunas e de determinação do sentido da norma legal³⁷.

O Movimento do Direito Livre tem como uma de suas principais características e como um de seus principais legados a exaltação, como importante fonte do Direito, da jurisprudência, nas suas duas possibilidades de sentido, ou seja, tanto como ciência do direito, tanto como resultado da atividade do juiz.

Segundo Kantorowicz:

La ciencia del Derecho tiene que colmar las lacunas, mas no por médio de la negación de los Derechos em todos los casos em los cuales la ley no los confiere, sino mediante afirmaciones el dirección que el Derecho libre indica. La ciência debe apartar las partes machitadas de la ley, y tiene que hacer madurar las partes florecientes. (...)

*La ciência es, pues, auténtica fuente del Derecho, y posse idéntica naturaliza a todas las demás fuentes. La ciência es voluntad como el mismo Derecho*³⁸.

³⁵ BÜLOW, 2013, p. 87.

³⁶ *Idem*, 2013, p. 76.

³⁷ O seguinte trecho do texto de Bülow resume bem o seu pensamento: “*It turns out that the statute is unable to create law directly. The statute is only a preparation, an attempt to effectuate a legal order. The statute contains only a directive as to how the legal order should be arranged. This directive is first of all aimed at the people involved, to those people with whose legal relations it deals. The more sensible, certain, and clear the statutory directive, and the abler and sounder the legal sense that fills the people, the more frequently the people involved will find the appropriate legal rules themselves and will obey them while living together in full agreement without the power of the state having to act. If it fails, however, then the judicial function has to be set in motion in order to proclaim the required legal ruling in the name of the state. In this connection, the judge has to stay within the legal limit drawn by the statute just as legislation is bound by the limits of the state constitution. But in neither of the two cases is the legal determination already directly given by the statute. It is found there first by the parties involved, here first by the judge. The statute shows to both only the path of correct law-finding.*

Only after the abolition of that prejudice and only through clear recognition as to why the courts have an important part of the law-creating activity to the state power, does the full significance, the high mission, of the judicial office come distinctly into the light. And so also does the significance of legal science which is the soul of the entire administration of justice” (BÜLOW, 2013, p. 93).

³⁸ KANTOROWICZ, 1949, p. 343.

Para o autor, a atividade interpretativa do julgador é fonte criadora de Direito. E, a extrapolar o que ousaram reconhecer os demais nomes do movimento, sugere que a vontade é fator decisivo no processo decisório³⁹. O resultado pretendido é que guiaria o processo de fundamentação e não a lei que indicaria a solução possível. A vontade atuaria seja na eleição dos textos legais nos quais se fundamentaria a solução desejada, seja na escolha dos próprios mecanismos de interpretação. Para o autor:

La interpretación extensiva o analógica en un caso, y la textual o restrictiva en outro, no se inspira em la ley y en la lógica, sino en el Derecho libre y en la voluntad, sea en la voluntad de conseguir el resultado deseado, sea en la de esquivar el indeseable. Por consiguiente, no escogemos una construcción com todas sus consecuencias por ser la menos forzada, la más lógica, la más adecuada, la más natural, la mejor, sino que, al revés, una construcción nos parece reunir todas aquellas cualidades si sus consecuencias pueden ser deseadas por nosotros⁴⁰.

Ciente das críticas que esse reconhecimento atrairia, Kantorowick adiantou-se na defesa das formulações do movimento. Quanto a eventual alegação de ofensa ao princípio da legalidade, Kantorowicz sustenta a relatividade desse postulado, sob o argumento de que a solução nem sempre está na lei e que ela deve ser adaptada às necessidades atuais da sociedade⁴¹. Considera que o juiz pode prescindir da lei quando ela não for isenta de dúvidas ou quando ela traga solução diversa da que optaria o Poder Estatal caso editasse a norma legal na época da prolação da decisão. Nessas situações, o juiz basear-se-ia no Direito Livre⁴².

Quanto ao risco de que essa liberdade de atuação do julgador represente arbitrariedade, sustenta que não se reivindica mais do que o que já ocorre na prática, na atividade interpretativa judicial e na análise probatória, nem mais do que já era feito pelos pretores romanos e do que faz os juízes do common law⁴³. Para Kantorowicz, “*contra los excesos de la subjetividad nos protege suficientemente la*

³⁹ “*El movimiento tiende con todas las fuerzas hacia una meta que comprenda todos los fines mencionados, la meta más alta de toda juridicidad: la justicia. Sólo si hacemos estallar los angostos cauces de las pocas disposiciones legales, sólo si la plenitud del Derecho libre hace posible dar a cada caso la reglamentación adecuada, sólo donde hay libertad, existe también justicia. Sólo si eliminamos estériles sutilezas y colocamos em su lugar la voluntad creadora que engendra nuevos pensamientos, sólo donde hay personalidad, existe también justicia. Sólo si apartamos la mirada de los libros y la dirigimos hacia la vida calculando las consecuencias y las condiciones más lejanas de nuestros actos, sólo donde hay sabiduría, existe también justicia*” (KANTOROWICZ, 1949, p. 369).

⁴⁰ *Idem*, p. 346.

⁴¹ *Idem*, p. 362.

⁴² *Idem*, pp. 363-364.

⁴³ *Idem*, pp. 364-365.

*multiplicidad niveladora de los magistrados en los tribunales y los recursos contra las resoluciones judiciales*⁴⁴.

Uma boa técnica para facilitar o encontro do direito vivo e diminuir os riscos da subjetividade no processo interpretativo seria, para Kantorowicz, abordar a Ciência do Direito sempre ao lado de outras ciências como psicologia, economia e ciência social. Para Kantorowicz, deseja-se magistrados que *“basados sobre la literatura y la propia experiencia, con pleno conocimiento de las funciones sociales de cada proposición jurídica y de los efectos sociales de su resolución, sepan dictar sus sentencias”*, porque *“quien todo comprenda, sabrá valorar todo con justicia”*⁴⁵. O conhecimento dos fatos sociais, que se atinge com a interdisciplinaridade e com estudos menos formalistas e mais críticos, é, para o autor, importante ferramenta do ideal da imparcialidade⁴⁶.

Para o Movimento do Direito Livre, o Direito estatal reflete, portanto, apenas uma pequena parcela do conteúdo jurídico presente numa realidade social. Assim, seja para atender à falta de completude do ordenamento jurídico, seja para finalizar a determinação da norma legal, a atividade judicial assume importante papel e não consegue ser efetiva apenas com os recursos oferecidos pelo próprio ordenamento jurídico e com o raciocínio lógico-dedutivo.

As ideias defendidas pelos correntes críticas estudadas, notadamente pelo Movimento do Direito Livre, e que, ao nosso ver, configuram a grande contribuição dessa doutrina são, em suma, a defesa do pluralismo jurídico, através da promoção de um direito livre, vivo, para além daquele formalmente declarado pelo Estado, o reconhecimento da impossibilidade de prévia determinação completa da norma, da incompletude do direito legislado e da insuficiência dos critérios metodológicos lógico-formais na interpretação jurídica, bem como a promoção da atividade judicial como importante instrumento de criação do Direito.

Embora essas doutrinas críticas tenham tido um papel importante na denúncia da insuficiência do modelo formalista, são questionadas por não apresentarem uma metodologia estruturada em substituição à anterior. Não vemos, contudo, essa circunstância com demasiada gravidade. Afinal, a perspectiva histórica nos revela que todas as tentativas de instituição de um modelo jurídico

⁴⁴ KANTOROWICZ, 1949, p. 364.

⁴⁵ *Idem*, p. 368.

⁴⁶ *Idem*, pp. 368-369.

seguro acabaram por se frustrar pela própria natureza complexa e mutante do fenômeno jurídico. Não nos parece razoável e possível a construção de um método jurídico único, senão o exercício de uma visão mais abrangente que considere diversos critérios que, conjuntamente sopesados, demonstrarão o melhor caminho a ser percorrido. Essas ideias serão, contudo, desenvolvidas ao longo do trabalho.

Ao nosso ver, a crítica que mais se justifica, e que também é ressaltada por A. Castanheira Neves⁴⁷, é a de que o Movimento do Direito Livre, mais precisamente em relação às ideias de Kantorowicz, quase nega a própria norma jurídica. A opção de Kantorowicz pelo justo acabou por colocar a positividade e a segurança jurídica em um plano inferior. A natureza tridimensional do Direito obsta a visão reducionista do direito, seja ao aspecto da norma, do fato ou do valor. Se o unilateralismo do positivismo formalista, que só considera a norma, não se justifica⁴⁸, certa desconfiança deve ser dirigida ao pensamento que reduz a importância de um desses elementos.

Não obstante a crítica levantada por A. Castanheira Neves, que também é compartilhada por nós, de que Kantorowicz deveria ter atribuído maior importância à norma legal, não se pode desconsiderar que esses movimentos críticos atentaram a ciência jurídica, até então formalista, para a necessidade de consideração dos elementos factuais e valorativos ligados ao fenômeno jurídico. As contribuições trazidas pelos movimentos críticos do cenário europeu do final do século XIX e do início do século XX, são louváveis porque constituíram a base sob a qual se edificaram as correntes jurídicas posteriores que desenvolveram a preocupação

⁴⁷ Para A. Castanheira Neves, o Movimento do Direito Livre, “na sua intenção sobretudo polémica e demolidora do legalismo lógico-formal, não chegou a repensar a específica racionalidade normativa do direito e do pensamento jurídico, não tendo por isso logrado propor, em substituição da anterior, uma nova e verdadeira metodologia jurídica, onde a lei haveria de ter também o seu lugar próprio, como um dos momentos – que não apenas como um fator virtualmente supérfluo e de expediente – da global realização do direito”. (NEVES, A. Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 200-201).

⁴⁸ Paulo Ferreira da Cunha faz uma relevante crítica às doutrinas que considera monistas. Menciona Kant, cujo imperativo categórico julga recair “numa concepção apenas valorativa ou axiológica (ética, no caso, do Direito, desenvolvendo o unilateralismo moral (ista)”⁴⁸. A Kelsen atribui uma “excessiva devoção à norma” e aos “sociologistas”, como Eugen Ehrlich, uma sobrevalorização do fato. (CUNHA, Paulo Ferreira da. Tridimensionalidade e Direito: Dissertação *currente calamo* a propósito da Tridimensionalidade Jurídica Genérica e Específica. In: **Jurismat Revista Jurídica**. Nº 6, pp. 219-231. Portimão: Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes, maio de 2015, pp. 225-226.)

teleológica do direito e possibilitaram a identificação do aspecto axiológico como base da interpretação jurídica⁴⁹, o que veremos no capítulo 3.

2.1.2. Experiência Americana

A passagem da contextualização histórica por cenário norte-americano justifica-se, a nosso ver, porque, não obstante a diferença entre os sistemas jurídicos praticados nos Estados Unidos da América e na Europa continental, ambas as realidades passaram por um mesmo período de ruptura com o formalismo jurídico entre o fim do século XIX e o início do século XX.

Nessa época, despontaram três grandes movimentos críticos nos Estados Unidos da América: o pragmatismo, a jurisprudência sociológica e o realismo jurídico. Tais movimentos, em razão de sua proximidade ideológica e mesmo foco de ruptura com o formalismo, não raro são confundidos. O primeiro deles é um movimento filosófico amplo⁵⁰, enquanto os outros dois representam a transposição da visão relativista e experimentalista para o universo jurídico⁵¹. As contribuições da Jurisprudência Sociológica e do realismo jurídico costumam ser analisadas conjuntamente pela doutrina⁵². A diferença de denominação é utilizada mais para enfatizar o momento histórico e os autores a que se pretende referir do que para diferenciar um modo de pensar. Considera-se a jurisprudência sociológica como o

⁴⁹ Werner Goldshmidt considera que a obra de Kantorowicz é não apenas uma concepção superadora do unilateralismo como também um “tridimensionalismo gnosiológico”, que reputa ser a raiz do tridimensionalismo jusfilosófico contemporâneo (GOLDSHMIDT, Werner. **La Teoría Tridimensional del Mundo Jurídico**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1963, pp. 8-9).

⁵⁰ Para um estudo mais aprofundado do pragmatismo, destacamos a obra de Arnaldo Sampaio de Moraes, cujo seguinte trecho merece destaque:

“O pragmatismo não se ocupa com problemas essencialistas. Assume que há aspectos do conhecimento que não se pode alcançar. (...) Não se interessa pelo que se admite como verdadeiro, e nem com a própria verdade; preocupa-se com os resultados que a verdade provoca em cada um de nós.

Para o pragmatismo, a filosofia perde muito tempo na tentativa de deduzir verdades de princípios gerais e supostamente universais. Os filósofos, ainda para o pragmatismo, deveriam investigar os efeitos práticos da aceitação de verdades, especialmente em âmbito de reflexão moral.

Verdade seria o nome que se dá ao que é útil e bom, no sentido de ser definido como válido. (...) não se questiona se a existência de Deus pode ser comprovada. Questionam-se os efeitos práticos que essa crença possa exercer sobre as pessoas, particularmente tomadas. Para o pragmatismo, se esperamos por prova absoluta referente à existência de Deus, iríamos esperar a vida toda; assim critério prático orienta a opção, que qualifica a fé” (GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano**. Brasília: Edição do autor, 2013, p. 30).

⁵¹ *Idem*, p. 33.

⁵² É o que se verifica nas obras de Henrique Carnio e Alvaro Gonzaga (CARNIO, Henrique Garbellini; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. **Curso de Sociologia Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 110-112), Herbert Hart (HART, Herbert L. A. **El nuevo desafío al positivismo jurídico**. In: Revista de Estudios Políticos, Madrid, nº 12, pp. 3-18, 1979, p. 6) e Ramón Soriano (SORIANO, 1997, pp. 126-127).

movimento precursor do realismo jurídico norte-americano, onde este foi buscar as bases para as desenvolver⁵³.

Nesse estudo comparativo, nos restringiremos à Jurisprudência Sociológica, que, através do estudo de seus três principais autores Oliver Wendell Holmes Jr., Roscoe Pound e Benjamin Nathan Cardozo, possibilitará compreender esse momento de ruptura jusfilosófica em cenário americano e identificar as características de um novo modelo interpretativo criativo proposto.

Essa corrente aparece na virada dos séculos XIX e XX, quando os Estados Unidos da América viviam um momento em que o liberalismo econômico vigorava absoluto e o formalismo jurídico proclamava o precedente como chave fundamental na compreensão do direito e como mecanismo de segurança jurídica⁵⁴.

Em oposição a essa tradição de apego à coerência lógica e de previsibilidade jurídica, começaram a despontar juristas a sugerir novo métodos decisórios e a enfatizar a importância da observância das necessidades sociais⁵⁵.

Oliver Wendell Holmes Jr.⁵⁶, um dos nomes da Jurisprudência Sociológica, defendeu que a moral, a política e as necessidades da sociedade de cada época é que determinam o jurídico, não o silogismo⁵⁷. O caráter mutável do direito exige a constante resignificação de seus conceitos e valores e, conseqüentemente, uma atividade interpretativa sempre atenta a essas transformações⁵⁸.

⁵³ Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, por exemplo, analisa a jurisprudência sociológica e seus autores no capítulo destinado aos antecedentes histórico-jurídicos do realismo jurídico norte-americano (GODOY, 2013, p. 07). A jurisprudência sociológica é descrita como movimento precursor do realismo jurídico norte-americano também por Ramón Soriano (SORIANO, 1997, p. 126).

⁵⁴ GODOY, 2013, pp. 20-21.

⁵⁵ FRADERA, Vera Maria Jacob de. A Jurisprudência Sociológica nos Estados Unidos da América do Norte: o pensamento de Benjamin N. Cardozo. In: **Revista do Ministério Público/Procuradoria Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, Vol. 1, nº 28, 1992, p. 124.

⁵⁶ Holmes foi juiz da Suprema Corte Americana e seu pensamento pode ser conhecido em suas decisões e em suas duas obras principais, o livro *The Common Law*, de 1881, e no ensaio *The Path of Law*, de 1897, referenciados na bibliografia.

⁵⁷ Para Holmes, "*the law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics* (HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Common Law** - Originalmente publicado em 1881. Toronto: *University of Toronto Law School Typographical Society*, 2011. Disponível em <https://archive.org/details/commonlaw00holmuoft>. Acesso em: 07 de abril de 2018, p. 05).

⁵⁸ Um marco do início dessa mudança do formalismo jurídico para uma concepção mais pragmática do direito foi o caso *Lochner v. New York*. A Suprema Corte Americana, em 1906, por maioria de votos, acolheu a pretensão de um proprietário de padaria para afastar a multa que lhe foi aplicada pelo estado por exigir de seus empregados exageradas horas de trabalho. O voto da maioria se fundou na liberdade contratual, assegurada na Constituição Americana, em sua 14ª Emenda. Oliver W. Holmes, anunciando alguns posicionamentos da jurisprudência sociológica, manifestou-se, em voto vencido, no sentido de que liberdade contratual não é absoluta e que o interesse da classe trabalhadora de limitar as horas de trabalho era legítimo. Defendeu que proposições gerais e

A proposta foi a de romper com a ideia de que o Direito pode ser compreendido e aplicado apenas através de processos lógicos. Questiona-se que, mediante um raciocínio dedutivo, se possa extrair dos axiomas gerais do sistema apenas uma solução jurídica possível⁵⁹, tampouco que essa restrição ao uso da

precedentes não decidem, de forma automática, os casos concretos, sendo necessária a tarefa do julgador de individualização das “regras gerais” às necessidades específicas da situação sob judge. A título de ilustração, trazemos trecho do voto vencido de Oliver W. Holmes no caso *Lochner v. New York*:

“I regret sincerely that I am unable to agree with the judgment [p75] in this case, and that I think it my duty to express my dissent.

*This case is decided upon an economic theory which a large part of the country does not entertain. If it were a question whether I agreed with that theory, I should desire to study it further and long before making up my mind. But I do not conceive that to be my duty, because I strongly believe that my agreement or disagreement has nothing to do with the right of a majority to embody their opinions in law. It is settled by various decisions of this court that state constitutions and state laws may regulate life in many ways which we, as legislators, might think as injudicious, or, if you like, as tyrannical, as this, and which, equally with this, interfere with the liberty to contract. Sunday laws and usury laws are ancient examples. A more modern one is the prohibition of lotteries. The liberty of the citizen to do as he likes so long as he does not interfere with the liberty of others to do the same, which has been a shibboleth for some well known writers, is interfered with by school laws, by the Post Office, by every state or municipal institution which takes his money for purposes thought desirable, whether he likes it or not. The Fourteenth Amendment does not enact Mr. Herbert Spencer's Social Statics. The other day, we sustained the Massachusetts vaccination law. *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11. United States and state statutes and decisions cutting down the liberty to contract by way of combination are familiar to this court. *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197. Two years ago, we upheld the prohibition of sales of stock on margins or for future delivery in the constitution of California. *Otis v. Parker*, 187 U.S. 606. The decision sustaining an eight hour law for miners is still recent. *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366. Some of these laws embody convictions or prejudices which judges are likely to share. Some may not. But a constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or of laissez faire. [p76] It is made for people of fundamentally differing views, and the accident of our finding certain opinions natural and familiar or novel and even shocking ought not to conclude our judgment upon the question whether statutes embodying them conflict with the Constitution of the United States.*

*General propositions do not decide concrete cases. The decision will depend on a judgment or intuition more subtle than any articulate major premise. But I think that the proposition just stated, if it is accepted, will carry us far toward the end. Every opinion tends to become a law. I think that the word liberty in the Fourteenth Amendment is perverted when it is held to prevent the natural outcome of a dominant opinion, unless it can be said that a rational and fair man necessarily would admit that the statute proposed would infringe fundamental principles as they have been understood by the traditions of our people and our law. It does not need research to show that no such sweeping condemnation can be passed upon the statute before us. A reasonable man might think it a proper measure on the score of health. Men whom I certainly could not pronounce unreasonable would uphold it as a first instalment of a general regulation of the hours of work. Whether in the latter aspect it would be open to the charge of inequality I think it unnecessary to discuss. (**Lochner v. New York/Dissent** **Holmes**. Disponível em https://en.wikisource.org/wiki/Lochner_v._New_York/Dissent_Holmes. Acesso em: 07 de abril de 2018.)*

⁵⁹ *“So in the broadest sense it is true that the law is a logical development, like everything else. The danger of which I speak is not the admission that the principles governing other phenomena also govern the law, but the notion that a given system, ours, for instance, can be worked out like mathematics from some general axioms of conduct. This is the natural error of the schools, but it is not confined to them. I once heard a very eminent judge say that he never let a decision go until he was absolutely sure that it was right. So judicial dissent often is blamed, as if it meant simply that one side or the other were not doing their sums right, and if they would take more trouble, agreement inevitably would come. This mode of thinking is entirely natural. The training of lawyers is a training in logic. The*

lógica na atividade decisória alcance sempre soluções materialmente desejáveis. Para além do conhecimento da logicidade e sistematicidade jurídica, espera-se dos aplicadores do direito aptidões em outras áreas do conhecimento, notadamente de economia política⁶⁰ e sociologia.

Roscoe Pound⁶¹ foi o grande defensor da necessidade de abordar o direito sempre na perspectiva dos seus efeitos práticos. E essa dimensão sociológica deveria acompanhar o direito em todas as suas fases. Na produção legislativa, seria recomendável um estudo sociológico para prever os efeitos que a lei gerará quando entrar em vigor. Na esfera acadêmica, mostraria imprescindível uma abordagem histórica do direito que, para além de elencar as diferentes doutrinas jurídicas, busque compreender de que forma elas influenciaram no processo de evolução do conteúdo jurídico. Por fim, o mesmo olhar sociológico-prático deveria permear a atividade do aplicador do direito⁶². As decisões judiciais deveriam revelar maior

processes of analogy, discrimination, and deduction are those in which they are most at home. The language of judicial decision is mainly the language of logic. And the logical method and form flatter that longing for certainty and for repose which is in every human mind. But certainty generally is illusion, and repose is not the destiny of man" (HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Path of the Law** - Ensaio de 1897 - Disponível em https://warwick.ac.uk/fac/soc/sociology/staff/sfuller/social_theory_law_2015-16/oliver_wendell_holmes_oliver_holmes_the_path_of_law.pdf. Acesso em: 07 abril de 2018.)

⁶⁰ A propósito, o seguinte trecho do *The Path of the Law*: *"I look forward to a time when the part played by history in the explanation of dogma shall be very small, and instead of ingenious research we shall spend our energy on a study of the ends sought to be attained and the reasons for desiring them. As a step toward that ideal it seems to me that every lawyer ought to seek an understanding of economics. The present divorce between the schools of political economy and law seems to me an evidence of how much progress in philosophical study still remains to be made. In the present state of political economy, indeed, we come again upon history on a larger scale, but there we are called on to consider and weigh the ends of legislation, the means of attaining them, and the cost. We learn that for everything we have we give up something else, and we are taught to set the advantage we gain against the other advantage we lose, and to know what we are doing when we elect"* (HOLMES JR., 1897).

⁶¹ Roscoe Pound atuou como juiz, por curto período, na Suprema Corte de seu estado natal de Nebraska, mas se notabilizou pela sua vida acadêmica como docente e como autor de obras jurídicas, como *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, formada por três artigos publicados na *Harvard Law Review*, em 1911 e 1912 (POUND, Roscoe. *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. I. Schools of Jurists and Methods of Jurisprudence. In: Harvard Law Review*, v. XXIV, nº 8, 1911, pp. 591-619, *II. Continued. In: Harvard Law Review*, v. XXV, nº 2, 1911, pp. 140-168; *III. Sociological Jurisprudence. In: Harvard Law Review*, v. XXV, nº 6, 1912, pp. 489-516), e *Introdução à Filosofia do Direito* (POUND, Roscoe. **Introdução à Filosofia do Direito**. Título original: *An Introduction to the Philosophy of Law*, com primeira edição de 1922. Trad. Álvaro Cabral da edição publicada em 1954 pela Yale University Press, New Haven, U.S.A. Rio de Janeiro: Zahar Editôres, 1965.)

⁶² *"Almost the whole energy of our judicial system is employed in working out a consistent, logical, minutely precise body of precedents. The important part of our system is not the trial judge who dispenses justice to litigants but the judge of the appellate court who uses the litigation as a means of developing the law; and we judge the system by the output of written opinions and not by the actual results inter partes in concrete causes. But the life on the law is in its enforcement. Serious scientific study of how to make our huge annual output of legislation and judicial interpretation effective is*

preocupação com a promoção dos valores da justiça e da razoabilidade⁶³ e com a correspondência com os fatos sociais dos quais o direito derivou e para os quais é dirigido, do que com a legitimização lógica não raramente invocada como pressuposto dos valores da certeza e da segurança jurídica⁶⁴.

Benjamin Cardozo foi o autor relacionado à Jurisprudência Sociológica que mais se dedicou ao estudo da atividade do juiz e de sua importância em uma aplicação jurídica preocupada com os resultados e atenta à realidade social. O autor se preocupou mais em desnudar a atividade do juiz do que em criar um esquema sistemático sobre a interpretação. De qualquer sorte, conseguiu revelar que a atividade judicial caracteriza, na maior parte das vezes, um processo criativo⁶⁵.

O componente criativo na decisão é reduzido quando houvesse perfeita correlação entre a situação jurídica concreta e uma regra jurídica, hipótese em que caberia ao juiz apenas a determinação de cumprimento do comando legal. Nas demais situações em que essa correspondência não é automática, ou em que as regras jurídicas não se mostrem suficientemente claras, ou, ainda, em que não se identifique norma jurídica aplicável, haveria claro processo criativo pelo juiz.

Há criação, seja no processo de adaptação da norma jurídica às especificidades do caso, seja na declaração do sentido da norma de acordo com o propósito do legislador, quando esse não se mostre óbvio, seja na suposição de como seria a proposição legislativa caso a questão fosse posta hoje ao legislador, seja na aplicação de precedentes.

Nessa última situação, mesmo quando encontrado precedente perfeito, a tarefa do juiz está longe de ser mecânica. A aplicação de precedente envolve sempre uma prévia de identificação do seu princípio subjacente ou de sua *ratio decidendi*, tarefa que envolve certa dificuldade, já que a coisa julgada chega envolta de pronunciamentos incidentais que podem dificultar a identificação do fundamento central.

imperative" (POUND, Roscoe. *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. III. Sociological Jurisprudence. In: Harvard Law Review*, v. XXV, nº 6, 1912, p. 514).

⁶³ "In general the sociological jurist stand for what has been called equitable application of law; that is, they conceive of the legal rule as a general guide to the judge, leading him toward the just result, but insist that within wide limits he should be free to deal with the individual case, so as to meet the demands of justice between the parties and accord with the general reason of ordinary men" (HOLMES, 1897, p. 515).

⁶⁴ Segundo Pound, citado por Godoy, "a certeza alcançada pela aplicação mecânica de regras fixas da conduta humana é meramente ilusória" (GODOY, 2013, p. 87).

⁶⁵ Segundo CARDOZO, "nenhum sistema de *jus scriptum* conseguiu fugir à necessidade de tal processo" (CARDOZO, 2004, p. 6).

Nos casos em que o precedente mostre-se apenas próximo à situação em debate, ao julgador cabe a tarefa de adaptá-lo e de construir assim uma nova tonalidade de precedente, uma nova força diretiva a ser considerada nos casos futuros⁶⁶.

Esse trabalho de modificação gradual dos precedentes, de encontro de novas forças diretivas, pode ser exercido com recurso à progressão lógica, a que Cardoso denomina de analogia ou método filosófico, por desenvolvimento histórico, a que dá o nome de método histórico, por identificação de costumes, que chama de método da tradição, e por invocação à moral ou aos valores da Justiça e bem-estar social, o chamado método da sociologia.

O método da filosofia é o que propõe a manutenção da lógica e da uniformidade da ordem jurídica. Nas palavras de Cardozo:

Não devo estragar a simetria da estrutura jurídica com a introdução de incoerências, irrelevâncias e exceções artificiais, a menos que haja alguma razão suficiente, e esta geralmente será uma consideração relativa à história, ao costume, à política ou à justiça. Na ausência de tal razão, devo ser lógico, assim como devo ser imparcial, e por motivos semelhantes⁶⁷.

Esse método não seria o mais importante de todos, mas aquele sobre o qual os demais se aplicam subsidiariamente⁶⁸. Cardozo defende que “precisamos saber aonde levam a lógica e a filosofia, ainda que decidamos abandoná-las por outros guias”⁶⁹.

O método da história, por sua vez, promove a observação de um instituto jurídico através de sua contextualização história para que, através da compreensão do passado, passe-se pelo presente e entenda-se onde se pode chegar no futuro.

⁶⁶ Para Cardoso, nenhum sistema jurídico consegue evoluir com a simples replicação de precedentes anteriores. “É quando as cores não combinam, quando as referências não batem, quando não há nenhum precedente decisivo, que realmente começa o trabalho do juiz. Ele deve então ajustar a lei aos litigantes que ali estão, e ao ajustá-la a eles, estará também ajustando-as aos outros” (CARDOZO, 2004, p. 10).

⁶⁷ *Idem*, p. 20.

⁶⁸ O julgador poderia recorrer aos outros métodos, por exemplo, quando o método filosófico apresentasse mais de uma possibilidade de solução do problema jurídico. Para Cardoso, “a força diretiva da lógica nem sempre se exerce ao longo de um caminho único e desimpedido. Um princípio ou precedente, levado ao limite de sua lógica, pode apontar para uma conclusão; outro princípio ou precedente, seguindo a mesma lógica, pode apontar com igual certeza para outra. Nesse conflito, precisamos escolher entre dois caminhos, selecionando um ao outro, ou talvez seguindo um terceiro, que será o resultante das duas forças combinadas ou representará o meio entre os extremos. (...) A história, o costume, a utilidade social, um sentimento premente de justiça ou talvez, às vezes, uma percepção semi-intuitiva do espírito que permeiam nosso Direito precisam vir em socorro do ansioso juiz para dizer-lhe o caminho a seguir” (*Idem*, pp. 26 e 28).

⁶⁹ *Idem*, pp. 23-24.

Para Cardozo, o “desenvolvimento, para ser verdadeiramente lógico, não deve perder de vista suas origens”⁷⁰.

O método da tradição envolve a apreensão de um costume como conteúdo material de novas normas jurídicas ou como critério para aplicação de normas já existentes⁷¹.

Por fim, o método sociológico seria aquele que coloca o bem-estar social como elemento de maior importância no processo de decisão⁷². Para o autor, a justiça-social é “a causa última do Direito”⁷³, de forma que a lógica, a história e o costume são importantes, mas devem ser preteridos se mostrarem-se contrários à finalidade do Direito⁷⁴.

A escolha de qual método deve prevalecer em cada situação deve ser feita pelo julgador através da identificação do interesse preponderante no caso concreto. Essa opção é feita de forma semelhante àquela feita pelo legislador na edição de uma norma jurídica. E é por essa razão que a atividade decisória é facilmente reconhecida como criativa pela Jurisprudência Sociológica.

Segundo Cardozo:

Minha análise do processo judicial chega então a isto e pouco mais: a lógica, a história, o costume, a utilidade e os padrões aceitos de conduta correta são as forças que, isoladamente ou combinadas, configuram o progresso do Direito. Qual dessas forças dominará em cada caso vai depender, em grande parte, da importância ou do valor comparativo dos interesses sociais que assim serão promovidos ou prejudicados. Um dos interesses sociais mais fundamentais é que a lei deve ser uniforme e imparcial. Não deve haver nada em sua ação que cheire a preconceito, favor ou mesmo capricho ou extravagância arbitrários. Em termos gerais, portanto, haverá adesão ao precedente. Haverá desenvolvimento simétrico, de maneira coerente com a história ou o costume quando a história ou o

⁷⁰ *Idem*, p. 39.

⁷¹ *Idem*, pp. 42 e 44.

⁷² O autor explica que o termo “bem-estar social” é por ele utilizado num sentido plural: “Pode significar o que comumente se chama de política pública, o bem da coletividade. Nesses casos, suas exigências são geralmente as de mera conveniência ou prudência. Pode significar, por outro lado, o ganho social que se obtém mediante a adesão aos padrões de conduta correta, que encontram expressão em costumes, hábitos ou práticas tradicionais da comunidade. Nesses casos, suas demandas são as da religião, da ética ou do senso social de justiça, quer formulados em credos ou sistemas, quer imanentes à mente comum. Não é fácil encontrar um termo único para abranger estes e outros objetivos afins, que se mesclam por meio de gradações imperceptíveis. Talvez pudéssemos recorrer a Kohler (Enzyklopadie, Bd. 1, D.10; Philosophy of Law, 12 Modern Legal Philosophy Series, p.58), Brutt (Idem, pp. 133 e ss.) e Berolzheimer (System des Rechts und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 3, s.28.) sobre esse termo indefinível, mas abrangente, conhecido como *Kultur*, se a história recente não o tivesse desacreditado e ameaçado de opróbrio aqueles que o utilizam. Escolhi em vez disso um termo que, embora não seja preciso o bastante para o filósofo, será pelo menos considerado suficientemente definido e abrangente para adequar-se aos propósitos do juiz” (CARDOZO, 2004, pp. 51-52).

⁷³ *Idem*, p. 46.

⁷⁴ *Idem*, p. 47.

costume tiver sido a força motriz (ou principal) na formação das normas existentes, e com a lógica ou a filosofia quando delas se originar a força motriz. Mas o desenvolvimento simétrico pode custar caro demais. A uniformidade deixa de ser um bem quando se torna uma uniformidade de opressão. O interesse social atendido pela simetria ou pela certeza deve então ser comparado com o interesse social atendido pela equidade e pela justiça, ou por outros elementos de bem-estar social. Estes podem impor ao juiz o dever de traçar o limite em outro ângulo, de balizar o caminho ao longo de novas rotas, de determinar um novo ponto de partida do qual os que virão depois dele iniciarão suas jornadas.

Se perguntarem, como ele pode saber quando um interesse prepondera sobre outro, só posso responder que ele deve obter seu conhecimento da mesma maneira que o legislador o obtém da experiência, do estudo e da reflexão; em resumo, da própria vida. É nesse ponto, na verdade, que o seu trabalho se encontra com o do legislador. A escolha dos métodos e a avaliação dos valores devem pautar-se, no final, por considerações semelhantes para ambos. Com efeito, cada qual está legislando dentro dos limites de sua competência. Não há dúvida de que os limites para o juiz são mais estreitos. Ele legisla apenas entre as lacunas. Ele preenche as brechas da lei. Não se pode demarcar num mapa o quanto ele pode avançar sem ultrapassar os limites dos interstícios. Ele deve descobrir isso por si mesmo, à medida que adquire o senso de adequação e proporção que vem com os anos, de hábito na prática de uma arte⁷⁵.

Na Jurisprudência Sociológica Americana, o direito é dinâmico e seus conceitos e significações devem estar em constante evolução para atender as necessidades de cada tempo⁷⁶. O Direito seria, fundamentalmente experiência e, em última análise, o resultado da atividade decisória do juiz⁷⁷.

Esse pragmatismo jurídico é um dos pontos de convergência entre a Jurisprudência Sociológica Americana e as teorias europeias anti-formalistas, como a escola da livre investigação do direito e o movimento do direito⁷⁸⁷⁹. Mesmo em

⁷⁵ CARDOZO, 2004, pp. 82-83.

⁷⁶ Nas palavras de Roscoe Pound, citadas por Godoy, a jurisprudência sociológica seria “o movimento que defende o pragmatismo como uma filosofia jurídica, o movimento que prega que se ajustem princípios e doutrinas jurídicas às condições humanas que devem governar ao invés de princípios e teoremas supostos, o movimento que coloca o fator humano em ponto local central, relegando a lógica a seu lugar verdadeiro (...)” (GODOY, 2013, p. 86).

⁷⁷ “*What constitutes the law? You will find some text writers telling you that it is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of this mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law*” (HOLMES, 1897, p. 9).

⁷⁸ Os movimentos da livre investigação científica do direito, do direito livre e da jurisprudência sociológica são estudados conjuntamente por Ramón Soriano no capítulo intitulado “Los Juristas Sociólogos contra el positivismo legalista (en la primera mitad del siglo XX)”. (SORIANO, 1997, p. 117).

⁷⁹ Jean Carbonnier enfatiza a proximidade da doutrina de Ehrlich com a jurisprudência sociológica americana, mencionando o fato interessante de que a edição inglesa da obra Fundamentos da Sociologia do Direito (*Grundlegung der Soziologie des Recht*) de Ehrlich teve introdução escrita por Roscoe Pound (CARBONNIER, Jean. **Sociologia Jurídica**. Trad. Diogo Leite de Campos. Coimbra: Livraria Almedina, 1979, p. 125). Para o autor, a obra de Ehrlich foi recebida nos Estados Unidos da América como uma sistematização de uma ideologia jurídica já aceite por lá (Idem, p. 146).

cenários diferentes e com sistemas jurídicos de bases distintas (common e civil law), tais correntes, coetâneas nos últimos anos do século XIX e primeiros anos do século XX, reconhecem a insuficiência dos métodos lógico-dedutivos na solução das controvérsias jurídicas⁸⁰ e enfatizam a relevância da atividade interpretativa judicial na criação do Direito⁸¹, a necessidade de observância da realidade social e dos

⁸⁰ Benjamin Cardozo faz um paralelo entre a Jurisprudência Sociológica Americana e o pensamento crítico europeu da época, enfatizando esse aspecto da insuficiência do método lógico:

“Nessa concepção do método da lógica ou da filosofia como um sistema de investigação entre vários outros, não vejo nada hostil aos ensinamentos dos juristas europeus que o destituíram de seu posto e poder em sistemas jurídicos diferentes do nosso. Combateram um mal que só de leve, aqui e ali, atingia a common law. Não quero dizer que não existam campos em que precisamos ainda da mesma lição. Em certa medida, no entanto, fomos poupados, em virtude do processo indutivo por meio do qual nosso direito jurisprudencial se desenvolveu, dos males e perigos que são inseparáveis do desenvolvimento do Direito com base na *jus scriptum*, mediante um processo de dedução. Contudo, nem mesmo os juristas europeus que enfatizam a necessidade de outros métodos nos pedem para abstrair dos princípios jurídicos toda a sua energia frutífera. O mau uso da lógica ou da filosofia começa quando seu método e seus fins são tratados como supremos e definitivos. Eles não podem nunca ser totalmente banidos. ‘Com certeza, diz François Géný, ‘não se deveria cogitar de banir o raciocínio e os métodos lógicos da ciência do direito positivo’. Mesmo os princípios gerais podem às vezes ser seguidos à risca na dedução de suas conseqüências. ‘O abuso’, diz ele, ‘consiste, se não estou enganado, em imaginar que as concepções ideais, cuja natureza é provisória e puramente subjetiva, são dotadas de realidade objetiva permanente. E esse falso ponto de vista, que a meu ver é vestígio do realismo absoluto da Idade Média, acaba restringindo todo o sistema do direito positivo, *a priori*, a um número limitado de categorias predeterminadas em essência, imóveis na base, regidas por dogmas inflexíveis e, portanto, incapazes de adaptar-se às exigências sempre variadas e cambiantes da vida’ “ (CARDOZO, 2004, pp. 30-31).

⁸¹ Benjamin N. Cardozo, em sua obra *A Natureza do Processo Judicial*, reconhece que o método da livre decisão é o predominante nos tribunais e, não obstante possa ser objeto de arbitrariedade, impossível não conceder esse poder ao juiz. O seguinte trecho de sua obra ressalta a influência dos movimentos da livre investigação científica do direito e do direito livre na jurisprudência sociológica:

“Hoje, uma grande escola de juristas europeus pleiteia uma liberdade ainda maior de adaptação e interpretação. A lei escrita, dizem eles, é muitas vezes fragmentária, inadequada e injusta. O juiz, em seu papel de intérprete para a comunidade do sentido da lei e ordem que ela tem, deve suprir as omissões, corrigir as incertezas e harmonizar os resultados com justiça, através de um método de livre decisão – ‘*libre recherche scientifique*’. Essa é a visão de Géný, Ehrlich, Gmelin e outros (‘*Science of Legal Method*’, *9 Modern Legal Philosophy Series*, pp. 4, 45, 65, 72, 124, 130, 159.). Os tribunais devem ‘buscar luz entre os elementos sociais de todo o tipo que constituem a força viva por trás dos fatos com que lidam’ (Géný, ‘*Méthode d’Interpretation et Source em droit privé positif*’, vol. II, p. 180, sec 176, ed. 1919; trad. ingl. *9 Modern Legal Philosophy Series*, p. 45.). Assim, o poder que se coloca em suas mãos é grande e está sujeito, como todo poder, a abusos; mas não devemos nos furtar a concedê-lo. A longo prazo, ‘não há garantia de justiça’, diz Ehrlich (P. 85, supra; ‘*Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*’, *9 Modern Legal Philosophy Series*.), a não ser a personalidade do juiz (Cf. Gnaeus Flavius Kantorowicz, ‘*Der Kampf um Rechtswissenschaft*’, p. 48: ‘*Von der Kultur des Richters hängt im letzten Grunde aller Fortschritt der Rechtsentwicklung ab*’.). Os mesmos problemas de método, os mesmos contrastes entre a letra e o espírito, são problemas agudos em nosso país e em nosso direito. Sobretudo na esfera do direito constitucional, o método da livre decisão tornou-se, em minha opinião, o que predomina em nossos dias. As grandes generalidades da Constituição têm um conteúdo e um significado que variam de uma época para a outra. O método da livre decisão vê através das particularidades transitórias e alcança o que há de permanente por trás delas. Assim ampliada, a interpretação se torna mais do que a verificação do propósito e da intenção dos legisladores cuja vontade coletiva foi declarada. Ela suplementa a declaração e preenche os espaços vazios pelos mesmos processos e métodos que criaram o direito consuetudinário. Os códigos e outras leis escritas podem ameaçar a função judicial com repressão, desuso e atrofia. A função floresce e persiste graças à necessidade humana à qual ela responde categoricamente. A proibição justiniana de qualquer comentário sobre o produto de seus

valores da justiça na aplicação do Direito e a prevalência dada ao efeito e à finalidade da norma⁸².

Se estudiosos diversos, seja no âmbito do Common Law, seja no do Direito de base romanística, convergem-se no sentido de soluções jurídicas mais concretas, importância do contexto fático e do aspecto valorativo do Direito, está-se diante de um dado objetivo que não pode ser ignorado. E essa tendência, longe de modismos, está relacionada com a própria natureza tridimensional do Direito, que não pode ser mais ignorada, e que será aprofundada em capítulo próprio.

2.2. ATIVIDADE INTERPRETATIVA CRIATIVA: PRESSUPOSTOS E CONTORNOS

A nossa pretensão com a contextualização histórica realizada, como já dissemos, longe de almejar uma análise histórico-jurídica completa dos finais do século XIX e do início do século XX, foi permitir a identificação dos principais pontos de viragem do pensamento jusfilosóficos da época e, assim, possibilitar a compreensão do paradigma interpretativo atual, que denominamos de interpretação criativa. A interpretação jurídica, que ao longo do período áureo do positivismo formalista, foi reduzida a um método lógico de identificação da solução previamente contida na norma ou no ordenamento jurídico, voltou a ganhar, com os movimentos críticos dos finais do século XIX e início do século XX, contornos de um processo de construção, de criação jurídica para o caso concreto, em que o intérprete, portanto, assume posição de destaque.

A evolução da perspectiva de um intérprete meramente localizador da resposta previamente desenhada no ordenamento jurídico para um intérprete partícipe na construção do Direito foi possível graças a alguns pressupostos ressaltados pelos movimentos críticos do contexto histórico-jurídico estudado.

Um desses pressupostos é a exaltação do pluralismo jurídico. O Direito é alimentado por várias fontes e não se reduz ao direito legislado. O direito positivado é apenas o reconhecimento, pelo Estado, de parte do direito livre e vivo observável dos fatos sociais e dos anseios da sociedade. Inclui-se na atividade do juiz, portanto,

codificadores só é lembrada por sua futilidade (Gray, 'Nature and Sources of the Law', sec. 395; Muirhead, 'Roman Law', pp. 339-400.)" (*Idem*, pp.6-8).

⁸² Benjamin Cardozo faz, em seu livro, a seguinte citação de Gény:

"Por um lado, devemos interrogar a razão e a consciência para descobrir, em nossa natureza mais íntima, o próprio fundamento da justiça; por outro, devemos nos voltar para os fenômenos sociais para averiguar as leis de sua harmonia e os princípios de ordem que eles exigem. (...) Justiça e utilidade geral: eis os dois princípios que orientarão nosso caminho" (GÉNY, *Méthode d'Interprétation et Sources en droit privé positif*, vol. II, p. 92, sec. 159, *Apud* CARDOZO, 2004, p. 53.)

quando o caso concreto assim o exige, a identificação do direito aplicável, ainda que esse não tenha sido prévia e formalmente reconhecido pelo legislador.

E atrelado ao reconhecimento da pluralidade de fontes do direito está a desconstrução da falácia da plenitude do ordenamento jurídico. O ordenamento não é capaz de disciplinar todas as questões da vida jurídica, porque o direito é múltiplo e está em constante transformação, assim como a sociedade da qual ele se reflete⁸³.

A incompletude aqui enfatizada é do ordenamento jurídico e não do Direito em si. Este, em função de ser constituído por diversas fontes, manifesta-se ao menos através de uma delas. Já o ordenamento jurídico não é capaz de comportar as soluções para todas as situações jurídicas e o ideal talvez seja exatamente essa incompletude. Uma ordem legal completa, se isso fosse possível, dificultaria a evolução natural e em pouco tempo se mostraria defasada e ilegítima.

Para Kaufmann:

“a incompletude da lei não é, ao contrário do que sugere a concepção positivista, uma falha; ela é apriorística e necessária. A lei não pode nem deve ser formulada de modo inequívoco, visto ser concebida para casos cuja diversidade é infinita. Uma lei fechada sobre si mesma, completa, sem lacunas, inequívoca (se tal fosse possível) faria estagnar a evolução do direito”⁸⁴.

A falta de completude do ordenamento jurídico é o que se reconhece como lacuna. Da negação da existência de lacunas pelas teorias formalistas, passou-se à constatação de que o ordenamento jurídico não era capaz de disciplinar todo o conteúdo jurídico. A incompletude do ordenamento jurídico é, hoje, reconhecida inclusive formalmente pelo próprio legislador, que se adianta a elencar os recursos que podem ser utilizados pelo julgador para integração das lacunas.

É o que identificamos nas seguintes normas do direito brasileiro:

Art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito⁸⁵.

⁸³ Para Bobbio, “*si el derecho era un fenómeno social, un producto de la sociedad (em sus múltiples formas) y no solamente del Estado, el juez y el jurista debían determinar las reglas jurídicas adecuadas a las nuevas necesidades del estudio de la sociedad, de la dinámica de las relaciones entre las diversas fuerzas sociales y de los intereses que éstas representaban, y no de las reglas muertas y cristalizadas de los códigos*” (BOBBIO, 1993, p. 228).

⁸⁴ KAUFMANN e HASSEMER, 2015, p. 193.

⁸⁵ BRASIL. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com redação da ementa alterada pela Lei nº 12.376, de 2010. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 28 de maio de 2018.

Art. 140 do Código de Processo Civil: O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.⁸⁶

Art. 8º da Consolidação das Lei do Trabalho: As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.⁸⁷

E nas seguintes normas do Código Civil Português:

Artigo 8º

(Obrigação de julgar e dever de obediência à lei)

1. O tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando d vida insanável acerca dos factos em litígio.
2. O dever de obediência à lei não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo.
3. Nas decisões que proferir, o julgador terá em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de obter uma interpretação e aplicação uniformes do direito.

Artigo 9.º

(Interpretação da lei)

1. A interpretação não deve cingir-se   letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.
2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.
3. Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumir  que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.

Artigo 10º

(Integração das lacunas da lei)

1. Os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos.
2. Há analogia sempre que no caso omissso procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei.

⁸⁶ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n  13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 18 de maio de 2015.

⁸⁷ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei n  5.452, de 1  de maio de 1943. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 28 de maio de 2018.

3. Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema.⁸⁸

Nas normas brasileiras, o legislador limitou-se a indicar os instrumentos de integração da norma, mas deixou, contudo, à doutrina e à jurisprudência a tarefa de complementar o entendimento a respeito dessas regras e discutir, por exemplo, se há ou não eventual ordem de preferência entre tais instrumentos. Apenas em relação à equidade, o legislador optou por assegurar que se trata de instrumento que pode ser utilizado nas situações expressamente autorizados em lei.

Na normatização portuguesa referenciada, o legislador indica a analogia como instrumento de integração e permite ao julgador, apenas na falta de casos análogos, a possibilidade de decidir pela norma que ele próprio criaria, “se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema”. Houve aqui uma opção legislativa de assegurar a analogia como instrumento prioritário e de possibilitar os demais recursos de integração apenas na hipótese de inexistência de casos análogos. O legislador português foi, portanto, mais limitador que o brasileiro.

Essa mesma tendência regulatória da atividade do aplicador do direito pelo legislador é verificada no art. 9º do Código Civil Português, que trata de forma pormenorizada e descritiva sobre a interpretação jurídica. E isso leva-nos a questionar se haveria, aqui, um avanço legislativo na redução das margens da liberdade interpretativa e, assim, um melhor controle da discricionariedade judicial, ou se essa regulamentação não passaria de apenas uma falsa sensação de maior certeza e segurança jurídica.

Sem pretender aprofundar essa discussão que, por si só, demandaria uma pesquisa específica, consideramos que esse tipo de regulamentação é, em si, inócua. Se as normas legais precisam ser interpretadas é porque é impossível ao legislador regular as particularidades jurídicas aprioristicamente, sendo necessária a interpretação na individualização da regra geral e abstrata às circunstâncias do caso concreto. Por essa mesma razão, é difícil conceber que o legislador possa, também aprioristicamente, indicar eficientemente os métodos interpretativos a serem usados pelo aplicador do direito.

⁸⁸ PORTUGAL. **Código Civil**. DL nº 47.344, de 25 de Novembro de 1966. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=301&artigo_id=&nid=775&pagina=4&tab_ela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em: 28 de maio de 2018.

Para Roberto de Ruggiero, citado por Joana Aguiar e Silva⁸⁹, as regras de interpretação, por mais completas que sejam, jamais constituirão um sistema infalível que possibilitem uma atividade mecânica na descoberta do sentido jurídico. Considera que:

O seu verdadeiro carácter e função é a de ser meros auxiliares, critérios gerais que devem servir de guia no processo lógico de investigação, porque tal investigação não se efectua com o uso exclusivo de uma série mais ou menos complexa de regras de hermenêutica, mas exige antes de mais uma clara e fina intuição do fenómeno jurídico, um profundo conhecimento de todo o organismo do Direito, da história das instituições e das condições da vida em que as relações jurídicas se produzem. É uma arte que não se pode ensinar nem é possível encerrar nos limites de um decálogo. Têm razão os adversários do método lógico tradicional quando negam que a interpretação se possa conter nuns quantos aforismos escolásticos.

Gustavo Zagrebelsky complementa essa crítica ao atestar a verdadeira obviedade de que o fracasso da pretensão do direito positivo estabelecer todas as condições de seu alcance está justamente na própria necessidade de que essas regras de interpretação também sejam interpretadas.

A continuar a linha de raciocínio que fazíamos acerca das lacunas do ordenamento jurídico, o Movimento do Direito Livre sugeriu que haveria lacuna não só na ausência de conteúdo jurídico, mas quando esse se mostrasse inapropriado, ou seja, gerasse resultado injusto. Assim, para além de integrar a ordem jurídica, poderia o juiz conformá-la no seu conteúdo⁹⁰.

⁸⁹ SILVA, Joana Aguiar e. **Para uma teoria hermenêutica da justiça**: repercussões jusliterárias no eixo problemático das fontes e da interpretação jurídicas. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 408-409.

⁹⁰ A respeito da atuação do juiz na criação do direito, recorro ao que escrevi sobre as contribuições de Ehrlich no Relatório apresentado à disciplina de Teoria do Direito na fase curricular do presente Mestrado:

Ehrlich considera imprescindível reconhecer que há atividade criativa do juiz, seja na resolução de casos em que não haja prévio preceito jurídico aplicável, ou na adaptação do preceito jurídico geral à situação concreta, ou, ainda, na conformação da norma legal às novas realidades sociais. Na primeira, o juiz, como órgão do estado, projeta, como se fosse estatal, uma norma jurídica societal. Ele observa os fatos jurídicos (os hábitos, as declarações de vontade, os contratos) e deles extrai uma “norma de decisão” (EHRlich, 1986, p. 136). Essa “norma de decisão” não constitui um preceito jurídico, “pois lhe falta a formulação em palavras, a validade geral, a proclamação autoritativa, mas é parte do direito vigente, pois do contrário o juiz não estaria autorizado a decidir a disputa” (*Idem*, p. 136).

Na segunda, o julgador decide se a situação objeto da disputa se enquadra no preceito jurídico existente e, se a conclusão for afirmativa, esclarece os contornos da aplicação dessa norma genérica à situação concreta, sempre através de uma “norma de decisão concreta” dos fatos (*Idem*, p. 137). Ou seja, “entre o preceito jurídico que contém a norma de decisão geral e a constatação dos fatos pelo juiz se interpõe a norma de decisão concreta que o juiz derivou dos fatos” (EHRlich, 1986, p. 137).

Seguindo nas palavras de Ehrlich:

“Dessa forma, o juiz sempre deve encontrar uma norma de decisão, decida ele sem preceito jurídico ou com base num preceito jurídico; a única diferença é que no segundo caso a norma de decisão do juiz é influenciada pela norma contida no preceito jurídico, no primeiro caso ela é livremente inventada. A norma de decisão do juiz recebe influência tanto maior do preceito jurídico quanto mais

Kantorowicz defende a possibilidade de o juiz desconsiderar a lei “*si no le parece verosímil com arreglo a su libre y concienzuda convicción que el Poder estatal existente en el momento del fallo habría dictado la resolución que la ley reclama*”⁹¹. Diante de uma norma que preveja uma solução injusta, caberia ao intérprete, segundo Kantorowicz, atribuir o sentido justo que o legislador reconheceria à lei, caso a mesma fosse editada no momento da decisão judicial. Eugen Ehrlich, por sua vez, reconhece como atividade criativa do julgador⁹² o que denomina de projeção jurídica, ou seja, a tarefa de “resolver a contradição entre as exigências cambiantes da vida e o teor do direito estabelecido”⁹³. Isso porque “o

concreta esta for; ela é tanto mais autônoma quanto mais genérico for o preceito jurídico. No entanto, há preceitos jurídicos que dão ao juiz liberdade quase completa. No direito privado encontramos prescrições jurídicas deste tipo entre as que referem ao uso abusivo da lei, a pequenas e grandes culpas, à boa fé, ao enriquecimento ilícito; também no direito penal elas exercem um papel importante. Assim, o preceito jurídico aparentemente contém uma norma de decisão, mas de fato ela apenas constitui uma orientação ao juiz para ele achar autonomamente uma norma de decisão. A realidade é como se a prescrição jurídica deixasse a decisão totalmente a critério do juiz. Estes casos somente na aparência pertencem ao segundo grupo, mas na realidade fazem parte do primeiro, onde o juiz toma a decisão de forma livre. Disto se conclui que entre a decisão com base no preceito jurídico e a decisão sem base no preceito jurídico apenas existe uma diferença de grau. O juiz nunca está totalmente exposto ao preceito jurídico, como se não tivesse vontade própria; e quanto mais genérico for o preceito, tanto mais liberdade que o juiz tem” (*Idem*, p. 137).

Na terceira hipótese, cabe ao juiz “resolver a contradição entre as exigências cambiantes da vida e o teor do direito estabelecido” (*Idem*, p. 307), o que seria imprescindível para a própria possibilidade de manutenção do direito positivado. Nas palavras de Ehrlich:

“A projeção jurídica, quanto à sua natureza, não é nada mais do que o efeito direito das transformações internas da vida social sobre as normas de decisão. Sem uma tal projeção, que os juristas devem realizar a toda hora, uma administração da justiça sob o domínio do direito estatal, sobretudo sob seu atual domínio absoluto, não seria imaginável. Somente ela foi capaz – mesmo que em grande parte só aparentemente – de sustentar o tradicional direito constitucional, o direito privado estatal e o direito administrativo diante da atual movimentação tormentosa da sociedade, que a legislação de forma alguma foi capaz de acompanhar” (EHRlich, 1986, p. 308).

A jurisprudência, como fonte de direito, consiste na “criação de um preceito jurídico a partir de uma norma de decisão”, através de “um trabalho mental adicional” de “destacar o que nela há de genérico, a fim de formulá-lo da maneira adequada” (*Idem*, p. 138). Esse trabalho pode ser feito pelo próprio juiz, quando a norma de decisão já é formulada da maneira como deverá ser utilizada no futuro, pelos escritores ou professores de direito que, em suas obras ou aulas, apresentam prescrições jurídicas de como deverão ser analisados os casos semelhantes e futuros e, finalmente, pelo legislador, que dá forma de lei às normas de decisão. “É verdade que, em geral, somente o legislador tem o poder de impor sua vontade. No caso do juiz e do escritor o sucesso de seu trabalho mental depende do valor de sua realização” (*Idem*, p. 139). Ehrlich explica que, a jurisprudência, apesar de inegavelmente constituir uma fonte de Direito, está condicionada à lei, aos princípios jurídicos e à ciência do direito:

“Tanto para o juiz quanto para o escritor jurídico existe um limite, além do qual não podem ir: suas decisões devem estar em consonância com os princípios do direito vigente e com a ciência jurídica. Sua tarefa em geral (nem sempre!) é concebida como destinada não a estabelecer direito novo, mas a descobrir a justiça contida no direito. Por mais flexível que esse limite possa parecer, ele não pode ser desprezado; pois também ele, como os próprios limites da lei, é expressão do forte sentimento de que tanto o juiz quanto o jurista estão convocados para aprimorar a ordem jurídica vigente, mas não para abalá-la ou substituí-la por outra” (*Idem*, p. 142).

⁹¹ KANTOROWICZ, 1949, p. 363.

⁹² EHRlich, 1986, p. 308.

⁹³ *Idem*, p. 307.

rígido e imóvel direito estatal sempre fica defasado em relação a este incessante desenvolvimento do direito societal”⁹⁴.

A falta de conformação da norma jurídica com os fatos sociais e com o conteúdo jurídico já é recepcionada pela doutrina atual como uma das espécies de lacunas jurídicas, ao lado da mais evidente forma delas, qual seja, de inexistência de conteúdo normativo.

Maria Helena Diniz, por exemplo, considera que:

três são as principais espécies de lacunas: 1ª) normativa, quando se tiver ausência de norma sobre determinado caso; 2ª) ontológica, se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais, quando, p. ex., o grande desenvolvimento das relações sociais, o progresso técnico acarretarem o anciloseamento da norma positiva; e 3ª) axiológica, no caso de ausência de norma justa, ou seja, quando existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta⁹⁵.

Norberto Bobbio também reconhece como lacuna, não somente a falta de norma aplicável, a que chama de lacuna real, como a ausência de solução satisfatória, a que denomina de lacuna ideológica⁹⁶.

Assim, outro ponto importante de viragem do pensamento jusfilosófico entre as correntes formalistas e o que se passou a desenhar a partir das correntes críticas do período analisado foi a superação da análise restritiva do Direito ao seu aspecto da validade formal⁹⁷.

⁹⁴ *Idem*, p. 306.

⁹⁵ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 95.

⁹⁶ BOBBIO, 1993, p. 238.

⁹⁷ A propósito dessa crise do modelo jurídico positivista formalista e do início da transição que passou a ser proposta pelos movimentos com preocupações empíricas-teleológicas, vale mencionar as palavras de Fernando José Bronze:

“Há cem anos o direito era visto como um abstracto objeto pré-posto (voluntaristicamente im-posto, para o pensamento dominante em França, e historicisticamente pré-suposto, para a Escola Histórica alemã), vazado em normas (contra-postas às decisões concretas), que os respectivos destinatários deveriam mobilizar como meras formas (o respectivo conteúdo material era, consoante o horizonte considerado, da exclusiva competência do legislador ou desvelado pela “ciência do direito”). E o prescritivamente elaborado “método jurídico” – “a metódica de trabalho dos juristas” práticos que se re-vissem na bíblia positivista – apresentava, decorrentemente, três dimensões: uma primeira, hermenêutica, que se centrava na interpretação teórica-cognitiva das normas jurídicas; uma segunda, epistemológica, que dizia respeito à construção-sistematização lógica do conceitos inferidos pela atividade interpretativa; e, finalmente, uma terceira, técnica, que não era mais do que a (problematicamente dualizada e cronologicamente posterior) aplicação silogístico-subsuntiva dos mencionados conceitos aos factos confirmadores dos casos decidendos.

Esse método veio, porém, a ser alvo de uma dupla crítica por parte do pensamento jurídico. Uma, de carácter empírico, mostrou que, no plano da realidade, as coisas não decorriam como (de um modo só aparentemente inocente) se afirmava: as componentes do juízo do julgador eram mais prático-valorativas do que lógico-axiomáticas. Outra, de carácter especificamente metodológico, assumiu que, no plano do desejável, as coisas não deveriam ser como (de um modo inaceitavelmente pré-judicado) se sustentava: emergiram então correntes que desvelaram não passar a norma de eventual pressuposto do direito judicativamente realizado, tal como... “a partitura é [apenas] o limbo dos sons construídos”. Ou, se quisermos recorrer a uma conhecida dicotomia categorial, e muito

Para o positivismo formalista bastava que a norma fosse editada por autoridade competente, estivesse vigente ou não derogada e fosse logicamente compatível com o restante do ordenamento jurídico. Não havia preocupação com a justiça da norma, ou seja, com sua compatibilidade material com os valores absolutos do sistema jurídico ou com os valores historicamente determinados, tampouco com a efetividade da norma, ou seja, com o cumprimento da norma por quem ela se dirige.

Essa visão reducionista levava à conclusão precipitada de que caberia ao jurista o aspecto da validade da norma e ao filósofo e o sociólogo a análise da justiça e dos efeitos, respectivamente. Os movimentos críticos estudados e os outros que se desenvolveram a partir de pressupostos semelhantes já reconhecem que o jurista, fundamentalmente o juiz, ao decidir, inevitavelmente tem de considerar os três critérios e, portanto, se vale tanto das concepções da dogmática jurídica, quanto da filosofia e da sociologia jurídicas. O reconhecimento de que o Direito, além de norma, é valor e fato é a base da teoria tridimensional do Direito que será melhor desenvolvida no capítulo próprio.

Para já, basta a verificação de que a preocupação com o resultado do Direito passou a ser salientado nesse contexto histórico. A Ciência do Direito não poderia mais estar afastada dos conflitos que ocorrem no universo factual e axiológico. Percebeu-se que o Direito e seus temas poderiam ser de interesse de diversas disciplinas e que só um estudo integrado levaria a um conhecimento mais aprofundado do fenômeno jurídico.

Passou-se a exigir, portanto, uma Ciência Jurídica concreta, uma análise jurídica atenta aos aspectos axiológicos e sociais. E o mesmo destino sofreu a Filosofia do Direito que, ao se afastar de conceitos genéricos e abstratos, passou a operar concretamente, sobretudo nas discussões quanto à interpretação do Direito.

elementarmente: a impertinência da orientação positivista acabou por confirmar-se tanto em nível do empiricamente observável “contexto de descobertas”, como na esfera do teoricamente elaborado “contexto de justificação”. No fundo, estamos, também aqui, num âmbito em que – ao contrário do que, pelo menos implicitamente, supunha o “método jurídico” – se não dispõe de ... “papel de tornesol que comprove a reação”, pelo que qualquer tentativa de submeter a metodologia às regras da racionalidade teórica (com as exigências da verificabilidade e da previsibilidade empírico-analiticamente e lógico-dedutivamente domináveis, que nuclearmente a caracterizam) frustrar-se-á tanto como a daquele que pretender despejar um depósito de ‘água com uma peneira’...” (BRONZE, Fernando José. Alguns Marcos do Século na História do Pensamento Metodológico-Jurídico. *In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume Comemorativo do 75º Tomo, 2003, pp. 153-154.)

E essa tendência teve como precursores nomes como Eugen Ehrlich, Hermann Kantorowicz, Oliver Wendell Holmes Jr. Roscoe Pound e Benjamin N. Cardozo⁹⁸.

A interpretação, que no positivismo formalista era reduzida a mera operação lógica e silogística, passou a decorrer de um processo de conjugação das diversas dimensões que envolvem o direito, de construção do resultado jurídico compatível não só aos critérios lógico-sistêmicos, como aos critérios fáticos-valorativos, o que será analisado com maior profundidade no capítulo seguinte.

Essa construção pelo intérprete que o coloca também como criador do direito, ocorre de maneira mais evidente no preenchimento das lacunas do ordenamento jurídico. Para tanto, o julgador recorre ao direito vivo da sociedade (a manifestação do direito em todas suas fontes) para a resolução de uma controvérsia jurídica. Esse direito vivo, direito livre, ou qualquer outro termo que se prefira, é recolhido pelo intérprete dos fatos e dos valores consagrados na sociedade. O julgador atribui validade com o pronunciamento formal desse direito e nisso também reside a sua contribuição na construção jurídica⁹⁹.

O processo criativo não ocorre apenas na integração do ordenamento jurídico lacunoso, mas também na própria identificação do sentido da norma. A norma jurídica raramente vem pronta e acabada do Poder Legislativo, o que exige do intérprete a identificação do seu sentido e a definição de eventuais conceitos abstratos ali existentes.

Nem mesmo a norma jurídica clara escapa do processo interpretativo, eis que a clareza “só pode ser reconhecida graças ao ato interpretativo”¹⁰⁰. Para Miguel Reale, o adágio jurídico *interpretativo cessat in claris* (dispensa-se a interpretação quando o texto é claro) é uma “fossilização do erro”¹⁰¹.

Como bem explica A. Castanheira Neves:

Os elementos transtextuais determinam o sentido (jurídico) do texto, ainda que sejam eles assim determinantes das possibilidades significativas do texto – é com eles que se lê (juridicamente) o texto, posto que o que assim juridicamente se lê seja o (aquele) texto. Pelo que ainda por aqui se terá de concluir que a ‘clareza’ dum texto jurídico não poderia ver-se nunca oferecida apenas no seu texto, só poderia tentar obter-se ao nível do seu sentido jurídico (por uma sua determinação concludente ou razoavelmente aceitável), e daí que se tenha generalizado o juízo de que a ‘clareza’

⁹⁸ É o que também considera Recaséns *Apud* REALE (2003, p. 29, na nota de rodapé 6).

⁹⁹ BOBBIO, 1993, p. 51.

¹⁰⁰ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 296.

¹⁰¹ REALE, 2002, pp. 319-320.

porventura imputável aos textos jurídicos é ela própria já um resultado de interpretação – o resultado de uma interpretação explícita ou implícita.¹⁰²

Além do que, não obstante o texto de uma norma possa parecer claro de uma leitura inicial, é preciso verificar sua compatibilidade com o restante do ordenamento jurídico e com os valores superiores consagrados pelo sistema jurídico e isso também é interpretação.

A criatividade na interpretação jurídica decorre de sua própria natureza objectiva. O intérprete deve procurar o sentido válido da disposição jurídica no momento de sua aplicação, a sua correspondência sistemática com o restante do universo jurídico existente nesse momento de concretização, e liberar-se do aspecto subjetivo que envolvia a norma quando de sua elaboração legislativa.

A preocupação do intérprete não é identificar o que pensou o legislador ao fazer a lei, mas sim o que se extrai do próprio texto da lei. A vontade do legislador justificou a positivação de determinado preceito jurídico, mas, a partir daí, este preceito passa a falar por si. Seu sentido desprende-se da intenção inicial que o positivou para passar a ser encontrado em si e na sua correspondência sistemática com as demais regras e com os valores consagrados naquele universo jurídico.

Segundo Radbruch, é dever do intérprete “entender a lei melhor do que aqueles que participaram na sua feitura, e extrair dela mais do que aquilo que os seus autores conscientemente lá introduziram”¹⁰³.

Para o autor, “em toda a obra legislativa intervém uma grande multiplicidade de autores”¹⁰⁴. Ao intérprete cabe não simplesmente “pensar de novo aquilo que já foi pensado”, mas “saber pensar até ao fim aquilo que já começou a ser pensado por um outro”¹⁰⁵.

E justamente pela interpretação não se reduzir a uma mera declaração de um sentido pré-existente, é que, também nesse ponto, ela se mostra criativa. A interpretação é, pois, processo dinâmico que parte da intenção inicial do legislador para o encontro de sua correspondência lógica, fática e axiológica com os elementos e circunstâncias existentes no momento de aplicação do direito. É a busca do

¹⁰² NEVES, A. Castanheira. **O Actual Problema Metodológico**: Da Interpretação Jurídica – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 25-26.

¹⁰³ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. e prefácio de L. Cabral de Moncada. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, Sucessor, 1979, p. 396.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 230.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 231.

sentido da norma determinado pelo “fluxo das próprias necessidades da vida do direito”¹⁰⁶.

Hobbes ressalta a atividade “legislativa” do juiz em relação a do feitor originário, ao considerar que legislador “não é aquele por cuja autoridade primeiro a lei foi feita, mas aquele por cuja autoridade a lei continua a ser lei”¹⁰⁷.

Como a lei é a expressão palpável do fenômeno jurídico, que é dinâmico, deve acompanhar essa dinamicidade, sob pena de perder as características de generalidade e de obrigatoriedade que justificaram sua positivação.

Segundo Radbruch:

A vontade do legislador, cuja determinação constitui o fim que se tem em vista em todo o trabalho de investigação do intérprete, não pode jamais fixar-se, por isso, num determinado conteúdo válido duma maneira definitiva e duma vez para sempre. Pelo contrário, tal vontade deve sempre ser susceptível de fornecer novas significações, novas soluções, e dar sempre novas respostas para as novas necessidades e para os novos problemas jurídicos das diferentes épocas que se forem sucedendo¹⁰⁸.

Esse encontro do sentido atual da lei dá-se através da conjugação entre métodos lógicos, que privilegiam a compatibilidade sistemática e lógica com o restante do universo jurídico envolvente, métodos sociológicos, que buscam averiguar a correspondência do preceito com os fatos sociais que o justificam e, assim, sua efetividade prática, e métodos axiológicos, que recorrem aos valores para a compreensão o sentido da norma. Os primeiros, como vimos, foram bem pronunciados pelas escolas formalistas mencionadas. Os segundos foram bastante valorizados pelas correntes com maiores preocupações concretas, como os movimentos críticos ao positivismo jurídico formalista que também descrevemos. Os terceiros, começaram a ser mencionados pelas correntes sociológicas, mas foram aprofundados pelas doutrinas posteriores, notadamente pela Filosofia dos Valores, pela Teoria Tridimensional do Direito e pela corrente do pós-positivismo, as quais teremos oportunidade de mencionar ao longo do trabalho.

A doutrina atual da interpretação jurídica, embora se incline para a preocupação teleológica do direito, ressalta a necessidade de conjugação dos diversos métodos interpretativos para, através de uma conjunta ponderação, definir a melhor solução. E aqui há nítido trabalho construtivo de um direito possível, razoável e eficaz.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 231.

¹⁰⁷ HOBBS *Apud* RADBRUCH (*Idem*, p. 232).

¹⁰⁸ RADBRUCH, 1979, pp. 231-232

Há criação pelo intérprete também na sua contribuição dogmática para a ciência do direito, na medida em que essa atividade exige uma análise do conjunto e a formulação de uma síntese que não represente contradição com o restante do sistema jurídico.

Ao considera o direito como um fato cultural, Radbruch enfatiza que a tarefa da ciência jurídica é a de apreender o direito como realização de seu conceito e de propriamente promover a tentativa de realização dessa ideia de direito. Assim, ao lado da “averiguação do sentido das normas”, estariam, como atribuições da ciência jurídica, a “elaboração categorial” e “teleológica” desse sentido, “interpretação, por um lado, e construção e sistemática, pelo outro”¹⁰⁹. Na construção do sistema jurídico as elaborações categoriais e teleológicas se revezam. E na história é possível identificar momentos em que ora prevalece a preocupação conceitual, ora a preocupação teleológica enaltece-se, o que configura uma doutrina mais formalista ou mais finalista¹¹⁰.

Esses três momentos do trabalho jurídico “se deslocam e se penetram reciprocamente”, “não só a Interpretação é um pressuposto da Construção teleológica e da Sistematização, como estas duas últimas são um pressuposto da primeira”¹¹¹.

Como já indicamos na introdução deste trabalho, a nossa opção é utilizar a expressão interpretação jurídica para se referir a todo o processo de apreensão e realização do direito. Englobam-se, assim, a interpretação em sentido estrito (revelação do sentido da norma), a integração e a aplicação¹¹² do direito. A justificativa para tanto é que não existe integração ou aplicação do direito sem prévia interpretação. E em todas essas realidades há construção jurídica e, portanto, criação do direito¹¹³.

A interpretação é, por nós recebida, como o processo de concretização, de realização do direito. A norma só se torna concreta quando, através da

¹⁰⁹ *Idem*, pp. 240-241.

¹¹⁰ RADBRUCH, 1979, p. 241.

¹¹¹ *Idem*, p. 243.

¹¹² E aqui o vocábulo “aplicação” é adotado não no sentido vulgar, qual seja, de que o Direito é aplicado pelos sujeitos nas suas relações jurídicas, mas sim no seu sentido técnico, ou seja, “quando a execução da lei é feita, por dever de ofício, por uma autoridade judicial ou administrativa” (REALE, 2002, p. 300).

¹¹³ Para Larenz “é hoje quase universalmente reconhecido” que “toda a decisão judicial é uma atividade criadora, dirigida pelo conhecimento” (LARENZ, 2014, p.79). Para Kaufmann, “a aplicação do direito é – também – um trabalhar criativamente a lei. A lei é apenas a possibilidade de direito” (KAUFMANN e HASSEMER, 2015, p. 79).

interpretação, é determinado o resultado possível aos problemas jurídicos que a invocaram, ou seja, a “normatização constitutiva concreta do direito”¹¹⁴.

Se o direito já não mais se restringe à lei, a interpretação jurídica também não se limita à interpretação legal. A interpretação jurídica configura-se como o ato construtivo através do qual são cumpridas as intenções axiológicas e normativas do direito.

Como bem observa A. Castanheira Neves, o direito não é um dado, “mas um comunitário projecto normativo intencionado regulativamente por ‘direitos’ e ‘princípios’” “que se vai construindo e manifestando na própria prática interpretativa”¹¹⁵. Por isso, certo o reconhecimento de Dworkin de que “o direito é um conceito interpretativo”¹¹⁶.

A criatividade da interpretação jurídica não está relacionada, necessariamente, à disposição original de um direito. Há criatividade porque há efetiva participação do intérprete na construção do direito, seja isso considerado um inventar ou um mero revelar do direito. A impossibilidade de um direito ser concretizado sem a prévia participação do intérprete já o torna parte do processo de construção desse direito e é aí que, para nós, reside a criatividade.

¹¹⁴ NEVES, 2010, p. 13.

¹¹⁵ *Idem*, p. 349.

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 60.

3. DO VALOR COMO BASE DA ATIVIDADE INTERPRETATIVA CRIATIVA

Já não se mostra mais sustentável qualquer tentativa de se afastar o Direito de seu conteúdo axiológico. E grande parte do mérito disso deve-se à competência da Teoria Tridimensional do Direito e das doutrinas que dela se aproximam em revelar que o direito não é só norma, não é só fato, nem é só valor, mas esses três elementos em relação dialética.

Neste capítulo, desvendaremos, de início, essa natureza tridimensional do direito através de um paralelo com a evolução do pensamento jurídico a esse respeito. Em seguida, deter-nos-emos ao aspecto de que o conteúdo dos valores é condicionado historicamente E, por fim, identificaremos a estreita ligação entre interpretação e avaliação axiológica do direito pelo intérprete.

3.1. DIREITO E SUA NATUREZA TRIDIMENSIONAL

Como tridimensionalidade jurídica em sentido amplo¹¹⁷ podem ser consideradas todas as correntes de pensamento jurídico que, apesar de suas particularidades e ângulos de orientação, relacionam o Direito às suas três dimensões: normativa, fática e valorativa.

Alguns juristas¹¹⁸ passaram, especialmente a partir do início do século XX, a tratar dessa temática, ainda que, na maioria das vezes, apenas de forma tangente, sem intenção clara de sistematização do tema.

A própria expressão tridimensionalidade¹¹⁹, ou tridimensionalismo¹²⁰, nem sempre foi utilizada. Embora já se pudesse encontrar esse vocábulo¹²¹, foi

¹¹⁷ Aqui fazendo-se um contraponto ao que consideramos a tridimensionalidade jurídica específica, ou tridimensionalidade propriamente dita, presente na Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale, que será abordada em seguida.

¹¹⁸ A respeito da tridimensionalidade do Direito no mundo, é completo o estudo realizado por Miguel Reale, sobretudo no capítulo 2 de sua obra *Teoria Tridimensional do Direito* (REALE, 2003, pp. 41-65).

¹¹⁹ Adotada pela maioria dos autores ao se referir sobre o assunto.

¹²⁰ Essa expressão é utilizada, por exemplo, ao lado da tridimensionalidade, por Miguel Reale (*Idem*, pp. 8, 49, 55 e 67) e por Paulo Ferreira da Cunha (CUNHA, Paulo Ferreira da. *Tridimensionalidade e Direito: Dissertação corrente calamo* a propósito da Tridimensionalidade Jurídica Genérica e Específica. *In: Jurismat - Revista Jurídica*. Nº 6, pp. 219-231. Portimão: Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes, maio de 2015, pp. 219, 226 e 228).

¹²¹ L. Cabral de Moncada, por exemplo, já utilizou essa expressão ao se referir aos estudos de Emil Lask no prefácio da 1ª edição à *Filosofia do Direito* de Gustav Radbruch, em 1933 (RADBRUCH, 1979, p. 22).

consagrada apenas mais tarde com os estudos do jurista brasileiro Miguel Reale¹²², a quem pode, sim, ser atribuído o papel de teorizador do assunto.

A temática da tridimensionalidade do direito é abrangente e encontra suas bases nos estudos de vários autores ao longo do século XX e XXI e, por essa razão, poderia constituir, por si só, objeto de estudo de uma pesquisa de mestrado, como, de fato, se observa numa pesquisa bibliográfica sobre o assunto.

A nossa opção foi a de abordar o assunto, porque essencial à compreensão do conteúdo axiológico do Direito, em uma perspectiva mais geral. Partiremos de uma breve referência à evolução do pensamento acerca do assunto, com a indicação dos elementos principais de cada uma das que denominamos três fases da tridimensionalidade jurídica: tripartição, tridimensionalidade genérica e tridimensionalidade específica.

3.1.1. Norma, Fato e Valor: da tripartição à tridimensionalidade jurídica genérica

As primeiras sugestões acerca da tridimensionalidade do Direito podem ser identificadas, embora ainda não com essa denominação, nos estudos que identificavam o fenômeno jurídico como passível de abordagem sob três perspectivas metodológicas.

Icilio Vanni, jusfilósofo italiano, já reconhecia, no início do século XX, que a Filosofia do Direito tinha três principais enfoques de pesquisa: um para tratar os fenômenos jurídicos (Fenomenologia Jurídica), outro para buscar compreender os interesses e valores jurídicos desse fenômeno (Deontologia Jurídica) e, por fim, um destinado à teoria da norma jurídica (Gnosiologia Jurídica)¹²³. Essa divisão, embora tivesse, à altura, finalidade didática ou pedagógica¹²⁴, já dava indícios, ainda que sem essa intenção, de que, se o fenômeno jurídico poderia ser visualizado sob três enfoques distintos, talvez a sua própria natureza fosse tridimensional.

A tridimensionalidade jurídica também pode ser identificada, ainda em sua fase embrionária, na visão normativa do Direito¹²⁵ de Norberto Bobbio, para quem a

¹²² É o que também considera Werner Goldschmidt, para quem “*el autor que divulgó la expresión ‘tridimensionalismo’ em la órbita luso-hispana há sido Miguel Reale*” (GOLDSCHMIDT, 1963, p. 9).

¹²³ VANNI, Icilio. *Lezioni di Filosofia del Diritto*. 3ª ed. Bologna: Nicola Zanichelli, 1908, pp. 12-17.

¹²⁴ É o que também considera Miguel Reale (REALE, 2003, p. 45).

¹²⁵ Para Norberto Bobbio, “a experiência jurídica é uma experiência normativa”, devendo o Direito ser compreendido através do estudo do conjunto das normas de conduta (BOBBIO, 1993, p.15).

norma jurídica pode ser valorada segundo três critérios: justiça, validade e eficácia¹²⁶.

No primeiro critério, a preocupação é a de identificar a maior ou a menor correspondência da norma com os valores superiores que inspiram o ordenamento jurídico, o que constitui o núcleo de investigação da Teoria da Justiça. No segundo, o problema consiste em verificar a existência válida da norma, independente de juízo de valor, através da verificação de que a norma foi promulgada por autoridade competente, não se encontra derogada e não é incompatível com as outras normas do sistema, atribuições da Teoria Geral do Direito. No terceiro critério, a intenção é perceber se a norma é cumprida pelos seus destinatários e, caso não seja, identificar os meios coercitivos a serem aplicados para esse fim, terreno da Sociologia Jurídica.

Para o autor, os critérios são independentes entre si, já que as normas de conduta não raramente acabam por preencher apenas um deles¹²⁷. No entanto, essa independência dos critérios não justifica para o autor, e com toda a razão, a visão da experiência jurídica em teorias reducionistas, como a que reduz a validade da norma à justiça, a que reduz a justiça da norma à validade e a que reduz a validade da norma à eficácia, o que acabou por se concretizar, segundo Bobbio, nas teorias do Direito Natural, no positivismo jurídico e nas correntes sociológicas do direito, respectivamente.

Embora as importantes contribuições dos referidos estudos para o início da evolução do pensamento acerca da tridimensionalidade do Direito, neles ainda sequer convém adotar essa expressão, senão os vocábulos tripartição ou ternarismo¹²⁸ do Direito. Isso porque, seja na visão de que o fenômeno jurídico poderia ser analisado sob três perspectivas, de Icilio Vanni, seja na de que a norma jurídica poderia ser valorada sob três critérios, de Norberto Bobbio, o Direito é dividido para fins didáticos ou metodológicos, não havendo um reconhecimento concreto de que a própria natureza da experiência jurídica é tridimensional e de que os três elementos do Direito se relacionam dialética e complementarmente.

Um outro grande nome associado à tridimensionalidade jurídica é o de Gustav Radbruch. O professor da Universidade de Heidelberg, que tem suas bases na

¹²⁶ *Idem*, pp. 33-35.

¹²⁷ BOBBIO, 1993, pp. 35-37.

¹²⁸ "Ternarismo" é uma das expressões adotada por Paulo Ferreira da Cunha para se referir a esses pensamentos iniciais acerca da tridimensionalidade do Direito (CUNHA, 2015, pp. 221-223).

Filosofia dos valores da escola de Baden¹²⁹, retomou a abordagem do dualismo entre os planos da realidade e do valor, do ser e do dever ser, da natureza e da cultura.

Para o autor, os dados da experiência muitas vezes vêm carregados de conteúdo valorativo, de forma que a compreensão dos mesmos pressupõe a identificação do que é realidade e do que é valor, para assim, passar a aplicação dos métodos científicos respectivos a cada um desses planos. E é justamente nessa indispensável dicotomia entre realidade e valor que reside o dualismo metodológico que Radbruch herdou dos representantes da Filosofia dos Valores. Esse dualismo reside, conforme L. Cabral de Moncada, na “oposição ao monismo metodológico dos que negam os problemas do valor como problemas específicos, ou dos que crêm poder trata-los ou resolvê-los como se tratam e se resolvem os problemas da realidade”¹³⁰.

Às ciências naturais incumbiria o estudo dessa realidade afastada dos valores, ou “cega aos valores”, como prefere Radbruch. Já as atitudes que levam em consideração os valores, sejam elas o estudo sistemático dos valores em si, a referência da realidade aos valores ou a superação dos mesmos, seriam, respectivamente, os campos de atuação da Filosofia dos valores, das ciências da cultura e da religião¹³¹.

Para o autor, realidade e valor são polos opostos, que se comunicam, portanto, pela cultura ou pela religião¹³². A cultura seria, assim, o domínio intermediário entre o mundo do ser e o mundo do dever ser. O método das ciências culturais seria o de olhar a realidade através de uma referência aos valores.

¹²⁹ A Filosofia dos Valores, baseada na escola de Baden, cujos três principais nomes são Windelband, Rickert e Lask, forneceu à Gustav Radbruch as bases para seu dualismo metodológico, sua ideia de Cultura e sua visão tridimensional do Direito. Embora nesses aspectos não possa ser atribuída originalidade a Radbruch, foi a sua obra, e não a dos outros representantes da corrente, que atingiu maior alcance doutrinário e repercussão, sendo por essa razão, e também pela brevidade que a pesquisa nos exige, a nossa opção por centrar-se nesse autor. A propósito das contribuições de Windelband, Rickert e Lask, e do enquadramento dela como uma das correntes neokantiana, mostram-se importantes as considerações de L. Cabral de Moncada feitas no prefácio à 1ª edição da obra de Radbruch (RADBRUCH, 1979, pp. 13-34).

¹³⁰ No prefácio da 1ª edição da obra de RADBRUCH (*Idem*, p. 15).

¹³¹ *Idem*, p. 39.

¹³² “E essa quádrupla forma é a que se exprime nessas palavras: Ser, Valor, Sentido e Essência. Também poderíamos exprimir da seguinte maneira a relação em que se acham esses quatro reinos uns para com os outros: Natureza e Ideal, como dois polos opostos. Por sobre o abismo que os separa, apenas duas passagens ou ligações possíveis: ou a da ponte jamais concluída da Cultura, ou, sempre pronto para atingir a meta, o grande par de asas da religião. Dum lado o trabalho incessante da Cultura, do outro a fé religiosa” (*Idem*, pp. 43-44).

Para Radbruch, “não pode, portanto, haver uma justa visão de qualquer coisa ou produto humano, se abstrairmos do fim para que serve e do seu valor”¹³³. Como bem ressaltou L. Cabral de Moncada ao se referir aos estudos que serviram de base para o posicionamento de Radbruch:

Os valores não são, eles, ‘realidade’. Mas penetram-na; imprimem-lhe como que a sua imagem e atravessam-na, um pouco como a luz atravessa certos corpos. Dão-lhe uma ‘significação’, uma luminosidade especial, e assim fazem que as próprias realidade devenham ‘suporte’, elas, de certos ‘sentidos’, resultando isso precisamente do facto de se acharem referidas a determinados valores. As chamadas ciências culturais são as que têm por objeto a realidade olhada neste particular ponto de vista da sua referência aos valores.¹³⁴

O Direito é, para Radbruch, um fenômeno cultural e, como tal, uma “realidade referida a valores” ou uma “realidade cujo sentido é achar-se ao serviço de certos valores”¹³⁵. “O Direito, é, pois, a realidade que possui o sentido de estar ao serviço do valor jurídico, da Ideia de direito”¹³⁶. Em suas palavras, “uma consideração cega aos fins, ou cega aos valores, é pois aqui inadmissível”¹³⁷.

Na tentativa de superação do jusnaturalismo abstrato baseado em valores transcendentais e do positivismo despreocupado com a validade ética da norma, Radbruch desenvolveu a ideia de um mundo da cultura¹³⁸ ou da história como um elemento de ligação entre os valores ideais e os dados da experiência jurídica. Assim, no universo jurídico, ao lado do plano do ser ou da realidade e do plano do dever ser ou do valor, há o plano do ser relacionado ao dever ser, que podem ser traduzidos, como bem observou Miguel Reale, em fato, valor e norma¹³⁹.

Esse reconhecimento também permitiu a Radbruch identificar os âmbitos de pesquisa da Filosofia do Direito como sendo o estudo dos valores jurídicos, da Sociologia do Direito como sendo os fatos sociais de interesse jurídicos e da Ciência do Direito como sendo as normas do Direito.

Para a apreensão dos valores jurídicos, Radbruch propõe o recurso ao relativismo. Nessa concepção, os juízos de valor encontram sua legitimidade em relação aos outros juízos de valor consagrados no mesmo cenário valorativo, o que

¹³³ *Idem*, p. 44.

¹³⁴ No prefácio da 1ª edição da obra de Radbruch (RADBRUCH, 1979, p. 20).

¹³⁵ *Idem*, p. 86.

¹³⁶ *Idem*, p. 86.

¹³⁷ *Idem*, p. 44.

¹³⁸ Aqui convém esclarecer que a ideia de cultura não é inédita de Radbruch. Emil Lask, apenas para citar um exemplo, já adotava essa ideia. Radbruch foi, contudo, um importante difusor desse pensamento.

¹³⁹ REALE, 2003, p. 42.

afasta a ideia de legitimidade absoluta e universal proposta pela perspectiva tradicional do direito natural¹⁴⁰.

Como bem elucidou L. Cabral de Moncada, sobre o pensamento de Radbruch:

Poderia dizer-se que os valores, na concepção do autor, se distribuem por hemisférios celestes diferentes, como as estrelas que contemplamos no céu, Cada um de nós, consoante a latitude em que se acha colocado como observador, tem na esfera celeste uma visão particular e diferente; tem um zênite particular, e vê as suas 'constelações', ou grupo de valores, a uma diferente altura do horizonte, não percebendo sequer mesmo as do hemisfério oposto. Ora, não só podemos demonstrar esses grupos e constelações tenham um valor absoluto, como não podemos pretender que todos os vejam nas mesmas relações entre si, como nós os vemos. É nisto que consiste o relativismo de Radbruch¹⁴¹.

Para Radbruch a ideia de Direito está relacionada a três importantes valores: o da Justiça, o do Fim do Direito e o da Segurança ou paz social, valores esses que estariam em constante relação e natural antinomia.

Do relativismo de Radbruch, identificamos duas consequências principais: a primeira, que julgamos ser uma importante contribuição, é a conclusão de que o conteúdo dos valores não é, de fato, extraído isoladamente, mas apenas através da relação de cada conteúdo de valor com os demais valores consagrados em determinado sistema jurídico. Há, no universo valorativo do Direito, uma necessária análise referencial de um conteúdo valorativo com os demais.

A segunda consequência, e que acreditamos ser onde reside uma das fragilidades do pensamento de Radbruch, é a de que, por se contrapor à ideia de inalterabilidade e universalidade dos valores e se fundamentar numa visão com forte caráter relativista, não ter conseguido organizar um estudo dos valores com maior contribuição para a prática jurídica. Aliás, o próprio Radbruch reconheceu no prólogo do seu livro, que não pretendia dar aos estudiosos uma doutrina, mas apenas estimular neles o pensamento filosófico-jurídico¹⁴². Embora Radbruch identifique o relativismo como método, não dá maiores indicações de como ele deva ser aplicado na concretude dos conteúdos valorativos.

L. Cabral de Moncada também compartilha do entendimento de que a fidelidade ao racionalismo kantiano e o conservadorismo de Radbruch “o impediram

¹⁴⁰ Segundo o autor, o relativismo “propõe precisamente estabelecer a legitimidade de todos os ‘juízos de valor’ apenas com relação a outros juízos superiores da mesma natureza, dentro de um quadro duma certa concepção dos valores e do mundo, e não a legitimidade absoluta de quaisquer valores ou de quaisquer concepções do mundo em si mesmos” (RADBRUCH, 1979, pp. 55-56).

¹⁴¹ No prefácio da 1ª edição da obra de RADBRUCH (1979, p. 26).

¹⁴² *Idem*, pp. 37-38.

de aprofundar e desenvolver a sua teoria dos valores, cortando-lhe a possibilidade de tentar uma solução teórica para os problemas que aliás soube formular com tanta precisão e clareza numa linguagem tão brilhante”¹⁴³.

Assim, se, de um lado, a visão culturalista do direito de Radbruch contribuiu para uma refutação das visões unilaterais do fenómeno jurídico - seja do empirismo jurídico que exacerba o fato, seja do normativismo, que idolatra a norma, seja do idealismo do Direito Natural, que prioriza o valor – de outro lado, as três dimensões do Direito ainda se mostravam pouco relacionadas entre si.

Para Paulo Ferreira da Cunha, talvez “o principal problema neste autor seja um redundar em conclusões irredutíveis e antinómicas, aparentemente um dos precisos opostos da dialeticidade ductil e evolutiva do tridimensionalismo específico”¹⁴⁴.

Em Radbruch há o que se acabou por denominar de tridimensionalidade genérica, abstrata ou estática, na medida em que as dimensões do direito seguem vistas como “singulares, autonomizadas, afinal sem comunicação entre si”¹⁴⁵ e não há indicação de uma técnica para abordagem dessas três dimensões na prática judicial.

Na fase final de pensamento, Radbruch dá indícios de uma alteração de posicionamento¹⁴⁶. Em texto publicado em 1947¹⁴⁷, dois anos antes de sua morte, Radbruch reconheceu um conteúdo valorativo seguro e fixo, relativo aos direitos

¹⁴³ No prefácio à 1ª edição da obra de RADBRUCH (*Idem*, p. 31).

¹⁴⁴ CUNHA, 2015, p. 226.

¹⁴⁵ *Idem*, p. 227.

¹⁴⁶ Para José Lamego, não houve propriamente uma alteração de pensamento, mas uma evolução natural do “percurso cujos trilhos estavam já esboçados na sua particular interpretação de culturalismo”. Independente do nome a que se dê, mudança ou evolução, houve, por parte de Radbruch, uma inquestionável atenuação do relativismo. Segundo Lamego, “a sua motivação decisiva reside, porém, na tomada de consciência, face ao totalitarismo nacional-socialista e à catástrofe alemã, de que a teoria do relativismo não constitui uma fundamentação suficientemente sólida do liberalismo político e do Estado de Direito. Em bom rigor, a sua última filosofia do Direito já não é caracteristicamente neo-kantiana, isto é, já não obedece às linhas fundamentais do formalismo, do positivismo e do relativismo. Mas as tonalidades jusnaturalistas da fase derradeira da filosofia do Direito de Gustav Radbruch não são alheias a um ‘retorno a Kant’. Não ao Kant dos neo-kantianos, que modelavam a sua filosofia do Direito pelos cânones da razão pura, mas ao Kant originário e à sua ‘gramática’ da obrigatoriedade do Direito, cuja referência normativa essencial era a ideia de humanidade do homem como ser livre e, portanto, como titular de direitos indisponíveis.” (LAMEGO, José. O Direito como Realidade Referida a Valores: o Neo-Kantismo Culturalista de Gustav Radbruch. In: DIAS, Augusto Silva; RAPOSO, João Antônio; ALVES, João Lopes; D’ALMEIDA, Luís Duarte e MENDES, Paulo de Sousa - Organizadores. **Liber Amicorum de José de Sousa e Brito**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 254.)

¹⁴⁷ Inicialmente publicado como primeiro capítulo da sua *Vorschule zur Rechtsphilosophie* em 1947, e depois incorporado como apêndice à 3ª edição de sua *Filosofia do Direito*.

humanos, embora dele não se extraia uma ordem jurídica completa, como pretendia o direito natural racionalista¹⁴⁸.

Esse reconhecimento de um conteúdo inviolável não representou, no entanto, como bem ressaltou L. Cabral de Moncada, “um critério objetivo de segura aplicação prática na vida”¹⁴⁹.

Radbruch também reconheceu tardiamente a influência do que denominou “natureza das coisas”, ou seja, dos fatos sociais e históricos, no plano do dever-ser. Segundo o autor “as ideias do direito se acham dependentes da matéria do direito, da época, da situação, do modo de ser particular do povo”¹⁵⁰. Como bem descreveu L. Cabral de Moncada:

Decidir consoante a natureza das coisas equivale, desse modo, a apropriar-se do conteúdo de sentido de tais fatos e situações, para, pensando-os fenomenologicamente até ao fim, poder extrair deles inclusivamente decisões de verdadeiro caráter jurídico.¹⁵¹

Essa natureza das coisas como questão determinante na apreensão do conteúdo valorativo pode ser considerada o primeiro vislumbre do que posteriormente passou a ser reconhecido como historicismo axiológico, um dos pilares importantes da atual e concreta Teoria Tridimensional do Direito. De qualquer sorte, se Radbruch tivesse a oportunidade de mais tempo de vida e de estudos, sua obra certamente traria ainda maiores contribuições para o pensamento jurídico.

3.1.2. Tridimensionalidade jurídica específica

O grande nome acerca da tridimensionalidade jurídica é, entretanto, Miguel Reale. O autor iniciou seu pensamento sobre o assunto com a crítica ao posicionamento de Hans Kelsen, que, à época, estava no auge da sua primeira fase de pensamento¹⁵². Para Reale, o Direito não poderia ser compreendido como simples norma. A norma seria, em verdade, apenas o caminho entre um fato e um

¹⁴⁸ RADBRUCH, 1979, p. 410.

¹⁴⁹ No prefácio da 1ª edição do livro RADBRUCH (*Idem*, p. 11).

¹⁵⁰ Radbruch discorre sobre a natureza das coisas no primeiro capítulo de sua obra *Vorshule zur Rechtsphilosophie*, de 1947, incorporado na forma de apêndice (nº1) na 3ª edição de sua *Filosofia do Direito* (RADBRUCH, 1979, pp. 413-414).

¹⁵¹ No prefácio da 3ª edição da obra de RADBRUCH (*Idem*, p.11.)

¹⁵² REALE, 2003, p. 124.

determinado valor¹⁵³, ou seja, “o Direito é uma integração normativa de factos segundo valores”¹⁵⁴.

O pensamento de Miguel Reale acerca da tridimensionalidade do Direito está consagrado em sua obra “Teoria Tridimensional do Direito, Teoria da Justiça e Fontes e Modelos do Direito”. O livro, que é um compêndio das obras “Teoria Tridimensional do Direito” e “Fontes e Modelos do Direito”, e de dois ensaios sobre a Teoria da Justiça, apresenta essa vantagem de reunir três importantes temáticas do pensamento de Miguel Reale. O próprio autor reconhece, no prefácio do livro, que os três estudos representam, juntos, um panorama da sua Filosofia do Direito. Para além disso, os textos¹⁵⁵ são posteriores às principais publicações do autor¹⁵⁶ e, por isso, representam uma síntese madura de seu pensamento jusfilosófico.

Miguel Reale aprofundou os estudos sobre a natureza tridimensional do Direito, iniciados pelos seus antecessores, fundamentalmente por Gustav Radbruch, e deu um passo além ao defender a natureza concreta e dialética dessa tridimensionalidade jurídica.

A versão realeana¹⁵⁷ da tridimensionalidade do Direito parte do reconhecimento de que fato, valor e norma são elementos estruturais da experiência jurídica, ou seja, estarão presentes e correlacionados em qualquer manifestação jurídica¹⁵⁸. É o que o autor denomina de “tridimensionalidade como requisito essencial do direito”¹⁵⁹. A experiência jurídica articula-se de maneira tridimensional, mas não perde sua essencial unidade.

¹⁵³ Para o autor, “Direito não é só norma, como quer Kelsen, Direito não é só facto como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; O Direito não é principalmente *valor*, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque o Direito ao mesmo tempo é norma, é facto e é valor”. (*Idem*, p. 124, itálicos no original).

¹⁵⁴ *Idem*, p. 125. Josef Kunz, um dos maiores discípulos de Kelsen, a denominou de fórmula realeana (*Idem*, p. 125).

¹⁵⁵ A obra Teoria Tridimensional do Direito foi publicada inicialmente em 1968, mas foi sendo atualizada e, na 5ª edição, ganhou acréscimo substancial. A obra Fontes de Modelos do Direito foi publicada em 1994.

¹⁵⁶ Tais como Fundamentos do Direito (1940), Teoria do Direito e do Estado (1940), Filosofia do Direito (1953), Direito e Experiência (1968), apenas para citar algumas obras.

¹⁵⁷ Permito-me aqui a adjetivação do nome do autor, conforme já o fez Josef Kunz em sua obra Teoria do Direito e o Estado *Apud* REALE (2003, p. 125).

¹⁵⁸ Para Reale, “Quando falamos em *conduta jurídica* não devemos, pois, pensar em algo de substancial ou de ‘substante’, capaz de receber os timbres exteriores de um sentido axiológico ou de uma diretriz normativa: ela, ao contrário, só é conduta jurídica enquanto e na medida em que é experiência social dotada daquele sentido e daquela diretriz, ou seja, *enquanto se revela fático-axiológico-normativamente*, distinguindo-se das demais espécies de conduta ética por ser o *momento bilateral-atributivo da experiência social*.” (REALE, 2003, p. 70, itálicos no original.)

¹⁵⁹ *Idem*, p. 70.

Essa unidade decorre do fato de Miguel Reale reconhecer o valor para além de um objeto ideal do mundo do ser e de o enquadrar como um verdadeiro condicionante do mundo do dever ser. Sua visão axiológica-experimental, reconhece que os objetos do mundo da cultura “são enquanto devem ser”¹⁶⁰. Ou seja, o ser e o dever ser estão mais intrincados do que pretendia fazer crer o dualismo metodológico de Kant, bem presente na primeira fase de Gustav Radbruch.

Miguel Reale refuta a heterogeneidade entre sujeito e objeto para reconhecer que, no plano do conhecimento, há uma “correlação transcendental subjectivo-objetiva, ou *ontognosiológica*”¹⁶¹, a que denomina de dialética da complementariedade. Para o autor:

Há uma correlação permanente e progressiva entre dois ou mais termos, os quais não se podem compreender separados uns dos outros, sendo ao mesmo tempo irreduzíveis uns aos outros; tais elementos distintos ou opostos da relação, por outro lado, só têm plenitude de significado na unidade concreta da relação que constituem, enquanto se correlacionam e dessa unidade participam¹⁶².

Assim, se o mundo da cultura era, para Radbruch, um intermédio entre o espírito e a natureza, para Reale, a cultura assume a posição de “processo das sínteses progressivas que o primeiro vai realizando com base na compreensão operacional da segunda, o *processo histórico-cultural coincidindo com o processo ontognosiológico e suas naturais projeções no plano da praxis*”¹⁶³.

Miguel Reale aprofunda a ideia do que chama “dialética da complementariedade”, associando-a ao conceito de *Lebenswelt* de Husserl. Reale parte da ideia de Husserl, de que os homens pensam, sentem e agem de acordo com um complexo de noções e opiniões existente na sociedade, a que denominou *Lebenswelt*, ou “mundo da vida”¹⁶⁴. Defende que “o Direito não é um facto que plana na abstracção, ou seja, solto no espaço e no tempo, porque também está imerso na vida humana, que é um complexo de sentimentos e estimativas”¹⁶⁵.

O mundo da vida se revela no Direito pelo sistema de fontes e modelos jurídicos, pela aplicação do mesmo pelo homem, seja na condição de legislador, de juiz, de parte ou de advogado, e pela própria condição do homem de valor por

¹⁶⁰ *Idem*, p. 8.

¹⁶¹ *Idem*, p. 83 (itálico no original).

¹⁶² REALE, 2003, p. 84.

¹⁶³ *Idem*, p. 85 (itálicos no original).

¹⁶⁴ *Idem*, p. 127.

¹⁶⁵ *Idem*, p. 128.

excelência entre os valores¹⁶⁶. “As variações semânticas do modelo jurídico ocorrem no processo cultural do *Lebenswelt*, no qual se acha situado tanto o detentor do Poder como o destinatário da norma”¹⁶⁷.

E aqui destaca-se uma conclusão que muito revela o tema central da nossa pesquisa, a ideia de que “el jurista, enquanto científico del derecho, deberá tener en cuenta cuales son los autenticos hechos y valores que exige el mundo de la vida”¹⁶⁸.

O fenômeno jurídico, como fenômeno histórico-cultural¹⁶⁹, revela essa dialeticidade entre fato e valor através do que Reale denomina de “processo normativo de natureza integrante”, em que o conjunto de normas representa, “em dado momento histórico e em função de dadas circunstâncias, a *compreensão operacional* compatível com a incidência de certos valores sobre os factos múltiplos que condicionam a formação dos modelos jurídicos e sua aplicação”¹⁷⁰.

Os estudos de Miguel Reale acerca da dialética da complementariedade¹⁷¹ representam uma grande contribuição para tridimensionalidade do Direito. Em superação à análise estática do fato, do valor e da norma, o autor passou a defender uma visão dinâmica da experiência jurídica.

O Direito é uma realidade tridimensional, que, entretanto, só pode ser apreendida de forma integral. Cada dimensão, para ser compreendida, impescindiria da passagem pelas outras duas. Haveria apenas variações quando ao sentido, quanto à ordem de raciocínio, da pesquisa em relação a essas dimensões, mas não se poderia compreender cada uma delas de forma isolada.

Num sentido, passar-se-ia pelo fato e pelo valor para se alcançar a norma, interpretando-a e aplicando-a¹⁷². Aqui estaria a preocupação da Dogmática Jurídica ou da Ciência do Direito, qual seja, a “compreensão normativa dos factos em função

¹⁶⁶ *Idem*, p. 155.

¹⁶⁷ *Idem*, p. 155.

¹⁶⁸ MEDINA, Gabriel *Apud* REALE (*Idem*, p. 156).

¹⁶⁹ A propósito, Miguel Reale esclarece que o Direito é uma expressão da realidade histórico-cultural, “distinguindo-se pela nota específica de ‘bilateralidade atributiva’ que lhe é própria, isto é, por implicar (o Direito), em cada uma das relações que a constituem, sempre um nexos de validade objectiva que correlaciona entre si duas ou mais pessoas, conferindo-lhes e assegurando-lhes pretensões ou competências que podem ser de *reciprocidade contratual*, ou de tipo *institucional*, sob forma de *coordenação*, *subordinação* ou *integração* (*Idem*, pp. 85-86 - itálicos no original).

¹⁷⁰ REALE, 2003, p. 88 (itálico no original).

¹⁷¹ O autor define a dialética da complementariedade como a “correlação permanente e progressiva entre dois ou mais factores, os quais não se podem compreender separados um dos outros, sendo ao mesmo tempo cada um deles irreduzível aos outros, de tal modo que os elementos da trama só logram plenitude de significado na unidade concreta da relação que constituem, enquanto se correlacionam e daquela unidade participam” (*Idem*, p. 286).

¹⁷² *Idem*, p. 126.

de valores”¹⁷³. O segundo sentido buscaria compreender o fato através da norma valorada, que seria a preocupação da Sociologia do Direito. E, por fim, haveria o sentido que parte da norma e dos fatos para se atingir o valor, ou seja, “a busca de compreensão axiológica de factos em função de normas”¹⁷⁴, preocupação da Filosofia do Direito¹⁷⁵. O jurista, nessa perspectiva, para compreender o fenômeno jurídico em toda sua complexidade, não pode se restringir a um juízo lógico da norma, à maneira sugerida por Kelsen na sua Teoria Pura.

Se na visão tridimensional genérica e abstrata o Direito poderia ser analisado sob três aspectos distintos, cada um correspondente a uma ciência específica, na tridimensionalidade específica e concreta, o Direito é uma realidade que pode ser estudada por qualquer ciência jurídica, na correlação necessária entre as três dimensões essenciais.

A preocupação de considerar as três dimensões de forma integral, como perspectivas de uma realidade única, pode ser identificada também na obra de Luigi Bagolini¹⁷⁶, para quem:

il diritto non può essere visto come puro fatto nel senso neopositivistico, nè, viceversa, come pura forma, nè quindi come pura norma intesa in senso formale, nè come puro valore ideale, nè come puro contenuto intenzionale, bensì come obiettivazione normativa della giustizia¹⁷⁷.

Recaséns Siches também ressalta a interligação nata das três dimensões jurídicas, ao reconhecer que o Direito “não é puro valor, nem é mera norma com certos característicos especiais, nem é simples facto social com notas particulares. Direito é uma obra humana social (facto) de forma normativa destinada à realização de valores”¹⁷⁸.

¹⁷³ *Idem*, p. 152.

¹⁷⁴ *Idem*, p. 152.

¹⁷⁵ *Idem*, p. 126.

¹⁷⁶ Segundo Miguel Reale, “Bagolini não aceita as sectorizações artificiais impostas à unidade concreta do Direito, que ele prefere apreciar na complementariedade de suas múltiplas perspectivas. (...) Muito embora o pensamento de Bagolini não se desenvolva explicitamente no âmbito do tridimensionalismo jurídico, coincide com algumas de suas exigências fundamentais, não apenas quanto à compreensão do direito como fenômeno cultural, entendendo por cultura ‘o conjunto dos valores e dos fins últimos que se oferecem ao homem no ambiente social em que vive’, como também pelo sentido de concretidade que resulta da correlação estabelecida entre *cultura* e *técnica*, ‘intrinsecamente conexas em uma relação histórica de condicionamento recíproco’, numa ‘relação histórica de distinção, de polaridade, de implicação recíproca’” (REALE, 2003, pp. 47-48).

¹⁷⁷ BAGOLINI, Luigi. *Descrittiva pura del dato giuridico (Neopositivismo e fenomenologia)*. In: **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, Anno XXXII, Serie III, nov/dez de 1955, p. 753.

¹⁷⁸ SICHES, L. Recaséns, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Apud REALE, 2003, p. 57.

Paulo Ferreira da Cunha traduz a dialeticidade das três dimensões jurídicas ao considerar o fato como o contexto, o valor como o fundamento e norma como a resposta do Direito¹⁷⁹.

L. Cabral de Moncada relaciona cada uma das dimensões do direito com as fontes do direito. Para o autor, os costumes, no sentido de condutas humanas reiteradas, representam os fatos, as normas jurídicas expressam o dever-ser e a jurisprudência representa a atualização dos valores jurídicos¹⁸⁰. A realidade jurídica seria, assim, composta dessas três dimensões que são conjuntas e indissociáveis entre si, o que revela, assim, sua posição concreta acerca da tridimensionalidade do direito.

A dialética da complementariedade se manifestaria, além da relação inerente entre as três dimensões do direito, também no momento de identificação do conteúdo de determinado valor. Para Reale, os valores têm a característica da polaridade que significa que “só se compreende um valor pensando-o na complementariedade de seu contrário, ou seja, positiva e negativamente”¹⁸¹.

Miguel Reale e os demais autores que adotam a tridimensionalidade jurídica específica merecem o louvor por proporem que o fenômeno jurídico seja compreendido de forma unitária, através da dialeticidade entre suas três dimensões, e de maneira concreta e dinâmica, por meio de uma percepção funcional e histórica, compreendendo na norma jurídica “toda a gama de valores, interesses e motivos que se compõe a vida humana”.

Para além da visão transcendental do valor, como realização do justo, há uma visão que Reale chama de positiva ou empírica, na qual o valor se reconhece como norte para as soluções jurídicas, como parte de um modelo destinado a disciplinar comportamentos futuros, conforme as circunstâncias de tempo e de lugar¹⁸².

Ao intérprete caberia captar o sentido da norma, não apenas segundo as significações emergentes da *'praxis social'*, mas também na unidade sistemática e objectiva do ordenamento vigente” e, para tanto, recorre aos modelos jurídicos e ao historicismo axiológico, que trataremos adiante.

¹⁷⁹ CUNHA, 2015, p. 230.

¹⁸⁰ MONCADA, L. Cabral de. Filosofia do Direito. Coimbra, 1966, vol. II, p. 127. *Apud* REALE (2003, p. 58).

¹⁸¹ REALE, 2003, p. 103.

¹⁸² *Idem*, p. 33.

Por ora, o que se pretendeu com essa breve abordagem foi identificar as fases pelas quais o pensamento acerca da tridimensionalidade jurídica passou. Num primeiro momento, houve mera identificação dos três enfoques pelos quais o Direito poderia ser estudado, seja a luz do fato, ou da norma, ou do valor. Depois, passou-se a reconhecer que, por se tratar de um fenômeno cultural, as três dimensões do Direito constituem a sua própria natureza, reconhecimento esse que não gerou, ao menos em princípio, maiores resultados no plano da prática jurídica. Por fim, chegou-se ao momento em que a tridimensionalidade parte da percepção unitária do Direito e são sugeridos métodos de correlação desses três elementos e de identificação histórica dos valores como mecanismo a serem recorridos pelos juristas nas soluções das questões prático-jurídicas, o que será analisado a seguir.

3.1.3. Historicismo Axiológico

A teoria da tridimensionalidade jurídica desenvolvida por Miguel Reale fundamenta-se em dois pilares principais: o reconhecimento de que fato, valor e norma estão em dependência e implicações recíprocas, a dialética da complementariedade de que já tratamos, e a constatação de que o conteúdo axiológico do Direito é determinado historicamente, a que chama de historicismo axiológico, e que ora se passa a analisar.

Como vimos, Miguel Reale sustenta que sujeito e objeto se correlacionam, de forma que um não pode ser reduzido ao outro, nem sequer compreendido sem o paralelo ao outro, em uma “polaridade gnosiológica entre subjetividade e objetividade”¹⁸³.

A correlação subjetividade-objetividade é especialmente significativa no campo das obras humanas, ou seja, no mundo da cultura¹⁸⁴, já que o homem é enquanto deve ser¹⁸⁵. Ao lado da subjetividade inerente à personalidade, há uma objetividade do produto humano que pode ser identificada através de uma perspectiva histórica do percurso humano.

¹⁸³ REALE, 2003, p. 89.

¹⁸⁴ Miguel Reale entende como mundo da cultura “o sistema solidário de bens e valores que o homem realiza graças à atividade espiritual criadoramente exercida em sintonia com as leis da natureza” (*Idem*, p. 155).

¹⁸⁵ Para Miguel Reale, “o revelar-se do homem a si mesmo já é em si e por si um valor, a fonte de todos os valores. O *ser* do homem é, repito, de maneira originária, e não derivada, o seu *dever ser*: é dessa raiz que se origina, na pluralidade de suas formas, a árvore da vida cultural. E se no chamado ‘mundo da cultura’ há análoga integração fáctico-axiológica, é porque o homem o constitui ‘à sua imagem e semelhança’, refletindo-se a polaridade inerente aos valores tanto no plano teórico como no da vida ética” (*Idem*, pp. 90-91, itálicos no original).

Para Miguel Reale:

Se pensarmos em tudo o que o homem, através do devir histórico-social, veio constituindo e realizando, em obras e em actos, teremos a 'dimensão objectiva do próprio homem', o que se pode denominar mundo histórico, espírito objetivo, mundo cultural, ou que melhor nome tenha e, que é tão essencial à imagem do homem como a reflexão sobre si próprio¹⁸⁶.

A apreensão do conteúdo axiológico também se dá através desse processo histórico. A Filosofia dos Valores, base do pensamento de Radbruch e importante marco da teoria do tridimensionalismo jurídico, defendia que a concepção do mundo e da vida é garantida pelas ciências histórica e pela história da Cultura (domínio intermédio entre ser e dever ser). A apreensão dos valores não decorreria de uma simples atividade de constatação de uma realidade transcendental e exterior ao sujeito cognoscente, mas sim de um processo de criação do sujeito¹⁸⁷ com influências das circunstâncias de tempo e de lugar¹⁸⁸. O sujeito é o valor-fonte dos demais valores e, por ser um ente histórico, também os valores o serão¹⁸⁹.

Para Miguel Reale,

Daí ser fundamental no historicismo axiológico a complementariedade dialética entre *subjectividade*, como fonte inexaurível de valores, e a *objectividade*, como inexaurível possibilidade de determinações da experiência, cabendo ao Direito não só salvaguardar e tutelar os bens já adquiridos, como, acima de tudo, preservar e garantir o homem mesmo como livre criador de novos bens, em quaisquer que possam ser os ordenamentos político-jurídicos da convivência social¹⁹⁰.

O historicismo axiológico proposto por Miguel Reale tem relação embrionária com a Teoria do Direito Natural com Conteúdo Variável de Rudolf Stammler. Para Stammler, não há um conteúdo absoluto de justiça, senão concepções de justiça que variam de acordo com o contexto histórico, mas que, analisadas de maneira global, indicam a direção axiológica do direito.

A noção de justiça de Stammler, conforme Karl Larenz, "equivale à de uma 'completa unidade de consciência', ou seja, à de um 'completo acordo entre todos os conteúdos de consciência pensáveis'"¹⁹¹. "Uma determinada proposição jurídica,

¹⁸⁶ *Idem*, p. 90.

¹⁸⁷ Para L. Cabral de Moncada, "os valores não são, afinal, como tão-pouco o são os nossos conceitos, uma cópia de qualquer realidade exterior a nós e contrapostas ao sujeito cognoscente; são o resultado duma atividade deste ao criá-los, em última análise, como forma a priori determinante duma matéria a que se aplica" (no prefácio à obra de RADBRUCH, 1979, p. 18).

¹⁸⁸ Para Reale, "pensar, porém, o homem como ente essencialmente histórico, é afirmá-lo como fonte de todos os valores, cujo projectar-se no tempo nada mais é do que a expressão mesma do espírito humano *in acto*, como *possibilidade de actuação diversificada e livre*" (REALE, 2003, p. 90).

¹⁸⁹ *Idem*, p. 102.

¹⁹⁰ *Idem*, p. 92.

¹⁹¹ LARENZ, 2014, p. 121.

será, portanto, ‘justa’ sempre que ela se deixa incluir sem contradição no conjunto de todos os geralmente pensáveis quereres jurídicos”¹⁹².

Para Herkenhoff, a teoria de Stammler “consiste em considerar o Direito Natural como eterno e imutável, na ideia, porém variável no conteúdo”¹⁹³. A realização de uma ordem justa seria a ideia imutável, mas o conceito de ordem justa não poderia ser estabelecido de forma estável, pois variaria no tempo e no espaço¹⁹⁴.

Günter Ellscheid traduziu com maestria as ideias da teoria de Stammler:

uma vez que o fim particular não obtém a sua correcção a partir de si mesmo, mas apenas por se integrar, de forma harmoniosa, no reino dos fins, é a totalidade ordenada que define a sua correcção. Porém, esta é ela própria historicamente condicionada, porque na totalidade dos fins não existe um fim absoluto. Não é um fim ‘final’ que está supra-ordenado face ao mundo dos fins, mas sim um método de integrar os fins numa ordem harmoniosa, qualquer que seja o seu conteúdo. Uma ordem jurídica é correcta, se conseguir traçar uma ordenação harmoniosa da prossecução dos fins individuais. Saber, no concreto, qual será essa ordem, depende dos fins individuais que sejam, de facto, prosseguidos numa sociedade ou numa época histórica. Estes fins individuais não são avaliados em si mesmos, mas só no que respeita à sua capacidade de serem prosseguidos harmoniosamente no contexto histórico. São fins admissíveis – e, como tal, co-condicionadores do contexto -, desde que possam ser prosseguidos harmoniosamente.¹⁹⁵

O historicismo axiológico é, portanto, o processo de encontro do conteúdo objetivo do valor, através da referência ao plano da história. O valor seria, dessa forma, uma “intencionalidade historicamente objectivada no processo da cultura” que representa “o sentido vectorial de uma acção possível”¹⁹⁶.

O valor, da mesma forma que é considerado, ao lado dos fatos¹⁹⁷, na normatização de determinada tomada de posição, é, ainda, importante elemento para compreensão da própria normatização. A ele se recorre, portanto, tanto na construção legislativa, quanto na construção interpretativa.

A experiência jurídica é reconhecida, nessa perspectiva, segundo Reale, como:

¹⁹² *Idem*, p. 121.

¹⁹³ HERKENHOFF, João Batista. **Introdução ao Direito**: abertura para o mundo do Direito, síntese dos princípios fundamentais. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2006, p. 44.

¹⁹⁴ *Idem*, p. 44.

¹⁹⁵ ELLSHEID, Günther. **O problema do direito natural**. Uma orientação sistemática. In: KAUFMANN e HASSEMER, 2015, pp. 276-277.

¹⁹⁶ REALE, 2003, p. 103.

¹⁹⁷ Reale considera o fato como um “elo no encadeamento dos actos humanos, quer em função de actos anteriores, que em razão de dados da natureza” (*Idem*, p. 103).

modalidade de experiência histórico-cultural, na qual o valor actua como um dos factores constitutivos dessa realidade (função ôntica) e, concomitantemente, como prisma de compreensão da realidade por ele constituída (função gnosiológica) e como razão determinante da conduta (função deontológica)¹⁹⁸.

Para Miguel Reale a norma jurídica nasce de um complexo axiológico que, ao incidir no fato, apresenta as soluções jurídicas possíveis, das quais a autoridade (*lactu sensu*) escolherá a que consagrará como norma jurídica¹⁹⁹. A opção dentre as soluções possíveis é feita pelo poder governamental em atividade legiverante, mas também pelo Poder Judiciário na reiteração de decisões judiciais homogêneas, como seria o caso das Súmulas, bem como pelo que chama de “Poder social anônimo” que consagra as normas consuetudinárias, assim como pelo poder negocial, através dos contratos²⁰⁰.

Há, portanto, na edição de uma norma jurídica, seja ela legislativa ou decorrente das demais fontes, a consagração de uma intenção de valor sobre determinado fato. Segundo Reale, “a norma é a forma que o jurista usa para expressar o que deve ou não deve ser feito para a realização de um valor ou impedir a ocorrência de um desvalor”²⁰¹.

A teoria da tridimensionalidade de Miguel Reale é de grande importância para o pensamento jusfilosófico atual. Ela conseguiu, com maestria, agregar as primeiras manifestações do pensamento acerca da tridimensionalidade jurídica proposta pelos jusfilósofos anteriores e, com o desenvolvimento dessas ideias iniciais, revelar duas condições importantes dessa realidade: a dialética de complementariedade e o historicismo axiológico.

Para além disso, a teoria de Miguel Reale atingiu uma sistematização que até então não se verificava na doutrina acerca do tridimensionalismo e apresentou, com sua análise sobre os métodos do direito, que abordaremos no próximo tópico, uma perspectiva mais prática da questão.

A teoria do tridimensionalismo jurídico específico de Miguel Reale conseguiu tanto sustentar as próprias verdades, como possibilitar material para a compreensão

¹⁹⁸ *Idem*, p. 75.

¹⁹⁹ Nas palavras do autor, “o mundo jurídico é formado de contínuas ‘*intenções de valor*’ que incidem sobre uma ‘*base de facto*’, refragando-se em várias proposições ou direcções normativas, uma das quais se converte em *norma jurídica* em virtude da interferência do Poder” (*Idem*, p. 128, itálicos no original).

²⁰⁰ *Idem*, p. 129.

²⁰¹ REALE, 2003, p. 129.

das demais doutrinas acerca do fenômeno jurídico, além de relacionar suas constatações teóricas com a manifestação prática da criação jurídica.

3.2. INTERPRETAÇÃO COMO ENCONTRO DO SENTIDO AXIOLÓGICO DO DIREITO

Valorar é, como bem observou Miguel Reale, “apreciar algo sob prisma do valor”²⁰². É atividade nitidamente crítica, na medida em que “criticar significa indagar das raízes de um problema, daquilo que condiciona, lógica, axiológica ou historicamente, êsse mesmo problema”. Para Reale, “tôda vez que indagamos dos pressupostos ou das razões de legitimidade ou de validez de algo, estamos fazendo sua ‘crítica’”²⁰³.

A Axiologia é a área do pensamento filosófico que se destina “à essência de ‘algo’ que se valoriza e às condições do conhecimento válido, assim como põe problemas relativos à projeção histórica do que é valorado”²⁰⁴. Embora a Filosofia não se restrinja à teoria dos valores, “o problema do valor está no centro da Filosofia”²⁰⁵.

Para Miguel Reale, o problema nuclear da Filosofia do Direito é o “valor do justo”, o que pressupõe “prévia determinação da consistência da realidade jurídica, suscitando questões relativas às estruturas dos juízos jurídicos-normativos, assim como ao processo histórico de objetivação das exigências axiológicas no plano da experiência humana”²⁰⁶.

A coordenação e universalização dos resultados das outras ciências, característica da filosofia, só pode ser feito através de uma valoração, sob pena de, caso contrário, resumir-se a pura síntese do conhecimento.

A ciência do direito, para Gustav Radbruch, é uma ciência cultural que se caracteriza por ser, simultaneamente, compreensiva, individualizadora e referencial a valores²⁰⁷. É compreensiva na medida em que busca extrair o sentido objetivamente válido contido no preceito jurídico, é individualizadora porque a compreensão da norma, com caráter genérico, se dá na sua aplicação a uma situação individual, e referente a valores, porque a correspondência com os valores

²⁰² REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969, pp. 33-34.

²⁰³ *Idem*, p. 33.

²⁰⁴ REALE, 1969, p. 34.

²⁰⁵ *Idem*, p. 34.

²⁰⁶ *Idem*, p. 34 (itálico no original).

²⁰⁷ RADBRUCH, 1979, p. 244.

consagrado em determinado sistema jurídico servirá de critério para que a atividade de individualização da norma genéricas não se perca na multiplicidade de situações individuais que demandam a atividade interpretativa²⁰⁸.

Assim, ao contrário das leis das ciências naturais, as leis culturais caracterizam-se por sua “referibilidade a valores”, por buscarem adequação de “meios a fins”²⁰⁹.

L. Cabral de Moncada, ao se referir às contribuições da doutrina de Emil Lask, explica que:

o princípio enformador de toda a ‘conceituação’ ou formação de conceitos, da ciência jurídica não pode ser, portanto, o puramente lógico-formal das ciências generalizadoras (nomométicas) da natureza (...), mas sim o teleológico das ciências chamadas culturais (Kulturwissenschaften), essencialmente ideográficas²¹⁰.

Para Radbruch:

Uma ciência cultural, com efeito, apenas colhe no seu próprio campo os factos que podem vir a achar-se numa relação directa, quer de amizade quer de inimizade, com os valores pelos quais se deixa orientar e que representam ou uma realização ou uma negação desses valores: ou uma promoção do seu desenvolvimento ou um estorvo levantado contra eles. São estes os únicos factos que interessam. Esta referência aos valores é, porém, justamente o que faz com que o objeto das ciências culturais oscile e varie também constantemente. Toda a derrocada dos valores por que se orientam significa necessariamente o mesmo que a necessidade de uma nova arrumação que têm de dar aos objectos que a esses valores, até esse momento, se achavam referidos. Cada época que surge de novo na história não hesita em retirar sempre aos factos, que até então se achavam impregnados de valor, a sua essencialidade, em erigir à altura de novas valorações factos que eram considerados até esse momento indiferentes.²¹¹

A variação no objeto da ciência jurídica de acordo com os valores consagrados em cada época não afasta a sua cientificidade, porque esta é caracterizada pelo recurso a métodos objetivos e não pela perenidade dos objetos considerados. E o método na axiologia do direito é o recurso à experiência histórica. A alteração do conteúdo axiológico do direito seria acientífica apenas se arbitraria²¹².

A validade do direito envolve, para além da vigência da norma, ou seja, do preenchimento dos requisitos formais de validade, a sua eficácia, ou seja, a sua aceitação e cumprimento por parte dos destinatários da norma, e sua legitimidade, ou seja, que esteja fundamentada em valor ético²¹³. A interpretação, da mesma

²⁰⁸ *Idem*, p. 246.

²⁰⁹ REALE, 2002, p. 29.

²¹⁰ L. Cabral de Moncada no prefácio à obra de RADBRUCH (1979, p. 23).

²¹¹ RADBRUCH, 1979, p. 246.

²¹² *Idem*, pp. 247-248.

²¹³ REALE, 2003, p. 35.

forma, parte da identificação de uma problemática tríplice, da validade na norma, da eficácia da mesma e da justiça de seu conteúdo. Segundo Norberto Bobbio:

El problema de la justicia es el problema de la más o menos correspondencia entre la norma y los valores superiores o finales que inspiran un determinado orden jurídico. No tocamos por ahora el problema de si existe un ideal del bien común, idéntico en todo tiempo y lugar. Nos es suficiente comprobar que todo ordenamiento jurídico persigue algunos fines, y aceptar que estos fines representan los valores para cuya realización el legislador, más o menos conscientemente, más o menos adecuadamente, dirige su propia obra. Cuando se considera que hay valores supremos objetivamente evidentes, preguntarse si una norma es justa o injusta, equivale a preguntarse si es apta o no para realizar estos valores. Pero también en el caso de quien no crea en valores absolutos, el problema de la justicia de una norma tiene un sentido: equivale a preguntarse si esa norma es apta para realizar los valores históricos que inspiran esse ordenamiento jurídico, concreta e historicamente determinado²¹⁴.

Como a tridimensionalidade constitui a essência da experiência jurídica, o desenvolvimento dessa dá-se na normatização legal, na reiteração de condutas e na valoração do seu sentido. Como já vimos, essas três dimensões complementam-se dialeticamente uma às outras, de forma que dialética também deve ser a consideração dos aspectos fáticos, normativos e valorativos no momento da interpretação.

É por isso que se pode afirmar que a interpretação jurídica não prescinde de uma investigação axiológica. A interpretação jurídica envolve, portanto, uma atividade construtiva de natureza axiológica e, portanto, criativa²¹⁵. Para Reale:

Não se pode absolutamente ser contestado o caráter criador da Hermenêutica Jurídica nesse árduo e paciente trabalho de cotejo de enunciados lógicos e axiológicos para atingir a real significação da lei, tanto mais que esse cotejo não se opera no vazio, mas só é possível mediante contínuas aferições no plano dos fatos, em função dos quais as valorações se enunciam.²¹⁶

Essa construção do direito através da identificação do sentido axiológico é ressaltada por Kaufmann:

Na ciência do direito, não existem conhecimentos que não sejam marcados pelo investigador do direito. Também está sempre presente (embora não exclusivamente, é claro) um momento criativo – ‘conhecimento’ do direito importa sempre um pouco de ‘construção’ do direito. Mais claramente: o direito na sua forma concreta de existência (nomeadamente, tal como é ‘proferido’ pelos tribunais) surge sempre só no processo de realização de direito. Consequentemente, têm-se afirmado cada vez mais, nos tempos

²¹⁴ BOBBIO, 1993, pp.33-34.

²¹⁵ Segundo José de Oliveira Ascensão, em crítica aos movimentos que abusavam da lógica formal, diz que “a valoração é geralmente necessária para a apreensão do sentido do dado jurídico, e é praticamente sempre imprescindível na aplicação do direito” (ASCENÇÃO, 2005, p. 458).

²¹⁶ REALE, 2002, p. 291.

mais recentes, teorias processuais da justiça, que entendem o 'direito correcto' como produto do processo de descoberta do direito aplicável²¹⁷.

A preocupação com a compreensão finalística da norma jurídica foi sendo fortalecida desde as contribuições de Ihering e dos movimentos críticos ao positivismo formalista. A importância da interpretação teleológica mantém-se, mas o fim do direito, que antes era relacionado aos interesses, é agora relacionado ao aspecto axiológico envolvido, ao “sentido do valor reconhecido racionalmente enquanto motivo determinante da ação”²¹⁸.

O sistema jurídico brasileiro cuidou de reconhecer positivamente a necessidade de uma aplicação do direito preocupada com seus resultados. A atual redação do art. 8º do Código de Processo Civil prevê que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”²¹⁹. Já existia, no entanto, disposição normativa semelhante desde a edição da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, de 04 de setembro de 1942, agora denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. O art. 5º desse diploma legal estabelece que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”²²⁰.

Em complementação à teoria das fontes do direito, que convida a uma viagem retrospectiva às origens de determinado preceito jurídico, Miguel Reale propõe uma teoria dos modelos do direito, que convoca a análise prospectiva dos resultados a serem atingidos por meio de uma sequência de medidas.

Os modelos do direito são as “modelagens práticas da experiência”²²¹, são “o resultado da ordenação racional do conteúdo das normas reveladas ou formalizadas pelas fontes do direito, para atender os característicos de validade objectiva autônoma e de actualização prospectiva dessas mesmas normas”²²².

²¹⁷ KAUFMANN e HASSEMER, 2015, pp. 57-58.

²¹⁸ REALE, 2002, p. 290.

²¹⁹ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 18 de maio de 2015.

²²⁰ BRASIL. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com redação da ementa alterada pela Lei nº 12.376, de 2010. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 28 de maio de 2018.

²²¹ REALE, 2003, p. 118.

²²² *Idem*, p. 248.

Os modelos do direito são, para Reale, de duas ordens: modelos jurídicos ou prescritivos e modelos doutrinários ou hermenêuticos. Os primeiros representariam as ordenações lógicas entre os meios e fins extraídas diretamente das fontes e, por essa razão, podem ser de natureza legal, judicial e costumeira, mas sempre cogente. Os segundos seriam construções que tem por finalidade revelar o significado dos modelos jurídicos ou preencher as lacunas do sistema normativo, nesse caso por meio do modelo prescritivo exercido pelo juiz, que recebeu poderes constitucionais para tanto²²³.

A atividade de interpretação da norma jurídica estaria no necessário retorno às fontes e, portanto, na consideração de seus elementos constitutivos, e na posterior projeção das mesmas, através de modelos jurídicos e modelos hermenêuticos, que, ao considerar os fatos e os valores emergentes após a instauração da norma, revelariam seu sentido atual²²⁴. Os modelos de direito, como estruturas objetivas de possibilidades, permitiriam o encontro e a atualização do sentido da norma ou o preenchimento de lacunas do ordenamento jurídico.

A interpretação consagrou-se, portanto, como “de natureza teleológica (finalística) fundada na consistência axiológica (valorativa) do Direito”²²⁵. E a verificação dos conteúdos axiológicos envolvidos dá-se através de atividade construtiva do intérprete, mas que não é arbitrária.

Em primeiro lugar, porque os valores são determinados historicamente, não são resultados de uma posição subjetiva (historicismo axiológico já estudado). Em segundo, porque a interpretação axiológica acontece numa “estrutura de significações”²²⁶, não de forma isolada. Os dispositivos são considerados individualmente, mas também dentro de uma estrutura valorativa da qual faz parte. Da mesma forma que há uma pirâmide de validade lógica dos dispositivos legais, há também uma estrutura de compatibilidade valorativa.

Em razão desse aspecto, a interpretação das normas jurídicas não se deve limitar ao sentido apenas dessas normas, devendo-se considerar “o todo axiológico-normativo em que eles se integram e de que são particulares elementos

²²³ *Idem*, p. 303.

²²⁴ Segundo Miguel Reale, “a teoria tradicional das fontes, ainda dominante, deixa-se guiar por uma visão retrospectiva de sua validade, enquanto se impõe considerá-la também de maneira prospectiva, numa correlação essencial entre validade e eficácia, tendo como fundamento os valores que a instauraram e lhe mantêm a continuidade do processo” (REALE, 2003, p. 242).

²²⁵ REALE, 2002, p. 291.

²²⁶ *Idem*, p. 291.

expressivos”²²⁷. Essa interpretação integral é festejada por A. Castanheira Neves pelas “suas possibilidades normativamente críticas e juridicamente correctivas do formal direito constituído”²²⁸. É que o direito não merece ser apenas compreendido normativamente, mas também considerado na concretização de um resultado justo para a problemática normativa.

A projeção interpretativa da norma jurídica, pode levar à alteração de seu sentido, seja pela mutação da sua base axiológica, seja pela alteração dos fatos. É o que chama de processo de normativismo concreto²²⁹. Essa elasticidade da norma não é, contudo, absoluta e a interpretação pode acontecer até o momento anterior ao rompimento da norma. Uma norma que não possa mais ser interpretada para atender as necessidades da vida deve ser revogada e refeita pelo poder competente para isso²³⁰.

A Ciência do Direito deve, portanto, estar atenta aos anseios históricos e às transformações sociais, sem prescindir dos valores de certeza e segurança que se exigem de uma ciência que pretenda ter rigorismo técnico.

Como bem observou Miguel Reale, a Ciência do Direito “deve ser estável mas não estática, deve ser certa sem se cristalizar em fórmulas rígidas, ilusoriamente definidas”²³¹.

O aspecto axiológico do direito, para além de base da interpretação jurídica, revela-se também importante limite a essa atividade. Para além dos parâmetros já indicados, que garantem que a interpretação valorativa permaneça na moldura de uma construção racional do sentido do direito, outros aspectos serão indicados no capítulo seguinte. Observar-se-á a necessidade de respeito a um conteúdo mínimo axiológico de natureza estável, a importância dos princípios como enunciados valorativos do sistema e o necessário e constante equilíbrio entre as três grandes dimensões axiológicas (segurança jurídica, justiça e bem-comum).

²²⁷ NEVES, 2010, p. 43.

²²⁸ *Idem*, pp. 43-44.

²²⁹ REALE, 2003, p. 130.

²³⁰ REALE, 2003, p. 131.

²³¹ *Idem*, p. 34.

4. VALOR COMO LIMITE DA ATIVIDADE INTERPRETATIVA CRIATIVA

Como visto no capítulo anterior, o valor está na base da interpretação jurídica porque o fenômeno jurídico é o conjunto de normas (positivadas ou não) decorrentes de fatos e dirigidas a promoção de valores. Embora o encontro desses valores deva decorrer de um processo de observação histórica e não simplesmente dos valores íntimos do intérprete, há outras circunstâncias que podem facilitar o direcionamento correto no encontro do conteúdo axiológico do direito.

Neste trabalho, optamos por analisar três aspectos que são abordados pela doutrina contemporânea como nortes valorativos na interpretação jurídica, quais sejam: o conteúdo axiológico invariável, os princípios gerais do direito e a necessária convivência dialética entre justiça, segurança jurídica e bem-comum.

4.1. CONTEÚDO AXIOLÓGICO ESTÁVEL

A corrente jurídica que mais enfatizou o aspecto valorativo do direito foi a jusnaturalista. O Direito, na visão do jusnaturalismo, é o direito justo. A validade do direito está, portanto, relacionada à sua compatibilidade com o valor da justiça. Muito embora o Direito Natural tenha tido muitas concepções diferentes ao longo da história²³², esteve, por muito tempo, relacionado a uma ideia de direito absoluto, atemporal e aterritorial.

No século XIX, com o fortalecimento do positivismo jurídico, com as codificações, com a busca de cientificidade jurídica e com o desponstamento da escola histórica, estes fundamentos de absolutividade e de imutabilidade foram questionados.

O matemático e filósofo francês Auguste Comte, grande nome do positivismo moderno, distinguia três etapas na evolução da humanidade. A terceira delas, o positivismo, seria o lugar a que o pensamento humano deveria alcançar. Nas palavras de Edgar Bodenheimer, ao se referir a doutrina de Comte:

Hay un primer estado teológico, em cual todos los fenómenos son explicados por referencia a causa sobrenaturales y a la internención de seres divinos. El segundo es el estado metafísico, en cual el pensamiento recurre a principios e ideas que son concebidos como existentes más allá de la superficie de las cosas y como constitutivos de las fuerzas reales que actúan em la evolución de la humanidad. El tercero y último es el positivismo, que rechaza todas las construcciones hipotéticas en filosofía,

²³² A respeito das diferentes concepções do Direito Natural, reporto-me à abordagem clara e resumida feita por João Batista Herkenhoff (HERKENHOFF, 2006, pp. 39-46).

historia y ciencia y se limita a la observación empírica y la conexión de los hechos, siguiendo los métodos utilizados em las ciências naturales²³³.

Influenciados por essas ideias e pelas características das ciências naturais, os juristas da época passaram a buscar uma gradativa racionalização, sistematização e objetivização do Direito. Hans Kelsen, grande defensor do positivismo jurídico, enalteceu, na sua Teoria Pura do Direito, a necessidade de abordagem do direito afastada dos aspectos de fundamento, de finalidade ou de qualquer outra relação com a moralidade, ética, sociologia, história, etc. O objeto do Direito e da ciência jurídica seria a norma jurídica em si, ou seja, o que foi reconhecido formalmente como direito.

Nesse cenário, Direito Natural e Direito Positivo assumiram posições antagônicas. O primeiro considera direito as normas que consagram a justiça e que tem natureza universal, ainda que não positivadas pelo Estado, já que o que caracteriza sua jurisdição é o conteúdo de justiça. O segundo identifica como direito as normas expressamente reconhecidas como tal pelas autoridades legislativas e que, por essa razão, gozam de imperatividade. A validade do direito está em posição distinta em cada uma dessas perspectivas. Está na correspondência com o valor da justiça, em uma, e na positivação, em outra²³⁴.

Segundo Hans Kelsen, o jusnaturalismo é uma teoria idealista, porque considera que “um direito positivo só pode ser considerado como válido na medida em que a sua prescrição corresponda às exigências da justiça” e, conseqüentemente, que “uma regulamentação injusta da conduta humana não tem qualquer validade e não é, portanto, Direito, na medida em que se deva entender por direito apenas uma ordem válida”²³⁵. Assim, por considerar a ordem real estabelecida pelo homem e por buscar a correspondência desta com a ordem transcendente ideal, o jusnaturalismo seria uma teoria dualista. O positivismo, de

²³³ BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*. Ciudad de México: Colección Popular, 1942, p. 303.

²³⁴ Nesse sentido são as considerações de Paulo de Brito: “Para o positivista, o Direito injusto é Direito, juridicamente Direito como qualquer outro. Para o jusnaturalista, é Direito corrompido e deficiente e, como tal, não é, em termos jurídicos, inteiramente Direito. Estas perspectivas representam dois pontos de vista antagônicos. Além do mais, para os positivistas, desobedecer ao Direito ou atenuar a obediência a este, em nome da moralidade, é uma incongruência visto que tal significa introduzir no Direito algo que, em princípio, lhe é alheio. Por outro lado, para os jusnaturalistas, tal desobediência ou enfraquecimento do Direito ocorre em nome do Direito genuíno, o qual, em princípio, é dotado de moralidade. Mais uma vez, estamos perante perspectivas opostas” (BRITO, Paulo de. Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico: algumas reflexões. In: **Para Jorge Leite Escritos Jurídicos**. Vol. II. Coordenação de João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 74).

²³⁵ KELSEN, Hans. **A Justiça e o Direito Natural**. Trad. João Batista Machado. Lisboa: Almedina, 2001, p. 99.

outro lado, por reconhecer validade ao direito independente da correspondência com a norma de justiça, seria uma teoria realista e monista.

Nem mesmo o reconhecimento da norma fundamental e sua colocação no ápice da pirâmide kelseniana, configuraria um critério de apreciação da justeza do direito positivo. Para Kelsen, “a norma fundamental determina tão-só o fundamento de validade, não o conteúdo de validade do direito positivo”, porque “a determinação do conteúdo do direito positivo é função originária e própria deste mesmo direito”. A Teoria Pura do Direito é uma teoria jurídica monista, por reconhecer só um direito, o positivo, e que a norma fundamental por ela defendida “não é um direito diferente do direito positivo: ela apenas é o seu fundamento de validade, a condição lógico-transcendental de sua validade e, como tal não tem caráter ético-político, mas apenas um caráter teórico-gnoseológico”²³⁶.

Por muito tempo, portanto, positivismo e jusnaturalismos foram consideradas posições teóricas incompatíveis. O positivismo consolidado no século XIX acabou por superar a hegemonia que o Direito Natural teve, principalmente nos séculos XVII e XVIII²³⁷.

Contudo, as experiências decorrentes das duas grandes guerras mundiais e a necessidade de reação ao nacional-socialismo, ao fascismo e ao comunismo, que, em geral, foram sustentados pela ordem jurídica positivada, passaram a despertar a necessidade de um retorno à justificação material do direito. O pensamento jusfilosófico voltou a colocar os olhos no conteúdo justo do direito²³⁸.

Esse retorno ao Direito Natural, contudo, não conseguia mais encontrar fundamentação nas ideias de direito absoluto e imutável, de forma que novas concepções acerca do Direito Natural passaram a ser sugeridas.

Para além das importantes contribuições das teorias do conteúdo variável do direito natural e do historicismo axiológico, que já abordamos no capítulo anterior, merecem novo destaque as considerações feitas por Herman Kantorowicz a respeito

²³⁶ KELSEN, 2001, pp. 152-153.

²³⁷ *Idem*, pp. 104-105.

²³⁸ Para Arthur Kaufmann, “a história do direito é, em larga medida, idêntica à história do direito natural. É a história da questão sobre como extrair, a partir de algo indisponível, isto é, a natureza (e um dos maiores problemas é o de saber qual o tipo de ‘natureza’ que deverá estar em causa), critérios e normas para o comportamento humano, que se revelam resistentes perante o arbítrio humano. Esta é uma pergunta tão actual hoje como há dois mil anos, especialmente de novo hoje, no tempo das tecnologias nuclear e genética” (KAUFMANN e HASSEMER, 2015, pp.59-60).

do que se referiu como “*una resurrección del Derecho Natural en forma modificada*”²³⁹.

Para o jurista, a nova concepção do Direito Natural se afastava de um conteúdo metafísico e de um surgimento natural e espontâneo e se aproximava de um Direito reconhecido pelo homem, mas que existe independentemente de sua declaração pelo poder legislativo. As ideias de vontade e de reconhecimento já não podem mais ser afastadas do Direito Natural, que também é produto humano, mas não se restringe à positividade. E a força do Direito Natural estaria no fato de ser conhecido pelo homem comum, o que nem sempre acontece em relação ao direito positivado. O Direito Natural é, para Kantorowicz, o conjunto de noções, interesses e valores que completam, desenvolvem e derogam o direito estatal²⁴⁰.

O que se verificou a partir dessas primeiras teorias que visavam superar a posição positivista formalista foi uma tentativa de aproximação do Direito Positivo com o Direito Natural, uma evolução da relação de antagonismo para uma relação de complementariedade entre essas suas realidades.

O pensamento jusfilosófico atual reside, de forma geral, nessa comunhão entre Direito Natural e Direito Positivo. O pós-positivismo e o neoconstitucionalismo²⁴¹ são as mais fortes expressões dessa tendência, que tem Ronald Dworkin como grande nome de referência, cujas principais contribuições serão analisadas no tópico seguinte.

²³⁹ KANTOROWICZ, 1949, p. 332.

²⁴⁰ “*No importa se infocamos el “Derecho Justo” de Stammler, “el descubrimiento libre del Derecho” de Ehrlich, las “normas culturales” de Mayer, la “proyección” de Wurzel, la “ponderación de los intereses” de Stampe o los “juicios de valor” de Rümelin; siempre nos servimos de principios destinados a valorar, completar, desenvolver o derogar Derecho estatal. No obstante, deben constituir Derecho y han de incluirse, por ello, en el Derecho Libre*” (KANTOROWICZ, 1949, p. 20).

²⁴¹ Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes e Guilherme Pereira Dolabella Bicalho definem de forma clara a diferença entre o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo. Para os autores, “o primeiro é uma característica comum do constitucionalismo ocidental que tem início no segundo pós-Guerra e apogeu na contemporaneidade, enquanto o segundo é o embasamento da filosofia do direito para aquele. O primeiro traduz uma ideologia ou metodologia constitucional que abrange o segundo como pilar de sustentação de algumas de suas posições, mas com ele não se confunde; o pós-positivismo é, pois, a matriz jusfilosófica que embasa as ideias neoconstitucionais. (...) Em outras palavras, o pós-positivismo pode ser encarado como a concepção teórica do neoconstitucionalismo, pois permite repensar alguns alicerces jurídicos, como a teoria da norma, a teoria das fontes, a teoria da interpretação, etc.” (FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 48, n. 189, jan/mar de 2011, pp. 105-131, disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf>. Acesso em: 03 de junho de 2018, p. 111).

Para já, basta salientar essa simbiose entre as visões jusnaturalistas e positivistas na doutrina atual²⁴². É o que se identifica na doutrina de Jean-Louis Bergel, que considera:

Por si só, nenhuma das teses, idealista ou positivista, traz resposta suficiente à questão da definição do direito. Em vez de opô-las para rejeitar uma ou outra, cumpre tentar conciliar idealismo e positivismo. Sua complementariedade prevalece sobre sua pretensa incompatibilidade. Para além de qualquer exclusão, a definição do direito se abebera nas duas fontes a um só tempo...²⁴³

E também nos estudos de Roberto Lyra Filho, para quem:

somente uma nova teoria realmente dialética do Direito evita a queda numa das pontas da antítese (..) entre direito positivo e direito natural. Isto, é claro, como em toda superação dialética, importa em conservar os aspectos válidos de ambas as posições, rejeitando os demais e reenquadrando os primeiros numa visão superior. Assim, veremos que a positividade do Direito não conduz fatalmente ao positivismo e que o direito justo integra a dialética jurídica, sem voar para as nuvens metafísicas, isto é, sem desligar-se das lutas sociais, no seu desenvolvimento histórico, entre espoliados e oprimidos, de um lado, e espoliadores e opressores, de outro.²⁴⁴

Se, de um lado, o Direito Natural, pela sua falta de concretude, esbarrava na dificuldade de sua efetivação, de outro, o Direito Positivo, em sua inicial despreocupação com o conteúdo, poderia ser utilizado como mecanismo de promoção de interesses contrários à justiça e ao bem-comum. A superação da dicotomia entre Direito Natural e Direito Positivo e a conjugação harmônica de suas características justificam-se porque, juntas, essas duas visões fortalecem-se mutuamente.

²⁴² António Maria M. Pinheiro Torres identifica essa proposta de superação da dicotomia entre jusnaturalismo e positivismo jurídico no pensamento de Paulo Cunha. Fazendo uma resenha das palavras proferidas por este professor numa palestra proferida na Academia da Ciência, em 1967, intitulada de “Positivismo Metodológico, uma solução de equilíbrio e de síntese para superar o dissídio fundamental entre jusnaturalismo e positivismo jurídico”, explica que: “Em seu entender o dissídio entre positivismo e jusnaturalismo provém de uma errônea colocação do problema, justamente no plano do método. E defende uma solução – que intitula de positivismo metodológico – a qual se caracteriza por fazer a síntese das duas concepções do Direito, mantendo o lugar do Direito Positivo e o lugar do Direito Natural, ambos como realidade vivas e substanciais mas decorrendo em planos distintos. O Direito Positivo, como direito efetivo, como direito jurídico, e o Direito Natural como direito superior, como direito filosófico. As relações entre um e outro são de ordem meta jurídica. E se, fieis a um método rigoroso, os juristas souberem lidar com as duas realidades, cada uma em seu plano poderão ser em primeira linha positivistas, com todas as vantagens de certeza e de segurança que dessa posição são apanágio, sem deixarem de ser simultaneamente jusnaturalistas na zona distinta que respeita à legitimidade das normas e à legitimidade do poder político. O positivismo metodológico, com o ser positivismo na elaboração do material jurídico, não deixa de colocar o valor justiça no topo da escala dos valores, e de encontrar solução adequada e efetiva para as crises de lei injusta” (TORRES, António Maria M. Pinheiro. **O Valor da Justiça**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 58-59).

²⁴³ BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Padro Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 9-10.

²⁴⁴ LYRA FILHO, Roberto. **Para um Direito sem Dogmas**. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris – Editor, 1980 *Apud* HERKENHOFF, 2006, p. 47.

Essa conjugação se verificou, fundamentalmente, de duas formas: na atribuição de elementos valorativos e referenciais interpretativos²⁴⁵ à norma positivada, essencialmente através dos princípios de direito, a que nos deteremos no próximo tópico da pesquisa, e na positivação do direito natural.

Essa segunda forma de aproximação das duas formas de vislumbrar o direito (positivismo e jusnaturalista) se verifica na crescente inclusão de conteúdos de Direito Natural nos diplomas jurídicos, seja através da criação de diplomas exclusivos para esse fim, como a Declaração dos Direitos Humanos, seja pela integração desses conteúdos de direitos fundamentais nas cartas constitucionais²⁴⁶.

A Declaração dos Direitos Humanos foi consagrada pela Organização das Nações Unidas, em 1948, como um conjunto de regras humanistas universais, em reflexo às atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial. O reconhecimento de que o homem necessita de um conjunto mínimo de direitos para exercer sua condição humana foi o fundamento para a edição desta e de outros diplomas internacionais com natureza humanista.

Segundo António Pedro Barbas Homem e Cláudio Brandão:

a afirmação dos direitos humanos, dentro da cultura euro-americana, derivou da busca dos *direitos universais do indivíduo*, assim entendido o ser enquanto portador de um feixe de direitos adquiridos pela sua pertença ao gênero humano, o que confere uma especial dignidade à sua existência²⁴⁷ (grifos no original).

Tanto na promoção dos direitos humanos através de diplomas internacionais, seja na consagração dos mesmos nas próprias cartas magnas nacionais, o que percebe é a identificação do que Herkenhoff chamou de “núcleo seguro”²⁴⁸ ou do que denominamos de um conteúdo axiológico estável. É a identificação de que, embora não mais se sustente um Direito Natural absoluto e imutável, eis que seu

²⁴⁵ SALDANHA, Nelson. **A Politicidade do Direito e o Problema do Direito Natural**. In: Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa: 1992, p. 335.

²⁴⁶ Javier Hervada explica que a positivação do Direito Natural é “passagem à vigência histórica (integração num sistema jurídico aplicável) de uma norma natural de direito ou de um direito natural”²⁴⁶. Para o autor, a positivação do direito natural se dá em duas etapas. Na primeira, que ele denomina de positivação propriamente dita, ocorre a incorporação da norma de direito natural na ordem jurídica ou a adaptação de uma regra já vigente às exigências da sociedade. Na segunda, que ele se refere como de formalização, acontece a “tecnificação dos distintos factores e elementos que integram o direito, mediante o recurso de dar-lhes uma forma, atribuir-lhes uma eficácia precisa, a si mesmos e em relação com os demais, prever os instrumentos técnicos para realizar e garantir a sua eficácia, estabelecer as condições e requisitos para que sejam válidos ou eficazes, etc” (HERVADA, Javier. **Crítica Introdutória ao Direito Natural**. Trad. Joana Ferreira da Silva. Porto: Rés Editora, 1990, p. 163).

²⁴⁷ HOMEM, António Pedro Barbas (Org); BRANDÃO, Cláudio (Org). **Do Direito Natural aos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 11.

²⁴⁸ HERKENHOFF, 2006, p. 46.

conteúdo encontra-se histórica e racionalmente vinculado e não espontânea e metafisicamente originado, é possível identificar uma pequena parcela jurídica que é constante, genérica e pouco variável, relacionada aos direitos fundamentais do homem.

Assim, da mesma forma que o processo histórico revela uma evolução dos conteúdos axiológicos, evidencia, ainda, a existência de determinados valores fundamentais, relacionados a inviolabilidade da pessoa humana, que se mantém constantes. Essas “invariantes axiológicas”, para Miguel Reale, “tornaram a experiência jurídica possível”.²⁴⁹

Nas palavras do Papa Pio XII:

O estudo da história e da evolução do direito desde tempos remotos ensina que, por um lado, uma transformação das condições económicas e sociais (e muitas vezes até das condições políticas) exige novas formas dos postulados de direito natural, com as quais já não se coadunam os sistemas até então dominantes; mas, por outro lado, ensina também que, apesar destas transformações, as exigências fundamentais da natureza reaparecem sempre e se transferem com maior ou menor premência de uma geração à outra²⁵⁰.

Gustav Radbruch, após vivenciar a experiência da Segunda Guerra Mundial, aproximou-se deste conteúdo axiológico estável, a quem reconheceu a natureza de fundamento normativo absoluto e de vetor limitativo do direito positivo²⁵¹.

Como muito bem apontou o Prof. L. Cabral de Moncada, no Prefácio à 3ª edição da obra *Filosofia do Direito*, de Radbruch:

Este ideal normativo não chega a adquirir no seu pensamento, é certo, a consistência de um critério objetivo de segura aplicação prática na vida. Mas leva-o, em todo o caso, a reconhecer o caráter de inviolabilidade, de valor sagrado e absoluto, dos direitos da pessoa humana, bem como de um certo número de outras representações jurídicas, núcleo de ferro, como o que está na base das doutrinas do jusnaturalismo católico e de certas ideias protestantes de formação recente, nas quais a ideia de um direito superior à lei poderá, segundo ele, auferir uma nova seiva vital e vivificante.²⁵²

Radbruch reconhece que existem valores relacionados aos direitos humanos que “são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo, de tal modo que toda a lei que os contrarie não poderá deixar de ser privada de validade”²⁵³.

Explica que:

²⁴⁹ REALE, 2003, pp. 115-116.

²⁵⁰ Considerações feitas perante os membros do *Centro Italiano di Studi per la Riconciliazione Internazionale* Apud KELSEN, 2001, p. 139.

²⁵¹ RADBRUCH, 1979, p. 417.

²⁵² *Idem*, pp. 11-12.

²⁵³ *Idem*, p. 417.

Há quem lhes chame de direito natural e quem lhes chame direito racional. Sem dúvida, tais princípios acham-se, no seu pormenor, envoltos em grandes dúvidas. Contudo o esforço de séculos conseguiu extrair deles um núcleo seguro e fixo, que reuniu nas chamadas declarações dos direitos dos homens e do cidadão, e fê-lo com um consentimento de tal modo universal que, com relação a muitos deles, só um sistemático cepticismo poderá ainda levantar quaisquer dúvidas²⁵⁴.

Os valores jurídicos representam importantes molduras para a atividade jurídica interpretativa porque além de serem determinados objectivamente pela história, e não subjetivamente pelo intérprete, como vimos no capítulo anterior, apresentam, apesar de seu historicismo, um núcleo de conteúdo mais estável que é importante elemento na verificação da validade material do preceito legal e vetor da atividade interpretativa jurídica.

4.2. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

O conhecimento científico - seja ele relacionado às ciências naturais ou às ciências sociais, nas quais se inclui o conhecimento jurídico – é aquele que se realiza através de um método. É, segundo Miguel Reale, “aquele que obedece a um processo ordenatório da razão, garantindo-nos certa margem de segurança quanto aos resultados, a coerência unitária de seus juízos e a sua adequação ao real”²⁵⁵.

O instrumento através do qual a ciência apreende o conhecimento é a categorização, ou seja, a classificação dos objetos e fenômenos estudados de acordo com suas qualidades²⁵⁶, através da identificação de tipos, leis e princípios. O Direito utiliza-se muito dessa categorização do conhecimento; seja através dos tipos, que seriam os modelos que reputam uma conduta como lícita ou ilícita; seja através das leis, aqui não no sentido jurídico corrente de um enunciado normativo de conduta, mas no sentido mais geral de nexos de constância e uniformidade verificados na realidade jurídica; seja através dos princípios, que são enunciados a que se chegam através da atividade redutora e verificadora da certeza de juízos²⁵⁷.

²⁵⁴ RADBRUCH, 1979, p. 417.

²⁵⁵ REALE, 1969, p. 50.

²⁵⁶ Como bem explicou Miguel Reale, “tôdas as ciências albergam uma tipologia, que é sempre forma adaptável de *categorização* como momento essencial do saber científico. Observamos a realidade, verificamos os vários sêres, e procuramos atingir tipos que reúnam as qualidades comuns a uma série de fenômenos ou de casos. O Direito também é uma ciência tipológica. Podemos mesmo dizer que o Direito é uma das ciências que mais dependem do elemento tipológico.” (REALE, 1969, p. 51, *itálico no original*)

²⁵⁷ REALE, 1969, pp. 52-54.

Princípios são conceitos jurídicos, positivados ou não, que antecedem logicamente os demais preceitos jurídicos, e que são instrumentos de compreensão científica do direito. Nas palavras de Miguel Reale:

Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam *princípios* certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários²⁵⁸.

O ordenamento jurídico brasileiro está repleto de referências expressas acerca dos princípios como instrumentos de interpretação e de integração normativa. É o que se verifica, a título exemplificativo, nos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²⁵⁹, no artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho²⁶⁰ e nos artigos 1º e 8º do Código de Processo Civil²⁶¹.

No Código Civil português, por exemplo, é curiosa a enorme quantidade de vezes que o princípio da boa-fé é referenciado em seus dispositivos. No art. 3º, a boa-fé é indicada como padrão positivo para a identificação de um uso como fonte de direito²⁶². No art. 334º, a boa-fé, ao lado dos bons costumes e do fim social e

²⁵⁸ REALE, 1969, pp. 54.

²⁵⁹ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. (BRASIL. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com redação da ementa alterada pela Lei nº 12.376, de 2010. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 28 de maio de 2018.)

²⁶⁰ Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. (BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 28 de maio de 2018.)

²⁶¹ Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. (BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 18 de maio de 2015.)

²⁶² Artigo 3º (Valor jurídico dos usos) 1. Os usos que não forem contrários aos princípios da boa fé são juridicamente atendíveis quando a lei o determine. 2. As normas corporativas prevalecem sobre os usos. (PORTUGAL. **Código Civil**. DL nº 47.344, de 25 de novembro de 1966. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=301&artigo_id=&nid=775&pagina=4&tab_ela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em: 28 de maio de 2018.)

econômico do direito, é indicada como parâmetro que, na hipótese de extrapolação dos seus limites, caracteriza o abuso de direito²⁶³.

Antônio Menezes Cordeiro aborda com profundidade a boa-fé em seu Tratado de Direito Civil. Para o autor, essa referência à boa-fé em mais de setenta artigos²⁶⁴ se deve à importância do instituto como elemento interpretativo e como instrumento de promoção do próprio princípio da igualdade previsto constitucionalmente. Essa relevância justifica-se porque “tratar um sujeito confiante pela mesma bitola dispensada a um outro não confiante equivale a tratar o diferente de modo igual”, de forma que “encontramos, na tutela da confiança, um modo de concretização dos valores últimos do sistema”²⁶⁵.

Apesar de o legislador brasileiro e português recorrer à consagração expressa de alguns princípios ao longo do ordenamento jurídico, o que a nosso ver é louvável porque representa o processo de aproximação do direito positivo aos valores que lhe dão validade material, eventual atitude de abstenção nesse sentido não representaria qualquer impossibilidade de os princípios jurídicos, ainda que não positivados, serem invocados pelo julgador na sua atividade de interpretação da norma.

Como bem observa Miguel Reale:

O jurista não precisaria estar autorizado pelo legislador a invocar princípios gerais, aos quais deve recorrer sempre, até mesmo quando encontra a lei própria ou adequada ao caso. Não há ciência sem princípios, que são verdades válidas para um determinado campo do saber, ou para um sistema de enunciados lógicos. Prive-se uma ciência de seus princípios, e tê-la-emos privado de sua substância lógica, pois o Direito não se funda sobre normas, mas sobre os princípios que as condicionam e as tornam significantes²⁶⁶.

Positivados ou não, os princípios ganharam espaço como instrumentos valorativos na interpretação do direito positivo²⁶⁷. O pensamento jusfilosófico do pós-

²⁶³ Art. 334º (Abuso de Direito) É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito. (PORTUGAL. **Código Civil**. DL nº 47.344, de 25 de novembro de 1966. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=301&artigo_id=&nid=775&pagina=4&tab_ela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em: 28 de maio de 2018.)

²⁶⁴ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de Direito Civil**. Tomo I – Parte Geral. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 223.

²⁶⁵ *Idem*, pp. 237-238.

²⁶⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969, pp. 56.

²⁶⁷ Para Larenz os princípios são “critérios teleológicos-objectivos da interpretação”. “Alguns deles estão expressamente declarados na Constituição ou noutras leis; outros podem ser deduzidos da regulação legal, da sua cadeia de sentido, por via de uma ‘analogia geral’ ou do retorno à *ratio legis*; alguns foram ‘descobertos’ e declarados pela primeira vez pela doutrina ou pela jurisprudência, as

positivismo e a corrente do neoconstitucionalismo, normalmente relacionados a nomes como Ronald Dworkin, buscam objetivar esse processo de compatibilização do direito positivo com os conteúdos valorativos.

Como bem observam Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes e Guilherme Pereira Dolabella Bicalho:

As principais características desse novo posicionamento teórico podem ser identificadas, em suma, como a) a abertura valorativa do sistema jurídico e, sobretudo, da Constituição; b) tanto princípios quanto regras são considerados normas jurídicas; c) a Constituição passa a ser o locus principal dos princípios; e d) o aumento da força política do Judiciário em face da constatação de que o intérprete cria norma jurídica²⁶⁸.

Os princípios são recebidos, portanto, como as pautas diretivas, como as cápsulas de valores, a que se recorre o juiz na interpretação do direito. São os instrumentos que agregam sentido às normas jurídicas, que direcionam a construção jurídica no caso de lacunas e que possibilitam a oxigenação do sistema jurídico.

Da mesma forma que os princípios estimulam a validação ética do direito positivo, representam a moldura dentro da qual a normatização construtiva do direito é realizada. A característica dos princípios gerais de direitos representarem os valores máximos do sistema jurídico, o colocam tanto como marcos a serem atingidos na concretização do direito, como balizas na construção jurídica.

Essa dupla finalidade dos princípios que os colocam em situação de relevância na interpretação jurídica, pode ser extraído do pensamento de Ronald Dworkin.

Para Dworkin, ao lado das regras de direito (*rules*), estão os princípios gerais de direito (*general principles of law*), que consagram “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade”²⁶⁹.

Para Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes e Guilherme Pereira Dolabella Bicalho, os autores do pós-positivismo, no qual incluem Dworkin, reconhecem “aos princípios densidade normativa suficiente para reger diretamente as relações

mais das vezes atendendo a casos determinados, não solucionáveis de outro modo, e que logo se impuseram na ‘consistência jurídica geral’, graças a força de convicção a eles inerente” (LARENZ, 2014, p. 674).

²⁶⁸ FERNANDES e BICALHO, 2011, p. 114.

²⁶⁹ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36 *Apud* FERNANDES e BICALHO, 2011, p. 122.

intersubjetivas”²⁷⁰. Os princípios são considerados, portanto, juntamente com as regras jurídicas, normas de direito²⁷¹.

A diferença estaria na característica de modulação dos princípios. Os princípios podem ser sopesados, relacionados a outros princípios e, assim, serem delimitados mutuamente. Como bem observado por Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes e Guilherme Pereira Dolabella Bicalho:

Quanto à produção de efeitos, os princípios instituem obrigações *prima facie* porque podem ser superadas, ou ter reduzido seu âmbito de abrangência em face da colisão com outro princípio – sua concreção específica se dá com a delimitação de sua amplitude pelos demais princípios. São aplicáveis em maior ou menor medida a partir do diálogo com os demais.

Para além de verdadeiras regras, ou seja, de verdadeiros direitos a serem concretizados na prática judicial, os princípios são tratados, por Dworkin como um dos instrumentos para garantia da integridade do direito.

O princípio da integridade é, para Dworkin, aquele que “instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada – expressando uma concepção coerente de justiça e equidade”²⁷².

No direito como integridade, verifica-se aquele mesmo movimento de retrospecção e prospecção mencionado por Miguel Reale na sua teoria dos modelos, na medida em que há, tanto a consideração dos direitos e deveres reconhecidos pelas decisões passadas, como o incentivo à continuidade de seu interpretar.

O direito como integridade propõe uma construção interpretativa que vai além do convencionalismo²⁷³ e do pragmatismo²⁷⁴, correntes que até então marcaram história no cenário jurídico do *common law*. Reconhece que o direito decorrente das

²⁷⁰ FERNANDES e BICALHO, 2011, p. 119.

²⁷¹ “Para Dworkin (2002, p. 39), as duas espécies de normas podem ser entendidas como conjuntos de padrões que “apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas”. Ou seja, tanto princípios como regras impõem padrões de conduta aos cidadãos, caracterizados como normas jurídicas”. (FERNANDES e BICALHO, 2011, p. 119).

²⁷² DWORKIN, 2014, p. 272.

²⁷³ Segundo Dworkin, “o convencionalismo exige que os juízes estudem os repertórios jurídicos e os registros parlamentares para descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui poder legislativo” e, “uma vez, porém, que um juiz tenha aceito o convencionalismo como guia, não terá novas ocasiões de interpretar o registro legislativo como um todo, ao tomar decisões sobre casos específicos” (DWORKIN, 2014, p. 272).

²⁷⁴ “O pragmatismo exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro. Esse exercício pode pedir a interpretação de alguma coisa que extrapola a matéria jurídica: um pragmatismo utilitarista talvez precise preocupar-se com a melhor maneira de entender a ideia do bem-estar comunitário, por exemplo. Uma vez mais, porém, um juiz que aceite o pragmatismo não mais poderá interpretar a prática jurídica em sua totalidade” (*Idem*, p. 273).

decisões jurídicas do passado “contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificação”²⁷⁵.

O juiz, ao decidir, age como autor e crítico, porque “introduz acréscimos na tradição que interpreta” e os “futuros juízes deparam com uma nova tradição que inclui o que foi feito por aquele”, como um “romance em cadeia”²⁷⁶.

Para Dworkin:

Em tal projecto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista de cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade²⁷⁷.

A integridade que Dworkin defende no processo interpretativo é esse respeito a um “romance” unificado. A parcela de novidade deve representar continuidade e não simples recomeço do roteiro. A liberdade criativa do romancista em cadeia seria um meio termo entre a falta de liberdade do tradutor do texto e a liberdade absoluta do autor de um romance novo²⁷⁸.

Da mesma forma que o romancista em cadeia deve abrir mão das preferências artísticas que faria prevalecer num romance só seu, haja vista a obrigação que tem de compatibilizar o prosseguimento da história com as opções artísticas já escolhidas pelo romancista anterior, o jurista deve abrir mão da interpretação que resultaria mais compatível às suas ideologias políticas para optar por aquela mais coerente com a integralidade do direito.

Para Dworkin, “quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral”²⁷⁹.

Para garantia dessa integridade do direito, cabe ao intérprete, de um lado, a observância da “vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade”²⁸⁰, e, de outro, o “conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a

²⁷⁵ DWORKIN, 2014, pp. 273-274.

²⁷⁶ *Idem*, p. 275.

²⁷⁷ *Idem*, p. 276.

²⁷⁸ *Idem*, p. 281.

²⁷⁹ *Idem*, p. 305.

²⁸⁰ *Idem*, p. 294.

equidade e o devido processo legal”, ou seja, a “comunidade dos princípios”²⁸¹. A interpretação jurídica deve, portanto, buscar conciliar consistência com a construção normativa global e coerência com o conjunto de valores jurídicos²⁸².

Essa tarefa não é, de fato, simples, tanto que Dworkin recorre à figura fictícia do juiz Hércules e reconhece que um juiz real só consegue imitar o juiz hercúleo até certo ponto²⁸³. Hércules como juiz que promove o direito como integridade na perfeição é mais uma inspiração aos demais juízes, do que um padrão que se consiga ser efetivamente seguido.

De qualquer sorte, talvez o que Dworkin espere dos juízes apenas a intenção constante de promover a integridade do direito e não necessariamente que as soluções interpretativas alcancem, sempre, esse ideal.

O que, entretanto, pretendemos enfatizar nesse ponto, é a colocação dos princípios de direito como elementos de balizamento, modulação, da atividade interpretativa. E essa moldura através dos princípios torna-se ainda mais relevante, para Dworkin, no julgamento dos *hard cases*²⁸⁴, ou seja, “nos casos em que ainda não foi estabelecida uma regra jurídica para o caso a decidir ou, em que, se está foi de fato fixada, não contém, todavia, instruções claras e inequívocas”²⁸⁵.

Assim, embora possa se questionar se a análise dos princípios conduziria a uma única solução correta (até porque não nos parece que a discussão da correção de uma solução possa ser feita abstratamente, se não em relação às circunstâncias concretas, o que, por essa mesma razão, impossibilita a comparação e assim a estipulação de um critério do que seja correção), fato é que a aproximação a uma solução correta só se faz através da consideração dos princípios gerais do direito.

4.3. A IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLUTIZAÇÃO APRIORÍSTICA DOS VALORES DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA JUSTIÇA E DO BEM-COMUM

Não se pretende, neste trabalho, descobrir o conteúdo dos valores que fundamentam e orientam o fenômeno jurídico. Estes, como já vimos, a despeito de uma parcela com características mais invariáveis, são, em geral, o resultado do processo histórico que os alimenta. A identificação da substância dos valores jurídicos além de configurar uma tarefa pretensiosa, que demandaria uma

²⁸¹ DWORKIN, 2014, p. 291.

²⁸² NEVES, 2010, p. 357-358.

²⁸³ DWORKIN, 2014, p. 294.

²⁸⁴ MAZUREK, Per. **Teoria Analítica do Direito**. In: KAUFMANN e HASSEMER, 2015, p. 379.

²⁸⁵ KAUFMANN e HASSEMER, 2015, p. 378.

investigação específica para esse fim, parece-nos mais justificada no plano concreto, na relação com os fatos jurídicos que lhe dão contexto e através da dialeticidade com os outros valores envolvidos.

Para nós, nessa pesquisa teórica, faz mais sentido discutir aspectos que consideramos relevante na temática dos valores jurídicos e que podem auxiliar no pensamento crítico sobre ao assunto, do que propriamente apresentar algum conceito ou possível resultado.

Nesse ponto, optamos por abordar a eterna dialeticidade entre os valores jurídicos e sugerimos a possibilidade de classificação dos valores em três grandes espécies: valores relacionados à justiça, valores relacionados ao bem-comum e valores relacionados à segurança jurídica.

Com a ideia de justiça, enquadramos os valores que promovem a relação de igualdade entre os sujeitos de direito, na consagração de seus direitos individuais. Segundo Radbruch, a justiça manda tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais, na medida de sua desigualdade²⁸⁶. A personalidade individual aqui é o bem a ser resguardado.

Como bem-comum, identificamos os valores relacionados à coletividade, aos direitos que visam proteger a sociedade, a personalidade coletiva.

E com segurança jurídica, referimo-nos ao conjunto de valores que consagram a proteção da própria instituição do Direito, a sua previsibilidade, certeza e funcionalidade, bem como, em uma visão mais global de segurança, aos valores que promovem a paz social.

Miguel Reale propõe a distinção de duas faces da segurança, a primeira mais subjetiva, relacionada ao sentimento de segurança do sujeito em face do complexo de regras, e, a segunda, mais objetiva, entendida como o conjunto de instrumentos para garantir o sentimento de segurança, a que chama de certeza. Reale bem observa que nem sempre a absolutização da parte objetiva da segurança leva a consagração do sentimento de segurança. Explica que:

certeza e segurança formam uma 'díade' inseparável, visto como, se é verdade que quanto mais o direito se torna certo, mais gera condições de segurança, também é necessário não esquecer que a certeza estática e definitiva acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas à vida, e essa impossibilidade de inovar acabaria gerando a revolta e a insegurança. Chego mesmo a dizer que uma segurança absolutamente certa seria uma razão de insegurança, visto ser conatural do

²⁸⁶ RADBRUCH, 1979, p. 124.

homem – único ente dotado de liberdade e de poder de síntese – o impulso para a mudança e perfectibilidade, o que Camus, sob outro ângulo, denomina de ‘espírito de revolta’.²⁸⁷

O principal instrumento utilizado para a promoção da segurança jurídica é a positivação, que é a declaração, no universo incerto da justiça, daquilo que se toma como justo. Nas palavras de Anselm Feuerbach, o direito positivo tem o papel de “criar a paz nas relações humanas durante a luta das opiniões, ou enquanto dura a batalha entre os filósofos”²⁸⁸. Independentemente da maior ou menor proximidade do direito positivado com o ideal da justiça, sua existência já representa o importante papel de consagração de outro ideal importante, a segurança jurídica.

Embora não se utilize das expressões justiça, bem-comum e segurança-jurídica, Radbruch identifica também três espécies de valores jurídicos: os individuais, os coletivos e os de obra²⁸⁹. E a partir disso reconhece três formas de pensar os valores: a concepção individualista, a concepção supra individual e a concepção transpersonalista:

Para a concepção individualista os valores culturais e os colectivos acham-se, portanto, ao serviço dos valores da personalidade. A cultura é apenas um meio para a formação e desenvolvimento da personalidade. O Estado e o direito não passam de instituições para a segurança e promoção do bem estar dos indivíduos.

Para a concepção supra-individualista, pelo contrário, tanto os valores da personalidade como os da cultura acham-se subordinados e ao serviço dos valores colectivos. Moralidade e cultura ao serviço do Estado e do direito.

Para a concepção transpersonalista, enfim, os valores individuais e os colectivos acham-se colocados ao serviço da Cultura e estão-lhes subordinados.²⁹⁰

Radbruch sugere, com acerto, a necessidade de uma relação dialética entre essas três concepções, por entender que os fins últimos de cada uma delas só são atingidos com os esforços para se alcançar os das outras²⁹¹.

Para Radbruch:

Assim como, segundo já notámos, a personalidade só pode alcançar-se e desenvolver-se por meio da completa consagração do indivíduo a uma obra que o transcende, do mesmo modo uma grande obra, verdadeiramente notável, só pode ser emanção duma rica e forte personalidade. ‘Só cria grandes coisas quem não pode deixar de as criar’. E assim como com a personalidade, também com a Nação. Esta é também o pressuposto necessário de toda a verdadeira ‘comunidade’ ao serviço de uma obra cultural. Porque não deve perder-se de vista que o verdadeiro fim de todo o esforço desenvolvido através da ‘comunidade’, não reside propriamente na

²⁸⁷ REALE, 2003, p. 95.

²⁸⁸ FEUERBACH *Apud* RADBRUCH, 1979, p. 180.

²⁸⁹ RADBRUCH, 1979, p. 126.

²⁹⁰ RADBRUCH, 1979, pp. 130-131.

²⁹¹ *Idem*, p. 133.

obra em si, individualmente considerada – como seria, por exemplo, o livro que dorme na biblioteca, ou a estátua que jaz aí por terra – mas sim na própria Cultura, no seu todo vertebrado, na sua unidade viva, dentro de cujo sistema todos os valores culturais têm o seu lugar marcado. Ora esta unidade, de que falamos, não reside nas próprias obras culturais em si mesmas, mas na consciência de que a todas envolve; como não reside tão-pouco – note-se ainda – numa consciência individual, sempre incapaz de as assimilar na sua plenitude, mas na consciência coletiva da nação que abrange as de todos os indivíduos e prende umas às outras as diferentes gerações.

Por tudo quanto acabamos de dizer se vê, pois, que a identificação de toda a vida individual e coletiva com a ideia dum *fim último* – quer seja esse fim a ideia de personalidade, quer a de personalidade coletiva, quer a de cultura – não passa afinal de uma particular acentuação que fazemos dum ou outro elo da mesma cadeia sempre fechada e que jamais é possível romper. É que as três concepções possíveis acerca do direito e do Estado, de que acima falámos, também outra coisa não representa afinal senão uma diversa colocação do acento tónico num ou outro dos elementos de um todo incindível²⁹².

A promoção dos direitos individuais dos homens, relacionados à igualdade e liberdade pressupõe a existência de uma coletividade do que qual esse homem faça parte e na qual mantém relações com os demais. A valorização das individualidades só se justifica se não resultar em desordem social e em desrespeito às necessidades coletivas. A identificação dessas necessidades coletivas (ou “Fim”, como prefere se referir Radbruch²⁹³), contudo, pela sua natureza de maior relatividade, podem envolver opções arbitrárias dos que “dizem” o direito²⁹⁴. E aí, entram os valores da segurança jurídica e da certeza para estabilizar certos conteúdos e, assim, evitar surpresas desastrosas. Para Radbruch, “se não é possível estabelecer aquilo que é justo, deve ao menos ser possível estabelecer aquilo que ficará sendo o direito”²⁹⁵.

Segundo Radbruch, essas três ideias relacionados ao direito “condicionam-se e exigem-se reciprocamente”²⁹⁶. A justiça e a segurança envolveriam conteúdos com maior estabilidade, ao passo que a ideia do que chama “Fim” - ou de interesse da coletividade ou bem-comum, como preferimos, - estaria sujeita à maior relatividade, porque mais influenciada pelo contexto histórico e pelo plano concreto da realidade.

²⁹² RADBRUCH, 1979, pp.135-136.

²⁹³ *Idem*, p. 161.

²⁹⁴ Radbruch considera que à “pergunta acerca do fim para o qual o direito serve, não pode ser dada uma resposta segura e inequívoca”. Para o autor, “só dentro de uma orientação relativista – isto é, consoante o ponto de vista de cada qual, na sua posição partidária, em harmonia com o sistema das duas concepções acerca do direito e do Estado – é que tal resposta pode ser dada” (*Idem*, 1979, p. 160).

²⁹⁵ *Idem*, p. 160.

²⁹⁶ *Idem*, p. 162.

Essa maior variabilidade do conteúdo do bem-comum não torna esse ideal menos importante em relação aos outros dois. Como bem observou Radbruch, há uma tendência de o jurista abstrair-se da realidade que o envolve e de se limitar ao discurso de conceitos abstratos. Essa tendência, que vemos como um reflexo remanescente das correntes formalistas do Direito, priva a atenção do jurista da “vida real na sua fluente riqueza de formas”.

Para o autor:

Esta forma degenerativa surge quando o ‘homem jurídico’, para só atender à justiça e à segurança da ordem jurídica, esquece o terceiro aspecto da ideia de direito, que é justamente, como se sabe, o do fim ou finalidade a que este deve subordinar-se. Ora, assim como o *homo juridicus* se aproxima, pelo lado da justiça e da segurança do direito, do tipo do homem teórico, assim, pelo que toca à ideia de fim, ele se aproxima do tipo do homem social, para não dizer já do *homo politicus*²⁹⁷.

Relativa também seria a determinação da relação de primazia entre essas ideias. Na época jusnaturalista pretendia-se extrair do ideal de justiça todo o conteúdo jurídico. No positivismo, de outra parte, o direito era reduzido a sua positividade e à sua função de segurança.

Da mesma forma que as ideias de justiça e bem-comum podem ser preenchidas com conteúdos diversos, às vezes até com soluções monstruosas, a segurança jurídica pode ser invocada na implantação de conteúdos positivos que fomentam soluções ilegítimas.

Por essa razão é que sustentamos a impossibilidade de opção apriorística de um desses valores. Qual dessas três esferas valorativas irá ter maior destaque é questão que só se chega concretamente, com a colocação dialética delas e com o levantamento de qual desses valores encontra maior peso, de acordo com a análise das normas constitucionais e com os princípios relacionados à matéria.

Até porque, muitas vezes, os valores acham-se enraizados uns aos outros, não sendo possível identificar com previsão se uma solução privilegiaria um ou outro. A segurança jurídica, por exemplo, tem recebido contornos mais alargados da doutrina.

O jurista brasileiro e ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Edson Fachin, já chegou a se utilizar da expressão segurança jurídica material, para se

²⁹⁷ RADBRUCH, 1979, p. 213.

referir à previsibilidade no tratamento igualitário e na defesa da justiça social, relacionando, portanto, segurança-jurídica com justiça e com bem-comum²⁹⁸.

Luiz Edson Fachin cita o acórdão do Supremo Tribunal Federal relativo ao reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo²⁹⁹ para defender

²⁹⁸ FACHIN, Luiz Edson. Os “corpos do rei” e a segurança jurídica: o que esperar das cortes superiores? In: **Revista Consultor Jurídico**, 2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-abr-05/processo-familiar-corpos-rei-seguranca-juridica-esperar-cortes-superiores>. Acesso em 22 de maio de 2018.

²⁹⁹ A decisão do Supremo Tribunal Federal mencionada por Fachin parece ser a proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4277/DF) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 132/RJ), que reconheceu a união estável homoafetiva. A crítica a esse julgado é a de que o STF teria usurpado da competência legislativa e disciplinado questão não prevista em lei. De outro lado, estão quem, como Fachin e eu, entendem que o STF agiu dentro dos limites de sua competência, porque dentre os resultados possíveis em uma ação direta de Inconstitucionalidade, ao lado da declaração da nulidade total ou parcial do preceito de lei, está a fixação de interpretação da norma conforme os preceitos constitucionais. Vale citar a ementa do julgado: EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar

que a decisão, embora considerada por alguns demasiadamente ativista, não feriu a segurança jurídica, na medida que apenas reconheceu o óbvio, que as garantias fundamentais se aplicam a todos. Para Facchin:

A noção formalista de segurança jurídica, corolário do positivismo jurídico, não mais se adéqua ao atual estado de arte e de direito. Nesta senda, a segurança jurídica material não prescinde da previsibilidade e coerência sistêmica, no entanto, amplia a percepção de mundo do direito para trazer para a noção de previsibilidade e segurança do ordenamento o ideal de bem comum e justiça social³⁰⁰.

no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4.277/DF, Rel. Ministro Ayres Brito, acórdão publicado em 14/10/2011).

³⁰⁰ FACHIN, 2015, p. 2.

António Manuel Hespanha relaciona a ideia de segurança jurídica com a de consenso e de estabilidade da solução. Para o autor o conflito entre conteúdo legal e conteúdo ético resolve-se pela “solução mais consensual e estabilizadora”³⁰¹. Com base nesse raciocínio, a liberdade interpretativa/concretizadora seria melhor recepcionada quando a solução por ela proposta representasse maior eficácia estabilizadora dos conflitos jurídicos e, de outro lado, seria mais questionada se agitasse ainda mais as controvérsias em questão. Seguindo essa ordem de raciocínio, uma decisão que, por exemplo, reconhece a união homoafetiva pode ser melhor ou pior recebida de acordo com o grau de aceitação social dessa circunstância.

Inicialmente, Radbruch mostrou-se mais tendente, de maneira geral, a priorizar a ideia de segurança jurídica³⁰². Para o autor, “é mais importante que exista primeiro que tudo, uma ordem jurídica, do que estar a discutir desde logo sua justiça e recta finalidade”³⁰³. Contudo, como bem observou L. Cabral de Moncada, as ideias de Radbruch quanto a relação entre os ideais de justiça, fim e segurança evoluíram “para uma subordinação mais acentuada dos dois últimos à justiça, havendo um mínimo desta, como os direitos da pessoa humana, que jamais poderão ser sacrificados ao fim e à segurança”³⁰⁴.

Da obra de Miguel Reale é possível extrair que o autor, de uma maneira geral, considera a justiça e o bem-comum valores-fim e a segurança um valor-meio. O autor reconhece, contudo, que a segurança pode vir a se tornar valor-fim sob algumas perspectivas. O que efetivamente defende o autor é o carácter dialético da realidade histórica e a liberdade e responsabilidade do homem na condução do seu percurso. Para o autor:

nesse poderoso e plástico contexto que o homem trabalha, almejando a segurança e receando-se de seus excessos; reclamando ordem e temendo-lhe o peso desmedido; seduzido pela certeza e perplexo diante de suas imobilidades manietadoras; pugnando por justiça, mas com desconfiança

³⁰¹ HESPANHA, António Manuel. Ideias sobre Interpretação. In: DIAS, Augusto Silva; RAPOSO, João António; ALVES, João Lopes; D’ALMEIDA, Luís Duarte e MENDES, Paulo de Sousa (Organizadores). **Liber Amicorum de José de Sousa e Brito**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 54.

³⁰² O autor refere sentir “desprezo pelo padre que prega uma doutrina contrária às suas convicções; não, porém, pelo juiz que se não deixa desviar do respeito devido à lei, não obstante a oposição que na sua consciência experimenta contra ela, inspirada no seu sentimento jurídico. Porque a verdade é esta: o dogma só tem valor como expressão duma fé religiosa; a lei, essa, não o tem só como expressão da justiça, senão também como penhor da segurança e da ordem, sendo esta até a razão principal pela qual ela se acha colocada nas mãos dos juizes” (RADBRUCH, 1979, p. 182).

³⁰³ *Idem*, p. 160.

³⁰⁴ L. Cabral de Moncada em nota do tradutor (*Idem*, p. 168).

das formas estereotipadas das distorções e da rotina. Mas não haverá desespero, antes uma firme confiança, se, postos diante dessa perplexidade criadora, convenceremo-nos de que é no desafio da liberdade e no poder de síntese do espírito que se funda a dignidade do homem.³⁰⁵

Segundo Radbruch, “o direito se acha num permanente equilíbrio estável. O direito acha-se sempre ameaçado, e é só no meio de uma luta de tendências e polaridades opostas que pode ser restabelecido.”³⁰⁶

Jean Louis Bergel explica que alguns autores entendem que:

O direito deve tender para a ‘justa partilha, a boa conduta dos indivíduos, para a utilidade, a segurança, o bem estar deles’... ou para a ‘potência da nação, o progresso da humanidade, o funcionamento regular do organismo social’ (citando M. Villey)...Outros evocam, além das finalidades tradicionais que a justiça, a ordem, a segurança ou o progresso são, finalidades políticas, como a famosa trilogia da liberdade, igualdade e fraternidade ou garantias mais especialmente econômicas ou sociais materializadas pelas aspirações atuais do direito ao trabalho, saúde, à solidariedade etc. ou a proteção contemporânea do meio ambiente, da qualidade de vida, dos consumidores (citando A. Weill e F. Terré)... Ao diversificar assim as finalidades do direito, corre-se o risco de perde-las de vista e de confundí-las com simples regras técnicas que não passam de suas manifestações. Assim como M. Villey, podemos conceber para o direito quatro grandes finalidades; a justiça, a boa conduta, o serviço dos homens e o serviço da sociedade. Essas diversas perspectivas não se excluem necessariamente umas às outras. Parece mesmo bom conciliá-las. ‘Nossa concepção do direito visa combinar numa ideia de justiça considerações tiradas da moral e da equidade e considerações de utilidade social e de eficácia material. A autonomia do direito é ligada àquela de um equilíbrio, que julgaremos necessário, entre essas duas ordens de considerações’ (citando R. David)³⁰⁷.

Como bem observou Radbruch:

A Filosofia não foi feita para nos dispensar de tomar uma decisão, senão para nos obrigar a toma-la. A sua missão não consiste em nos tornar a vida fácil, mas, pelo contrário, problemática. Um sistema filosófico é alguma coisa como uma catedral gótica. Se os materiais de construção aí empregados se mantêm de pé e mutuamente se sustentam, é porque se acham contrapostos e de certo modo em luta uns com os outros. Como seria suspeita uma filosofia, sem pretender ver no universo uma harmoniosa construção racional, depois quisesse encaixar a este dentro dum sistema sem contradições! E como seria inútil a existência, se o mundo não fosse para nós, no fim das contas, uma enorme contradição, e se a vida não consistisse numa permanente responsabilidade de termos de nos decidir por alguma coisa!³⁰⁸

³⁰⁵ REALE, 2003, p. 97.

³⁰⁶ RADBRUCH, 1979, p. 220.

³⁰⁷ BERGEL, 2006, pp. 22-23.

³⁰⁸ RADBRUCH, 1979, p. 168.

Esses valores devem ser levados em conta nas decisões judiciais e a escolha de qual deles deve prosperar, na situação concreta, é a questão fundamental na interpretação³⁰⁹.

A opção valorativa não ocorre abstrata e aprioristicamente, ela se revela na prática, na comunhão entre a norma, as circunstâncias fáticas e o conteúdo axiológico historicamente determinado.

É preciso colocar no campo da práxis a dialética das referências, os valores em jogo e suas concepções historicamente determinadas e, através das diversas combinações, assumir um resultado compatível com a ordem jurídica com um todo e fruto da atividade criadora do homem, enquanto ser responsável pela sua própria história.

³⁰⁹ Segundo Larenz, “em caso de conflito, se se quiser que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito (ou um dos bens jurídicos em causa) tem que ceder até um certo ponto perante o outro ou cada um entre si. A jurisprudência dos tribunais consegue isto através de uma ‘ponderação’ dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o ‘peso’ que ela confere ao bem respectivo na respectiva situação. Mas ‘ponderar’ e ‘sopesar’ é apenas uma imagem, não se trata de grandezas quantitativamente mensuráveis, mas do resultado de valorações que – nisso reside a maior dificuldade- não só devem ser orientadas a uma pauta geral, mas também à situação concreta em cada caso” (LARENZ, 2014, p. 575).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A interpretação jurídica é um tema extremamente amplo na ciência do direito. Não obstante a obviedade desconcertante, o Direito é o que se entende como Direito. A interpretação jurídica, como processo de compreensão do direito, é indissolúvel do seu próprio objeto, e, portanto, assume a sua dimensão.

Justamente em razão da imensidão do assunto, é que, normalmente, ele costuma ser abordado sob perspectivas específicas. Pode-se optar por uma abordagem mais dogmática, em que são priorizadas as conceituações e as categorizações, com a finalidade de alcançar uma maior sistematização do tema. Pode-se priorizar uma visão mais filosófica, com maior preocupação pela compreensão global das questões que envolvem o assunto e que o fazem ser mais ou menos polêmicos no universo do conhecimento. É possível, também, a adoção de uma perspectiva histórica, preocupada em identificar as alterações nas concepções acerca do assunto em cada momento histórico. Cabe, ainda, uma análise mais empírica, através da investigação de como a interpretação vem sendo praticada na judicatura. Enfim, há muitas perspectivas que podem ser adotadas para análise da interpretação do direito.

Na presente pesquisa, em sentido contrário a essa opção por um viés de análise, propôs-se uma mescla desses ângulos de investigação, invocando-se os aspectos dogmáticos, filosóficos e históricos, bem como dando-se uma pincelada de exemplos práticos, onde cada uma dessas perspectivas se mostrava pertinente.

A delimitação, entretanto, foi de cunho temático. Restringiu-se o estudo da interpretação jurídica aos seus pontos de aproximamento com o aspecto axiológico do Direito. E, como ainda assim o objeto da pesquisa se mostrava demasiado abrangente, assumiu-se a tarefa de propor uma forma de condução de raciocínio que, entretanto, não pretendeu assumir a tarefa ingênua de esgotar todos os assuntos relacionados.

Optou-se por levantar algumas particularidades consideradas relevantes e relacioná-las numa análise crítica do tema. Não se pretendeu, ressaltar-se, abordar todos os assuntos relacionados ao assunto, nem mesmo esgotar cada uma dessas particularidades eleitas, mas sim relacioná-las numa proposta de perspectiva de estudo.

Além de uma opção metodológica, essa escolha revela nosso posicionamento pessoal de que, sem menosprezar a importância do conhecimento das particularidades jurídicas, a compreensão globalizante do fenômeno jurídico possibilita melhores condições críticas.

O que se pretendeu revelar na pesquisa é, fundamentalmente, que os valores do direito exercem duplo papel na interpretação jurídica. Representam, de um lado, mecanismos propulsores da participação construtiva do direito pelo intérprete e, de outro, parâmetros de balizamento dessa atividade.

E essa conclusão foi construída a partir das seguintes constatações.

Em primeiro lugar, que a interpretação jurídica é um processo construtivo, através do qual o intérprete continua a determinação do direito iniciada pelo legislador, integra as lacunas do ordenamento jurídico ou faz as modulações necessárias para se atingir o resultado axiologicamente esperado. Assim, como partícipe da construção normativa no caso concreto, o intérprete é também criador de direito. Essa conclusão mostrou-se possível quando os movimentos antiformalistas dos finais do século XIX e início do século XX derrubaram as ficções sobre as quais se edificava o positivismo jurídico legalista.

Em segundo lugar, que a experiência jurídica articula-se em três dimensões estruturais, traduzidas em fato, valor e norma. Essas dimensões correlacionam-se e definem-se mutuamente e, somente se analisadas em conjunto, revelam o fenômeno jurídico em sua completude e unidade.

Em terceiro lugar, que a interpretação jurídica traduz-se na busca da compreensão normativa compatível com os valores que incidem nos fatos jurídicos. E, dessa forma, revela-se, tanto na identificação da consistência axiológica da norma, como na apreensão das possibilidades normativas.

Em quarto lugar, que os valores representam, além da base da atividade interpretativa, os condicionantes desse processo construtivo do direito.

Como considerações finais à essas conclusões desenvolvidas ao longo do trabalho, podemos ressaltar que a complexidade que envolve o tema da interpretação jurídica decorre da complexidade de seu próprio objeto, o Direito. Se o fenômeno jurídico é dinâmico, é pulsante, as mesmas características devem ser esperadas da interpretação. E essa variabilidade no posicionamento jusfilosófico acerca da atividade interpretativa foi demonstrada no trabalho.

Cabe à ciência jurídica a eterna tarefa de estudar os contornos da interpretação jurídica e tentar estabelecer alguns parâmetros que auxiliem o intérprete nessa tarefa que, embora não seja simples, é crucial tanto para a realização dos direitos, como para a ventilação da ordem jurídica.

Nesse trabalho, indicamos algumas possibilidades que podem servir de instrumentos de condução do intérprete na quase hercúlea tarefa de bem interpretar o direito.

O historicismo axiológico, por exemplo, como processo de determinação dos conteúdos dos valores, legitima, quando devidamente considerado, a opção valorativa que guia a busca do sentido da norma. Afinal, o valor não tem sua concepção definida pelo intérprete, mas sim historicamente.

A dialética da complementariedade consagra a visão correlacional e unitária dos elementos do direito, bem como reconhece certa relatividade de seus conteúdos, na medida em que se determinam mutuamente. Isso é um importante sinalizador de que também a interpretação deve ser multifacetada e tentar aprender o fenômeno jurídico numa visão ampla de suas possibilidades, o que também indica a necessária preocupação com a compatibilização do direito como um todo, em sua integridade.

De forma mais específica como limites à atividade interpretativa, relevantes os aspectos invocados na pesquisa relacionados ao conteúdo axiológico estável, aos princípios gerais de direito e à relação de eterna ponderação existente entre os valores jurídicos, notadamente nas suas três grandes manifestações: justiça, bem-comum e segurança-jurídica.

O primeiro aspecto indica que, não obstante os valores sejam historicamente determinados e comumente variáveis em seu conteúdo, existe uma parcela axiológica que apresenta um percurso estável ao longo do tempo. Esse conteúdo mais rígido representa, portanto, importante fonte substancial dos ordenamentos positivados e deve ser sempre consagrado nas interpretações do direito.

Quanto aos princípios, são elementos com dupla finalidade: guiam o processo de determinação do direito e promovem a integridade do direito. São expressões axiológicas do direito as quais o intérprete deve recorrer e sopesar em conjunto.

A moderação dos valores entre si é uma característica que revela a necessidade de que essa análise seja feita no plano da concretude e não

aprioristicamente. É dentro do contexto fático e na proximidade com as circunstâncias envolventes da controvérsia que se poderá identificar os valores em discussão e partir para a construção da solução acertada.

Todos esses elementos não são capazes de traduzir um método interpretativo seguro. Talvez porque os critérios do confronto devam ser buscados no próprio contexto interpretativo. Talvez porque não há um único método, se não variadas possibilidades metodológicas que devem ser avaliadas pelo intérprete.

E aqui a criação do intérprete se torna ainda mais nítida. Se não é possível determinar *a priori* a forma como o intérprete deve agir em cada uma das situações que lhe forem colocadas, sendo possível apenas elencar alguns critérios, cabe-nos confiar no seu *mister*, na competência que as normas democráticas a ele atribuíram.

Esse espaço de atuação dado ao intérprete é restrito, porque vinculado à lei e subsidiário à função do Poder Legislativo. E eventual incorreção interpretativa, no âmbito judicial, pode ser ainda contornada pelos instrumentos processuais aplicáveis.

É preciso estudo, é preciso debate, mas não é preciso temer a atividade interpretativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à Ciência do Direito**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **Normas para formação de trabalho acadêmico**. Disponíveis em <http://www.normasabnt.net/>. Acesso em: 25 de maio de 2018.

BAGOLINI, Luigi. *Descrittiva pura del dato giuridico (Neopositivismo e fenomenologia)*. In: **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, Anno XXXII, Serie III, nov/dez de 1955.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Padro Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoría General del Derecho** (Obra coletânea de dois livros originalmente publicados em 1958 e 1960). Madri: Debate, 1993 (segunda reimpressão da primeira edição de 1991).

BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del Derecho**. Ciudad de México: Colección Popular, 1942.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 18 de maio de 2015.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 28 de maio de 2018.

BRASIL. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com redação da ementa alterada pela Lei nº 12.376, de 2010. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 28 de maio de 2018.

BRITO, Paulo de. Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico: algumas reflexões. In: **Para Jorge Leite Escritos Jurídicos**. Vol. II. Coordenação de João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

BRONZE, Fernando José. Alguns Marcos do Século na História do Pensamento Metodológico-Jurídico. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Volume Comemorativo do 75º Tomo, 2003, pp. 151-177.

BÜLOW, Oskar Von. *Statutory Law and Judicial Function* (Título original: *Gesetz und Richteramt*). Trad. James E. Herget e Ingrid Wade. In: **The American Journal of Legal History**. Vol. 39, nº1, janeiro/2013, pp.71-94. Disponível em http://www.jstor.org/stable/845751?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 10 de abril 2018.

CARBONNIER, Jean. **Sociologia Jurídica**. Trad. Diogo Leite de Campos. Coimbra: Livraria Almedina, 1979.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial** (Palestras proferidas na Universidade de Yale, em 1921 - Título original: *The Nature of Judicial Process*). Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARNIO, Henrique Garbellini; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. **Curso de Sociologia Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. Tomo I – Parte Geral. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Libertar o Direito. Do Problema Metodológico-Jurídico do Nosso Tempo. *In: Jurismat – Revista Jurídica*. Nº5, pp.143-155. Portimão: Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes, novembro de 2014.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Tridimensionalidade e Direito: Dissertação *currente calamo* a propósito da Tridimensionalidade Jurídica Genérica e Específica. *In: Jurismat - Revista Jurídica*. Nº 6, pp. 219-231. Portimão: Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes, maio de 2015.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 60.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito** (Título original: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*). Trad. René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

FACHIN, Luiz Edson. Os “corpos do rei” e a segurança jurídica: o que esperar das cortes superiores? *In: Revista Consultor Jurídico*, 2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-abr-05/processo-familiar-corpos-rei-seguranca-juridica-esperar-cortes-superiores>. Acesso em: 22 de maio de 2018.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 48, n. 189, jan/mar de 2011, pp. 105-131, disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf>. Acesso em: 03 de junho de 2018.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. A Jurisprudência Sociológica nos Estados Unidos da América do Norte: o pensamento de Benjamin N. Cardozo. *In: Revista do Ministério Público/Procuradoria Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Vol. 1, nº 28, 1992, pp. 123-133.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano**. Brasília: Edição do autor, 2013.

GOLDSHMIDT, Werner. **La Teoría Tridimensional del Mundo Jurídico**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1963.

HART, Herbert L. A. *El nuevo desafío al positivismo jurídico*. In: **Revista de Estudos Políticos**, Madri, nº 12, pp. 3-18, 1979.

HERKENHOFF, João Batista. **Introdução ao Direito**: abertura para o mundo do Direito, síntese dos princípios fundamentais. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2006.

HERVADA, Javier. **Crítica Introdutória ao Direito Natural**. Trad. Joana Ferreira da Silva. Porto: Rés Editora, 1990.

HESPANHA, António Manuel. Ideias sobre Interpretação. In: DIAS, Augusto Silva; RAPOSO, João Antônio; ALVES, João Lopes; D'ALMEIDA, Luís Duarte e MENDES, Paulo de Sousa (Organizadores). **Liber Amicorum de José de Sousa e Brito**. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Common Law** (Originalmente publicado em 1881). Toronto: University of Toronto Law School Typographical Society, 2011. Disponível em <https://archive.org/details/commonlaw00holmuoft>. Acesso em: 07 de abril de 2018.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Path of the Law** (Ensaio de 1897). Disponível em https://warwick.ac.uk/fac/soc/sociology/staff/sfuller/social_theory_law_2015-16/oliver_wendell_holmes_oliver_holmes_the_path_of_law.pdf. Acesso em: 07 abril de 2018.

HOMEM, António Pedro Barbas (Org); BRANDÃO, Cláudio (Org). **Do Direito Natural aos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2015

KANTOROWICZ, Hermann. **La Ciencia del Derecho**. (Título original: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*) Trad. Werner Goldschmidt. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1949.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. (Título original: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*) Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira e Revisão Científica e Coordenação de António Manuel Hespanha. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

KELSEN, Hans. **A Justiça e o Direito Natural**. Trad. João Batista Machado. Lisboa: Almedina, 2001.

LAMEGO, José. O Direito como Realidade Referida a Valores: o Neo-Kantismo Culturalista de Gustav Radbruch. In: DIAS, Augusto Silva; RAPOSO, João Antônio; ALVES, João Lopes; D'ALMEIDA, Luís Duarte e MENDES, Paulo de Sousa

(Organizadores). ***Liber Amicorum*** de José de Sousa e Brito. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. (Título original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*). Trad. José Lamago. 7ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

Lochner v. New York/Dissent Holmes. Disponível em [https://en.wikisource.org/wiki/Lochner v. New York/Dissent Holmes](https://en.wikisource.org/wiki/Lochner_v._New_York/Dissent_Holmes). Acesso em: 07 de abril de 2018.

NEVES, A. Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NEVES, A. Castanheira. **O Actual Problema Metodológico**: Da Interpretação Jurídica – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco Ferreira; GAVIORNO, Gracimeri Vieira Soeiro de Castro e FILGUEIRAS, Sofia Varejão. A importância da Jurisprudência dos Conceitos para a metodologia jurídica. In: **Revista Depoimentos**, 2006. Disponível em <http://docplayer.com.br/9964444-A-importancia-da-jurisprudencia-dos-conceitos-para-a-metodologia-juridica.html>. Acesso em: 10 de abril de 2018.

PORTUGAL. **Código Civil**. DL nº 47.344, de 25 de novembro de 1966. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=301&artigo_id=&nid=775&pagina=4&tabela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em: 28 de maio de 2018.

POUND, Roscoe. **Introdução à Filosofia do Direito**. (Título original: *An Introduction to the Philosophy of Law*, com primeira edição de 1922) Trad. Álvaro Cabral (Traduzido da edição publicada em 1954 pela Yale University Press, New Haven, U.S.A.). Rio de Janeiro: Zahar Editôres, 1965.

POUND, Roscoe. *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. I. Schools of Jurists and Methods of Jurisprudence. In: Harvard Law Review*, v. XXIV, nº 8, 1911, pp. 591-619, II. *Continued. In: Harvard Law Review*, v. XXV, nº 2, 1911, pp. 140-168; III. *Sociological Jurisprudence. In: Harvard Law Review*, v. XXV, nº 6, 1912, pp. 489-516.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. e prefácio de L. Cabral de Moncada. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, Sucessor, 1979.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito. Teoria da Justiça. Fontes e Modelos do Direito**. Estudos Gerais – Série Universitária. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2003.

SALDANHA, Nelson. A Politicidade do Direito e o Problema do Direito Natural. *In: Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*. Lisboa: 1992.

SILVA, Joana Aguiar e. **Para uma teoria hermenêutica da justiça**: repercussões jusliterárias no eixo problemático das fontes e da interpretação jurídicas. Coimbra: Almedina, 2011.

SORIANO, Ramón. **Sociologia del Derecho**. Barcelona: Editora Ariel, 1997.

SOUSA, Marcelo Alves Dias de. **Sobre Roscoe Pound**. Disponível em <http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/sobre-roscoe-pound/317030>. Acesso em: 07 de abril de 2018.

TORRES, António Maria M. Pinheiro. **O Valor da Justiça**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

VANNI, Icilio. **Lezioni di Filosofia del Diritto**. 3ª ed. Bologna: Ed. Nicola Zanichelli, 1908.