

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

Marcelo Luis Roland Zovico

Hermenêutica e a Solução dos Conflitos do Direito

MESTRADO EM FILOSOFIA DO DIREITO

São Paulo

2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

Marcelo Luis Roland Zovico

Hermenêutica e a Solução dos Conflitos do Direito

MESTRADO EM FILOSOFIA DO DIREITO

Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Direito, como requisito parcial à conclusão do Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, sob a orientação do Professor Doutor Márcio Pugliesi.

São Paulo

2008

Banca Examinadora

HERMENÊUTICA E A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DO DIREITO

por

Marcelo Luis Roland Zovico

Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre, no
Curso de Pós-graduação em Filosofia do Direito da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo – PUC-SP, pela Comissão formada pelos professores:

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr. Márcio Pugliesi

Prof. Dr.

Prof. Dr.

SÃO PAULO, 2008.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Noely e Luis Eduardo e irmão José Roberto pelo apoio em todas as minhas atividades, especialmente nos momentos mais difíceis.

Dedico aos amigos que me incentivaram ao meu ingresso no Mestrado, Wladmir Silveira, André Lemos e Willis Guerra, além daqueles que sempre torceram por mim, João Ibaixe, Jonathan, Herick Berger, André Fleury Bonini, Carlos Barbosa, Anderson Pomini, Eliéser Duarte e meu tio Nelson Roland, Nobre e combativo advogado de Limeira.

Agradeço, enfim, mas não por fim, à minha namorada Marcela que me acompanhou, dia e noite, nos estudos.

Felizes são os que podem contar com o suporte familiar e fraternal diante dos desafios.

AGRADECIMENTO

Ao meu Mestre e amigo Dr. Márcio Pugliesi, que com o seu conhecimento e sabedoria, orientou e me fez ver a importância da realização deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho objetivou o estudo da Hermenêutica na solução dos Conflitos do Direito, baseando-se para tanto, na visão sociológica do Direito pela Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmman.

A hermenêutica tem merecido profunda atenção daqueles que pensam o Direito. A cada dia mais, se busca minimizar os conflitos do Direito, vislumbrando-se a necessidade de uma técnica e de uma arte interpretativa das normas, capaz de minimizar os conflitos.

Do capítulo primeiro ao terceiro, faz-se uma abordagem da evolução histórica da interpretação das normas, mostrando os diferentes nuances e conceitos mais antigos, muito antes da complexidade da sociedade atual, tempo em que interpretar tinha, outro significado, tanto na mitologia quanto para os estudiosos que se envolveram na busca de precisar o conceito.

O desenvolvimento histórico-sociológico da palavra indicou a força de sua importância. A cada dia mais, com a complexidade da sociedade, torna-se mais difícil buscar soluções equânimes e equilibradas, especialmente no ramo do sistema normativo, fato que pode gerar grande desconforto para a sociedade.

Uma decisão com desfalque principiológico, pode demonstrar o desequilíbrio, alertando a sociedade para o despertar da necessidade de técnicas e condutas eficazes e eficientes, combatendo o conseqüente enfraquecimento do conceito de justiça para a sociedade.

Após a diferenciação entre Dogmática e Ciência do Direito, o sexto capítulo estuda os diferentes sistemas de interpretação, passando Ihering, Savigny, Kelsen até chegarmos no conceito de sistemas Autoiéticos, ao demonstrar que a solução para os conflitos do Direito é interpretá-lo através da Teoria dos Sistemas.

Por fim, o último capítulo discorre sobre a Autopoiésis e Comunicação, apresentando a nova teoria dos sistemas, concluindo-se ser fundamental reduzir-se a complexidade das sociedades desenvolvendo instrumentos que permitam aos sistemas jurídicos decisões mais justas.

Palavras-chaves: Hermenêutica, concretização do texto legal; aplicação da norma, Conflitos, Ciência de Decisão.

ABSTRACT

The aim of the present work is the study of the Hermeneutics in the decision of the Conflicts of the Right, being based for in such a way, in the sociological vision of the Right for the Theory of the Systems of Niklas Luhmman. The hermeneutics has deserved deep attention of that they think the Right. To each day more, if it searches to minimize the conflicts of the Right, glimpsing itself it necessity of one technique and a interpretativa art of the norms, capable to minimize the conflicts. Of the first chapter to third, a boarding of the historical evolution of the interpretation of the norms becomes different oldies concepts, much longer before of a complex actual society, time of interpret had another meaning, each in mythology than for who studies and then that search the concept. The social-historical progress of the world, indicates the strength its importance. Each day more, with the complex of society, became harder seek equanimous and aquilibrate and balance, specially in the normative system, fact that may cause big uncomfortableness for the society. One decision with pecculation of principals, may show unbalance, awake for the needing techniques and behaviour efficacious and efficacious, contending consequent Science of Law, the sixth chapter studies the different systems of expound, passing by Ihering, Savigny, Kelsen them we get the concept of Autopoiétcs Systems and Communication, showing that the solution for the conflicts of Law is interpreting through the System Theory. At the end, in the last chapter, consider to conclude that is fundamental to reduce a complex of the societies developing instruments that get possible allow the Legal systems judge with justice.

Key Words: Hermeneutics, concretion of the legal text; application of the norm; Conflicts; Decision Science.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. ESCOLAS HERMENÊUTICAS – Histórico e sua evolução	14
1.1. Origem da palavra <i>hermenêutica</i> na mitologia grega	16
1.2. Interpretação ao longo de diferentes civilizações	18
1.3. Hermenêutica – Conceitos Históricos	24
2. CIÊNCIA DO DIREITO E DOGMÁTICA JURÍDICA	29
3. SISTEMAS DE INTERPRETAÇÃO	30
3.1. Sistema de Intepretação das Escolas de Estrito Legalismo ou Dogmatismo	30
3.1.1. Escola da Exegese	31
3.1.2. Escola dos Pandectistas	33
3.1.3. Escola Analítica de Jurisprudência	34
3.2. Sistema de Interpretação das Escolas de reação ao estrito legalismo ou dogmatismo	36
3.2.1. Escola Histórica do Direito	36
3.2.1.1. Escola Histórico Dogmática	38
3.2.1.2. Escola Histórico Evolutiva	40
3.2.2. Escola Teleológica	41
3.3. Sistema de Interpretação das Escolas que se abrem a uma interpretação mais livre	45
4. OS POSTULADOS DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO DA ESCOLA HISTÓRICA ALEMÃ, COM BASE EM SAVIGNY	61

5. TEORIA DE INTERPRETAÇÃO OBJETIVA E SUBJETIVA	79
6. A EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO DO SOCIOLOGISMO JURÍDICO E A REAÇÃO FORMALISTA NO SÉCULO XX	83
7. HANS KELSEN: APLICAÇÃO DO DIREITO, HERMENÊUTICA E CIÊNCIA	89
8. TRÂNSITO PARA O PÓS-POSITIVISMO	95
8.1. O movimento neokantiano na Alemanha	95
9. A LÓGICA DO RAZOÁVEL E A TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO	96
10. HERMENÊUTICA, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO	100
11. SISTEMAS SOCIAIS AUTOPOIÉTICOS	102
11.1. O sistema Aupoietico do Direito	110
12. INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS COMO TÉCNICA NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DO DIREITO	112
12.1. Interpretando a norma com base no Princípio da Proporcionalidade	117
12.2. Conflito de Regras	122
13. A OBRA DE LUHMANN	124
14. TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS	128
15. CONCLUSÃO – A Autopoiésis e a Comunicação como forma de solução dos conflitos do Direito através da interpretação da Teoria dos Sistemas	140
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	145

“Direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito, é o próprio direito. O que não se traduz em realidade, o que está apenas na lei, apenas no papel, é um direito meramente aparente, nada mais do que palavras vazias. Pelo contrário, o que se realiza como direito é direito, mesmo quando não se encontra na lei e ainda o povo e a ciência não tenham tomado consciência.”

(JHERING, Rudolf von)

INTRODUÇÃO

O termo “*hermenêutica*” significa declarar, interpretar ou esclarecer e por último, traduzir¹. São múltiplas as palavras para dar sentido ao termo, no entanto, todas elas nos levam ao sentido de “*tornar compreensível*” ou “*levar à compreensão*”.

A certeza filológica de que a palavra Hermenêutica tenha derivado de Hermes não há, contudo, podemos verificar que há forte probabilidade. Hermes o mensageiro dos Deuses e Deus da comunicação, é a quem se atribui a origem da linguagem e da escrita.

O termo significava preferência, compreensão e a exposição de uma sentença dos deuses, de uma mensagem divina, carente de interpretação para ser apreendida corretamente, ou seja, levada ao significado que realmente pretendia.

Ao longo dos séculos de história, as sociedades se desenvolveram sempre buscando interpretar tanto textos religiosos quanto as normas, objetivando sempre chegar ao sentido real do texto. Muito embora seja ousado inserir a palavra “*sentido real*”, não haveria sentido de dizê-lo se não fosse a eterna busca do sentido das diversas leituras que se permitem fazer.

¹ Tércio Sampaio Ferraz Junior, *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*, São Paulo, Ed. Atlas, 2007, pág. 268.

O que se depreende dos estudos, sem a menor pretensão de esgotar o assunto, foi a análise da interpretação pela Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, onde o conceito de comunicação e autopoiesis se complementam para chegarmos através de interpretações principiológicas, a soluções mais justas e equilibradas diante de uma sociedade tão complexa e difusa.

Técnicas interpretativas são inúmeras como veremos, porém, aquela que apresenta reais condições de analisar toda a sociedade como um grande sistema, desenvolvendo interfaces com micro-sistemas e macro-sistemas, numa concepção de auto-referência e a idéia de Sistema-aberto, temos a ligação mais completa possível para se concluir através de um fato apresentado, uma solução condizente com o “*Justo*”².

Veremos logo adiante, as Escolas Hermenêuticas e sua evolução ao longo da história, servindo-nos como embasamento histórico-conceitual, o significado da palavra Hermes, que muito nos ajudará ao desenvolvermos comparações do conceito da palavra, com o fim pretendido da norma ser interpretada de forma sistêmica, observando toda a sociedade como um organismo que auto se regula.

² Palavra difícil de inserir na introdução, justamente por ser pretensioso demais querer apresentar a solução dos problemas que eternamente serão debatidos, motivo de outros milhares de trabalhos com essa mesma abordagem. O Direito é o objeto próprio da justiça, que obriga a dar a cada um o que lhe é devido, ou seja, aquilo a que ele tem direito. Já dizia Ulpiano (150 a 228): “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*” (Digesto – Digesta, liv. I. tit. 1, p. 10). Assim, justiça é a vontade firme e constante de respeitar todos os direitos e de cumprir todos os deveres ou, no dizer de Tomás de Aquino, “*habitus secundum quem aliquis [...] ius suum unicuique tribuit*” (S.th. II-II 58, 1).

Um peso “*justo*” é aquele que o é quando se supõe que seja. Um caminho certo leva a uma direção correta, enfim, a noção correta do justo, é algo que sempre se buscou.

1. ESCOLAS HERMÊUTICAS – Histórico e sua evolução

A hermenêutica, num sentido amplo, é contemporânea do pensamento jurídico.³

Para Carlos Maximiliano⁴, hermenêutica é parte da ciência jurídica⁵ que tem por objetivo o estudo e a sistematização dos processos, que devem ser utilizados para que a interpretação⁶ se realize, de modo que o seu escopo seja alcançado da melhor maneira.

“A Hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para o efeito de sua aplicação e interpretação, por meio de regras e processos especiais, procurando realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos, nelas contidos e assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam.

³ Cf. Paulo Jorge de Lima, *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Paulo, Sugestões Literárias, 1968, págs. 76, 93, 94, 97 e 98.

⁴ Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 4ª. Ed., 1947, pág. 14.

⁵ Sobre Ciência do Direito, Pontes de Miranda afirma que “*para a ciência do Direito o que importa é o Sein, o ser, e não o Sollen, o dever ser*”, declara que “*toda a preocupação do cientista do Direito deve ser a objetividade, a análise dos fatos, a investigação das relações sociais*” e que na Ciência do Direito – inconfundível com a Dogmática Jurídica que é a pesquisa dos preceitos e princípios em função de sua discriminação ou significação lógicas – deve primar o método indutivo das ciências naturais, reservando-se à dedução um papel posterior e secundário” em sua obra: *Sistema de Ciência positiva do direito*, Rio, 1922, v. I, pág. 474 – 481.

⁶ O conceito próprio de interpretação não se confunde com o de hermenêutica, pois a interpretação é, em essência, mera aplicação da hermenêutica, uma vez que somente descobre e fixa os princípios que regem a última. A hermenêutica pode ser, portanto, entendida como a verdadeira teoria científica da denominada arte da interpretação.

Fixando os precisos termos dessa distinção, não queremos significar, entretanto, que hermenêutica, interpretação e aplicação constituem-se em três disciplinas inteiramente distintas, sem ligação, nem recíproca dependência.

Ao contrário, aquilo que as distingue é, tão-somente, a diferença que vai entre a teoria científica, sua prática e os diferentes modos técnicos de sua aplicação, Em substância, entre elas existe uma unidade conceitual e uma continuidade, que devem ser devidamente consideradas, pois o Direito Teórico, Normativo ou Aplicado, é sempre e precipuamente uma ciência”⁷

A respeito de hermenêutica e interpretação da Lei, muito embora a palavra hermenêutica, etimologicamente, represente o mesmo que interpretação, pois o vocábulo vem do grego ‘*hermeneuein*’, que significa interpretação, renomados autores, como o já citado Carlos Maximiliano, Hermes Lima, Vicente Ráo, afirmam que hermenêutica é a parte da Ciência Jurídica que estuda o processo de interpretação da lei (sentido amplo). Em sentido estrito é entendida por alguns autores, a exemplo de Machado Neto, como sinônimo de interpretação, integração e aplicação da norma jurídica.

Epistemologicamente⁸, entretanto, o objeto da ciência hermenêutica é o estudo e a sistematização dos processos lógicos de interpretação, integração e aplicação do Direito.

⁷ Vicente Ráo, *O Direito e a Vida dos Direitos*, 6ª. Ed. Ed. Revista dos Tribunais, pág. 486.

⁸ Epistemologia é uma reflexão geral em torno da natureza, são etapas e limites do conhecimento humano, especialmente nas relações que se estabelecem entre o sujeito que questiona e o objeto inerte, as duas polaridades tradicionais do processo cognitivo; teoria do conhecimento, segundo André Trindade, “*todo conhecimento torna-se, devido à necessária vinculação do meio ao indivíduo que pertence ao próprio meio, um auto-conhecimento. Essa interação faz-se cogente pela gênese unívoca entre os muitos integrantes do mundo da vida, sem olvidar que o homem é um desses integrantes. [...] Ocorre, deste modo, um acoplamento estrutural entre o sistema nervoso do observador e o meio proporcionando, assim, uma mútua transformação/adaptação. O ser é modificado pelo meio ao qual o próprio ser pertence e modifica*”. In: *Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica*, Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007, pág. 97.

Com relação à designação ciência hermenêutica, esta se caracteriza pela existência de um processo complexo de interpretação. Inicialmente, há como em todas as demais ciências, a valoração de algum fato, norma ou análise sistêmica do contexto.

Porém, antes de adentrarmos nessa difícil tarefa de analisarmos cada um destes institutos, faremos uma pequena digressão sobre a origem da palavra hermenêutica na mitologia grega. O interessante é que o termo chega a ser lúdico e ao mesmo tempo impactante, o que reafirma que a simbologia das palavras é sempre muito rica em detalhes, sendo fundamental descobrirmos sempre que possível, o seu significado, nos auxiliando no processo de compreensão, diante do imperativo do direito, em que toda a norma requer uma interpretação.

1.1. Origem da palavra *hermenêutica* na mitologia grega.

Hermes é o radical da palavra hermenêutica, que na mitologia é o nome de um Deus grego, filho do grande Zeus e de Maia.

Inicialmente, o Deus Hermes era cultuado sobretudo pelos viajantes, além dos comerciantes que andavam pelas estradas, o que torna o mito interessante, vez que a associação era de proteção e senso de direção àqueles que percorriam as longas trilhas, lhes indicando o percurso certo para chegar ao seu destino.

Como os ladrões faziam o percurso assim como os comerciantes e viajantes, Hermes acabou sendo por assimilação o protetor do comércio e dos ladrões, até de certa forma sendo os dois confundidos, vez que naquela época os comerciantes gregos não eram lá muito honestos, e Hermes será a divindade adequada, diante de sua esperteza e astúcia, para representar na sociedade helênica o protótipo ideal de como eram desenvolvidas as relações duvidosas entre esses próprios comerciantes.

Como mencionado, é virtude do Deus Hermes, por sua sagacidade, indicar o caminho, além de outra habilidade, também ligada ao comerciante, que é a capacidade de retratar o poder de convencimento de que se é capaz de fazer para influenciar qualquer um a comprar.

Por esse motivo, Hermes passou a ser considerado como o portador das mensagens de Zeus aos mortais e, de forma convincente, passa a compor conflitos e indicando soluções nas relações das sociedades gregas.

Não é Hermes um Deus voltado à guerra, mas sim um Deus habilidoso com seu convencimento a dirimir controvérsias. *“Ele é o verdadeiro arauto dos deuses - atribuição caracterizada pelo objeto que sempre carrega consigo: o caduceu, bastão que tem poderes de distribuir bênçãos e prosperidade, além de ser capaz de transformar em ouro a tudo que toca. Por essa razão, o deus recebe o epíteto de Krysorrais, que significa 'munido da vara de ouro’”*⁹.(1973:180)

Para que essa capacidade do Deus Hermes seja ilustrada, necessário se faz o relato da passagem de uma controvérsia estabelecida com o Deus Apolo. A astúcia para o convencimento e ao mesmo tempo a mediação são perfeitamente entendidas com esse exemplo, vez que como preceitua a história da mitologia grega, Hermes furta algumas cabeças de gado do Deus Apolo que estavam sob a sua vigilância.

Assim, passeando à noite pelos campos onde estava localizado o gado de Apolo, justamente no momento em que ele se descuidou de sua tarefa de vigilante, Hermes, sem titubear, age furtando-os. Foge com o rebanho e apaga todas as pegadas dos animais para não deixar vestígios.

Ao chegar a um lugar seguro, os esconde, oferecendo, ainda, duas reses em sacrifícios aos Deuses.

⁹ EDITORA ABRIL. São Paulo, Mitologia. São Paulo, ed. Abril Cultural, 1973, pág. 180.

Apolo retoma ao seu ofício, percebe a falta de algumas cabeças no rebanho. Desesperado sai a procura, mas sem sucesso.

Apolo, por ter dons divinos, descobre que fora Hermes o autor do saque e não hesita em interrogá-lo, quando pasmem, obtém a resposta segura e incisiva do próprio: *“de que me vens atormentar, que idéia te ocorre de procurar aqui as vacas de tuas pastagens, que eu nem vi nem conheci, nem sei delas? Como te diria quem as tomou, mesmo que me tocasse uma recompensa? Tenho eu ar de um ladrão de bois, tenho ao menos força para o ser? Não, não é este o meu caso, mas sim dormir e mamar de minha mãe, ser banhado com água quente e deitado nas faixas. Crê-me, que isso fique entre nós. Pois ninguém poderá imaginar que um recém-nascido tenha escapado da casa de sua mãe para roubar as vacas da pastagem. Não o farás crer a um só dos deuses. Eu nasci ontem, meus pés são frágeis, a terra é dura. Se queres pela cabeça de meu pai Zeus, vou te fazer o grande juramento: não vi, tão certo como eu estar aqui, o ladrão de tuas vacas, nem de nada que se pareça. Foi de ti que recebi a notícia”*¹⁰.

Diante de tanta eloquência e convicção, Apolo fica desnortado e vai ao encontro de Zeus, procurando ajuda no intuito de resolver o problema.

Zeus como senhor e sabedor de tudo já sabia dos fatos e se diverte com as travessuras de seu filho com Maia. Ordena então que Hermes devolva os gados roubados à Apolo.

Hermes é tão confiante que num primeiro momento, nega a prática do ato a Zeus, porém, sua autoridade o obriga a entregar as reses subtraídas. Entretanto, ainda assim, Hermes não se redime perante Apolo, tentando, quando da retirada de Zeus para o Olimpo, manter sua versão inicial de que não fora o autor da rapina perante aquele que, nesse momento, diz: *“Astucioso malandro, bravo! Como uma tal linguagem eu te vejo na frente em malícia. Sim, este será teu talento, à noite, sem fazer barulho, forçar as portas das casas para esvaziá-las e deixar só as paredes ou, rondando por montes e vales, surpreender, flagelo dos*

¹⁰ Mitologia, op. cit., pág. 189.

pastos, os bois e carneiros que se fia a lã, quando tiveres desejo de comê-los. Levanta-te! se não queres dormir aqui teu último sono. Vamos, companheiro da noite! Há uma recompensa que te espera entre os deuses: o nome de rei dos ladrões, que será teu para sempre”¹¹.

Confiante, Hermes não se fez de rogado, pegou sua lira, instrumento musical que na noite anterior havia inventado com tripas curtidas e o casco de uma tartaruga, e passou a tocá-la, produzindo uma bela melodia.

Apolo inebriado por esse belíssimo som, propõe a Hermes a troca do gado roubado pelo instrumento. Ele pensativo, no primeiro momento não aceitou o acordo. Sem desistir fácil da lira, Apolo lhe oferecerá um preço ainda maior: a vara mágica do caduceu, que em tudo que toca se transforma em ouro, que trazia consigo desde criança.

Hermes, sem se alongar mais, aceita o acordo, e os deuses se reconciliam, formando tais deuses aliança inseparável que os fará permanecer unidos para sempre e protegidos pelo todo poderoso Zeus.

Essa interessante narrativa da mitologia grega revela a extrema habilidade, sagacidade e poder de convencimento que Hermes receberá como características pela sociedade helênica e essa é a origem do nome ‘Hermenêutica’.

De certo, apenas pelo mito, concluímos que Hermenêutica é uma técnica de convencer, interpretando os fatos oferecendo através do direcionamento a solução da controvérsia, mostrando o caminho, apaziguando situações opostas, chegando a uma solução benéfica para seus interesses.

De certo que as propostas de sistematização da Ciência do Direito como dogma, bem como as assertivas da ciência hermenêutica aplicadas ao direito e que serão implementadas pela escola alemã, através de Savigny, no

¹¹ Mitologia, op. cit., pág. 191.

início do século XIX, como importantes para se chegar aos postulados de verdade na exegese dos textos jurídicos, diferem dessa natureza peculiar e de certo modo persuasiva da mitologia grega de atribuir ao mensageiro dos deuses as características de manipulador e articulador do poder de convencimento que exerce sobre os mortais e até mesmo perante os próprios deuses do Olimpo.

Com essa ilustração da mitologia grega, procuramos a identificação da origem da palavra hermenêutica, mostrando o grande paradoxo existente entre a Ciência do Direito e a utilização de técnicas de interpretação para identificar a verdade dentro do conhecimento jurídico.

Isso nos mostra que as técnicas de interpretação são, por excelência, instrumentos hábeis de comprovação de evidências, mas, no momento da possibilidade de identificarmos qual a melhor interpretação que se adapte a solucionar um conflito, os juristas e cientistas do direito estão imbuídos numa tarefa eminentemente de convencimento, seja por qualquer das técnicas existentes adotadas.

No próximo capítulo faremos o estudo evolutivo dos diferentes sentidos da Hermenêutica, descrevendo como a Ciência do Direito vai se identificar com as técnicas de interpretação normativa para o possível encontro do sentido que a norma nos transmite ao longo da história.

1.2. Interpretação ao longo de diferentes civilizações.

Adiante passaremos a visualizar na linha do tempo, os diferentes meios pelos quais diversas civilizações lidaram com o tema proposto, em rápida passagem, ressaltando os pontos mais relevantes de cada uma.

Como já visto, a mitologia grega influenciou terminantemente as diversas escolas jurídicas da Antigüidade, as quais tocaram em problemas

hermenêuticos por diferentes linhas de abordagem, em especial as do mundo Árabe, apenas como exemplos, tivemos as escolas: *'Hanifita'*, a *'Escola Malequita'*, a *'Escola Chafeíta'* e a *'Escola Hambalita'*.

A Escola Hanifita surgiu na Pérsia, foi adotada por vários povos árabes e teve longa influência no Império Otomano. Foi fundada por Abu Hanifa (699-767 A.C.). Atribuía predominância à eqüidade, como fonte do Direito, e ampliava assim a atividade racional do juiz. A tradição devia passar a segundo plano, subordinada ao princípio da interpretação analógica.

A Escola Malequita, que teve como fundador Malek ben Anas (713-795 A.C.), desenvolveu-se na Espanha árabe, no norte da África (Tunísia, Argélia, Marrocos e Alto Egito) e na África interior muçulmana. Opondo-se aos hanifitas, procurou restringir a importância da eqüidade, como fonte do Direito, para considerar, como principal critério de interpretação, o consentimento unânime. Já que a maioria das tradições tinha surgido em Medina, o consenso das opiniões vigentes nessa cidade é que seria ponderado. A escola também realçava as decisões jurídicas e o conceito de utilidade pública, que introduziu.

A Escola Chafeíta, criada por *Abu Abdalah Mohamed ben Idris as Chafei* (767-821 A.C.), alcançou grande prestígio entre os povos árabes. Desenvolveu a idéia do consentimento geral, já introduzido pelos malequitas, entendendo, porém, que deveria ser o de toda a comunidade muçulmana, e não apenas o da cidade de Medina. Segundo a escola, a indagação mais importante no Direito seria a da causa, ou raiz, da norma jurídica, recurso que permitia resolver questões imprevistas.

A Escola Hambalita, que se espalhou pela Síria, Mesopotâmia e Arábia, foi fundada por *Ahmed ben Hanbal* (780-855). Contrariando as outras escolas jurídicas muçulmanas, pregou o apego à tradição e à letra da lei, rejeitando o recurso à eqüidade.

Somente o ritualismo da vida primitiva - pondera Machado Neto - poderia prescindir de alguma indagação interpretativa, no momento de aplicar o costume imemorial.¹²

No longo momento do império Romano, as questões relativas à interpretação dividiram os juristas.

O momento de maior relevância dos estudos hermenêuticos se deu logo após a promulgação dos códigos de Napoleão, especialmente o Código Civil, momento em que a hermenêutica jurídica alcança relevo. Surgem, então, as escolas hermenêuticas, como conseqüência teórica da disputa entre os diversos métodos ou técnicas de interpretação do Direito, as quais serão a seguir apresentadas, todas baseadas nos estudos do “*Dicionário de Filosofia do Direito*” de Paulo Jorge de Lima.¹³

Essas chamadas escolas jurídicas, ou escolas hermenêuticas, se distinguem justamente pelo posicionamento, em face de questões interpretativas.

Antes do século XIX, diversas escolas cuidaram de problemas hermenêuticos, mas só o fizeram incidentalmente, lembradas a seguir: ‘*A Escola dos Glosadores*’, ou ‘*Escola de Bolonha*’ (séculos XI a XIII), fundada por Irnério (aproximadamente 1055-1125), na Itália, e à que pertenceram Francesco Accursio (1182-1260), Porcio Azon (?-1230), Búlgaro, Martino Gosia, Ugo e Jacopo da Porta Ravenata. Fundava-se na interpretação gramatical, sem qualquer esforço crítico, do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, através de glosas (anotações marginais ou interlineares) acrescentadas aos textos estudados.

A recepção do Direito Romano, nessa época, teve como causas o aparecimento da burguesia (gerando novas e mais complexas relações

¹² A. L. Machado Neto, *Teoria Geral do Direito*. Rio, Edições Tempo Brasileiro, 1966, p.

238.

¹³ Cf. págs. 76 e segs.

jurídicas, que o costume e os códigos bárbaros não estavam aptos a regular) e a necessidade de fortalecimento do poder real, princípio que encontrava apoio no direito *'romano-bizantino'*. O trabalho dos glosadores desenvolveu-se principalmente na Escola de Bolonha, estendendo-se depois para outros pontos da Itália e da Europa;

Tivemos também a *'Escola dos Comentaristas'*, também chamada dos Pós-Glosadores, ou mesmo chamada ainda de: *'Tratadistas'*, *'Escolásticos'* ou *'Bartolistas'* (século XIII a XV), a qual consistiu na tentativa de adaptar o Direito Romano, que os glosadores restauraram, às novas relações econômicas e sociais da sociedade feudal, atualmente com a burguesia. Os comentaristas acrescentaram apreciações próprias aos textos romanos, adotando o método lógico da dialética escolástica, além de procurarem aplicá-lo na prática. Pertenceram a esta escola Jacques de Révigny (?-1296), seu iniciador, e Pierre de Belleperche (?-1307), na França; Cino de Pistoia (1270-1336), Jacopo de Belviso (1270-1335), Bártolo de Sassoferrato (1313-1357), Pietro Baldo degli Ubaldi (1319 ou 1327-1400) e Giasone dei Maino (1435-1519), na Itália;

No momento seguinte, tivemos a *'Escola da Culta Jurisprudência'*, ou *'Escola Culta'*, ou *'Escola dos Humanistas'* (séculos XVI a XVIII), fundada pelo italiano Andrea Alciato (1492-1550) e que teve como principais representantes: Guillaume Budé (1467-1540), Jacques Cujas (1522-1590), Hughes Doneau (1527-1591), François Hotman (1524-1590), François de Connan (1508-1551), Bernabé Brisson (1531-1591), François Baudouin (1520-1573), Antoine Favre (1557-1624), François Douaren (1509-1559) e Charles Annibal Fabrot (1580-1659), na França; Ulrich Zasius (1461-1536) e Gregor Meltzer (1501-1532), na Alemanha; Antônio Agustín (1516-1586), na Espanha; Denis Godefroy (1549-1622), na Suíça; e Gian Vincenzo Gravina (1664-1728), na Itália.

Contraopondo-se à Escola dos Comentaristas, essa *'escola da culta jurisprudência'* estudava o Direito Romano de forma erudita, transformando-o em direito histórico, cuja interpretação era feita à luz das fontes originais, com o

auxílio da Filologia, da História, da Literatura e do estudo da organização social da Antigüidade.

Logo após, nasce a '*Escola dos Feudistas*' (século XVI), surgida na França, sob a chefia de Charles Dumoulin (1500-1566) e integrada, dentre outros, por Guy Coquille (1523-1603), Antoine Loisel (1536-1617) e Etienne Pasquier (1529-1615). Procurou unificar o direito comum, libertá-lo da desordem das instituições feudais e da incoerência dos costumes díspares. Assim rejeitou, quer o método de adaptação das instituições romanas (Escola dos Comentaristas), quer o estudo histórico-crítico do Direito Romano (Escola da Culta Jurisprudência).

Outra escola que merece lembrança é a '*Escola Holandesa*' (séculos XVII e XVIII), que apareceu nos Países Baixos, como extensão da Escola da Culta Jurisprudência. Também procurava estudar o Direito Romano como direito histórico e critério crítico, dirigido, contudo, predominantemente, à prática jurídica, numa reação à postura excessivamente teórica da Escola da Culta Jurisprudência. Foram seus principais representantes: Arnold Vinnen (1588-1657), Jacobus Maestert (1610-1657), Ulrich Huber (1636-1694), Johann Voet (1647-1714), Gerhardt Noodt (1647-1725), Laurens Theodor Gronow (1659-1710), Antonie Schulting (1659-1734), Cornelius von Bynkershoek (1673-1743), Johannes Jacobus Wissenbach (1607-1665) e Everhard Otto (1685-1756).

1.3. Hermenêutica – Conceitos Históricos:

Com o declínio do Império Romano¹⁴, toda a cultura jurídica de Roma é devassada pela nova ordem estatal segundo as características

¹⁴ Sobre a queda da nação Romana, podemos mencionar a importante obra do historiador Edward Gibbon, *Declínio e Queda do Império Romano*, São Paulo, Ed. Companhia das Letras, organização e introdução de Dero A. Saunders; prefácio Charles Alexander Robinson Jr.; tradução e notas suplementares José Paulo Paes, 1989.

germano-oriental, mesmo que não tenha sido em sua totalidade, ocorreram modificações agudas nas instituições vigentes, as quais tiveram origens das tradições e costumes do período clássico.

“A noção de Estado, inclusive, desapareceu na voragem daquela violência arrasadora, para ressurgir depois, moldada em uma nova concepção de vida mais compatível com a dignidade humana. Efetivamente, possuíam os germânicos, uma cultura política mais sadia, embora rudimentar, pois se baseava no respeito aos princípios de direito natural, na dignidade do homem, na liberdade individual, na inviolabilidade da família e no direito da livre associação. Os germânicos desconheciam o conceito de personalidade do Estado, e, assim, todas as situações eram encaradas e solucionadas como relações de ordem individual, no plano do direito natural”¹⁵ (1995:107)

Diante da ascensão do cristianismo como nova ordem política e social, era dado um novo rumo filosófico sobre a posição do Estado, sendo seu fundamento puramente divino. Foi assim que a sociedade se organizou logo após as invasões bárbaras, surgindo o Feudalismo na era medieval.

O cristianismo tornou-se religião oficial em Roma, a Igreja detinha inclusive o governo civil nessa época após a queda do império pelos bárbaros, o papado e a doutrina cristã foram o grande vetor da organização do poder e do Estado medieval, precisamente entre os séculos V e XIV.

Durante o século XI, com o advento das monarquias absolutas, houve a ruptura da interferência da Igreja nos negócios do Estado. Enquanto isso, há muito tempo, já se desenvolvia na Universidade de Bolonha, o retorno dos estudos dos escritos sobre direito romano, com a intenção de tornar viável

¹⁵ Sahid Maluf, *Teoria Geral do Estado*, 23^a. ed. São Paulo, Ed. Saraiva, ver. E atual pelo Professor Miguel Alfredo Malufe Neto 1995, pág. 107. Na mesma linha de pensamento, em relação a esta mudança no plano de estrutura e organização do Estado, conferir Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos da Teoria Geral do Estado*, 14^a ed., São Paulo, ed. Saraiva, 1989; Machado Paupério, *Teoria Geral do Estado, Rio de Janeiro, ed. Forense, 1965*; Paulo Bonavides, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, São Paulo, ed. Saraiva, 1961.

a aplicação e adaptação dos institutos e normas à realidade medieval com base no *Corpus Juris Civilis*.¹⁶

“Os romanos, propriamente, sempre entenderam o jus era algo delimitadamente conferido a um grupo social: o jus civile era o direito dos cidadãos e, mas tarde, o jus gentium era o direito próprio das situações em que os litígios envolviam estrangeiros e que exigiam um pretor especial, o praetor peregrinus. A grande importância que adquiriu o jus gentium, ao qual recorriam também os cidadãos romanos, nunca lhes excluiu o direito a eles reservado, o jus civile.”¹⁷

No intuito de promover coerência dentro do direito para que possibilitasse a decisão, os glosadores partiam de um raciocínio inspirados em uma previsão, com base nos textos legais romanos, da possibilidade de estabelecer uma base dogmática, ou seja, da instauração de uma maneira interpretativa sem negar os pontos de partida como a autoridade.

“Tomando como base assentada os textos de Justiniano, os juristas da época passaram a dar-lhes um tratamento metódico, cujas raízes estavam nas técnicas explicativas usadas em aulas, sobretudo os chamados Tryvium, composto de gramática, retórica e dialética, que compunham as artes liberais de então. Com isso, eles desenvolveram uma técnica especial de abordagem dos textos pré-fabricados e aceitos por sua autoridade, ou explicação do sentido, pela concordância, pela distinção. Neste confronto do texto estabelecido e do seu tratamento explicativo é que nasce a Ciência do Direito com seu caráter eminentemente dogmático, portanto Dogmática Jurídica enquanto processo de conhecimento, cujas condicionantes e proposições fundamentais eram dadas e predeterminadas por autoridade.”¹⁸(1995:21)

¹⁶ Maria da Conceição Ferreira Magalhães, *A Hermenêutica Jurídica*, Rio de Janeiro, Forense, 1989, págs. 14 e 15.

¹⁷ Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Introdução ao Estudo do Direito*, 5ª. Edição, Ed. Atlas S.A. 2007, págs. 145 e 146.

¹⁸ Tércio Sampaio Ferraz Jr., *A Ciência do Direito*, São Paulo, ed. Atlas, 1995, pág. 21.

A mudança foi significativa, na orientação do pensamento romano sob a ótica e interpretação do direito pelos glosadores da escola de Bolonha, o que representou um marco significativo na história da interpretação jurídica.

A sistematização do direito operada pela escola alemã, em processo evolutivo frente aos pensadores de Bolonha, foi importante referencial ao entendimento da ciência hermenêutica que surgirá com Savigny, propondo métodos ou cânones que levarão ao jurista a possibilidade de descobrir a verdadeira intenção dos textos legais codificados e sistematizados do século XIX.

Muito embora seja comum admitir-se que o historicismo jurídico opõe-se ao jusnaturalismo do século XVIII, Karl Larenz chama a atenção para o fato de Savigny, já nos seus escritos de juventude, considerar a ciência do direito não uma ciência histórica – como veremos adiante – mas também, e simultaneamente, uma ciência *'filosófica'*, devendo-se entender a palavra *'filosófica'*, nestes escritos, como sinônimo de *'sistemática'*¹⁹

Nota-se, nos primeiros escritos de Savigny, seu espírito racionalista e científico do seu tempo. Esse espírito não se perdeu, veremos como foi sua evolução, mas desde já assimilamos que sua idéia inicial não se perdeu, “*o elemento sistemático também desempenha um papel considerável na teoria do método do sistema*”.²⁰

¹⁹ Cf. *Metodologia da ciência do direito*, capítulo 1, p. 1, *in verbis*: “*Quem se acostumou a ver a Escola Histórica que Savigny ajudou a fundar sobretudo na sua oposição às escolas filosóficas do último jusnaturalismo, ficará decerto surpreendido ao ler nas suas lições de inverno de 1802 que a ciência da legislação (...) é primeiro uma ciência histórica, e depois, também uma ciência filosófica e que ambas as coisas devem unificar porque a ciência do Direito tem que ser simultânea e completamente tanto histórica como filosófica*”.

²⁰ *Ibid.*, p.1. Por estas razões K. Larenz conclui que: “*A idéia de sistema, se constitui, na ciência jurídica, uma herança da Escola do Direito Natural, também mergulha profundamente as suas raízes na filosofia do idealismo alemão*”. *Ibidem*, p. 12. Como se sabe, o espírito racionalista da modernidade manifestou-se inicialmente através do jusnaturalismo moderno. Acima do direito positivo está a razão. Portanto, - defendiam os jusnaturalistas - há um direito racional, isto é direito conforme a razão, que deve prevalecer sobre o direito positivo. Surgiu assim a idéia de um direito estritamente lógico que formava um sistema dedutivo. O termo

A pretensão seguinte do trabalho, será de entender como surgiram os métodos e técnicas de hermenêutica jurídica, que se concretizam com parâmetro de compreensão do jurista sobre as normas do direito, sobretudo a diferenciação entre hermenêutica propriamente dita, interpretação e aplicação do Direito, para que ao final, possamos nos utilizar de técnicas como a “*Teoria dos Sistemas*” de Niklas Luhmann.

Nesta mesma linha de idéias, Tércio Sampaio Ferraz Jr., depois de observar que o desenvolvimento de técnicas de interpretação do direito é bastante antigo, sublinha que, só no século XIX, a interpretação passa a ser objeto de reflexão, tendo em vista a constituição de uma teoria.²¹

Para que possamos abordar a evolução histórica e desenvolver a missão de explorar o assunto da hermenêutica como técnica dos conflitos do direito, dividimos didaticamente os sistemas de interpretação e suas escolas hermenêuticas que conduzem o intérprete ou aplicador do direito à lei, em três grupos:

A) Sistema de Interpretação das escolas de estrito legalismo ou dogmatismo;

B) Sistema de Interpretação das escolas de reação ao estrito legalismo ou dogmatismo;

sistema tornou-se preciso e vulgarizou-se com Chistian Wolff datando do século XVII essa ligação entre pensamento sistemático e ciência, conforme nos lembra Tércio Sampaio Ferraz Jr. invocando o testemunho de Wieaker, nos lembra ainda que o conceito de sistema é a maior contribuição do jusnaturalismo moderno ao direito privado europeu. “A jurisprudência européia, que até então era mais uma ciência de exegese e de interpretação de textos singulares, passa a receber um caráter lógico-demonstrativo de um sistema fechado, cuja estrutura dominou e domina até hoje os códigos e os compêndios jurídicos.” Cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr., *A ciência do Direito*, págs. 23 e 24.

²¹ Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ‘*A Ciência do Direito*’. São Paulo, Editora Atlas, 1977, ps. 68 e 69.

C) Sistema de Interpretação das escolas que se abrem a uma interpretação mais livre.²²

Para que possamos adentrar na divisão das escolas, fundamental se faz estudarmos o conceito de Ciência do Direito e Dogmática Jurídica, uma vez que utilizaremos por diversas vezes os conceitos a seguir explicitados.

2. CIÊNCIA DO DIREITO E DOGMÁTICA JURÍDICA

Ocorrem no mundo, fatos de relevância ao direito, os designados 'fatos jurídicos', a ciência do direito, estuda justamente esses fatos jurídicos desde que se manifestam inicialmente até aquelas que se aperfeiçoam. São estudadas da mesma forma, as regras ou normas postas ou vigentes, ou seja, a Ciência do Direito estuda o fenômeno Jurídico em todas suas manifestações e momentos.²³

Para o grande mestre, Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o vocábulo 'ciência' não é unívoco. Apesar de com ele designar um tipo específico de conhecimento, não há critério único que determine sua extensão, natureza e caracteres, devido ao fato de que os vários critérios têm

²² Na divisão de Luís Fernando Coelho, agrupa as escolas hermenêuticas segundo quatro orientações: a) a dogmática, que abrange: a Escola da Exegese; a Escola da Jurisprudência Conceitual, em suas versões, a germanista e a romanista (Escola dos Pandectistas); a Escola Analítica de Jurisprudência; b) a finalística, que compreende: a Jurisprudência Teleológica, a Jurisprudência de Interesses e a Escola de Livre Pesquisa Científica; c) a sociológica, que abarca a Escola de Direito Livre e a Escola de Jurisprudência Sociológica; d) a realista, que se desdobra no Realismo Jurídico norte-americano e no Realismo Jurídico escandinavo, com vertentes na Espanha, na Itália e na Inglaterra. Cf. seu livro: *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1979, p. 67.

Ainda, sobre a metodologia, temos o grande jurista R. Limongi França, que divide os sistemas interpretativos em três grupos:

a) o dogmático exegético ou jurídico-tradicional, subdividido em duas orientações, a extremada e a moderada; b) o histórico-evolutivo; c) o da livre pesquisa ou livre criação do Direito, subdividido em duas orientações que entende que sejam a romântica e a científica. (Cf. França, R. Limongi, *Elementos de Hermenêutica e Aplicação do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1984, ps. 33 e segs.)

²³ Cf. Professor Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo, Saraiva, 2005, pág. 321.

fundamentos filosóficos que extravasam a prática científica. Além disso, as modernas disputas sobre tal termo estão intimamente ligadas à metodologia²⁴.

Quando “a *Ciência Jurídica se destina ao estudo sistemático das normas, ordenando-as segundo princípios, e tendo em vista a sua aplicação, toma o nome de Dogmática Jurídica, conforme clássica denominação.*”²⁵

Ainda para Miguel Reale, “a *Dogmática Jurídica corresponde ao momento culminante da aplicação da Ciência do Direito, quando o jurista se eleva ao plano teórico dos princípios e conceitos gerais indispensáveis à interpretação, construção e sistematização dos preceitos e institutos de que se compõe o ordenamento jurídico.*”²⁶

Com o conceito bem fundamentado, adotando a doutrina do professor Miguel Reale, daremos seqüência à divisão das escolas hermenêuticas, a começar pelos desdobramentos da escola de estrito legalismo ou ‘*dogmatismo*’.

Consubstanciado nos ensinamentos de doutrinadores conceituados a respeito à Ciência do Direito e Dogmática Jurídica, daremos seqüência aos Sistemas de Interpretação das Escolas já devidamente relacionadas, a fim de definirmos de forma clara e objetiva, suas principais diferenças.

3. SISTEMA DE INTERPRETAÇÃO

3.1. Sistema de interpretação das Escolas de Estrito Legalismo ou Dogmatismo

²⁴ Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Direito, retórica e comunicação*, São Paulo, Saraiva, 1973, pág. 159-160. O termo ‘ciência’ indica conhecimento, em virtude da etimologia, já que deriva de scire, ou seja, saber, cf. Maria Helena Diniz, *A Ciência Jurídica*, 3ª. Ed. Saraiva, 1995, pág. 1.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid. pág. 322 – 323.

Essas escolas são presas a um estrito legalismo ou dogmatismo a Escola da Exegese, a Escola dos Pandectistas e a Escola Analítica de Jurisprudência, todas surgidas no século XIX, na França, Alemanha e Inglaterra, respectivamente, as quais serão abordadas.

As três encarnam a projeção, na hermenêutica, do positivismo jurídico que:

a) na França, conduziu ao culto da vontade do legislador e ao culto os códigos, considerados sem lacunas;

b) na Alemanha, sob o influxo do historicismo jurídico, não subordinou o Direito ao legislador, mas construiu uma teoria do direito positivo que, partindo das normas singulares, tentou estabelecer as noções jurídicas fundamentais;

c) na Inglaterra, reduzindo o Direito aos precedentes judiciais e à lei, independentemente de um juízo ético, caracterizou-se por ser uma análise e uma sistematização do direito positivo, com o objetivo de estabelecer os conceitos jurídicos.

3.1.1. Escola da Exegese

Os juristas que comentavam o Código Civil Francês, conhecido como integrante dos Códigos de Napoleão, constituíam essa escola em 1804. O fundamento era de concepção da perfeição do sistema normativo, na idéia de que a legislação era completa e de que, na generalidade da lei, encontrava-se solução para todas as situações jurídicas.

O método exegético, surgiu sob o signo do modelo napoleônico de direito, configurando uma variedade interessante do método gramatical. Significa a construção da ficção do espírito do legislador pela determinação do sentido unívoco das palavras da lei.

A Escola da Exegese entendia a lei escrita como a única fonte do Direito, expressão mesmo do Direito Natural. Adotava como método de interpretação, o literal, orientado para encontrar na pesquisa do texto a vontade ou intenção do legislador (*mens legislatoris*). Usaria esse método somente quando a linguagem fosse obscura ou incompleta. A função do jurista consistia em extrair plenamente o sentido dos textos legais para apreender o significado deles. Negava valor aos costumes e repudiava a atividade criativa, mesmo que fosse mínima da jurisprudência.

Devemos entender as influências dessa escola, suas razões históricas, políticas, econômicas e psicológicas explicam o positivismo legal acentuado a que chegou a Escola da Exegese. Temos que a legislação sobre a qual se ergueu foi produto da burguesia, classe recentemente chegada ao poder e ciosa de que seu direito, além do racionalismo do século XVIII, que alcançou o século seguinte, gerando o amor à simetria, da construção lógica que, no Direito, encontra sua expressão maior nos códigos, e, por fim, a doutrina da irrestrita separação dos poderes de Montesquieu.

A invocação do espírito do legislador apresenta outro aspecto interessante a considerar: ela é uma estratégia para a afirmação de determinados valores sociais. Ocorre quando o espírito do legislador não é invocado para justificar a vontade do legislador, mas antes do sentido socialmente legitimado para as palavras da lei.

O ato de interpretação da lei é para a escola exegética, mais que para qualquer outra, um ato de conhecimento e não de vontade. É nesta corrente que se detecta com maior clareza a crença num modelo de direito que rende culto ao formalismo, ao valor da segurança, em detrimento da equidade.

Ela, como a maioria das escolas jusfilosóficas, responde a uma orientação mais jurídico-política que teórica.

Corresponde a escola exegética ao típico modelo da ideologia burguesa construindo um sistema jurídico que prometia segurança frente às arbitrariedades do absolutismo que a precedeu, e que se punha como fiadora das formas de desenvolvimento do capital. É neste sentido que a Revolução Francesa é pensada como momento em que a escola alcançou sua personalidade.

Ora, apesar de entender-se que a escola assumiu a feição que a caracteriza como influência da Revolução Francesa, em época posterior é possível localizar seus antecedentes, conforme o trabalho desenvolvido pelos glosadores e comentaristas da Idade Média, realizaram uma exegese dos textos do direito romano. Entre as diretrizes retóricas utilizadas pela Escola como critérios para determinar a vontade do legislador podemos ressaltar os tradicionalmente chamados princípios gerais do direito.

Diversos foram os representantes da Escola da Exegese, todos com obras publicadas, dentre outros, os franceses Jean Charles Demolombe (1804-1887), Raymond Troplong (1795-1869), Victor Napoleón Marcadé (1810-1854), Charles Antoine Marie Barbe Aubry (1803-1883), Charles Frédéric Rau (1803-1877), Marie Pierre Gabriel Baudry-Lacantinerie (1837-1913), o belga François Laurent (1810-1887) e o alemão Karl Salomone Zachariae (1769-1843).

A Escola da Exegese perdurou durante grande parte do século XIX. E ainda hoje exerce influência, estando presente nos setores reacionários do pensamento jurídico.²⁷

3.1.2. Escola dos Pandectistas

²⁷²⁷ A respeito da Escola da Exegese, ver Luis Fernando Coelho, *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, Rio, Forense, págs. 88 e segs.

Também se manifestou como escola do positivismo jurídico do século XIX, considerando o Direito um corpo de normas positivas. Conferia primado à norma legal e às respectivas técnicas de interpretação. Negava qualquer fundamento absoluto ou abstrato à idéia do Direito.

Na Alemanha, pela falta de um código tal qual os de Napoleão, os pandectistas construíram um sistema dogmático de normas, usando como modelo as instituições do Direito Romano, cuja reconstituição histórica foi promovida.

Os estudiosos dedicaram-se ao estudo do *Corpus Juris Civilis*, de Justiniano, especialmente à segunda parte desse trabalho, as Pandectas, onde apareciam as normas de Direito Civil e as respostas dos jurisconsultos às questões que lhes haviam sido formuladas. O nome da Escola advém desse interesse pelas *Pandectas*.

Já podemos apontar uma diferença, pois essa escola adotava a observância dos usos e costumes, o que levou os pandectistas a uma interpretação do texto legal mais elástica do que a preconizada pela Escola da Exegese.

O responsável por inserir o problema da interpretação em termos de ser a '*intenção possível do legislador*' foi Windscheid. Ele não se referiu ao tempo, mas na época em que se processasse o trabalho interpretativo. Se o texto da lei comportasse duas interpretações, seria lícito optar por aquela que realizasse um objetivo diverso do pretendido pelo legislador, levando em consideração fatos supervenientes. Para a época, foi um grande progresso.

Dentre os principais representantes da Escola dos Pandectistas podem ser citados: Bernhard Windscheid (1871-1892), Christian Friedrich Von

Glück (1755-1831), Alöis Von Brinz (1820-1887), Heinrich Demburg (1829-1907) e Ernst Immanuel Von Bekker (1827-1916).²⁸

3.1.3. Escola Analítica de Jurisprudência

Para essa escola, o Direito tinha por objeto apenas as leis positivas, não lhe interessando os valores ou conteúdo ético das normas legais. Afirmava John Austin, seu fundador:

*“A ciência da jurisprudência ocupa-se com leis positivas ou, simplesmente, com leis em sentido estrito, sem considerar a sua bondade ou maldade.”*²⁹

Para esse filósofo do Direito, os problemas relacionados com o Direito estão compreendidos em três campos distintos, os quais são: a jurisprudência geral ou filosofia do direito positivo, que trata da exposição dos princípios gerais comuns aos diversos sistemas jurídicos positivos; a jurisprudência particular, que cuida do estudo das leis vigentes num determinado país; a ciência da legislação, situada nos domínios da Ética, que abrange os princípios que o legislador deve ter em conta para elaborar leis justas e adequadas.³⁰

Podemos perceber que dessa forma, o direito está totalmente separado da Ética, pouco importando se são justas ou injustas suas prescrições. Somente interessava ao legislador ou ao filósofo os aspectos morais das normas. A Escola Analítica de Jurisprudência colocou seu fundamento na análise conceitual. Entendia que o conceito nada mais era que

²⁸ Ver Paulo Jorge de Lima, Ob. cit., págs. 90 e 91. Luiz Fernando Coelho. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, Rio, Forense, 1979, págs. 95 e 96.

²⁹ John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*. Londres, 1879, vol. 1, p. 176. Apud Paulino Jacques. *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*. Rio, Forense, 1978, pág. 326.

³⁰ Cf. Paulo Jorge de Lima, *Dicionário de Filosofia do Direito*, São Paulo, Sugestões Literárias, 1968, pp. 74 e 75.

a representação intelectual da realidade, que poderia ser integralmente conhecida através da análise dos conceitos que a representavam.

Dessa forma, temos como a única fonte do direito os costumes, que eram aceitos e confirmados pelos órgãos julgadores, no caso os tribunais.

Houve uma primeira tentativa da escola de sistematizar e unificar o direito consuetudinário (o que deixou como legado), com olhos postos na realidade inglesa, onde não se adotou uma constituição rígida e se fundou toda a estrutura jurídica no costume.³¹

3.2. Sistema de Interpretação das Escolas de reação ao estrito legalismo ou dogmatismo

Conceitualmente, essas escolas reagiram ao estrito legalismo ou dogmatismo, abrindo novos horizontes, novas tendências à Ciência do Direito, as quais podemos elencar como: a '*Escola Histórico-Dogmática*', a '*Escola Histórico-Evolutiva*' e a '*Escola Teleológica*'.

A primeira delas, '*Histórico-Dogmática*', colocou-se em oposição à literalidade interpretativa afirmando ser necessário ao todo, através de uma atenção para o elemento sistemático, inerente ao caráter orgânico do Direito.

Já a Escola '*Histórico-Evolutiva*' avançou mais ainda na forma de interpretar, recusando o raciocínio formal adotado pelos seguidores da Escola Histórico-Dogmática e propondo uma pesquisa a posterior do sentido da lei. Por fim, a '*Escola Teleológica*' foi muito combativa, repudiando o método dedutivo-silogístico, e também a jurisprudência conceitual dos pandectistas e dos adeptos da Escola '*Histórico-Dogmática*', propugnando por uma

³¹ Luiz Fernando Coelho, *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. Rio, Forense, 1979, p. 97 e segs.

interpretação que se inspirasse menos na lógica e mais no caráter finalístico do Direito.

3.2.1. Escola Histórica do Direito

Essa escola surge na Alemanha, logo após sua oposição nos séculos XVII e XVIII às doutrinas jusnaturalistas, logo, negando-se a existência de um '*Direito Natural*' com pressupostos racionais e universalmente válidos.

Fundamental eram os aspectos históricos do Direito, cuja origem e oriundos da tradição.³²

Na escola histórica, pode ser entendido que o Direito é um produto histórico, e não o resultado das circunstâncias, do acaso, ou da vontade arbitrária dos homens. Além disso, surge da consciência nacional, '*do espírito do povo*'³³, das convicções da comunidade pela tradição, além de forma-se e desenvolve-se espontaneamente, como a linguagem; não pode ser imposto em nome de princípios racionais e abstratos.

Diante da neutralidade social da escola exegética, propõe a escola histórica um maior contato com a vida objetiva dos distintos grupos que se relacionam em sociedade. Por isso mesmo sua declarada opção por um conhecimento histórico do direito. Essa afirmação será baseada no mencionado "*espírito do povo*". Neste sentido o que se reputará como juridicamente valioso é o resultado de uma evolução com raízes no passado, e as normas contrárias ao aludido espírito devem ser consideradas injustas.

³² A Escola Histórica do Direito insere-se no contexto global do Romantismo do século XIX que se insinuou nas artes e na filosofia e que desembocou nas concepções que faziam da evolução histórica o ponto de partida de toda filosofia. Cf. Luiz Fernando Coelho, *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, Rio, Forense, 1979, p. 93.

³³ Mais adiante, iremos expor um tópico especialmente dedicado ao conceito de Savigny quando se desenvolve a concepção de 'Espírito do Povo'. Savigny é merecedor de um tópico apartado dedicado a esse grande pensador.

O Direito encontra sua expressão inconsciente no costume, que é sua principal fonte, dessa forma, o povo acaba criando o seu próprio Direito. Entende-se ainda que a designação de povo também as gerações que se sucedem, além da presente.

O legislador deve ser apenas quem interpreta as regras consuetudinárias, completando-as e garantindo-as através das leis.

Essa importante escola surgiu no apogeu do que chamam os sociólogos de *'neo-humanismo'*³⁴, quando o Direito era tido como pura criação racional. Foi contribuição sua ter retirado o Direito da perspectiva abstrata do racionalismo, fundada em exercícios de lógica e dialética, para uma perspectiva histórica, caminhando pari-passu com a vida real.

Além de seu iniciador, Friedrich Karl von Savigny (1779-1861), sua principal figura, Georg Friedrich Puchta (1798-1846), pertenceram à essa escola os alemães: Gustav von Hugo (1764 - 1844), Johann Friedrich Göschen (1778-1837), Karl Friedrich Eichhorn (1781-1854), Joseph Köhler (1849-1919), o inglês Henry James Sumner Maine (1822-1888) e o francês³⁵ Raymond Saleilles (1855-1912).

Sintetizando, esteve a escola histórica mais preocupada por um conhecimento moral da história que por sua explicação. E curiosamente podemos constatar que as concepções da escola, nascida como reação ao

³⁴ O significado do termo diz respeito a uma perspectiva holística da natureza humana, baseando-se no amor universal identificado como aspecto fundamental da psicologia humana a busca de auto-realização e enquadra-a num contexto de respeito pelos animais, plantas e restantes expressões da natureza, ainda, citado por Luis Gil: "*...presente también en José Agustín Caballero y Félix Varela, entre otros—, La nueva corriente filológica surgida en Alemania a fines del siglo XVIII y denominada neohumanismo en oposición al humanismo anterior.*" Gil, Luis, "*Panorama social del humanismo español 1500-1800*", Madrid, Alhambra, 1981, t. II, p. 245.

³⁵ Hemy Maine e Joseph Köhler são também estudados na Escola da Jurisprudência Etnológica, enquanto Raymond Saleilles é por alguns incluído na Escola do Direito Livre.

jusnaturalismo de sua época, são hoje suporte do neo-jusnaturalismo contemporâneo, o que não é causal.

Devido á importância dessa escola e à complexidade, sem nos desligarmos de seus princípios, poderemos dividir essa escola em outras duas, cujas diretrizes hermenêuticas diversas são examinadas nos itens seguintes.³⁶

3.2.1.1. Escola Histórico-Dogmática

A importância da abordagem desse escola, sendo uma sub-divisão de Escola Histórica, é devido ao grande expoente Savigny, além da repercussão do pensamento de Puchta além de outros. Outro nome dado à essa escola é de '*Escola Histórica Alemã*'.

Falando do nosso principal assunto, a Hermenêutica, a Escola Histórico-Dogmática representou um grande avanço, comparativamente às escolas anteriores. O intérprete não se devia ater à letra da lei para dela extrair soluções para os casos, usando o processo meramente lógico: também o elemento sistemático devia ser utilizado, de modo que se pudesse reconstruir o sistema orgânico do Direito, do qual a lei mostrava apenas uma face.

É o início do pensamento que se pretende demonstrar no presente trabalho, para que possamos utilizar a hermenêutica como técnica na solução dos conflitos do direito, ademais, utilizando-se da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann com os desdobramentos de sua teoria.

Voltando, portanto, quando afirmamos que o povo é o criador do seu Direito, indicava ao intérprete, não obstante, pesquisar a intenção do legislador, representante da consciência coletiva, naqueles os quais são representados.

³⁶ Sugerido por Paulo Jorge de Lima, *Dicionário de Filosofia do Direito*, São Paulo, Sugestões Literárias, 1968, págs. 94 e segs.

Ao pensarmos que em uma situação hipotética, a lei nos diz algo que possa contrastar com o que o intérprete considerasse expressão da consciência coletiva do povo, quando fosse aplicá-la, a opção seria de revelar o que a consciência coletiva do povo quisesse representar.

A grande e principal diferença com a Escola da Exegese, é que esta supõe a plenitude e perfeição da lei escrita, já a Escola Histórico-Dogmática entendia que essa plenitude só poderia ser encontrada no sistema do Direito Positivo.

3.2.1.2. Escola Histórico-Evolutiva

Essa outra modalidade da escola histórica, a chamada Escola *'Histórico-Evolutiva'*, tem outra designação em doutrinas diversas, chamada de *'Escola Atualizadora do Direito'*, a qual teve como principais pensadores o referido Saleilles e Köhler.

O principal ponto dessa escola foi de pesquisar o sentido da lei *'a posteriori'*, dessa forma contrapôs-se à forma rígida da Escola Histórico-Dogmática. Entendiam ainda que rigidez do raciocínio formal adotado pela primeira corrente da Escola Histórica, seria prejudicial, sendo, portanto, um passo adiante do pensamento, no momento em que desenvolve certa capacidade de função criadora, de modo que o Direito pudesse acompanhar as transformações sociais. Não obstante, deveria o intérprete ou aplicador manter-se no âmbito da lei.

É como se a lei tivesse vida própria, de maneira que correspondesse não apenas às necessidades que lhe deram origem, mas também às necessidades supervenientes, que são conseqüências de uma observação posterior à sua edição. Para interpretar por esse método, seria preciso desvendar tanto o que o legislador quis, além do que quereria se vivesse à

época da aplicação da lei. Poderíamos entender como se houvesse uma interpretação adaptando a velha lei aos novos tempos, dando vida aos códigos.

Para um de seus pensadores, Saleilles achava que as normas jurídicas estavam sujeitas à lei geral da evolução. Caberia ao juiz conciliar a idéia de regra com a idéia de evolução, conservando a vida da lei através de sua adaptação à realidade e às mudanças sociais.

Köhler já observa algo muito relevante, justamente no momento em que entende que o pensamento da lei é todo e qualquer pensamento que possa estar nas suas palavras, sendo possível, assim, retirar delas dois ou dez pensamentos diferenciados.

Por esse motivo, os princípios da interpretação devem possibilitar, dentre os pensamentos possíveis, encontrar o verdadeiro, devendo ser preferido aquele mediante o qual a lei exteriorize o sentido mais razoável, mais salutar e que produza o efeito mais benéfico.

“Se ainda assim não se consegue um resultado seguro, deve-se recorrer às aspirações e preocupações da lei, aos fins que buscou atingir, às intenções e desejos que agitavam o meio no tempo em que foi a lei editada.”³⁷

3.2.2. Escola Teleológica

Essa escola também merecerá um tópico especial por se tratar de uma das mais brilhantes mentes da mundo jurídico. Trata-se de seu fundador, o juriconsulto alemão Rudolph Von Ihering (1818-1892).

³⁷ Cf. Joseph Köhler, *Lehrbuch des Bürgerlichen Recht*, vol. 1º, ps. 124-127. *Apud* Alípio Silveira, *Hermenêutica no Direito Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968, 1º. vol., págs. 99-100.

Essa escola, também chamada de *'Teleologismo Jurídico'*, é uma teoria do Direito, sendo uma importante escola hermenêutica.

O que Ihering fez, foi acrescentar aos postulados da Escola Histórico-Dogmática, teorias organo-evolucionistas do seu tempo, sendo um adepto do positivismo jurídico do século XIX.

Começa-se a desenvolver um pensamento voltado para a idéia de que o Direito deve ser interpretado como sendo um *'sistema autopoietico'*³⁸, ou seja, um sistema vivo, o qual será objeto de desenvolvimento dessa teoria. Assim, Ihering pregava que o Direito, como organismo vivo, é produto da luta, e não de um processo natural, segundo pretendia Savigny.

Os métodos teleológicos apresentam duas vias relativas de realização: o método teleológico em sentido estrito e a jurisprudência de interesses.

O primeiro opõe-se antes de tudo à teoria kelseniana e o segundo à jurisprudência dos conceitos.

O método teleológico constitui principalmente em uma teoria que se relaciona com o direito público, enquanto que a jurisprudência de interesses remete-se ao direito privado. Ambos apresentam uma concepção anti-normativista e estimam o problema do fim como elemento metodológico central. Ambos, possuem em Ihering seu principal precursor.

Afirma o método teleológico que no campo do direito o conceito de fim substitui o de valor. Aspira, assim, a captar o direito em sua atividade funcional. A regra jurídica não é causal, senão que cumpre uma finalidade, a qual justifica seu nascimento e existência. Não se deve, pois, marginalizar a consideração do elemento teleológico no ato de interpretação. O procedimento

³⁸ Esse conceito será melhor abordado no decorrer do trabalho, seguindo o pensamento de seus idealizadores.

de individualização do fim da norma é produto de uma atividade racional e lógica, pelo que representa, também uma tendência anti-irracionalista.

Quanto à jurisprudência de interesses, utiliza a mesma como eixo metodológico a apreciação dos interesses das partes. Seu ponto de partida exige orientar a problemática jurídica para o nível existencial, subtraindo-a aos excessos da lógica.

O termo interesse adquire para esta escola um sentido lato que transcende o plano meramente econômico. São considerados também interesses os diversos ângulos da motivação social do homem: o artístico, o científico, o ético, o religioso, etc. A justiça surge também como interesse. Afinal, note-se que se o método desta escola rejeita uma interpretação metafísica das normas, não exclui, contudo, uma reflexão epistemológica sobre as mesmas.

O paralelismo entre o Direito, de um lado, e a língua e a arte, de outro, devia ser recusado. Falso mas inofensivo, como concepção histórica, esse paralelismo, como máxima política, encerrava uma heresia funesta, uma vez que, num terreno em que o homem deveria empenhar todas as suas forças, com plena consciência dos objetivos, ele o induziria a crer que as coisas se arranjam por si,

“... que o melhor que se tem a fazer é permanecer inativo e aguardar confiante aquilo que o pretense manancial do Direito, a consciência nacional do Direito, há de trazer paulatinamente à luz do dia.”³⁹

Toda história do Direito é história de lutas; todo direito foi adquirido pela luta. O Direito supõe luta, quer para sua criação, quer para sua defesa:

³⁹ Rudolph von , *A Luta pelo Direito*, São Paulo, 1978, pág. 10.

*“O fim do direito é a paz, o meio de atingi-lo, a luta. Enquanto o direito tiver de contar com as agressões partidas dos arraiais da injustiça - e isso acontecerá enquanto o mundo for mundo - não poderá prescindir da luta. A vida do direito é a luta - uma luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos.”*⁴⁰

Pelo mesmo motivo que todas as ações humanas têm uma finalidade, também no Direito tudo existe para um fim, sendo o mais geral a garantia de condições de existência da sociedade. O fim é o criador do Direito.

A luta e o fim são elementos decisivos na formação e transformação do Direito, por isso, o interesse é o motor do Direito. A finalidade do Direito é a proteção de interesses. Sendo opostos os interesses, cabe ao Direito conciliá-los, com a predominância dos interesses sociais e altruístas. Para essa subordinação dos interesses individuais aos interesses sociais, é necessária a coação, exercida pelo Estado.

Para a hermenêutica, Ihering criticou o método dedutivo-silogístico. Combateu a jurisprudência desenvolvida quer pelos *‘Pandectistas’*, e pelos discípulos da *‘Escola Histórico-Dogmática’*. Pretendeu sua substituição por uma jurisprudência que se guiasse pelos resultados, invocando o caráter finalístico do Direito.

Isso que dizer que: não é a vida que existe para os conceitos, mas os conceitos é que existem para a vida. Não é a lógica que tem direito à existência, mas o que a vida reclama, o que as relações sociais e o senso de justiça exigem, pouco importando que seja logicamente necessário ou logicamente impossível.

Por seu turno, o importante pensador condenou o processo das construções *‘a priori’* e das deduções geométricas. Acabou com os que

⁴⁰ Id., ib., pág. 1.

pretendiam, em nome da lógica, fazer da jurisprudência a matemática do direito. Lutou contra os processos dialéticos da Escola Histórico-Dogmática.

Dessa forma, o método próprio apresentado do Direito, chamado de teleológico, nos ensina que a missão do Direito é adaptar os meios à concepção dos fins, na realização dos interesses sociais, portanto, a construção jurídica deve respeitar o conteúdo das regras positivas, mas os conceitos do legislador não são obrigatórios para o intérprete.

Por isso que o legislador não pode construir, arriscando invadir os domínios do jurista e da ciência. Respeitado o conteúdo da lei, a liberdade da jurisprudência deve ser ampla.

Vemos que a grande contribuição dessa escola foi a introdução da idéia de finalidade prática e social na interpretação jurídica, fazendo com que a hermenêutica evoluísse ainda mais.⁴¹

3.3. Sistema de Interpretação das Escolas que se abrem a uma interpretação mais livre.

Podem ser alinhadas, como escolas que se abrem a uma interpretação e aplicação mais livres do Direito: a *'Escola da Livre Pesquisa Científica'*, a *'Escola do Direito Livre'*, a *'Escola Sociológica Americana'*, a *'Escola da Jurisprudência de Interesses'*, a *'Escola Realista Americana'*, a *'Escola Ecológica'*, *'Escola Vitalista do Direito'*, *'Escola Tópico-Retórico'* e *'Escola do Positivismo Fático'*.

Rapidamente passaremos por cada uma delas, uma vez que o objetivo principal é estudarmos a 'Teoria dos Sistemas' de Luhmann, porém, sem deixar de citar as principais escolas.

⁴¹ Cf. Luiz Fernando Coelho, *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, Forense, 1979, pág. 101 e segs.

A primeira citada, a chamada 'Escola da Livre Pesquisa Científica' derrubou o mito da plenitude lógica da lei e demonstrou a supremacia da livre pesquisa científica do Direito sobre o método, então vigente, de rebuscar na abstração dos conceitos a resposta para os silêncios da lei.

Surgida na França sob a inspiração da François Géný (1861-1959), também é conhecida pela denominação de "*Escola Científica Francesa*". Géný lutou contra o espírito legalista do positivismo jurídico, o abuso das construções sistemáticas da hermenêutica tradicional, o fetichismo da lei e a concepção de sua plenitude lógica, demonstrando que a lei é insuficiente para cobrir todos os fatos sociais. A aplicação de métodos puramente racionais, no campo do direito, tinha conduzido à falsificação da realidade, cuja apreensão global só é possível através de uma operação complementar, de natureza intuitiva.

Ao publicar em 1899 o livro: "*Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*", Géný foi apontado como inaugurador da escola.

Sua idéia era que o intérprete devia manter-se fiel a essa intenção, reproduzi-la no momento de aplicar a lei. O significado da lei não deveria sofrer a influência do momento histórico em que fosse interpretada. Porém, é fácil de se verificar que a lei, na sua pureza originária, não correspondia aos fatos supervenientes, cumpria reconhecer a existência de lacunas na obra legislativa, lacunas que por outros meios deviam ser supridas.

O direito não poderia estar contido todo na lei que dispõe para o futuro, não poderia prever todas as situações. A lei era a mais importante fonte do Direito, mas não a única. Diante lacunas da lei, deveria o intérprete recorrer a outras fontes (o costume, a jurisprudência, a doutrina), e não forçar a lei para que desse soluções a casos não previstos.

Se as fontes suplementares fossem insuficientes, caberia ao próprio aplicador do Direito criar a norma, como se fosse legislador. Nessa tarefa deveria proceder à "*livre investigação científica do Direito*". Não se tratava de

procurar uma regra jurídica já escrita, que pudesse ser invocada por analogia, mas, sim, de descobrir, através da pesquisa científica dos fatos sociais, a regra jurídica adequada.

Reproduzindo Gény para facilitar o entendimento:

“... a lei, não cobrindo todo o campo do Direito, é por vezes incuravelmente muda. Toma-se inútil arrancar-lhe um sentido artificial. Nesses casos, só a livre pesquisa científica pode propiciar os elementos de solução, porque vai buscá-los, não na abstração dos conceitos, mas na noção de justo objetivo - vale dizer, na razão e na consciência - e nas realidades sociais. Assim, o sentido da lei deve ser pesquisado nela, mas também fora dela, se preciso for: Par le Code civil, mais (aussi) au delà du Code civil.”⁴²

A “livre pesquisa científica” visa a constituir “uma espécie de direito comum, geral por sua natureza, subsidiário por seu ofício, a fim de suprir as lacunas das fontes formais e dirigir todo o movimento da vida jurídica.”⁴³

Para encerrar essa importante Escola, apresentaremos os três critérios que orientavam a “livre pesquisa”: o princípio da autonomia da vontade; a ordem e o interesse público; o justo equilíbrio dos interesses privados opostos.

A “livre pesquisa” deveria ter limites, conforme Gény entendeu: o juiz estaria autorizado a decidir *praeter legem*. A “livre investigação” só teria cabimento no caso de lacuna das fontes formais e não quando a norma fosse considerada injusta ou desastrosa sua atuação.

A grande contribuição de Gény foi a de ter investido a função judicial de muito maior dinamismo e criatividade, através do exercício da missão de

⁴² François Gény, *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Positif*, Paris, 1899, tomo 11, pág. 230. Apud Roberto Piragibe da Fonseca, *Introdução ao Estudo do Direito*, Rio, Freitas Bastos, 1975, p. 141.

⁴³ Mário Franzen de Lima, *Da Interpretação Jurídica*, Ed. Forense, 1955, p. 70.

integrar o Direito, suprindo suas lacunas: superada ficava a imagem do juiz, mero intérprete da lei, pesquisador unicamente da vontade do legislador.⁴⁴

A 'Escola do Direito Livre' abalou a certeza em que se imaginava estar alicerçada a ordem jurídica positiva, demonstrando que a aplicação do Direito é informada por uma pauta axiológica, realçando assim o papel criador e inovador da função judicial.

A Escola surgiu na Alemanha, em 1906, com a publicação do livro '*A Luta pela Ciência do Direito*'⁴⁵ por Hermann Ulrich Kantorowicz (1877-1940), sob o pseudônimo de Gnaeus Flavius.⁴⁶

Os antecedentes teóricos da Escola do Direito Livre podem ser encontrados na Escola Histórica, no ponto em que proclamava surgir o Direito do espírito do povo, bem como na Escola da Livre Pesquisa Científica, cujo postulado de busca do Direito, fora das fontes formais, a Escola do Direito Livre levou às últimas conseqüências.

O movimento sociológico adquire na Alemanha traços específicos por intermédio desse movimento. Sem dúvida, este representa tendências mais extremas de oposição ao positivismo normativista e ao formalismo jurídico. Sua concepção jurídica afirma a existência de um direito livre anterior, vivo e espontâneo, contraposto ao direito ditado pelo Estado. Proclama a insuficiência do direito legislado, partindo da suposição de que as exigências da vida jurídica não podem ser satisfeitas pela lei, necessitando de outros elementos que supram tal deficiência.

⁴⁴ Ver Luiz Fernando Coelho, *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. Ed. Forense, 1979, págs. 105 e segs.

⁴⁵ Cf. tradução para do espanhol "*La Lucha por la Ciencia del Derecho*", incluída no volume *La Ciencia Del Derecho*, Savigny, Kirchmann, Zittelman y Kantorowich, Buenos Aires, Losada, 1949.

⁴⁶ Gnaeus Flavius, escriba e tribuno romano. Segundo Pomponius, revelou ao povo as leis das acciones, ou seja, o formulário judicial, cujo conhecimento era privilégio dos pontífices.

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

De outra parte, se a lei oferece uma solução que o intérprete julga adequada, este não precisa mais investigar. A certeza da decisão revitaliza o sentido da lei. Frente à lei o juiz adota inicialmente uma atitude crítica e de problematizar que somente no caso de gerar a desqualificação da norma, obriga-o a uma atividade criadora.

Admitem os integrantes desta corrente a existência de lacunas no direito - tema importante para a escola - mas reconhecem ao mesmo tempo que as lacunas são eliminadas por um juízo de valor no momento da interpretação judicial.

Foi Rudolf Stammler (1856–1938) quem inspirou a Escola do Direito Livre, quando negou a possibilidade de existência de um direito natural, válido para todos os tempos e lugares, afirmando que o Direito seria sempre uma tentativa de direito justo.

Essa tese de existência de um “*direito justo*”, ao lado do “*direito legal*”, e de um direito natural com conteúdo variável, abalou o positivismo jurídico.

Esse “*direito justo*”, deveria ser perseguido pelo legislador e pelo juiz; por este, através da livre apreciação do direito, mediante regras, contudo, que deveriam ser observadas, entendia ainda que a aplicação prática do Direito realiza-se por meio de deduções jurídicas, ou seja, derivando os juízos das premissas gerais.

As normas a serem aplicadas nas sentenças são sempre normas limitadas, que respondem a princípios do Direito justo e que estão já dispostas para a atuação do juiz, o qual faz escolha dentre diversas possibilidades.⁴⁷

A tese fundamental da Escola do Direito Livre é a de que o Direito não é, nem deve ser, criação exclusiva do Estado. Por conseguinte, a lei não é a única fonte de Direito e o juiz não deve ser inteiramente submisso a ela.

A vida social é mais rica do que a norma, a realidade movimenta-se em contínua emergência, por isso, a elaboração, interpretação e aplicação do Direito devem ser confiadas à investigação científica, à pesquisa sociológica.

A Escola do '*Direito Livre*' apresentou duas tendências principais: a moderada, advogando a criação da norma jurídica, pelo juiz, somente quando este se encontrasse diante de uma lacuna nas fontes de Direito e a extremada, pretendendo essa criação, também quando a norma aplicável fosse considerada injusta.

Gustav Radbruch (1878-1949), outro adepto da Escola do Direito Livre, afirmou que a interpretação não se dirige ao já pensado, não consiste em pensar, posteriormente, o já pensado em um momento anterior; diversamente, é pensar o sentido objetivamente válido do preceito jurídico.

Assim entendendo a tarefa hermenêutica, pensa que deva ser conferida ao intérprete certa margem de liberdade, a fim de que supra as lacunas da lei e reconcilie o povo com o direito prático.

Essa Escola foi polêmica, teve o aplauso irrestrito, ou com reservas, de alguns, e a condenação, ou crítica desfavorável, de outros, Radbruch qualificou-a como o mais vigoroso sinal de vida da ciência jurídica depois de Ihering, além de fazer valer como protesto contra a jurisprudência conceitual enquanto pretendeu encorajar a ação criativa do juiz à face das lacunas do

⁴⁷ Rudolf Stammler, *El Juez*, México, Ed. Nacional, 1974, pág. 42.

sistema jurídico; valorizou o papel do juiz na aplicação do Direito; despertou o jurista para a preocupação com uma tabela axiológica informativa da interpretação e aplicação do Direito, dentre outras⁴⁸

A Escola do Direito Livre mexeu com as verdades estabelecidas e representou um progresso no pensamento jurídico. Novas perspectivas foram abertas para a Ciência do Direito, dando um caráter na função judicial de maior responsabilidade e importância.

A 'Escola Sociológica Americana' surgiu nos Estados Unidos, na primeira metade do século passado, visando demonstrar que o Direito é mais um produto da evolução dos fatos sociais, na condição de precariedade do humano, do que a materialização de valores eternos existentes.

Foi um movimento paralelo à Escola do Direito Livre, na Alemanha, e à Escola da Livre Pesquisa Científica, na França.

Como premissa de que o Direito é essencialmente mutável, condiciona-se às variações da vida social, a Escola pretendeu substituir as concepções de caráter racionalista, no campo do jurídico, por procedimentos empíricos e utilitaristas.

Os conceitos fixos e imutáveis, os padrões eternos de justiça não são apropriados para compreender a realidade do Direito, submetida ao evoluir dos fatos sociais e à relatividade do humano.

O Direito é um instrumento de civilização. Cabe-lhe servir à melhoria da ordem social e econômica. Reclama do jurista um trabalho consciente e criador, sua repercussão hermenêutica é a compreensão de que o juiz deve interpretar as normas, procedendo a correta ponderação de valor das realidades sociais.

⁴⁸ Cf. Roberto Piragibe da Fonseca, ob. cit., pág. 142; Miguel Reale, ob. cit., págs. 283-285; André Franco Montoro, *Introdução à Ciência do Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2º vol., págs. 132 e 133.

Algumas idéias básicas resumem a contribuição da *'Escola Sociológica Americana'* para a evolução do pensamento jurídico: o realce ao sentido de mutabilidade do Direito, a consideração da relatividade do humano, a importância da ponderação das realidades sociais nos julgamentos, a revelação de que a prática do Direito é mais experiência e menos lógica e, finalmente, a constatação da presença de processos subconscientes na tarefa judicial.

A 'Escola da Jurisprudência de Interesses' sublinhou que a investigação dos interesses em jogo, e não a lógica, é que deve orientar a Hermenêutica.

Oriunda da Alemanha, no início do século XX, tem seu expoente máximo a pessoa de Philipp Heck (1858-1943) além de Stampe.

Essa Escola tem como princípio a investigação dos interesses, e não a lógica, é que deve presidir ao trabalho hermenêutico.

Disse Philipp Heck que toda decisão deve ser entendida como uma delimitação de interesses contrapostos e como uma estimativa desses interesses, conseguida através de juízos e idéias de valor.

Quando o legislador edita uma lei, visa proteger os interesses de um determinado grupo social, logo, essas normas jurídicas constituem juízos de valor a respeito desses interesses. O magistrado, quando profere sentença, deve, diante do caso concreto, descobrir o interesse que o legislador quis proteger, ou seja, que interesse dos grupos sociais antagônicos deve prevalecer, ou mesmo, se esses interesses devem ser sobrepostos pelos da comunidade como um todo.

A solução de um litígio deve ser enfrentada, assim, a missão do juiz é proceder ao cálculo dos interesses em conflito: questionar os interesses da lei e privilegiar o direito socialmente mais adequado ao caso.

Ao contrário da orientação tradicional, que se tinha sobre os conceitos jurídicos, a 'Escola da Jurisprudência de Interesses' prepondera, na aplicação do Direito, sendo os interesses em jogo de ter uma solução justa, que melhor se adapta às peculiaridades do caso.

Não aceita a escola que o juiz possa criar uma nova ordem jurídica, como pretendiam, segundo Heck⁴⁹, a '*Escola da Jurisprudência de Interesses*' parte de duas idéias fundamentais das quais: o juiz está obrigado a obedecer ao Direito Positivo e a função do juiz consiste em proceder ao ajuste de interesses, em resolver conflitos de interesses, do mesmo modo que o legislador.

Houve grande contribuição para proporcionar uma compreensão melhor da tarefa hermenêutica sobrelevando o interesse, na aplicação do Direito, e mostrando a supremacia desse valor sobre os conceitos jurídicos.

Ficou demonstrado que bem mais importante do que obter uma suposta interpretação autêntica da lei é preocupar-se com as conseqüências sociais das interpretações possíveis, optando por aquela interpretação cujos efeitos são melhores.⁵⁰

A 'Escola Realista Americana' contribuiu para demonstrar a existência de um abismo entre a concepção teórica de uma justiça impessoal e inflexível e a realidade de uma justiça feita de homens, na qual o juiz, com suas idéias e personalidade, é a figura decisiva.

Partindo de um extremo realismo, a Escola desenvolve uma desmistificadora análise psicológica da função judiciária com a finalidade de comprovar a presença de fatores irracionais, de natureza efetiva, que em vão a teoria da aplicação silogística, lógica, impessoal da lei procura encobrir.

⁴⁹ Cf. Paulo Jorge de Lima, ob. cit., pp. 83 e 130; A. L. Machado Neto, *Teoria Geral do Direito*, págs. 240-241.

⁵⁰ Ver também Luiz Fernando Coelho, *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, Forense, 1979, p. 104 e segs. (1ª. edição da obra).

Na verdade, a sentença judicial não seguiria o processo lógico (das premissas à conclusão), mas o processo psicológico (da conclusão à procura de premissas convenientes).⁵¹

São as razões emocionais que orientariam os julgamentos, a conseqüência, ciência do Direito, seria uma aposta sobre o que decidirão juízes e tribunais, mera suposição do que virá a ser a sentença.

As normas exercem muito pouca influência sobre o direito criado pelos tribunais, daí a importância de estudar o comportamento dos magistrados, onde estaria o cerne do verdadeiro Direito, sobretudo reflexo da realidade social, resultado da conduta dos povos e dos homens, especialmente os juízes.

O Direito é mutável e tem uma dimensão essencialmente plástica, de adaptação a novas situações e circunstâncias, motivo esse que o juiz formula a norma, ainda que comumente o faça sob a aparência de interpretar velhas normas.

Tem sido muito exagerado o grau de segurança que o Direito pode proporcionar. Têm sido também exagerados os benefícios da certeza, assim como os males da incerteza.

Há outras normas formuladas em leis, regulamentos e precedentes que o juiz pretende tomar em consideração, que o juiz menciona como fundamento para sua sentença, mas que na realidade não segue, ou segue apenas de modo parcial.

A '*Escola Realista Americana*' contribuiu para dar uma visão mais autêntica da vida jurídica, derrubando padrões como os de uniformidade e generalidade do Direito, impessoalidade do juiz etc. Em seu lugar, mostrou que

⁵¹ Conclusão que chegou Piero Calamandrei. cf. *Eles, os Juízes. Vistos por Nós, os Advogados*, Lisboa, Livraria Clássica, 1977, pág. 144.

o Direito tem, na plasticidade, uma característica essencial, que a sentença é plena norma e o precedente e é mais o juiz com toda a sua humanidade, que a segurança jurídica é precária, mas que a insegurança é o preço do progresso.

A 'Escola Ecológica' pôs a descoberta da verdadeira essência da decisão judicial, que opera um conhecimento por compreensão, pelo qual o juiz e os litigantes compartilham algo em comum e onde está presente a intuição emocional do julgador.

Outrossim, desvendou o mecanismo dos julgamentos ao perceber que o juiz, ao aplicar a lei, põe o sentido axiológico, iniciado na lei, na conduta que interpreta, ao mesmo tempo em que extrai um sentido da conduta. O objeto da interpretação não é a norma, porém a conduta humana.

Fundada pelo argentino Carlos Cossio, ela utiliza idéias da escola fenomenológica. Considera relativamente a interpretação da lei, que as normas não devem ser analisadas com vistas à sua referência dogmática senão apontando ao objeto que estas mencionam: a conduta em interferência intersubjetiva.

O método que se deve utilizar para a tarefa interpretativa é, pois, empírico-dialético. A juízo de Cossio, este oferece a possibilidade de obter-se não só a compreensão da conduta mas também a sua valoração. Os juristas não interpretariam, portanto, a lei, senão a conduta através da lei. Deve o intérprete preocupar-se não com o sentido genérico das normas, porém com os fatos de conduta a que concretamente apontam as normas. Para Cossio, o ato de interpretação seria, pois, um ato de sentido axiologicamente condicionado.

Da mesma maneira que o objeto do conhecimento do astrônomo são os astros, e não as leis de Kepler e Newton, porque estas são apenas conceitos com os quais os astros, são conhecidos, assim também, na Ciência Dogmática, o objeto do conhecimento do jurista não são as normas, mas a conduta humana em sua interferência intersubjetiva, porque as normas

jurídicas são somente conceitos com os quais aquela conduta é conhecida como conduta.⁵²

Como esclarece Cossio, para entender a Teoria Ecológica do Direito, é preciso partir das classificações dos objetos, elaborada pela filosofia contemporânea, os quais são objetos ideais, naturais, metafísicos e culturais.

Nos objetos culturais há sempre um substrato e um sentido. O substrato é empírico. O sentido só existe intelectualmente, como vivência psicológica de alguém.

O objeto cultural exige um conhecimento por compreensão, no qual o sujeito toma partido no problema, estando dentro do dado que se quer conhecer. Esse conhecimento é circular, uma vez que parte do substrato para o sentido, retomando ao substrato, para voltar ao sentido e, assim, indefinidamente, em forma circular, até que o espírito queira deter-se, sentindo-se satisfeito com o resultado obtido.

A esse método de conhecimento deu Cossio a denominação de empírico-dialético: empírico, porque corresponde ao modo de ser do substrato e do sentido enquanto dados reais, pertencentes ao mundo da experiência; dialético, pela forma circular do conhecimento que vai e vem, do substrato ao sentido.

Discorrendo sobre a posição do juiz em face do Direito, Carlos Cossio coloca alguns pontos que ele considera capitais, há, pois, na raiz de sua atuação uma tomada de posição, uma intuição emocional, um ato de compreensão sem o qual aquele sentido não poderia constituir-se. Esse sentido é a justiça ou injustiça, percebida pelo juiz, no ato mesmo de sentenciar, no qual o juiz e as pessoas interessadas na sua decisão compartilham algo vital em comum.

⁵² Carlos Cossio, *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, págs. 50-51.

O Direito não é algo terminado e fixo para ser aplicado quando chega o caso, assim como se assenta o selo sobre o lacre. Da própria estrutura conceptual que impõe a lógica do dever-ser resulta que - se as sentenças integram a criação normativa em que consiste o ordenamento jurídico - o juiz, como criador da sentença, está dentro, e não fora, do ordenamento.

Em conseqüência, o juiz não vê o Direito concluído e feito, porém como algo que se está fazendo constantemente, e mais, o juiz não apenas vê no Direito algo que se está fazendo constantemente, mas como algo que o próprio juiz contribuiu para que se faça.⁵³

É inútil toda tentativa de querer extrair da norma legal, por dedução, a razão de ser jurídica da sentença. A razão de ser jurídica está em que o juiz trata de compreender o sentido de justiça, solidariedade, ordem etc., que a lei indica.⁵⁴

Não é a lei o que se interpreta, mas a conduta humana mediante a lei, essa afirmação de Carlos Cossio revoluciona a hermenêutica⁵⁵, uma vez que sempre se entendeu que a interpretação jurídica incidiria sobre a norma.⁵⁶

⁵³ Cf. Paulo Dourado de Gusmão, *Introdução à Teoria do Direito*, citada, págs. 275 e segs.

⁵⁴ Carlos Cossio, ob. cit., págs. 113-115.

⁵⁵ "Entendendo o Direito como conduta, Carlos Cossio como que vira pelo avesso a hermenêutica, ao considerar que a interpretação é da conduta e não da lei ou da norma, que esta é apenas o estilo de pensamento do jurista, regulado por uma lógica do dever-ser. A norma é, aqui, o com o que, o instrumento lógico mediante o qual é interpretada a conduta. Se a conduta é objeto da Ciência do Direito, é esta que tem de ser interpretada mediante a norma.

"Essa interpretação da conduta se há de fazer mediante a norma. Somente a norma, como fonte do direito, poderá transformar a interpretação jurídica da conduta, a valoração jurídica, pois, em uma valoração conceitualmente emocional. Se o juiz procedesse a essa valoração de modo livremente emocional, isto é, sem atendimento às fontes do direito, teríamos o império da subjetividade e, pois, da insegurança. Isso ocorreria se o juiz julgasse apenas segundo sua consciência. Há, todavia, um velho brocardo jurídico - do qual a concepção egológica vai buscar o sentido profundo - segundo o qual o juiz deve julgar de acordo com sua ciência e consciência. O termo consciência refere, aí, o imprescindível elemento emocional ou valorativo, enquanto que a ciência aí referida é o conhecimento das fontes do direito (conceitual), ou seja, daquelas instâncias de intersubjetividade (a objetividade que nessa matéria estimativa é comunitariamente possível), mediante as quais a interpretação jurídica da

A visão hermenêutica de Carlos Cossio estará talvez o seu principal mérito, pôs a nu o mergulho do juiz no Direito, realidade humana de que participa e para cuja criação contribui com suas vivências. O Direito é a própria obra do juiz, no seu ofício de ciência e consciência. E o juiz, no julgar, interpreta não a norma, porém a conduta humana, porque as normas jurídicas são apenas conceitos com os quais a conduta é conhecida como conduta.

A 'Escola Vitalista do Direito' - ao proclamar que a função jurisdicional escapa a qualquer criação legislativa, não pertence a ela, não pode ser colocada dentro dela. Inova ao conceituar o método da aplicação do Direito, demonstrando que não se deve guiar pela lógica formal, apta à análise dos conceitos jurídicos fundamentais, porém desastrosa para o trato dos problemas humanos, que reclamam uma lógica própria, a lógica do humano e do razoável.

Luis Recaséns Siches (1903-1977), pensador espanhol, nascido na Guatemala, que viveu grande parte de sua vida e morreu no México, é criador da recente escola hermenêutica, que decorre de sua própria visão do mundo jurídico.

conduta logra força de convicção." A. L. Machado Neto, *Teoria da Ciência Jurídica*, citada, págs. 95, 157 e 158.

⁵⁶ Comentando o pensamento de Cossio, adverte Machado Neto que, ao dizer que o sentido está na norma, "não se suponha que está nos textos legais, ou em outra qualquer instância normativa ou fonte de Direito, e, pois, apartado da realidade do fato da conduta que se pretende conceituar, pois sendo norma o juízo que pensa a conduta em sua liberdade, ela se integra com a conduta, por ser a conduta humana, racional e, como tal, pensada. Se o estilo lógico de pensar a conduta, se o juízo capaz de pensa-la é a norma, e se a conduta por ser humana é racional - razão vital - a conduta se integra da sua própria representação - a norma. Porque o Direito é conduta compartilhada, o sentido jurídico de um especial fato de conduta é co-posto pelo agente, pelo legislador, pela comunidade e pelo intérprete".

Quanto ao intérprete,

"Atuará como porta-voz do entendimento comunitário na medida em que logra a necessária força de convicção para que sua valoração não seja subjetiva, mas objetiva, não seja livremente emocional, mas conceitualmente emocional." A. L. Machado Neto, *Teoria Geral do Direito*, citada, págs. 246 e 248.

Desenvolvidas pelo norte-americano Félix Cohen e pelo escandinavo Alf Ross e Olivecrona, a 'Escola do Positivismo Fático' representou as posições mais extremas de oposição ao dogmatismo exegético, embora os dois segundos manifestem certo equilíbrio analítico enquanto não propugnam um ceticismo total em relação ao valor das normas jurídicas.

Uma norma jurídica é um pedaço da vida humana objetivada que, na medida em que esteja vigente, é revivida de modo atual pelas pessoas que a cumprem e pelas pessoas que a aplicam, e que ao ser revivida deve experimentar modificação para ajustar-se às novas realidades em que é revivida e para as quais é revivida.⁵⁷

Todo enunciado que pretenda ter uma referência empírica, e constitua somente a menção de uma realidade irracional, é denominado "*enunciado metafísico*".

Ora, para o realismo norte-americano, as normas jurídicas seriam meros enunciados metafísicos, destituídos de base empírica e, em conseqüência, expressões sem sentido, "*golpes de varinha mágica*", segundo expressão de Cohen, com os quais os juízes vestiriam de racional lida de seus compromissos decisórios. As normas não teriam, portanto, para a escola, nenhum valor.

O '*positivismo fático*' propõe a reconstrução de todos os conceitos jurídicos com base em expressões que tenham correspondência empírica. E no plano do jurídico somente as sentenças jurídicas possuem correspondência empírica. As normas à margem das referidas decisões não possuem qualquer significação. Ao jurista deve, pois, interessar somente o sentido que os juristas atribuem às normas.

⁵⁷ Cf. A. L. Machado Neto, *Teoria da Ciência Jurídica*, citada, pág. 96.

O realismo norte-americano revela, assim, em relação ao normativismo dogmático, um exagero de signo contrário.⁵⁸ As normas para a escola, já não dizem tudo, senão que, pelo contrário, nada dizem, não possuindo juridicamente qualquer valor.

Sua crítica ao positivismo normativista é baseada, principalmente, em uma análise lingüística. Cometem, entretanto, um sério erro semiótico ao reivindicar a correspondência com os fatos como critério de sentido, sem contar com a linguagem previamente elucidada, que transcenda a textura de uma linguagem natural.

O direito movimenta-se dentro da estrutura da linguagem natural - como a própria escola admite - não podendo aplicar aquela condição. Mas os realistas não entenderem bem a seu mestre e cometem uma dessas antinomias que tanto criticaram às escolas tradicionais. De qualquer modo, constitui uma contribuição interessante da escola sublinhar em sua análise da tarefa interpretativa os fatores econômicos, ideológicos e psicológicos que intervêm na significação das normas.

A lógica formal, de tipo puro, a priori, que é adequada na análise dos conceitos jurídicos essenciais (direito subjetivo, dever jurídico, pessoa jurídica, relação jurídica), é imprestável na aplicação do Direito.

Tudo que pertence à existência humana (a prática do Direito, inclusive) reclama a lógica do humano e do razoável, impregnada de critérios valorativos (lógica material).

⁵⁸ Alf Ross por sua parte situa como principal problema do direito o dualismo entre realidade e validade e procura superá-lo. Diferentemente do realismo norte-americano não nega o aspecto normativista do direito em termos de validade senão que o correlaciona com a eficácia. Validade e eficácia seriam, dessa forma, termos em com relação forçada, devendo-se colocar sempre maior ênfase na eficácia, que não só é condição de validade, mas também a única via de tornar significativa esta última expressão.

A valoração do juiz é a soma dos valores da legalidade positiva, mais as valorações sociais, mais as estimativas pessoais.⁵⁹

Uma das antinomias do Direito consiste precisamente em que deve servir, de um lado, aos propósitos de certeza e segurança, e, de outro, às necessidades suscitadas pela mudança social e pelos desejos de progresso.

O método da 'Escola Tópico-Retórico' vincula-se a expressivo movimento de base jusnaturalista surgido na Alemanha na década de 50. Sob o fundamento do trabalho de Theodor Viehweg, seus estudos procuram identificar a especial modalidade técnica que caracteriza o pensamento dogmático.

Ele recorre a uma técnica de pensamentos por problemas nascidos no campo da retórica, distinto do pensamento dedutivo sistemático vigente em outras ciências. A tópica utiliza diretrizes retóricas, (tópicos) que não são princípios lógicos, mas lugares comuns revelados pela experiência, aptos a resolverem problemas vinculados a círculos problemáticos concretos.

Em terminologia mais tradicional esses tópicos seriam os princípios gerais do direito. Ora, ao redor de tais princípios ordenam-se todas as regras normativas e surgem os institutos (conjuntos de normas orientadas por princípios que regulam as relações jurídicas). E raciocinar no campo do direito, interpretar as normas, para esta escola, não é mais do que operar com as diretrizes retóricas segundo Viehweg a interpretação do direito positivo só é possível recorrendo a métodos que restrinjam e flexibilizem as normas que integram o ordenamento jurídico.

Nesta perspectiva as operações tópicas permitiriam uma aproximação prudencial dos fatos ao direito e do direito aos fatos. Lembre-se, ainda, que a tópica pertence ao campo da lógica dialética. É que o raciocínio

⁵⁹ Alípio Silveira e José Frederico Marques identificam a presença da "*lógica do razoável*" no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro. Cf. Alípio Silveira, *Hermenêutica do Direito Brasileiro*, citada, vol. I, ps. 85 e 86.

tópico produz uma conclusão que tem como premissa, opiniões acreditadas ou, verossímeis.

Na conclusão, portanto, não se demonstra a verdade nela afirmada senão que se cria um efeito de verdade, algo em que se pode acreditar como verdadeiro. Afinal, veja-se que através do *tópico-retórico* aflora o inequívoco caráter *político-ideológico* da atividade decisória.

Contudo, os tópicos têm uma visão ingênua a respeito do tipo de justiça que as decisões perseguem. É que supõem eles existir uma justiça igualitária e homogênea para todos os grupos sociais, situada como a questão difícil de ser alcançada do direito.

4. OS POSTULADOS DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO DA ESCOLA HISTÓRICA ALEMÃ, COM BASE EM SAVIGNY

“Uma hermenêutica jurídica com pretensão de ciência é um fenômeno relativamente recente na nossa cultura ocidental, embora a interpretação do direito seja um fenômeno antiqüíssimo. Não deveremos confundir hermenêutica jurídica em termos de uma teoria dada ou fundamentada com a pretensão de ciência com o próprio exercício da hermenêutica jurídica, que como podemos observar já vinha sendo realizada desde os filósofos clássicos na Grécia, na tentativa de aplicação do justo nas relações controvertidas em sociedade”⁶⁰.

O que Ferraz Jr. nos traz, é justamente que iremos encontrar o exercício da interpretação e as escolas voltadas para a hermenêutica desde o passado em Roma, porém a idéia de uma hermenêutica jurídica com caráter científico é relativamente novo e ela data do início do século XIX.

⁶⁰ Tércio, *Introdução...*, op. Cit., pág. 240.

É neste momento que surge também uma discussão mais genérica de se saber se o direito constitui ou não uma ciência. Do século XVIII para trás, não se punha a questão da cientificação das disciplinas jurídicas, estudava-se direito, mas, não se discutia sua cientificidade.

Sobre o questionamento da cientificidade do direito, seu início se deu junto com o desenvolvimento das escolas positivistas aplicadas ao direito. Nascia então o positivismo na sua concepção de direito que trouxe o problema da cientificidade da chamada Ciência do Direito, inclusive apareceu nesse momento a expressão Ciência do Direito. “*O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais*”⁶¹.

Foi Savigny que se destacou sendo o grande sistematizador da hermenêutica no início do século XIX. Sua capacidade intelectual fez com que pela primeira vez, por volta de 1814, tomasse o encargo de definir a questão da cientificidade de uma hermenêutica jurídica. E, à luz da tradição romana, ele qualifica algumas técnicas interpretativas como técnicas interpretativas fundamentais.

A idéia central do jurista alemão, diz respeito à interpretação da norma reproduzindo aquilo que o legislador quis dizer. Savigny passou por dois momentos distintos. O primeiro, anterior à 1814, seu pensamento era no sentido de interpretar a norma de acordo com o que “*a lei diz*”, em momento posterior, refletindo um pouco mais, o pensador muda seu referencial, passando a interpretar a norma de acordo com o que “*o legislador diz*”. A questão, ainda meramente técnica, era, então, como determinar o sentido expresso nas normas.⁶²

⁶¹ Norberto Bobbio, *O positivismo Jurídico*, op. cit., pág. 135. 54

⁶² O professor Tércio Sampaio desenvolve a teoria e mostra a diferença do pensamento de Savigny em dois momentos. *Introdução...*, op. Cit., pág. 240.

Temos portanto que para Savigny, ao entender a lei como vontade que o legislador pretendeu ao editar a norma, inicia-se o trabalho do jurista na interpretação, a começar por tentar revelar o sentido daquilo que é expresso em seu corpo.

Como trabalho inicial, basta que façamos a análise do sentido que aparece no próprio texto de lei enquanto construção sintática, obtendo, portanto, a interpretação gramatical, sendo uma das formas de busca de seu sentido.

“A lei é uma realidade morfológica e sintática que deve ser, por conseguinte, estudada do ponto de vista gramatical. É da gramática – tomada esta palavra no seu sentido mais amplo – o primeiro caminho que o intérprete deve percorrer para dar-nos o sentido rigoroso de uma norma legal. Toda lei tem um significado e um alcance que não são dados pelo arbítrio imaginoso do intérprete, mas são, ao contrário, revelados pelo exame imparcial do texto.”⁶³

A forma de interpretarmos a norma não é tão simplista assim, para buscarmos o seu sentido, além da interpretação gramatical, devemos continuar a verificar sua estrutura sintática, elas acobertam também uma estrutura lógica, uma concatenação lógica.

“Após essa perquirição filológica, impõe-se um trabalho lógico, pois nenhum dispositivo está separado dos demais. Cada artigo de lei situa-se num capítulo ou num título e seu valor depende de sua colocação sistemática. É preciso, pois, interpretar as leis segundo valores lingüísticos, mas sempre situando-as no conjunto do sistema. Esse trabalho de compreensão de um preceito, em sua correlação com todos os que com ele se articulam logicamente, denomina-se interpretação lógico-sistemática.”⁶⁴

⁶³ Miguel Reale, *Lições de Direito*, 27ª ed., ed. Saraiva, pág. 279.

⁶⁴ *Ibidem*, pág. 279.

Além da mera sintaxe, o intérprete tem que buscar, entrar no aspecto de encadeamento das normas entre si formando um conjunto coerente, isso revelaria, então, o sentido lógico, o sentido da interpretação lógica.

No caminho da interpretação gramatical e o encadeamento das normas entre si, ainda não são suficientes para chegarmos à conclusão definitiva, justamente pelo fato das normas, além de uma estrutura sintática e de uma estrutura lógica de encadeamento, também apontam para um sentido que se insere num todo maior, extrapolando apenas o encadeamento de normas.

Chegamos então a analisar o sistema que a norma se insere, extrapolando apenas a visão única de olharmos as leis, faz-se necessário o conjunto, vindo, portanto a famosa e reconhecida interpretação sistemática daquilo que o legislador diz.

Depois de trilharmos esse caminho cadenciado, chegamos no momento de observarmos as origens da norma, seu nascedouro, seu genótipo⁶⁵, sua gênese, portanto, seu sentido genético, objeto da técnica de interpretação, e com isso nós temos com Savigny a qualificação desses conhecidos quatro chamados métodos de interpretação jurídica: interpretação gramatical, lógica, sistemática e histórica⁶⁶.

Quando o idealizador dessa técnica interpretativa, classifica e organiza seu método, não faz a interrogação que levaria a colocação do problema de cientificidade da interpretação, mas sim acaba por estruturar os métodos ou técnicas interpretativas.

⁶⁵ Para facilitar nossa exposição, recorremos ao Dicionário Aurélio na definição de genótipo e fenótipo: o primeiro seria a "composição genética total do indivíduo ou zigoto; ou o conjunto dos genes do indivíduo; ou ainda, um grupo de indivíduos de igual constituição genética"; por sua vez, o segundo é definido com sendo "as características de um indivíduo, determinada pelo seu genótipo e pelas condições ambientais."

⁶⁶ Tércio, *Introdução ...*, op. Cit., pág. 241.

Em um segundo momento, depois de apresentado sua técnica, começam a aparecer os questionamentos a respeito do caráter científico ou não do direito de modo geral, a questão então é lavada para a direção propriamente de questionar o caráter científico da interpretação.

Decorre desse motivo a diferença de seu comportamento ser distinto nas duas fases. Na primeira delas, em 1814, Savigny se preocupa com a classificação. No segundo momento, ele muda de enfoque. A questão de como se interpreta, como se revela o sentido daquilo que o legislador diz se altera, sofre inflexão para outro tipo de investigação, ou seja, a investigação prévia de saber o que é que está na base da possibilidade de nós revelarmos o sentido que o legislador diz.

Passamos a discussão para outro nível. Já sabemos como aplicamos a técnica, o método, portanto, como se interpreta, passamos agora, a saber, qual o fundamento em que se interpreta.

Utilizamos o método gramatical, lógico, sistemático e histórico, resta saber qual é a base, o fundamento dessa interpretação? Ademais, outra indagação a ser feita: Descobrir o fundamento, é possível revelar o sentido daquilo que o legislador realmente quis dizer?

O raciocínio nesse ângulo muda a preocupação de Savigny. Em vez de trabalhar com técnicas interpretativas, o fundamento da interpretação repousa na utilização do método hermenêutico, ou seja, visa buscar quais são aqueles cânones do conhecimento que vão definir a verdade no campo hermenêutico.

Para Savigny, esse método se fundamenta numa concepção genética, baseado nas origens, partindo do ponto em que o direito é entendido como um fenômeno histórico, isto é, ele não é apenas um fenômeno que está na história (portanto se localiza na história), o direito vai mais adiante, é um fenômeno histórico na sua essência, é histórico por si. Essa distinção, que está

consubstanciada na escola histórica, é de extrema importância, marcando todo o desenvolvimento da Ciência do Direito no século XIX.

“La manera más sencilla es investigando cómo una cuestión especial ha sido contestada de modo distinto en diversas épocas de la legislación. Pero uno no debe detenerse allí; de lo contrario se obtendrían sólo resultados limitados, inclusive en muchos puntos serían inevitables las errores. Se debe tomar el sistema en su totalidad y consideraría como progresivo en su totalidad; de ello depende todo. La tarea más elevada para la interpretación era la crítica. En la historia del derecho se encuentra algo parecido: la investigación de las fuentes; ella nos suministra también la materia para la elaboración histórica (...)”⁶⁷

Essa tendência historicista surgia em um momento onde os pensadores da época, entendiam o sistema jurídico alemão como um conjunto de regras sendo a única fonte do direito⁶⁸, trazendo a lei como fruto direto do interesse do legislador.

Da mesma forma ocorria esse fenômeno na França, foi um momento onde o Direito alemão influenciava e sofria influência⁶⁹ ao mesmo tempo do

⁶⁷ Friedrich Karl Von Savigny, *Metodología Jurídica*, reimpressão, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1994, pág. 31.

⁶⁸ Para o Professor Miguel Reale, *“Fonte do Direito são os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa.”* Adiante, completa dizendo: *“... fonte de regras obrigatórias, dotadas de vigência e de eficácia, é preciso que haja um poder capaz de especificar o conteúdo devido, para exigir o seu cumprimento, não sendo indispensável que ele mesmo aplique a sanção. É por isso que se diz que o problema das fontes do direito se confunde com o das formas de produção de regras de direito vigentes e eficazes, podendo ser elas genéricas ou não.”* In *Lições Preliminares de Direito* 27ª Ed. 5ª tiragem, Editora Saraiva, 2005, págs. 140 e 141.

⁶⁹ A França, no período em que foi promulgado o Código de Napoleão, ainda era um país agrícola por excelência, no decorrer do século XIX que se operou a revolução técnica, com forte influência da Inglaterra que saiu na frente. A França, sofrendo influência dos grandes inventos no plano da Física, Química, notadamente através da utilização da força a vapor, a vida social de muitos países se alteraram profundamente, ademais, diante da evidente influência que a França imputava ao direito com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como a organicidade da determinação das relações privadas do Código Napoleônico, valendo em todo território nacional, tendo como postulado básico a interpretação lógico-dedutiva dos dispositivos legais escritos, a Escola Histórica

Direito Francês, cujas bases racionais preconizavam o entendimento das normas jurídicas como fruto exclusivo do trabalho do legislador, sendo a lei considerada como única fonte do direito, vindo desse íterim as bases do código napoleônico, na Alemanha, em caráter nacional, com a legislação alemã.

“En ese momento, en que el sentimiento patriótico del pueblo alemán estaba exaltado por el deseo de que se dictase un código que contribuyese a la unidad del país, Savigny se atreve valientemente a refutar e impugnar el alegato de Thibaut con su ‘De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho’. (...) En la introducción de este opúsculo se yergue contra la opinión profesada por la mayoría de las jurisconsultos de la época, según los cuales el derecho tenía como única fuente a la ley, sólo emanada de la potestad suprema del Estado. Impugna asimismo la tesis según la cual era necesario dictar códigos racionales, perfectos, libres de toda influencia histórica, tesis para la cual el derecho consuetudinario quedaba relegado a desempeñar el papel de un vago e insuficiente complemento.”⁷⁰

Entendendo melhor o que significa o método de interpretação histórica do direito, temos que as normas jurídicas são o tempo histórico, representam o envoltório que se deu sua edição pelo legislador, representa uma foto do momento histórico vivido, eternizado com sua promulgação, diferente de apenas verificar que a norma está inserida na história, como tantos outros fatores.

Mas como fica a fundamentação? Como buscamos a base que a norma se formou? O que é que significa buscar esse fundamento interpretativo

Alemã dá uma guinada expressiva ao retomar ao modelo romano, onde a busca essencial da determinação do direito está justamente voltada nas categorias históricas de cada particularidade regional da sociedade alemã, para melhor aplicação da justiça.

⁷⁰ Enrique R. Aftalión e José Vilanova, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, nueva version com La colaboración de Julio Raffo, 1994, págs. 262-263.

nessa raiz histórica? Como é que vou fundar a técnica mais próxima e adequada para a solução dos conflitos do direito?

Entendendo que o direito é um fenômeno histórico, para interpretar o direito Savigny funda as regras de interpretação nessa característica fundamental. Com isso, aprimora sua base metódica para a interpretação do direito, a chamada interpretação histórica, porém, com outro estatuto teórico. Ela não é mais uma das quatro técnicas, mas começa a adquirir o valor de "a principal técnica", sendo fundamental, porque corresponde ao método de vital importância para o jurista compreender o direito.

“A Escola Histórica renovou a ciência jurídica ao conceituá-la, à sua maneira, como histórica; com isto, ela apontou deliberadamente para uma nova dogmática jurídica e não para a investigação histórica.”⁷¹

A base da interpretação nesse momento, passa a ser a histórica, porque, com isso, o direito é conhecido como fenômeno histórico na sua essência. Sendo um fenômeno histórico, tem um processo contínuo de formação, ou seja, o direito não é algo de estático localizado no tempo, mas sim algo que constantemente se transforma.

Sustentam vários mestres desse momento da história, que a lei é algo que representa uma realidade cultural, ainda, para evitarmos a palavra cultura, que no momento histórico não era empregado nesse sentido, era uma realidade histórica que se situava na progressão do tempo, conseqüentemente, seu significado não é imutável, e sim acompanham determinadas aspirações da sociedade.

O brilhantismo do pensamento, cujos méritos são louváveis por toda comunidade de filósofos do Direito, são de todo importante, porém, um problema há de ser enfrentado, que diz respeito ao fato estarmos sempre em transformação.

⁷¹ Franz Wieacker, *História do Direito Privado Moderno*. 2ª ed., Lisboa, ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Trad. A. M. Botelho Hespanha, 1967, pág. 475.

Sabemos que o direito seria dificilmente modulado a ponto de estabelecermos generalizações de conduta para possíveis fórmulas de solução de conflitos. Diante dessa constante mutação, até em virtude da natureza humana, a pergunta que nos resta fazer é: Como poderíamos achar um ponto comum de significação para determinada norma jurídica?

A resposta dada pelo pensador certamente seria que justamente por essa capacidade contínua de transformação do direito que iríamos localizar os parâmetros para determinar a generalização possível do sentido do direito aceito por todos.

No caso de adotarmos uma interpretação histórica como método, a questão da estabilidade está em identificar em cada tempo todos os mecanismos que levaram o entendimento do direito naquele sentido.

Para tornar possível a interpretação, o jurista alemão encontrou a saída, fazendo com que a essência do legislador, no momento da edição da lei pensou, chamando esse exercício de: encontrar o “*espírito do povo*”, tendo como base do método interpretativo sendo um produto cultural que se forma no tempo.

“Esta tendência doutrinária procurava fazer convergir todas as atenções sobre o estudo da consciência popular e de suas criações imediatas, renunciando a toda inovação legislativa. Foi benéfica na medida em que promoveu a investigação do aspecto histórico do direito e levou a considerar a sua gênese e o seu desenvolvimento em conexão com as condições particulares de cada povo e com outros fenômenos da vida social. Neste sentido, representa um progresso relativamente às concepções antecedentes, que descuidavam o lado positivo do direito”⁷²

⁷² Giorgio Del Vecchio, *Lições de Filosofia do Direito*, 5ª ed. Coimbra, Arménio Amado, Tradução de Antonio José Brandão, 1979, pág. 161.

A melhor forma de entendermos o significado do espírito do povo, nos remete à representar o sentido popular do direito, cujas fontes são os próprios costumes e tradições desenvolvidos no tempo pela sociedade, que pelo seu uso reiterado acabam convertendo-se em normas jurídicas.

Vejamos as palavras de Savigny: *“En todas las naciones a las que alcanza la historia vemos al Derecho civil revestir un carácter determinado, peculiar de aquel pueblo, del propio modo que su lengua, sus costumbres y su constitución política. Todas estas diferentes manifestaciones no tienen, en verdad, existencia aparte, sino que son otras tantas fuerzas y actividades del pueblo, indisolublemente unidas y que sólo teóricamente aparecen como atributos distintos. Lo que las hace formar un todo es la creencia universal del pueblo, el sentimiento uniforme de una necesidad íntima que excluye toda a idea de un origen meramente accidental y arbitrario... El derecho progresa con el progreso del pueblo, se fortalece con él finalmente perece cuando la nación ha perdido su personalidad.”*⁷³ (1990:273)

Entende-se, portanto, que o espírito do povo seria justamente a capacidade de manifestação histórica no tempo do sentido que se traz para determinada relação surgida na sociedade, de acordo com os costumes, tradições e pelo comportamento do povo naquele momento, com isso teríamos revelado sua transformação.

Podemos perceber que as perspectivas da interpretação da norma, durante esse período, ganham contorno próprio da sistematização do estudo científico do direito. Já podemos perceber um método próprio para buscarmos a verdadeira noção do que as normas contêm em seus comandos.

Também nos revela que o sistema jurídico não possui um sentido determinado e localizado unicamente na regra positiva, mas sim, volta-se, sobretudo para o aspecto histórico do desenvolvimento do “espírito do povo”.

⁷³ Friedrich Karl von Savigny, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la jurisprudencia*, apud, Edgar Bodenheimer, *Teoría Del Derecho, Duodécima reimpresión*, México, Fondo de Cultura Económica, Trad. Vicente Herrero, 1990, pág. 273.

Integram o espírito do povo, os costumes e as tradições, sendo estas traços essenciais na determinação histórica do direito, que se espelhavam nos institutos jurídicos vitais de organização das relações jurídicas formadas, dando a noção de sentido necessária às normas jurídicas como complexo orgânico e dinâmico dos conceitos da ciência jurídica.

Tecendo uma analogia com o desenvolvimento da *'jusrisprudência'* em Roma, os pretores e os *'jurisconsultos'* formam o contingente hábil para a determinação das soluções e procedimentos possíveis a se chegar a uma decisão que melhor se adapte aos costumes do povo romano. Dessa mesma forma, a Escola Histórica Alemã viabilizou através de seu modelo mais sistematizado e científico, a determinação do sentido normativo por meio de técnicas interpretativas estruturadas em um único método histórico.

Para aclarar os caminhos descritos por esse movimento hermenêutico, o Professor Tércio Sampaio Ferraz Jr. nos mostra que a idéia central de buscar uma fórmula, acaba por ensejar na maneira que se pretende defender durante o desenvolvimento deste trabalho, procurando visualizar o sistema como um organismo vivo, interligando os diversos microssistemas para se alcançar uma solução aos conflitos, vejamos:

“As conseqüências destas teorias para a sistemática jurídica no século XIX evidenciam-se e formalizam-se, entretanto, com mais clareza em Savigny. Sua obra revela, até certo ponto, uma inovação decisiva na sistemática jurídica. Nela o sistema perde, em parte, ou pelo menos na aparência, o caráter absoluto da racionalidade lógico-dedutiva que envolve, com sentido de totalidade perfeita, o jurídico. O sistema ganha, ao contrário, uma qualidade contingente, que se torna pressuposto fundamental da sua estrutura. Na fase madura de seu pensamento, a substituição da lei pela convicção comum do povo (Volksgelt). como fonte originária do direito relega a segundo plano a sistemática lógico-dedutiva, sobrepondo-lhe a sensação (Empfindung) e a intuição (Anschauung) imediatas. Savigny enfatiza o relacionamento primário da intuição do jurídico não à regra genérica e abstrata, mas aos ‘institutos de direito’

(Rechtsinstitute), que expressam 'relações vitais' (Lebensverhältnisse) típicas e concretas. Os institutos são visualizados como uma totalidade de natureza orgânica, um conjunto vivo de elementos em constante desenvolvimento. É a partir deles que a regra jurídica é extraída mediante um processo abstrativo e artificial, manifestando o sistema, assim explicitado, uma contingência radical e irretorquível. (...). A 'organicidade' não se refere a uma contingência real dos fenômenos sociais, mas ao caráter complexo e produtivo do pensamento conceitual da ciência jurídica. Neste sentido, assinala Wiacker⁷⁴, a palavra 'povo' (Volk), em Savigny, é antes um conceito cultural, paradoxalmente quase idêntico aos juízes e sábios de um país. Com isso a sistematização histórica proposta acabou dissolvendo-se, já com o próprio Savigny, numa estilização sistemática da tradição, como seleção abstrata das fontes históricas, sobretudo romanas.”⁷⁵

Partindo desses preceitos fundamentais da hermenêutica jurídica, necessários ao entendimento do complexo das normas do direito, teremos a partir de Savigny um confronto direto entre os mecanismos de interpretação do ordenamento jurídico, que irão se problematizar com o advento das novas escolas surgidas como a Escola da Exegese, na França e, na Inglaterra, com a Escola Analítica.

Podemos afirmar que Savigny foi no mínimo ousado, alterando as bases de interpretação propostas. A hermenêutica jurídica apresentada representou uma mudança sobre como se compreende o direito, que estava se configurando por meio da percepção de sentido com base na vontade da lei, de cunho estritamente dogmático.

⁷⁴ Cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Introdução ao estudo do direito: Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1988. Ainda, sobre a estrutura dedutiva de raciocínio dos pensadores jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, até hoje a doutrina é determinada diante da questão da sistemática jurídica. Wiacker acrescenta que a maior contribuição do jusnaturalismo ao direito privado europeu é o próprio sistema.

⁷⁵ *A Ciência do Direito*, 2ª. ed., São Paulo, Atlas, 1986, págs. 28-29.

Entendeu o pensador, que o direito está em constante mutação. Dessa forma, alterando-se sempre as legislações dos povos, a única possibilidade de encontrarmos uma estabilidade na interpretação das normas jurídicas está justamente voltada em perceber na temporalidade e evolução do espírito do povo a formação dos institutos jurídicos.

Para elucidar melhor a forma como foi proposta a interpretação por Savigny, tentaremos mostrar na prática, trazendo para a atualidade o raciocínio empregado em questão com o advento da Constituição de 1988.

Nesse momento que o jurista se defronta com uma nova ordem constitucional, ao se deparar com os institutos e princípios administrativos, não vai ele estudar, tão somente, os problemas constitucionais relativos a administração pública como norma positivada.

Para interpretarmos como se espera pelo método apresentado, seria necessário trazer a hipótese de interpretação de forma abrangente aquilo que transforma o direito num conjunto de situações estáveis, pois, devemos buscar aquilo que dá ao direito a sua continuidade no tempo, localizado nos institutos de direito, manifesta expressão do espírito do povo. Logicamente se inclui a vontade do legislador, motivado por uma nova ordem à época, que os levaram a promulgar da maneira proposta atualmente.

Dessa forma proposta, estudada e idealizada pelo pensador em questão, corresponde ao método hermenêutico como um método histórico. Não só utiliza-se das técnicas de interpretação, trazendo mecanismos de verificação de sentido da norma jurídica contida em um texto de lei, mas estabelece um padrão metodológico da própria ciência jurídica, ou melhor, da ciência da hermenêutica jurídica essencialmente histórica posto que é aí que se funda a possibilidade da verdade hermenêutica.

Não nos resta dúvidas que em Savigny a hermenêutica jurídica ganha louros, prestígio e se posiciona como técnica diferenciada, num primeiro momento, pelo fato de ser um conjunto sistematizado de técnicas que

propiciam ao jurista farto manancial didático para compreender a norma positiva do direito.

Admite-se que o método por excelência encampa um meio possível de compreensão do complexo do ordenamento jurídico, é voltado para perceber no tempo, as evoluções dos institutos jurídicos. *“Em princípio, a concepção de que o texto da lei era a expressão de mens legislatoris leva Savigny a afirmar que interpretar é compreender o pensamento do legislador manifestado no texto da lei. De outro lado, porém, enfatiza ele a existência fundante dos ‘institutos de direito’ (Rechtinstitute) que expressavam ‘relações vitais’ responsáveis pelo sistema jurídico como um todo orgânico, um conjunto vivo em constante movimento. Daí a idéia que seria a convicção do povo (Volksgeist) o elemento primordial para a interpretação das normas”*⁷⁶

Podemos afirmar, portanto, que existe uma polêmica. As escolas de interpretação do direito desde a escola histórica estão centradas em revelar o sentido da interpretação jurídica sempre buscando desvendar o as duas faces da norma, pautadas entre a *mens legislatoris* e a *mens legis*, ou seja, o sentido da interpretação do direito será fornecida pelo entendimento do jurista ou por aquilo que está contido na vontade do legislador (neste momento, compreender a norma jurídica é se voltar para o passado apurando-se o conjunto de fatores de que influenciaram a decisão do próprio legislador)

Por fim, de forma filosófica, pode-se entender que a norma jurídica adquire vida independente e desassociada do ato de vontade do parlamentar, busca-se o jogo de interesses que a sociedade invoca para a compreensão da lei.

Savigny está realmente interessado em decifrar o sentido do enunciado jurídico. Desenvolve-o através de uma série de técnicas de interpretação: gramatical, lógica, lógico-sistemática, histórica. O trabalho do

⁷⁶ Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução...*, op. Cit., pág. 241.

jurista na hermenêutica é claro na percepção do sentido que o legislador quis imprimir ao texto da lei.

Por esse método adotado, a preocupação com o espírito do povo não pode ser esquecido jamais, a preocupação deve ser constante em colocar a percepção do desenvolvimento dos institutos jurídicos, em contínua manifestação da dinamicidade do direito em se adaptar à realidade e à necessidade da sociedade, isto é, dos interesses objetivos em jogo que envolvem todo um povo.

Contudo, se a formação do sistema jurídico pretendia resolver um problema de natureza lógica estabelecendo a unidade entre as normas que deveriam ser deduzidas a partir de certos princípios, por outro lado, o problema hermenêutico, que colocava a questão geral do sentido da unidade do todo, ainda reclamava uma solução.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. esclarece o aparecimento desse problema no seu livro *A Ciência do Direito*⁷⁷. Diz ele:

“O jusnaturalismo, como vimos, já havia cunhado, para o direito, o conceito de sistema, que se resumia, basicamente, na noção de um conjunto de elementos ligados entre si pelas regras da dedução. No campo jurídico, falava-se em sistema das ordens da razão ou sistema das normas racionais, entendendo-se com isto a unidade das normas a partir de princípios dos quais elas eram deduzidas. Interpretar o direito significava, então, a inserção da norma em tela na totalidade do sistema. A ligação, porém, entre o conceito de sistema e o de totalidade acabou por colocar a questão geral do sentido da unidade do todo.”

Podemos perceber que é justamente nesse momento que se ganha a consciência que a ciência do direito surge como teoria da interpretação. Conforme o professor Tércio nos elucida didaticamente:

⁷⁷ *A ciência do direito*, pág. 69.

*“Muito embora o desenvolvimento de técnicas interpretativas seja bastante antigo, e, como vimos no panorama histórico, já esteja presente na jurisprudência romana e até na retórica grega, elaborando-se progressivamente nas técnicas das ‘disputationes’ dos glosadores e tomando um caráter sistemático com o advento das escolas jusnaturalistas da Era Moderna, a consciência de que a teoria jurídica é uma teoria hermenêutica, ou seja, a tematização da Ciência do Direito como ciência hermenêutica é relativamente recente.”*⁷⁸

Conclui-se que é precisamente a partir de Savigny que a questão hermenêutica, *“deixa de ser a mera enumeração de técnicas interpretativas, para referir-se ao estabelecimento de uma teoria da interpretação.”*⁷⁹

Não se pode deixar de salientar que Savigny não foi apenas influenciado pelo idealismo romântico. Ele sofreu o duplo influxo racionalista-cientificista e romântico-idealista que caracterizou o início do século XIX.

Por esse motivo que a teoria de Savigny enfatiza primeiramente o aspecto lingüístico, muito embora o objeto da interpretação seja *“a reconstrução do pensamento que é expresso na lei”* o enfoque é mais para a expressão do pensamento.⁸⁰

Durante o desenvolvimento da última fase de Savigny, já vimos que predominou o lado romântico na sua teoria. Para que possamos interpretar, não devemos apenas nos ater à uma interpretação lógica para conhecer o texto legal, mas uma operação intuitiva para conhecer o espírito do povo.

Nitidamente percebe-se que há um deslocamento da *“expressão”* para o pensamento e para a *“atividade do espírito.”*⁸¹ No momento de

⁷⁸ *A ciência do direito*, p. 68.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 69.

⁸⁰ Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, pág. 2

⁸¹ *Ibid.*, pág. 8.

maturidade de sua obra, o pensador liberta-se da “*estrita prisão à palavra da lei defendida nos seus primeiros escritos.*”⁸²

Contudo, entende Karl Larenz sobre esse assunto, em explicação em nota de rodapé, que, a seu ver, não é “*correto contar Savigny, como ocorre geralmente, entre os representantes da teoria 'subjetivista' da interpretação*”⁸³

Ainda: ‘*a vontade*’ do legislador a que Savigny se refere não é uma vontade psicológica. O intérprete deve, na verdade, procurar “*atrás dos pensamentos do legislador, o pensamento jurídico objetivo que se realiza no instituto jurídico.*”⁸⁴

É um engano, pois, considerá-la, segundo LARENZ, um representante da teoria subjetivista.

O diferencial da metodologia de Savigny foi a idéia de sistema como sistema ‘*científico*’, “*idéia que serviu de ponto de arranque para a ‘Jurisprudência dos conceitos’.*”⁸⁵

Com efeito, começou a surgir uma compreensão progressista da lei. Os pandectistas alemães foram os primeiros. Foram juristas germânicos que construíram, na segunda metade do século XIX, uma importante Técnica ou Dogmática Jurídica⁸⁶, a qual teria como base o Direito Romano trazido para os dias atuais⁸⁷.

⁸² Ibid., p.10.

⁸³ Ibid., nota 4, pág. 8.

⁸⁴ Ibid., mesma página.

⁸⁵ Ibid., pág. 11.

⁸⁶ Para o professor Miguel Reale, “... No nosso modo de entender a Dogmática Jurídica corresponde ao mesmo culminante da aplicação da Ciência do Direito, quando o jurista se eleva ao plano teórico dos princípios e conceitos gerais indispensáveis à interpretação, construção e sistematização dos preceitos e institutos de que se compõe o ordenamento jurídico...” Cf. *lições Preliminares de Direito*, pág. 322.

⁸⁷ Ibid. Cf. ensinamentos da pág. 251.

Essa importante contribuição, com o Código Civil que veio a partir de 1900, fez com que os estudiosos fizessem um trabalho analítico e sistemático, criando, remontando aos ensinamentos do *Digesto* ou *Pandectas*, que sabemos ser a coleção de textos de Direito Romano organizados pelo Imperador Justiniano.

Portanto, a escola pandectista⁸⁸ e a jurisprudência dos conceitos, que assim surgem da escola histórica alemã, privilegiam o aspecto lógico-sistemático do direito e, com isso, necessariamente, teriam que voltar-se contra a interpretação ou, pelo menos, procurar converter a hermenêutica em lógica jurídica.

Pelo decorrer do desenvolvimento dessa escola, concluímos pelos estudos de Viehweg que há no pensamento do filósofo moderno do direito racionalista e cientificista - a tentativa de eliminar ou, pelo menos, controlar a interpretação. Em seu livro *'Tópica e Jurisprudência'*, observa que esse *"desejo da moderna cultura da Europa Ocidental no continente, de conceber a jurisprudência como ciência"*⁸⁹ acabará dirigindo-se necessariamente contra a tópica, acrescentando-se ainda, contra a hermenêutica.

Foi Leibniz que tentou em um projeto ousado de controle da tópica, por conseqüência sua interpretação, conforme nos lembra Viehweg. Pelo faro da tentativa de controle fracassar, se fez necessário substituir a tópica pelo sistema: *"(...) se se põe de lado a frustrada tentativa de Leibniz de conservar a estrutura tópica ao mesmo tempo controlando-a, toma-se necessário, com o propósito de obter a 'cientifização' pretendida, substituir a tópica pelo sistema."*⁹⁰

⁸⁸ Segundo Miguel Reale, "A Escola dos Pandectistas", na Alemanha, cor responde, até certo ponto, à 'Escola da Exegese', na França, no que se refere ao primado da norma legal e às técnicas de sua interpretação." Cf. *lições Preliminares de Direito*, p. 278 e 279. 'Pandectas' designa a coleção de fragmentos dos juriconsultos romanos que foram objeto de investigação e sistematização dos turistas alemães do século XIX. Ver Plácido e Silva, Vocabulário jurídico.

⁸⁹ *Tópica e Jurisprudência*, página 75.

⁹⁰ *Ibid.*, pág. 75.

É nesse momento histórico que surgem mais duas teorias com o aparecimento da jurisprudência dos conceitos. Foram elas a teoria objetiva da interpretação e para sua contraposição, desenvolveu-se a teoria subjetiva - que ainda conservava resquícios romântico - historicista – considerando que a tarefa de interpretação é o entendimento da vontade da lei, considerada a razão escrita.

5. TEORIA DE INTERPRETAÇÃO OBJETIVA E SUBJETIVA

Entendemos e é isso que se pretende mostrar no presente trabalho, ser o Direito um sistema orgânico, vivo, que se interage em seu meio, composto de preceitos ou disposições que se destinam aos membros de determinada sociedade, cujo objetivo é a convivência e a realização de suas finalidades comuns fundamentais.

Esse enorme sistema vivo, complexo, compondo a sociedade, faz com que seus membros interajam com suas regras, interpretando-as da maneira mais adequada visando a solução dos conflitos, para tanto, utilizando-se de técnicas eficientes. Contudo, compreender o sistema das normas jurídicas se faz fundamental.

As regras jurídicas têm, como seus destinatários, sempre as pessoas que compõem a sociedade. Mas quando, como e onde essas pessoas devem interagir com o sistema jurídico? É este o problema do direito subjetivo, ou, mais amplamente, das situações subjetivas a serem interpretadas.

Liga-se historicamente o conceito de direito subjetivo a uma antiga distinção, de origem latina, as quais são as conhecidas: *facultas agendi* e *norma agendi*⁹¹.

⁹¹ Conforme o magistério de Vicente Rao, uma coisa é a norma que disciplina a ação (norma agendi), outra a faculdade de agir de conformidade com o que ela dispõe (facultas agendi). “Aquela, como mandamento, ou diretriz que é, vive fora

Em outras palavras, a regra jurídica delimita o campo social dentro do qual se permite que o sujeito da relação pretenda ou não fazer aquilo que a norma lhe atribui.

É importante dizermos que a palavra faculdade não está ligada à conceitos da psicologia, e sim como o termo pretensão, próprio no Direito, sendo a faculdade com a geral capacidade dos sujeitos de direito.

Para alguns autores, temos que o direito subjetivo está para o objetivo como a área interna de um cone está para a sua face externa protetora. Não há como conceber, efetivamente, o direito subjetivo desligado do objetivo.

A natureza do direito subjetivo que mais influiu no pensamento jurídico contemporâneo, é de autoria de Windscheid, ganhando notoriedade no século XX por conhecer bastante de Direito Romano, além de ter grandes habilidade em transpor os princípios romanísticos para a Ciência Jurídica contemporânea.

Foi esse pensador o responsável pela terminologia utilizada de “*Direito Romano Atual*”, quando pertenceu à grande escola germânica dos "pandectistas", quando estudou o Direito Privado, no Direito Romano.

da pessoa do titular da faculdade conferida e constitui o direito objetivo; esta, que na pessoa do titular se realiza, forma o direito subjetivo (...) E, assim, encontramos frente a frente uma prescrição e uma faculdade; ali, uma expressão da vontade geral, aqui um poder de ação, cujo exercício depende da vontade do respectivo titular. Prescrição e faculdade são essas, que nascem ao mesmo tempo, no mesmo instante em que a norma adquire força obrigatória, porque outorgar faculdades é uma das finalidades essenciais da norma jurídica.” (O Direito e a Vida dos Direitos, p. 158).

Direito objetivo e subjetivo são conceitos que não se excluem, mas coexistem concomitantes. O direito objetivo, genérico e abstrato, incide sobre todos, e o titular do direito tem a faculdade, a prerrogativa de exercê-lo ou não. Direito objetivo, ou norma *agendi* corresponde ao “law” dos ingleses, ao “Recht”; dos alemães; direito subjetivo ou *facultas agendi* ao “Right” dos anglos, ao “Gesetz” dos germânicos.

Só a partir de 1900 que a Alemanha teve seu Código Civil, tendo sido antes governada por um complexo de regras constituído com base no Direito Romano Atual, além de ser o nome de uma obra fundamental de Savigny - Sistema de Direito Romano Atual.

A idéia que se buscou sustentar, fora que o direito subjetivo é sempre uma expressão da vontade, entendido esse termo, a princípio, de maneira empírica, como uma faculdade psicológica. O empirismo se dá quando pensamos em qualquer vontade humana, sabendo da existência de normas, partindo para a ação. Essa vontade, estando no âmbito de regras de direito, será juridicamente protegida como direito subjetivo.

Pode se dizer, que ao nascer, o homem já é titular de “*direitos naturais*”, inerentes à sua personalidade, independentemente do fato de serem estes reconhecidos ou não pelo Estado.

O homem deve ser o ponto de referência do Direito, porém, logo mais veremos que pela teoria do direito subjetivo, a “*vontade juridicamente protegida*” esbarra em enormes dificuldades, chegando até mesmo a ser intransponíveis, como veremos adiante com Ihering e Kelsen.

Não é difícil é observar quando a vontade entra em choque com o direito subjetivo, ou seja, existe o direito mas não existe a vontade do titular. Temos nesse caso que no Direito positivo existe a ação, mas a pessoa por um motivo qualquer, não exerce seu direito, tampouco se preocupa com ele, o que não implica na extinção do direito subjetivo.

As críticas dessa teoria apresentada por Windscheid foram árduas em relação ao reconhecimento à sua procedência. A doutrina que se formou sobre esse pensamento esclareceu que ele não era entendido a palavra “*vontade*” no seu sentido estritamente psíquico, mas só em sentido lógico, como vontade da norma, ou, como poder jurídico de querer.

Foram tantas as indagações à respeito de sua teoria, que jamais se situou com a devida clareza. Para o pensador, o direito subjetivo passou a ser a concretização da vontade abstrata que se contém na norma jurídica.

Definitivamente, Ihering trabalhou com a palavra 'interesse' no sentido mais lato possível, indicando tanto o interesse para as coisas concretas e materiais, como para as de natureza ideal ou intelectual.

Com relação à teoria subjetiva da interpretação, isto é, que a tarefa da interpretação era “*transmitir a vontade empírica do legislador histórico*”⁹², nos esclarece Larenz que havia algo de errado na doutrina da maioria dos autores, até pela corrente racionalista dominante.

Já os franceses, se esforçaram na escola da exegese para converter a interpretação da lei numa operação mecânica de lógica dedutiva, portanto, com mais controle. Com essa postura ‘*hermenêutica*’, a decisão judicial acabou sendo convertida em um silogismo. Premissa maior é a lei, premissa menor, o caso concreto que deveria ser submetido à norma geral.

Foi um momento onde as instabilidades eram constantes na Europa, desde inseguranças políticas, econômicas, sociais e jurídicas, ensejando numa crise ética que se desenvolverá no século seguinte.

Do mercantilismo, estávamos passando para a fase industrial, o sistema capitalista de produção começa a ganhar corpo, gerando grande êxodo rural de pessoas procurando as cidades, provocando um inchaço urbano, acarretando sérios problemas. Repentinamente, de sociedade rural passou-se a constituição da sociedade urbana.

Mudanças de comportamento de toda uma sociedade, conflitos de interesses aflorados pelas disputas de espaço, capital, e todas conseqüências da transformação, criaram uma enorme distância entre a norma jurídica

⁹² Cf. *Metodologia da Ciência*, pág. 31.

codificadas e a realidade social, aparecendo as *'lacunas'* na legislação. A escola da exegese estava sendo abalada.

Na construção da tese, necessariamente tem de haver uma antítese, a qual se reúne como fonte do direito para solucionar os novos conflitos. Foi o que pretendeu ser representado pelo *'Movimento do Direito Livre'*, teorias que em vários países contestaram os postulados das escolas formalistas, por vezes moderadas, outras de forma radical. Para a seqüência dos estudos, iremos nos ater a proposta metodológica de Ihering para a Ciência do Direito, apresentando suas críticas e contribuições.

6. A EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO DO SOCIOLOGISMO JURÍDICO E A REAÇÃO FORMALISTA NO SÉCULO XX

As transformações na Europa foram muitas, mudando-se o cenário, altera-se o contexto, é inevitável. No âmbito da sociologia, um novo pensamento estaria surgindo, Augusto Comte⁹³ (1798-1857), observando as mudanças da segunda metade do século XIX, apresenta o positivismo sociológico no âmbito filosófico.

As diversas influências sofridas, faz com que novas teorias jurídicas se inclinassem para a concepção do direito como puro fato - ora psicológico, ora sociológico ou, mesmo, lingüístico, era o início de um novo pensamento que enfrentará novas formas de se interpretar o direito.

⁹³ Segundo João Ribeiro Júnior in *Augusto Comte e o Positivismo*, "o pensador francês, Auguste Comte (1798-1857) ficou conhecido como o filósofo que quis 'pôr ordem no mundo', sendo um dos pais do positivismo, corrente filosófica fundada por ele com o objetivo de reorganizar o conhecimento humano, tendo também uma grande influência no Brasil, acreditando ser possível planejar o desenvolvimento da sociedade e do indivíduo com critérios das ciências exatas e biológicas. Comte também é considerado o grande sistematizador da sociologia, além de seu pensamento ter forte aspecto empirista, por levar em conta apenas os fenômenos observáveis e considerar anticientíficos os estudos dos processos mentais do observador" cf. ed. Edicamp, pág 23.

A brusca mudança de paradigma, reduzindo o direito ao fato (em especial o fato social), mostrou a reação contrária ao formalismo jurídico e a lógica formal, levando as teorias jurídicas a considerarem os fins e os interesses como objeto da ciência do direito.

Passou a se buscar o conhecimento dos fins e dos interesses sociais que constituíam a causa do direito (ou das leis).

Essa crítica ao positivismo dogmático-formalista partiu de um dos seguidores do pandectismo alemão. Na primeira fase do seu pensamento, o alemão Rudolf von Ihering (1818-1892) escreveu a famosa obra *'O Espírito do Direito Romano'*, "*considerava como função essencial da Jurisprudência a 'construção jurídica'*, realizada através de um procedimento de análise e síntese(...) trabalhando-se sobre a 'matéria prima' jurídica até fazê-la 'evaporar-se em conceitos'".⁹⁴

A obra trata-se de um compilado em vários volumes onde trazia suas lições desde 1845 em diversas universidades. O primeiro volume do trabalho, o autor buscou realizar estudos em direito, os quais se pudessem atribuir um caráter de cientificidade, em consonância com a época de prestígio do pensamento técnico-científico, que então se iniciava.

Suas investigações partiram da concepção do direito, tido como *'um organismo objetivo da liberdade humana'*, dotado de *'qualidades de um produto da natureza'*. A pretensão do autor nesse momento, não se restringe unicamente à um organismo como conceito biológico, mais do que isso, abrange o todo, assim como outros juristas da Escola Histórica pensaram.

A idéia do direito como organismo natural é a base para o desenvolvimento de seu método "*histórico-natural*".⁹⁵

⁹⁴ Guido Fassó, *Historia de la filosofía del derecho*, pág. 162.

⁹⁵ Wiacker, *História do Direito Privado Moderno*, trad.A. M. Botelho Hespenha, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1980, pág. 515.

Essa mesma preocupação ‘*construtiva*’ é encontrada no discípulo de Savigny e professor de Ihering, G. F. Puchta, o qual resgata para a escola pandectista o método de dedução lógico-formal, axiomático, *more geométrico*⁹⁶, do jusnaturalismo racionalista. É ele quem fornece a orientação seguida na escola Histórica, conforme atesta Wieacker.⁹⁷

É descoberto então os princípios lógicos do ordenamento jurídico, que não são declarados pelas normas jurídicas. “*Através da combinação de distintos elementos a ciência pode criar novos conceitos(...) e da combinação dos conceitos podem surgir ainda outros.*”⁹⁸

Ihering ainda é responsável pelo surgimento da ‘*Jurisprudência dos Conceitos*’, que, juntamente com o espírito da filosofia idealista alemã, aponta como critério suprema da racionalidade, dessa forma, logo também da cientificidade, caracterizada desde o conhecimento até a sua exposição da forma conceitual, deduzindo todo ele a partir de um conceito um tanto geral e abstrato, do qual se vai extraindo outros, por dedução de conteúdo mais determinado.

Puchta foi o primeiro a falar na idéia de uma estrutura de conceitos, entendendo-a como na genealogia, o jurista colaborou através da sua

⁹⁶ Por fim, a codificação foi fruto de um objetivo maior, também de matriz cartesiana. Conforme Wieacker, o jusracionalismo ergueu-se contra as realidades do direito positivo que não considerava em consonância com a razão jurídica geral: contra a violência, o costume e as autoridades sociais e científicas. Nesse momento, o jusracionalismo libertou a ciência jurídica privatística da sua submissão de princípio às fontes romanas e às antigas autoridades e, ao mesmo tempo, abriu caminho, com a sua visão de conjunto, para a construção sistemática de conjunto. A quebra com a autoridade e com a tradição permitiu a virada para uma ciência jurídica comprometida apenas com sua própria construção conceitual. A razão instaurava o direito a partir de premissas cuja cientificidade deveria ser logicamente demonstrável; dessas premissas deduziam-se os conceitos, numa ininterrupta progressão dos mais gerais para os mais especiais: uma ‘*demonstratio more geometrico*’. Esse método perdurou, e dele é herdeira direta a jurisprudência dos conceitos (ou pandetística), que continua a dominar o cotidiano da nossa experiência jurídica, cf. Franz Wieacker. *História do direito privado moderno*. Traduzido por A. M. Botelho Hespanha. 2ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian : Lisboa, 1993, pág. 309-310.

⁹⁷ Cf. op. Cit., págs. 455 e 456.

⁹⁸ Ihering, *Der Geist des römischen Rechts*, prag. 3, 3ª. ed., Leipzig, 1891, pág. 40, citado por Guido Fassó, *Historia de la filosofía del derecho*, vol. 3., págs. 162-163.

'genealogia de conceitos', construiu uma 'pirâmide conceitual', tendo seu vértice o conceito de direito, mostrando que as 'proposições jurídicas' estariam ocultas no espírito do '*Direito nacional*', sendo portanto, seu trabalho científico de se considerar fonte produtora de direito.⁹⁹

Os juristas do século XIX seguiram o caminho apresentado por Puchta, ignorando o '*desvio científico natural*', proposto por Ihering que publica um importante livro dentre os anos de 1861 e 1866, "*Cartas confidenciais de um desconhecido aos editores do Jornal do Tribunal Prussiano*", as quais foram reunidas posteriormente na obra "*O jocoso e a seriedade na Jurisprudência*" de 1884, juntamente com outros trabalhos, os quais designam o momento da virada conceitual, partindo para uma '*jurisprudência pragmática*', sendo de acordo essa nova orientação metodológica que será escrito o quarto e último volume publicado do "*Espírito do Direito Romano*" de 1864, bem como o panfleto *Der Kampf ums Recht* (A Luta pelo Direito), de 1872, imbuído da idéia evolucionista de Darwin, da '*Luta pela vida*', vencida por quem tivesse mais força."¹⁰⁰

No deslocamento do eixo central na teoria do direito da vontade para o interesse, Ihering se preocupa mais com o homem concreto, dotado de condicionamentos outros, até mais fortes, que a racionalidade.

Como idéias centrais da publicação do livro '*Finalidade no Direito*', o autor aponta a distinção entre duas espécies de fins, que determinam a vontade e orientam as ações humanas: aquelas individualistas, cujo móvel é a realização egoísta dos próprios interesses, e aqueles que altruisticamente se voltam para o entendimento dos interesses comunitários da vida em sociedade. Ainda, "*As ações egoístas movimentam a sociedade e por essa são reguladas através de dois mecanismos jurídicos básicos: um econômico, o salário, e outro estatal, a coação. Não bastam, porém, o pagamento e o constrangimento dos indivíduos para que*

⁹⁹ Cf. Larenz, ob. Cit. pág. 15.

¹⁰⁰ Cf. Willis Santiago Guerra filho, *Introdução à Filosofia e à Epistemologia Jurídica*, pág. 138.

*se mantenha a ordem social, o que só se dá por serem movidos por outras finalidades, seja pelo sentimento da dever, seja pelo amor”*¹⁰¹

Ihering proporcionou mudanças significativas com relação à chamada ‘*Jurisprudência do Interesses*’ desenvolvida por P. Heck, dando-se uma fundamental mudança de enfoque em teoria do Direito, priorizando a visualização dos problemas que as normas jurídicas se destinavam a resolver.

Dessa forma, ao conseguir visualizar o problema, é natural aumentar a preocupação em encontrar uma solução através da aplicação da norma. *“Ihering apresenta o método teleológico de interpretação, método que visa buscar além da interpretação gramatical, filológica, histórica e sistemática, a finalidade social, os interesses, individuais, coletivos e públicos, que são beneficiados ou prejudicados, com determinada interpretação, em busca do estabelecimento de um equilíbrio entre esses diversos interesses, para que sejam atendidos na justa proporção, requerida pela idéia de igualdade.”*¹⁰²

Portanto, já na segunda fase do seu pensamento, o grande pensador Ihering muda de posição, deixando claro seu pensamento quando publica o livro ‘*O Fim do Direito*’, passando a criticar o pandectismo defendendo uma concepção teleológica e pragmática do direito. *“O direito autêntico não é o que aparece formulado em conceitos abstratos pelas normas gerais, mas o que é vivido realmente pelo jurista e pelo aplicador.”*¹⁰³ *“O criador de todo o direito é o fim; não existe nenhuma proposição jurídica que não tenha sua origem em um fim, ou seja, num motivo prático.”*¹⁰⁴ E o fim do direito para Ihering é a proteção dos interesses.

Assim como Savigny, o pioneiro em sua preocupação com a metodologia jurídica, a utilização de um método histórico, mas não, como esse último se propunha, valendo-se basicamente dos instrumentos empregados em

¹⁰¹ Cf. Willis Santiago Guerra filho, *Introdução à Filosofia e à Epistemologia Jurídica*, pág. 142.

¹⁰² Id., pág. 149.

¹⁰³ Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 3^{a.} ed., São Paulo, Saraiva, 1991, pág. 55.

¹⁰⁴ , *Der Zweck Im Recht*, Prólogo, 3^{a.} ed., Leipzig, 1893, I, p. VIII, *apud* Guido Fassó, op. Cit., pág. 163.

pesquisas filológicas e da hermenêutica desenvolvida nos estudos teológicos, Ihering surge, afirmando que para interpretar a norma, é necessário levar em conta seus fins.

Devemos observar, porém, que já no decorrer do pensamento racionalista da jurisprudência dos conceitos, os autores que defendiam a teoria objetivista da interpretação (Binding, Wach e Kohler) abriram a porta para o positivismo sociológico por entenderem a *'racionalidade'* da lei *"não apenas em sentido formal, como um nexó lógico entre os conceitos, mas também em sentido material, como racionalidade dos fins, ou seja, como uma teleologia imanente."*¹⁰⁵ Tratava-se de conhecer ou descobrir a racionalidade imanente dos fins inseridos na lei. Esse entendimento dos fins é que possibilita a conciliação do método teleológico de interpretação com a dedução lógico-conceitual (embora esta conciliação seja uma contradição para a jurisprudência dos interesses).¹⁰⁶

Logo nascera a jurisprudência dos interesses substituindo a da jurisprudência conceitual, a qual estudava a valoração da vida, tudo como conseqüência da oposição à jurisprudência dos conceitos. *"O fim último da ciência jurídica e da atividade dos juizes é a satisfação das necessidades da vida, dos desejos existentes na comunidade jurídica, tanto materiais como ideais."*¹⁰⁷

Os pensadores dessa escola, entendiam o juiz da como um colaborador dentro da ordem jurídica vigente, sua tarefa seria de realizar os ideais que inspiram essa ordem.

Como referência principal desse movimento, seu grande idealizador defendeu que a ciência tem uma finalidade prática e não teórica.¹⁰⁸ Continuando, temos que o direito, para Heck, é produto de interesses e o objeto da ciência jurídica é conhecer com rigor os interesses reais que

¹⁰⁵ Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, pág. 32.

¹⁰⁶ *Ibid.*, pág. 34.

¹⁰⁷ Guido Fassó, *Historia de la filosofía del derecho*, vol. 3, pág. 165.

¹⁰⁸ Philipp Heck é citado dessa forma por Karl Larenz em seu livro *Metodologia da Ciência do Direito*, pág. 54.

causaram a lei. “A interpretação deve remontar por sobre as concepções do legislador, aos interesses que foram causais para a lei.”¹⁰⁹

Somente sendo realizado através da pesquisa, ou pelo conhecimento do nexos causal da lei, poderemos revelar o influxo, a influência do positivismo sociológico que considera científica apenas a pesquisa do nexos causal conforme as ciências da natureza. A interpretação é, assim, ‘*explicação de causas*’.¹¹⁰

Feita esta sucinta apresentação da crítica de Ihering e da proposta da metodologia teleológica, através da jurisprudência dos interesses, na Alemanha do século XIX, resta-nos examinar a resistência que o formalismo jurídico ofereceu.

7. HANS KELSEN: APLICAÇÃO DO DIREITO, HERMENÊUTICA E CIÊNCIA.

O positivismo jurídico formalista recebeu inúmeras críticas, mas de todo não estava vencido. Logo no início do século XX, surge a reação ao *Movimento do Direito Livre*, em defesa do dogmatismo-formalista.

É o início do positivismo lógico, chamado por alguns autores de neopositivismo, porém, o espírito cientificista do positivismo ainda se manifestava de forma contundente na primeira edição da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen (1881 – 1973), publicada em 1934.¹¹¹

O objetivo do autor, permitam a ousadia de ‘*tentar definir sua pretensão*’, era de purificar a ciência jurídica de todo e qualquer valor e alcançar

¹⁰⁹ Ibid., pág. 56.

¹¹⁰ Ibid., pág. 57.

¹¹¹ Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 3ª. Ed. Brasileira, Livraria Martins Fontes Editada Ltda., tradução de João Baptista Machado.

mediante a metodologia científica o ideal de uma ciência do direito objetiva e exata.

Para a Teoria Pura, o direito é descrito pela ciência jurídica como uma ordem coativa, e, desse modo, as normas que não estatuem atos de coerção somente podem ser vistas como dependentes das normas de caráter sancionadora.

Entende ainda que todas as normas jurídicas podem ser descritas como a prescrição de imposição de penalidade contra uma certa conduta. Com essa fórmula criada pelo pensador, reduzindo as normas proibitórias, cria as devidas condições para que possa ser superado dualismos presentes na teoria do direito.

No prefácio da Teoria Pura do Direito, Kelsen afirma, em sua primeira edição:

*“Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que - aberta ou veladamente - se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, a altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão.”*¹¹²

Kelsen se preocupa muito com o conhecimento do direito e os seus meios, cautelas e métodos a serem utilizados para assegurar-lhe o estatuto científico. O público que o autor pretende atingir com seu trabalho é aos

¹¹² Teoria Pura do Direito, 'Prefácio à 1ª. Ed.' pág. V.

doutrinadores e professores da matéria jurídica. Por esse motivo, não se admite que aplicadores do direito como: os advogados, juízes, promotores, delegados, administradores ou legisladores podem afirmar serem *'kelsenianos'* ou não.

Esse método proposto por Kelsen não se preocupa com fatores que interferiram na produção da norma, como já vimos ter sido motivo de estudos para os métodos apresentados. O cientista do direito apenas deve se preocupar com a norma posta, seus valores são rigorosamente estranhos ao objeto da ciência jurídica, motivo de estudos da sociologia, psicologia, ética ou teoria política estudarem e fazer suas conexões.

Em relação à eficácia e validade da norma, condiciona-se à três pressupostos: 1- eficácia global da ordem de que é componente, 2- mínimo de eficácia, de forma que se torna irrelevante a inobservância episódica ou temporária e 3- competência da autoridade que a editou, advindo da norma hipotética fundamental.

Sobre o sentido dos atos, Kelsen expõe que a norma jurídica sempre terá um esquema de interpretação da realidade. Pode-se dizer que se encontra o sentido jurídico objetivo dos atos praticados pelos homens.

Continua esclarecendo no 1º Capítulo:

“Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando designa a si própria como 'pura' teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Isto quer dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos

os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.”¹¹³

Existe, portanto, um ideal de exatidão a ser perseguido por Kelsen, o qual deveria ser alcançado mediante o emprego da razão ‘pura’ - ou lógica ‘pura’ - ao conhecimento do direito. Trata-se de uma ‘análise sintática’ das normas jurídicas que, enquanto objeto de ciência, convertem-se em proposições lógicas para serem apreendidas pelo pensamento analítico, isto é, pelo pensamento ‘puro’.

Esse pensamento está fundado na filosofia kantiana do conhecimento. Baptista Machado¹¹⁴ sintetiza o ensino de Kant, nestes termos:

“Aceite como ponto de referência o estatuto elaborado por Kant para o pensamento analítico - ou seja, o pensamento racional, científico, do racionalismo -, facilmente se verificará que este, para se constituir como tal, para atingir a transparência imediata (e atemporal) do nexu lógico, tem de eliminar do seu campo de visão um certo sector da realidade: a realidade do sujeito pensante, ou seja todo o sector da realidade antropológica, abrangendo o homem e os seus produtos. Para nos convenceremos de que assim é, basta atentar em que, estando a consciência transcendental - segundo o próprio Kant- implícita na consciência empírica(real), e sendo atingida a partir desta através do processo explicitante da reflexão transcendental, uma vez alcançada mediante tal reflexão já não mais necessita ser mediatizada por aquela consciência empírica: apreendida em si, torna-se imediata. Assim se apaga a sua gênese histórica, a sua origem na consciência empírica, historicamente situada. O ponto de vista genético é inteiramente sacrificado ao ponto de vista lógico. Agora, é a consciência empírica que se determina como consciência psicológica em face da consciência transcendental. Mas esta consciência psicológica já não é a consciência real. o sujeito real, onde historicamente

¹¹³ Ibid., pág. 1.

¹¹⁴ Prefácio do Tradutor, in *Karl Engisch, Introdução ao pensamento jurídico*, págs. XII – XIII.

teve origem o processo da reflexão transcendental: é, antes, uma consciência totalmente determinada, preenchida por conteúdos fenomênicos determinados. Já não há nela resquícios da consciência transcendental, nem mesmo implícitos. Nós, isto é, o nosso pensamento, passamos a determiná-la justamente por contraposição à consciência transcendental, não empírica, não determinada: o eu puro ou sujeito lógico. Que é feito do eu real, do sujeito real do conhecimento? Foi obliterado, desapareceu para sempre e não poderá voltar a ser reencontrado nesta perspectiva.”

Em relação ao ponto que mais nos interessa, a hermenêutica, temos que Kelsen distingue duas espécies de interpretação. De forma simples, as formas são: *Autêntica ou não autêntica*.

A primeira é realizada pelo órgão com competência para aplicar a norma jurídica, quando é *não autêntica*, é procedida pela ciência do direito e pelas pessoas em geral. A particularidade da hermenêutica kelseniana está na pluralidade de significações cientificamente pertinentes de cada norma jurídica. Não existe a possibilidade da ciência encontrar um único sentido da norma interpretada.¹¹⁵

Para a hermenêutica tradicional, a principal discussão a ser feita é quanto ao método exegético mais adequado para buscar a verdade da norma, pra isso, as vertentes são os fatores históricos para alguns, pressupostos de logicidade para outros, teleologicidade, enfim, a diferença é que Kelsen se desqualifica de tal discussão, entende que todas as significações têm igual valor para a ciência jurídica. Com relação ao órgão aplicador do direito, atribui-se à norma interpretada uma das significações, não sendo realizado ato de conhecimento, mas manifesta sua vontade.¹¹⁶

¹¹⁵ Cf. Capítulo VIII, pág. 364.

¹¹⁶ Extraído do trecho da pág. 366: "A jurisprudência tradicional acredita, no entanto, ser lícito esperar da interpretação não só a determinação da moldura para o ato jurídico a pôr, mas ainda o preenchimento de uma outra e mais ampla função - e tem tendência para ver precisamente nesta outra função a sua principal tarefa. A interpretação deveria desenvolver um método que tomasse possível preencher ajustadamente a moldura prefixada. A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia

Dessa forma, o último capítulo de Teoria Pura do Direito de Kelsen, restará demonstrado sua forma metodológica de interpretar, concluindo que a interpretação jurídica não é um ato de ciência mas um ato de política, um ato de vontade.¹¹⁷

Temos portanto que, devemos apenas elencar ao possíveis sentidos da norma jurídica em estudo, superando a ficção de única interpretação correta. É muito simples adotar a primeira página do livro Teoria Pura do Direito a ignorar os aspectos que interferiram na produção normativa de neutralidade ideológica, porém, deve-se aplicar a teoria de forma completa, compreendendo que o princípio metodológico nega a possibilidade da ciência definir único sentido correto para a norma jurídica.

Ainda que os formalistas do século XIX acreditassem na possibilidade de uma interpretação “lógica” do direito, já não acontecerá o mesmo com Kelsen que reconhece essa impossibilidade, isto é, a redução do ato hermenêutico a um ato lógico. Foi o engano cometido pelos positivistas do século XIX. Faltava eliminar a possibilidade da interpretação “científica”.

Por isso, a maneira pela qual Kelsen trata do problema hermenêutico, constitui o que Tércio Sampaio Ferraz Jr., chama de ‘*desafio kelseniano*’.¹¹⁸

fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que a "justeza" (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo.

¹¹⁷ Cf. Capítulo VIII, ‘A Interpretação’, págs. 363 – 371.

¹¹⁸ Cf. trecho do livro ‘Introdução ao estudo do Direito’, págs. 262 – 265. “ Com isso, porém, Kelsen frustra um dos objetivos fundamentais do saber dogmático, desde que ele foi configurado como um conhecimento racional do direito. Ainda que lhe atribuamos um caráter de tecnologia, de saber tecnológico, a sua produção teórica fica sem fundamento, aparecendo como mero arbitrio. Não teria, pois, realmente, nenhum valor racional pro-curar um fundamento teórico para a atividade metódica da doutrina, quando esta busca e atinge o sentido unívoco

Naturalmente, esse desafio faz com que a comunidade jurídica, inconformada, a procurar um novo caminho para o conhecimento do direito e sua aplicação. A pretensão era encontrar algum fundamento racional para a interpretação das normas, para não cairmos no voluntarismo arbitrário defendido na Teoria Pura. Veremos adiante como se formou esse fundamento.

8. TRÂNSITO PARA O PÓS-POSITIVISMO

8.1. O movimento neokantiano na Alemanha

A concepção positivista de ciência tanto racionalista-formalista quanto naturalista-sociológica - conduziu a filosofia para um movimento em busca de uma metodologia específica para as ciências do espírito, para os estudos humanísticos.

Para que houvesse a distinção entre natureza e cultura, buscou-se o método, a lógica, a razão específica para o conhecimento histórico, cujo movimento chamado de movimento neokantiano (e historicista) recusará a tese epistemológica do positivismo.

Porém, a preocupação ainda eram epistemológicas e metodológicas, nesse íterim, a hermenêutica ressurgirá para ocupar um lugar de destaque na metodologia científica, não mais sendo apenas um conjunto de técnicas de interpretação, mas o próprio método das ciências do espírito. Estabelecer-se-á a separação entre natureza e cultura, entre explicação e compreensão.

das palavras da lei? Seria um con-tra-senso falar em verdade hermenêutica? Enfrentar esta questão constitui o que chamaríamos, então, de o desafio kelseniano."

No campo do Direito, sob a influência de novas correntes filosóficas -neokantismo, historicismo, fenomenologia - surgem os filósofos que afirmam a historicidade do direito. O direito é um objeto cultural, que continua sendo um *'objeto.'*¹¹⁹

Nesse mesmo livro, o autor afirma que a contribuição de Stammler para a metodologia jurídica, foi especial, por força da defesa da *"autonomia metódica da ciência do Direito em face da ciência da natureza, autonomia que se funda na idéia de que a ciência dogmática do Direito não pergunta pelas 'causas', mas pelos 'fins' e pelo sentido de uma proposição jurídica ou de uma instituição."*¹²⁰

Também esclarece que: *"De modo completamente distinto se deve entender o conceito de 'ciência final' de Stammler daquele proposto por Ihering e seguido pela jurisprudência dos interesses. Para Stammler não se trata de 'esclarecer o surto causal das normas jurídicas a partir dos fins sociais', mas, 'trata-se da especificidade lógica das ponderações jurídicas em si mesmas, especificidade que reside numa relação, de determinada espécie, entre meios e fins(...). O Direito não pode, por conseguinte, ser 'explicado' científico-causalmente."*¹²¹

No entanto, só através do movimento conhecido como neokantismo Sudocidental-alemão¹²² que o conceito positivista de ciência foi contestado, tendo surgido a defesa de um tipo específico de ciência que desse conta do conjunto de objetos produzidos pelo homem.

No bojo desse movimento filosófico, a idéia de valor na metodologia das ciências do espírito, bem como o conceito de cultura era fundamental. Temos ainda que para Rickert - que foi o pai do movimento - as ciências históricas *"ocupam-se, não tanto com a repetição uniforme - com um gênero ou com uma lei geral da natureza -, quanto com pessoas, obras do espírito, ações e acontecimentos individuais. A personalidade 'histórica' interessa-nos, não porque e*

¹¹⁹ Cf. Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 99.

¹²⁰ Ibid., pág. 110.

¹²¹ Ibid., pág. 104.

¹²² Ibid., pág. 111.

enquanto pode subunir-se num conceito geral, mas na medida em que é esta 'figura' única.”¹²³

9. A LÓGICA DO RAZOÁVEL E A TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO.

A palavra Direito tem diversos sentidos, para o Professor Miguel Reale, são três: a) aspecto normativo, o direito como ordenamento e sua respectiva ciência; b) aspecto fático, o direito como fato ou em sua efetividade social e histórica; c) aspecto axiológico, o direito como valor de justiça.

Por essa teoria, podemos conceber uma nova perspectiva metodológica, reafirmando o que pudemos conhecer com as escolas históricas de interpretação, concebendo o direito como produto histórico, ou seja, um produto da cultura de um povo. O direito é, assim, uma obra humana criado para a consecução de algum fim. Os fins do direito são os valores estabelecidos pela cultura. O conhecimento dos valores exige, portanto, o conhecimento da cultura em que ele é produzido.

Para reforçar a linha do pensamento, podemos citar por exemplo, na linha culturalista, da teoria raciovitalista do direito, de Luis Recásens Siches que, entendendo o direito como produto cultural, defenderá um outro tipo de '*razão*' para compreender o direito: a lógica do razoável.

Ademais, podemos citar outro pensador como foi Siches, que se influenciou pelo pensamento de José Ortega Y Gasset e pela filosofia dos valores de Scheller e de Hartmann, considerando que "*acima dos fins imediatos do direito, relativos a regulação das relações sociais, encontra-se o fim absoluto da*

¹²³ Ibid., pág. 113.

realização da justiça, valor a priori (ainda que condicionado pela estrutura social, fora da qual não tem significado).”¹²⁴

Sobre o tema justiça, nesse caso a denominada solução justa como resultado da interpretação da norma jurídica, Sálvio Figueiredo Teixeira nos traz uma decisão do STJ in verbis:

“A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar à injustiças” (REsp 299, RSTJ 4/1.355, reproduzido pelo min. Athos Gusmão Carneiro no REsp 2.447-RS, ADV 92/201 – 203).

Do ponto de vista hermenêutico, para Siches, *“a norma jurídica revive toda vez que é aplicada. O seu reviver concreto fundamenta, para ele, uma nova interpretação, pois a norma sofre modificações para ajustar-se à nova realidade para que é revivida.”¹²⁵*

Na direção culturalista ainda, desejamos também destacar novamente o pensamento do Professor Miguel Reale que, com a sua teoria tridimensional do direito sustentará a tese da integração dos aspectos lógico-sociológico-axiológicos no âmbito jurídico, considerando, por isso, a necessidade de um pluralismo metodológico para o conhecimento do direito, *“sendo descabidas certas polêmicas que se travam ainda sobre a excelência deste ou daquele processo hermenêutico.”¹²⁶*

Muito embora seja reconhecida a impossibilidade de uma interpretação puramente científica, isto é, desenvolvida apenas no plano da Teoria Geral do Direito, sem a consideração dos pressupostos filosóficos que condicionam¹²⁷, o Professor Reale defende uma interpretação integrativa que capte ao mesmo tempo o sentido das normas jurídicas como *“formas de*

¹²⁴ Guido Fassó, *Historia de la filosofía del derecho*, vol. 3, pág. 285.

¹²⁵ Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, pág. 385.

¹²⁶ Cf. *O direito como experiência*, pág. 256.

¹²⁷ *Ibid.*, págs. 235-238.

composição entre complexos valorativos e fáticos vividos pela comunidade a que se destinam.”¹²⁸

Criticando o positivismo, afirma que a objetividade das realidades histórico-culturais exige categorias adequadas à sua compreensão, mas não nega que a objetividade seja necessária para a certeza científica - sendo necessária, portanto, uma contemplação do objeto *‘de fora’*.

Continua afirmando que o *“dualismo ou até mesmo a contraposição sujeito-objeto é um pressuposto do ato interpretativo, que nunca se resolve numa ‘introspecção’, num ‘estar em si’, visto que se dirige sempre a algo logicamente posto como ‘distinto de si’”*¹²⁹

A interpretação é, pois, um ato de conhecimento presidido pela relação sujeito-objeto: *“A interpretação é sempre um momento de intersubjetividade: o meu ato interpretativo procurando captar e trazer a mim o ato de outrem, não para que eu mesmo signifique, mas para que eu me apodere de um significado objetivamente válido.”*¹³⁰

Por fim, o Professor Reale conclui - com apoio em Emílio Betti - que: *“a objetividade de algo representa o primeiro pressuposto de qualquer ato interpretativo, mesmo quando (...) o intérprete não se limita a reproduzir algo, mas, de certa forma, contribui também para constituí-lo em seus valores expressivos”*.¹³¹

Com o advento da corrente culturalista, portanto, a metodologia jurídica caminhou para o reconhecimento dos valores como objeto da ciência do direito.

Atualmente, ocorre uma crise da ciência em geral e da dogmática-formalista em particular, Boaventura de Souza Santos afirma que *“a ciência moderna se encontra mergulhada numa profunda crise”* e que a época em que

¹²⁸ Ibid., pág. 239.

¹²⁹ Ibid., pág. 240.

¹³⁰ Ibid., mesma pág.

¹³¹ Ibid., pág. 241.

vivemos é uma “*fase de transição paradigmática*” da ciência moderna para a ciência pós-moderna.¹³²

Concordamos com essa posição, de fato, não se vislumbra um norte na interpretação jurídica, não há uma preocupação dos operadores do direito com uma solução equânime, balizada por uma análise sistêmica da sociedade.

Verificando e constatando a problemática, iremos caminhar para soluções nos conflitos do direito, a começar pela distinção entre interpretação, hermenêutica e aplicação do direito, seguindo para o entendimento de uma sociedade autopiética, pela aplicação da teoria dos sistemas visando solucionar os conflitos do direito.

10. HERMENÊUTICA, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO

É necessário inicialmente, no estudo da diferenciação de cada terminologia, fazermos uma breve distinção entre Hermenêutica, Interpretação e Aplicação do Direito.

Como bem observamos no capítulo anterior, a hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico de direito, para efeito de sua aplicação.

Por sua vez, a interpretação da lei, conforme ensinamento de Alípio Silveira¹³³ é a operação que tem por fim fixar uma determinada relação jurídica, mediante a percepção clara e exata da norma estabelecida pelo legislador.

¹³² *Introdução a uma Ciência Pós-Moderna*, pág. 11.

¹³³ *Hermenêutica no direito brasileiro*, Revista dos Tribunais, 1968, 2 v.

A interpretação, portanto, consiste em aplicar as regras, que a hermenêutica perquire e ordena, para o bom entendimento dos textos legais.

Quando falamos em hermenêutica ou interpretação, sabemos que elas não devem se restringir tão-somente aos estreitos termos da lei, enfatizando desde já a importância da teoria dos sistemas e sua aplicabilidade, entendendo a complexidade das relações e de seus elementos no conceito autopoiético.

A interpretação passou por diversas fases na história da humanidade. Na antiguidade, a possibilidade de interpretar não era bem vista, a exemplo disso, no terceiro prefácio ao *'Digesto'*, o Imperador Justiniano determinou que quem ousasse tecer comentários interpretativos à sua compilação incorreria em crime de falso e as suas obras seriam seqüestradas e destruídas.¹³⁴

A Hermenêutica é a *ciência da interpretação de textos*, buscando o seu *sentido*. A Hermenêutica Jurídica é a *exegese*¹³⁵ dos textos legais, extraindo da norma o seu conteúdo ou comando normativo.

Sobre o nome *“Escola da Exegese”*, entende-se que foi um grande movimento que, no decorrer do século XIX, defendeu que na lei positiva, e de modo especial no Código civil, já se encontra a possibilidade de uma solução para todos os eventuais casos ou acontecimentos de uma vida social.

Basicamente tudo está em saber interpretar o Direito. De modo simplista, estudiosos da época – século XIX - diziam que a lei era tudo, sendo a

¹³⁴ Cf. Limonge França, *Hermenêutica Jurídica*, 2ª. Ed. Ampl. – Saraiva, 1988 pág. 22 citando Justiniano, *De confirmatione digestorum*, in *corpus Juris Civilis*, pág. 21.

¹³⁵ A palavra exegese deriva do grego *exegeomai*, *exegesis*; ex tem o sentido de ex-trair, ex-ternar, ex-teriorizar, ex-por; quer dizer, no caso, conduzir, guiar.

Exegese é a interpretação profunda do texto jurídico. A exegese assim como todo saber, tem práticas implícitas e intuitivas. A tarefa da exegese dos textos jurídicos no Brasil tem uma prioridade e anterioridade em relação a outros textos, uma vez que temos que interpretar os demais textos com base na Constituição Federal de 1988. Assim, os textos constitucionais são os primeiros dos quais se ocuparam os exegetas na tarefa de interpretar e dar seu significado.

função do jurista consistia apenas em extrair e desenvolver o sentido pleno dos textos, com o intuito de apreender-lhes o significado, ordenar as conclusões parciais e, afinal, atingir as grandes sistematizações.

Temos que a principal tarefa do Poder Judiciário é justamente a *interpretação legislativa*, sendo a busca incessante do real sentido de sua criação, objetivando esclarecer as controvérsias surgidas em torno de seu alcance e sentido.

Por esse motivo, quando o operador do Direito, no caso o Juiz, ao interpretar uma norma, deverá adotar um método de interpretação, de modo a estabelecer se a norma pode, ou não, ser aplicada a um caso concreto.

Das diversas formas de Interpretação já vistas, temos algumas tidas como principais, são elas: a gramatical (ou literal), a interpretação lógica (ou intrínseca), a interpretação histórica (ou intencional), a interpretação sociológica (ou evolutiva), a interpretação teleológica (ou finalista) e a interpretação sistemática (ou orgânica).

Sobre o conceito de aplicação e integração, temos a simples definição de Ferrara¹³⁶, o qual emprega o termo *'integração'* tão-somente para designar o preenchimento das lacunas da lei, quando da sua aplicação ao caso concreto. Sobre o termo aplicação, para R. Limongi França *"na circunstância de que, ao aplicar a lei, o intérprete faz com que, de princípio puramente eidético, a lei passe a integrar-se na realidade dos fatos sócio-jurídicos."*¹³⁷

Devemos ressaltar a importância de entendermos que a sociedade de extrema complexidade, possui seus próprios mecanismos para que seja regulada diante das mudanças diárias entre a necessidade de seus componentes e legislação em vigor. Para entendermos como melhor aplicarmos a teoria dos sistemas, primeiramente se faz necessário apresentarmos o conceito de sistema autopoietico, o qual pretendemos abordar

¹³⁶ Francesco Ferrara, *Tratato di diritto civile italiano*, v. 1, pág. 224 e s.

¹³⁷ Hermenêutica Jurídica, 2ª. Ed. Saraiva, 1988, pág. 55.

de forma a nos dar subsídios para compreendermos como funciona a sociedade e como podemos encontrar soluções mais adequadas aos conflitos do direito.

11. SISTEMAS SOCIAIS AUTOPOIÉTICOS

A idéia é antiga, porém, os primeiros estudos fundados em teoria sobre a autopoíese foram desenvolvidos pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, baseando-se em uma visão dos seres vivos como sistemas que têm a capacidade de se auto-organizarem e se auto-produzirem¹³⁸.

Em meados da década de 70, os dois pesquisadores chilenos tentam explicar através de uma concepção biológica o fenômeno da vida, o mistério da força vital. Desenvolveram essa teoria com o intuito de apresentar uma resposta para esse dilema da vida. Reproduzindo com as palavras de seus autores: “*a autopoiese no espaço físico constitui a condição última, necessária e suficiente da própria vida*”¹³⁹.

Explicou-se que o fenômeno da vida se dá através da autonomia e de relações dadas entre os diversos elementos de um sistema, nesse caso específico, o biológico. Dessa forma, o corpo sistêmico onde se desenvolvem essas relações é organizado, de forma que o sistema é fechado, em seu próprio meio. Existe a reprodução de seus elementos, de forma que seja mantida toda a organização, até mesmo se a estrutura não for igual.¹⁴⁰

¹³⁸ Maturana, Humberto. Varela, Francisco. *De máquinas y seres vivos*. Santiago, 1973. Dos mesmos autores: *A árvore do conhecimento. As bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo, Palas Athena, 2001.

¹³⁹ Op. cit., XVII.

¹⁴⁰ Willis Santiago Guerra Filho “*O direito como sistema autopoietico*”, in: Revista Brasileira de Filosofia, n.º. 163, S. Paulo, 1991 pp. 185-196.

Quando ocorre o fechamento do sistema, produzindo seus próprios elementos que o constituem, os chilenos denominaram, traduzindo para o português de autoprodução, cujo significado é 'por si' para *autós* e produção para *poiesis*.¹⁴¹

Portanto, podemos entender que para um sistema ser considerado autopoietico, necessariamente tem que ter a potencialidade de organização autopoietica. Essa organização pode ser entendida como sendo qualificador de um sistema como unidade, possuindo suas próprias características, as quais são oriundas das relações entre seus elementos.

Caracteriza-se um sistema autopoietico quando há a produção de elementos que compõem o sistema e que geram a sua organização pela relação reiterativa e recursiva entre eles¹⁴².

Niklas Luhmann foi quem desenvolveu o uso desse conhecimento e de sua conceituação no campo das ciências sociais, aperfeiçoando sua Teoria dos Sistemas.

A idéia que se fundamenta o conceito de autopoiese é sua base de funcionamento no próprio ambiente sistêmico, isso significa que os sistemas desenvolvem movimentos que se auto descrevem, orientando o sistema de forma que as respectivas operações correspondam a essa mesma descrição. Por esse motivo, o sistema é fechado, se auto organizando por referências.

Temos, portanto, que essa teoria dos sistemas nos revela diferença aos denominados sistemas abertos¹⁴³, é que sem serem auto-referenciais,

¹⁴¹ Marcelo Neves, "A Constitucionalização Simbólica", São Paulo: Acadêmica, 1994 pág. 113.

¹⁴² Guerra Filho, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna. Introdução a uma teoria geral sistêmica*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 58.

¹⁴³ Herbert Hart diz que a textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em

circulares e fechados em sua organização, a estabilização da auto-subsistência dos mesmos não seria possível.

Willis Santiago Guerra Filho¹⁴⁴ nos ensina que existe uma autonomia do sistema jurídico, funcionando com um código próprio, sem que haja a necessidade de recorrer a critérios fornecidos pelos outros sistemas, aos quais, no entanto, o sistema jurídico se acopla, através de procedimentos desenvolvidos no seu seio, procedimentos de reprodução jurídica, de natureza legislativa, administrativa, contratual e judicial.

Entende ainda o mesmo autor, que a autonomia do Direito não significa autarquia, significa que a autonomia do sistema jurídico e seu fechamento representam condição de possibilidade de sua conexão com os demais sistemas e isso seria, “abertura cognitiva”¹⁴⁵.

Sobre a universalidade do sistema, sua reflexividade e sua auto-referência, vejamos a explicação do professor:

“A teoria sistêmica, como se vê, é dotada de uma universalidade(...). A essa universalidade se associa uma outra característica sua, que ao mesmo tempo é um dos conceitos básicos por ela empregados: a reflexividade. Por pretender uma universalidade, de tudo poder explicar, a teoria de sistemas há de, por si mesma, explicar a si própria. Isso a confere uma terceira característica, que é também atribuída aos sistemas por ela estudados: a auto-referência.”

Baseando-se nisso, os subsistemas sociais não coexistem de modo separado, mas existe uma interferência mútua quando uma comunicação atua em vários círculos autopoiéticos, conseqüentemente, o resultado é o conflito entre informação.

peso, de caso para caso. In: *O Conceito de Direito*. 3ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 148.

¹⁴⁴ Op. cit, pág. 76-77.

¹⁴⁵ Ibid, p. 83.

O sistema social global é composto de inúmeros sistemas funcionais ou subsistemas autopoieticos. O Direito, deve ser entendido como um sistema funcional autopoietico, capaz de reproduzir-se a si próprio.

O sociólogo alemão Niklas Luhmann entende a sociedade enquanto sistema autopoietico, que os elementos que compõem a estrutura desse sistema e que se relacionam entre si, principalmente em caráter autoprodutivo, são comunicações.

Naturalmente, esse modelo de suma complexidade é difícil de ser compreendido em seu contexto, ainda que as áreas do conhecimento como a política, o direito e a economia, fossem elementos simples, sendo assim, atos comunicativos.

A concepção para níveis diferentes como direito, política, economia, etc., Luhmann sustenta que a partir desse circuito comunicativo geral e no seio do sistema social, novos e específicos circuitos comunicativos vão sendo gerados e desenvolvidos.

O sistema jurídico torna-se um subsistema social funcionalmente diferenciado graças ao desenvolvimento de um código binário próprio (“legal/ilegal”)¹⁴⁶ é por isso que, *“operando como centro de o controle da rede circular e fechada de operações sistêmicas, assegura justamente a originária auto-reprodução recursiva de seus elementos básicos e a sua autonomia em face dos restantes subsistemas sociais...”*

Temos que o direito é enquadrado na teoria social (sistêmica) autopoietica como um sistema contido no macro-sistema, autônomo com relação aos outros sistemas. Com essa afirmação, entende-se que é real a

¹⁴⁶ Com relação ao código binário “legal/ilegal”, de acordo com os doutrinadores brasileiros da teoria autopoietica do direito (Neves, 1994; Guerra Filho, Willis S. “*Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna*”. Porto Alegre, Livraria do Advogado Ed., 1997), a procedência ético-epistemológica e a concepção desse código enquanto as alternativas variam entre “lícito” e “ilícito”.

autonomia do sistema jurídico quando comparado aos diversos subsistemas, mas de certo é limitado dentro do meio do sistema social.

Chegamos, portanto, a acenar para um dos problemas mais complexos, decorrente da dotação da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, através de um modelo autopoietico para o direito.

Como devemos conciliar a relação do direito com outros sistemas, como o religioso, político, o econômico e o sistema ético, conhecendo que um sistema autopoietico possui o mínimo de organização? Como conciliar uma teoria autopoietica do direito com a finalidade de ser feito justiça? Marcelo Neves (1994, p. 122) traz que a *“autonomia do sistema não é, então, nada mais do que o operar conforme o próprio código”* (...), a *‘auto-aplicação do código ao código’* (...) implica (...) *imobilidade do sistema jurídico, na medida em que a capacidade de conexão da reprodução autopoietica é, dessa maneira, bloqueada.*” Isso implica em que Luhmann adota uma certa *“visão positivista”* do direito, enquanto sistema autônomo enclausurado. O doutor professor pernambucano continua (1994, p. 122):

“Pressuposto que à positividade do Direito é inerente não apenas a supressão da determinação imediata do Direito pelos interesses, vontades e critérios políticos dos ‘donos do poder’, mas também a neutralização moral do sistema jurídico, torna-se irrelevante para Luhmann uma teoria da justiça como critério exterior ou superior do sistema jurídico: ‘Todos os valores que circulam no discurso geral da sociedade são, após a diferenciação de um sistema jurídico, ou juridicamente irrelevantes, ou valor próprio do Direito’...”

Os positivistas classificam hierarquicamente os elementos do sistema jurídico, modelo que se difere do adotado na teoria autopoietica, sendo que as relações são fechadas e circulares, organizando-se de forma autônoma e sendo referência para si próprio.

Dentro do próprio subsistema do direito, sua auto-regulação existe, se controlando através da produção do sistema social. Devemos entender que a idéia da autopoiese significa que existem diversos subsistemas que se auto regulam e os subsistemas interligados da mesma forma se organizam, apenas mudando os níveis de (auto)produção.

Ao entendermos esse conceito, verificaremos que nenhum subsistema interferirá diretamente no outro, porém, suas interferências indiretas serão inevitáveis, sempre ocorrendo quando observadas no interior do sistema social.

Logo, se pensarmos que a interferência sistêmica ocorre de forma direta ou indireta, concluímos sua auto regulação, de forma mais ou menos eficaz, sempre acenando uma possível solução dos conflitos do direito, o que basta desvendar, é se o direito necessita de um fim social, justo e humanista. Pode-se pensar, então, que os ideais políticos, sendo democráticos, autoritários, etc., são (auto) produzidos nesse subsistema em conjunto com uma visão autopoietica do direito, integrado com o subsistema legislativo, religioso, ético e tantos outros que exercem influência.

Não é diferente do sistema “*check and balance*” ou “*peso e contrapeso*” criado pelo modelo Norte Americano “*Judicial Review*”¹⁴⁷, onde foi instituído o controle por qualquer Juízo ou Tribunal dos atos emanados do legislativo mesma forma, o sistema se auto-regula, gerando soluções como

¹⁴⁷ Montesquieu, é considerado o pai da “*Teoria da Separação dos Poderes*”, gerando a imensa preocupação por dezenas de autores que o sucederam com o intuito de criar mecanismos eficientes de controle. O velho conceito do “*check and balance*” de autoria norte-americana, conseguiu com maior clareza fazê-lo, segundo o qual os três poderes – o executivo, o legislativo e o judiciário – exercem entre si freios e contrapesos, pode ser entendido mais claramente no contexto assim delineado por Bobbio: “Robert Dahl, um dos mais convincentes teóricos e ideólogos do Pluralismo, depois de haver afirmado que a constituição americana se inspirou em três princípios, o da autoridade limitada, o da autoridade equilibrada e o do pluralismo político, assim definiu este último: ‘Já que os próprios mecanismos jurídicos e constitucionais podem ser subvertidos, se alguns cidadãos ou grupos adquirem parcelas desproporcionadas de poder, em comparação com os demais, o poder virtual de um grupo há de ser controlado (balanced) pelo poder de outro grupo’. Cf. Norberto Bobbio, Dicionário de Política, trad. de Carmem C. Varriale, 4ª. ed., Brasília, Editora da Universidade de Brasília, 1992, 2 vols, vol 1, pág. 931.

encaixes imaginários em uma plataforma em constante movimento, que necessita de organização a todo instante.

Já no final do século XVIII, depois do Renascimento, o termo organismo começa a ser empregado como metáfora do corpo social ordenado, como prenúncio de autopoiese e a teoria apresentada. Descartes, influenciando o modelo tecnomórfico¹⁴⁸, inicia a interpretação dos corpos orgânicos como mecanismos ou máquinas.

Para a teoria dos sistemas, o conceito de comunicação é tema central, por ser o dispositivo fundamental do movimento evolutivo dos sistemas sociais. Quando temos um processo de seleção, naturalmente se opera o processo de redução de complexidade na relação com o ambiente.

A idéia sob a percepção da vida funcionando como em relógio, autônomo, previsível e regular, serviu como modelo que ajudou a explicar fenômenos físicos, vindo a ser o início de novas teorias físicas da natureza.

Relutar em aceitar o constante movimento e as transformações universalistas, inerentes das características da vida, seria entender o sistema jurídico como Descartes¹⁴⁹ previu, mecânico e perfeito, tal qual uma máquina de relógio.

¹⁴⁸ Modelo criado por Descartes no final do Século XIX, depois do renascimento, o termo começa a ser empregado como metáfora do corpo social ordenado, iniciando a interpretação dos corpos orgânicos com mecanismos ou máquinas a qual permeou todas as definições posteriores de organização.

¹⁴⁹ Uma possível explicação para esses e outros problemas da atual civilização apontado por F. Capra em seu livro *"O ponto de mutação"*, afirma que a sociedade contemporânea encontra-se em uma crise sendo essa de visão de mundo *"(...) Nossa sociedade como um todo encontra-se em uma crise derivada do fato de que estamos tentando aplicar os conceitos de uma visão de mundo obsoleta – A visão de mundo mecanicista da ciência Cartesianiana-Newtoniana – a uma realidade que já não pode ser atendida em função desses conceitos. Vivemos hoje num mundo globalmente interligado, no qual os fenômenos biológicos, psicológicos, sociais e ambientais são todos interdependentes. Para descrever este mundo apropriadamente, necessitamos de uma perspectiva ecológica que a visão de mundo cartesiana não nos oferece"* Obra da editora Cultrix, 1982, São Paulo, pág. 447. As raízes históricas do modelo de Descartes, ao contexto do início da revolução industrial apresenta como característica a noção de mundo como uma máquina, a descrição matemática da natureza e o método

O sistema para Luhmann, opera a base de uma perpétua e constante seleção. As seleções que geram decisões, que geram novas seleções para novas decisões, sempre em um fluxo contínuo e auto-referencial.

A concepção de um sistema autônomo jurídico sem fundamentação, seria no mínimo irracional, do ponto de vista filosófico. Não haveria mais a necessidade da eterna busca da “essência do direito”, a ciência do direito tão discutida já não mais seria objeto de estudos.

Uma teoria (autopoiética) desprovida de fundamentação sistêmica, seria irrelevante. Ao concebermos um sistema jurídico, mesmo que com característica sistêmica de forma autônoma, utilizado-se apenas em função da autopoiése dos seus elementos, poderíamos entender o direito como uma máquina. Da mesma forma funciona com o sistema social e com os demais sistemas.

No presente trabalho já foi lembrado o risco que a interpretar o ‘*Digesto*’ de Justiniano, mostrando que um dos caminhos para os regimes autoritários é proibir o direito de fundamento válido, interpretação. Situação análoga pode ser conferida com a existência das cláusulas gerais, ou mesmo normas em branco, desprovidas a princípio de conteúdo. A importância da visão autopoiética do sistema dará o contorno ideal para sua interpretação

11.1. O Sistema Autopoiético do Direito

A tarefa do sistema jurídico para Luhmann, aparece com o condão de reduzir a complexidade do ambiente, definindo como: “*a generalização*

analítico de raciocínio que consiste em decompor pensamentos e problemas em sua ordem lógica.

congruente de expectativas comportamentais”¹⁵⁰, fornecendo uma defesa simbólica de expectativas contra outras possibilidades, imunizando as sociedades de conflitos entre seus membros, surgidos em outros sistemas, como o político, ético, moral, econômico, familiar, etc.

É como se o subsistema jurídico, na concepção macro da teoria, tivesse um papel norteador de maior importância, minimizando os conflitos naturalmente existentes.

Apesar de algumas divergências de opiniões quanto a alguns aspectos dessa problemática, alguns autores entendem que é necessário dividir os sistemas em sistemas de primeiro e segundo graus. Por exemplo, para Teubner o Direito é sim um “*sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num hiperciclo.*”¹⁵¹

Com essas informações, podemos afirmar que o Direito é determinado por auto-referência, com base em suas próprias normas, dispondo de uma estrutura capaz suportar o constante descumprimento de suas normas, reagindo na insistência de sua aplicação, revogando e editando novas normas.

O sistema jurídico é capaz de traçar seus próprios limites, como se autônomo fosse de seu ambiente, sendo possível observar as irritações entre os demais sistemas, por isso o celeuma em explicar se o sistema é aberto ou fechado.

Luhmann nos explica que o Direito retira sua validade da sua auto-referência, ou seja, a validade do Direito não é captada pelo exterior, mas é extraída de dentro para fora. Dessa forma, o Direito não é só produto do

¹⁵⁰ Niklas Luhmann, *Sociologia do Direito*. Vol. I, pág. 110, além do professor Willis Santiago Guerra Filho, op. cit. pág. 63.

¹⁵¹ Günther Teubner, *O Direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, pág. 53.

homem, mas sim produto do próprio Direito, especialmente ante o fenômeno da circularidade.

Willis Santiago Guerra Filho entende que a tese da procedimentalização do Direito, trabalhada por Rudolf Wiethölter é importante diante da complexidade do mundo pós-moderno, justamente por esta razão, as soluções melhores dos problemas irão surgir do confronto de opiniões divergentes, desde que se parta de um consenso básico porque não se pode partir de idéias pré-concebidas.¹⁵²

O professor continua dizendo que a procedimentalização do Direito mostra-se como a resposta adequada ao desafio principal do Estado Democrático de Direito, de atender às exigências sociais garantindo a participação coletiva, pois não se impõe condições antes de garantir um espaço público para discussão.

O Direito, para lidar com as diferentes subesferas sociais elabora categorias que não têm a pretensão de serem universais, mostrando que a sua diferenciação interna, paralela à diferenciação da sociedade, faz tempo que ultrapassou a divisão público/privado.

Para que seja exemplificado, podemos observar a fragmentação do direito privado, partindo da construção de teorias específicas sobre responsabilidade civil, família, contratos, etc., além do surgimento dos microssistemas paralelos ao Código Civil, tais como a aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva em matéria contratual, a Constituição informando toda a prática civilista, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o qual possibilita a desconsideração da personalidade jurídica, a possibilidade de revisão contratual por onerosidade excessiva, entre outros.

¹⁵² In: *Autopoiese do Direito*, op. Cit., p.77-78.

12.INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS COMO TÉCNICA NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DO DIREITO.

Para que possamos interpretar uma lei, devemos nos ater principalmente que ela faz parte, ou ao menos fez parte, dos anseios da população, transmitidos ao legislador, compreendendo-a na plenitude de seus fins sociais, ainda com o importante conceito de sua inserção em um sistema, interligado com todos os demais. Somente assim ela será aplicável a todos os casos que correspondem àqueles objetivos.

O método que aqui se fará utilizado é o processo sociológico da teoria dos sistemas de Luhmann, o qual faz com que o intérprete adapte o sentido extraído e verificado às necessidades e realidades sociais.

O processo sociológico de interpretação utilizando-se essa teoria, se desenvolve sob vários aspectos, sendo de início deve-se dar ênfase à conferência do sentido da norma interpretada e seu alcance para abranger, além das relações de fato contempladas, as relações e situações que, embora de igual natureza, com o decorrer do tempo se transformaram, modificaram, hoje, novas modalidades.

A seguir, necessário é estender o sentido da norma às novas relações surgidas de igual natureza nas mesmas condições, por fim, devemos mesclar o alcance do preceito normativo que corresponda às necessidades reais e atuais de caráter social, tendo como medida a idéia de sistema autopoietico.

Naturalmente, ocorrerá, no decorrer dessas adaptações, dificuldades em demonstrar que se tornaram harmônicas, uma vez que deverão ser analisadas isoladamente, até porque casos semelhantes terão soluções controversas. Se partíssemos de outra forma interpretativa, a qual desse as mesmas soluções para casos análogos, não seriam justas, por tratarem todos

iguais, mas injustas, uma vez que acreditamos na diversidade, ao menos de fatos isolados por si só.

O Código Civil brasileiro, no artigo 5º de sua Lei de Introdução, prescreve: *“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”*.

Não poderíamos aceitar compreender-se essa regra legal no sentido de tornar obrigatório o uso da chamada interpretação teleológica, com exclusão dos demais processos, gramatical, lógico e histórico, já estudados, além que, em nenhuma hipótese seria possível atribuir-lhe um sentido, que não possui, de desamparo dos direitos individuais conferidos e protegidos pela lei.

Portanto, para Alípio Silveira¹⁵³ não há novidade no conceito do art. 5º. Da Lei de Introdução do Código Civil brasileiro, lembrando que o bem comum está longe de ser a soma bruta dos interesses individuais, como queria o individualismo revolucionário, mas é a coordenação do bem dos indivíduos segundo um princípio ético.

As necessidades individuais não deixam de afetar o interesse social, quando suas soluções são coordenadas segundo princípios que integram o bem comum, tais como o Princípio da Proporcionalidade¹⁵⁴ que veremos adiante.

¹⁵³ *“A Hermenêutica Jurídica segundo a Atual Lei de Introdução ao Código Civil”*, São Paulo, 1946, nota de introdução à obra.

¹⁵⁴ Para Robert Alexy em seu livro: *“Teoría de los Derechos Fundamentales”*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 99., a aplicação dos princípios devem ser analisadas as possibilidades jurídicas e fáticas, e não são definitivos, devendo ser aplicado o Princípio da Proporcionalidade para se chegar a decisão mais justa.

“Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino solo prima facie. Del hecho de que um principio valga para um caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina como há de resolverse la relacion entre uma razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y lãs posibilidades fácticas.”

Ao aplicarmos a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann visando a solução de conflitos, deverá ser tomado alguns cuidados iniciais para que os resultados sejam satisfatórios. Partindo da premissa que os sistemas são interligados por seus elementos de conexão, analisando o macro-sistema de forma a entendê-lo como toda a sociedade, o micro-sistema jurídico por si só já nos revelará conflitos entre leis, no espaço ou sempre quando as normas jurídicas forem invocadas para disciplinar uma situação de fato, que ao direito interessa.

Inicialmente, podemos identificar duas situações das quais todos se fazem sentir, sejam administradores públicos, juízes, juristas e todos aqueles que forem incumbidos de aplicar as normas obrigatórias de direito. A primeira delas é a análise da situação de fato considerada em si e fora do sistema jurídico, a segunda procura indagar se esta situação é, ou não, disciplinada pelo direito e, em caso afirmativo, qual a norma jurídica, dentro do sistema que se lhe deve aplicar a até que ponto a mesma situação nela se enquadra.

Percebe-se que tudo faz parte do mesmo sistema, o conjunto portanto, deverá ser cuidadosamente analisado, até por ser entendido a um só mesmo objetivo final, as duas operações são conexas, procedendo sucessivamente e não concomitantemente.

A primeira providência, em sua individualidade concreta, segundo seu conteúdo de espírito e pensamento e de conformidade com o sentimento que recebe no ambiente social em que se verifica, a princípio, deverá ser considerada sem qualquer definição jurídica, por isso ser esta uma operação preliminar, antes da segunda que será uma análise no campo jurídico.

Se destaca a necessidade dessa análise preliminar pelo simples fato de entendermos o sistema autopoietico como um todo, interligado, vivo, auto-referencial e universalista, de forma a não nos atermos ao fato e sua imputabilidade como meros robôs positivistas.

Só depois de colhido o resultado da operação preliminar, é que a segunda operação se inicia, para que possamos averiguar se a espécie de fato, já examinada em si, incide ou não, na tutela, na disciplina do direito normativo. Em caso positivo, qual é a norma que lhe diz respeito. Dessa forma, pode-se dizer que a situação analisada não é examinada isoladamente, mas em confronto com o direito interligado à todos os demais sistemas, diferentemente de como costumeiramente ocorre em decisões judiciais ou administrativas, onde costuma ser aplicado o direito de forma direta.

No processo de qualificação jurídica, segundo o professor da Universidade de Roma, Emilio Betti¹⁵⁵, a acenada relação de preferência lógico se revela menos acentuadamente nas provisões das autoridades (quer sejam por sentenças, quer nos atos administrativos) *“perché essendo tali atti destinati ad attuare Le legge e quindi vincolati ad una rigorosa tipicità, La ricognizione del significato dell’atto in concreto compiuto, si distingue meno rigorosamente della identificazione Del tipo legale, al quale corrisponde La sua concreta configurazione”*¹⁵⁶.

Quando os elementos de fato da situação são examinados, encerra-se o que se poderia chamar de diagnóstico do fato, a seguir inicia-se o diagnóstico jurídico da mesma situação, definindo-se o fato perante o direito no contexto do sistema como um todo.

Praticado tal ato, pergunta-se: qual foi a intenção dos agentes terem praticado tal ato? Que sentido se lhe deve dar, dentro do meio social em que foi praticado? Qual significado exato, para a linguagem comum, as palavras usadas? Como se define no meio e com as palavras utilizadas, o conteúdo do ato? São persecuções que o intérprete terá de fazer para que o diagnóstico do fato seja realizado.

¹⁵⁵ *“Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici, pág. 11 e ss.*

¹⁵⁶ - *“porque sendo tais atos destinados a atualizar as leis e portanto vinculados a uma rigorosa tipicidade, o reconhecimento do significado do ato cumprido concretamente, distingue-se menos rigorosamente da identificação do tipo legal, ao qual corresponde sua concreta configuração.”*

No diagnóstico jurídico, dentro do sistema em que se regula pelas normas, que abrange os demais sistemas, uma vez entendido o direito como o responsável por regular a vida em sociedade, teremos que perseguir mais respostas: As partes quiseram estipular o contrato? Qual o tipo de contrato? Trata-se de direito privado ou público? Contrato regulado pelo direito civil? Qual sua espécie? Quais as normas jurídicas que o disciplinam? Quais os preceitos normativos capazes de resolvê-lo? Preceito legal, analógico ou costumeiro?

Essas duas análises da norma não serão suficientes para que possamos solucionar um conflito do direito, após feitas essas duas análises, será necessário saber se sua aplicação ou adaptação ao fato ou ao caso concreto se encaixa.

12.1. Interpretando a norma com base no Princípio da Proporcionalidade

Diferente das constituições de alguns países, como a constituição portuguesa de 1974, no pós segunda guerra mundial, foram inseridos um importante princípio norteador, chamado Princípio da Proporcionalidade', porém, no artigo 5º. Da Carta Magna, podemos vislumbrar ao menos a não proibição desse princípio em nosso ordenamento.

Art. 5, II CF/88: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”

Muito embora não seja expreso, a segunda parte nos reserva a possibilidade de aplicação do Princípio da Proporcionalidade, sendo este até mesmo podendo ser considerado como “*princípio dos princípios*”, até porque o fato de não estar previsto em nossa Constituição, por força do §2º. Do art. 5º.,

temos: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes da regime e dos princípios por ela adotados etc.*”¹⁵⁷

Willis Santiago Guerra Filho¹⁵⁸, grande propagador das idéias desse importante princípio no Brasil, concorda com a equiparação ao Princípio da Isonomia, “*as quais, para nós, não são essencialmente diversas dos direitos fundamentais propriamente ditos, que sem esse sistema de tutela, essa dimensão processual, não se aperfeiçoam enquanto direitos*”¹⁵⁹

Para Robert Alexy, são entendidas como “*normas de direitos fundamentais*” aquelas que se expressam por disposições “*jusfundamentais*”, ou seja, são as disposições exclusivamente enunciadas e contidas no texto da Constituição Federal. Porém, não podemos olvidar que essa resposta enfrenta problemas. Pelo fato de nem todos os enunciados da lei fundamental em nossa Constituição Federal expressam normas de direito fundamental, fica claro que precisamos de um critério a se permitir uma classificação dos enunciados da lei fundamental naqueles que expressam normas de direito fundamental e aqueles que não. Visivelmente a doutrina se encarregou de defini-las, ou mesmo a lei quando realiza apontamentos como as cláusulas pétreas¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Cf. Paulo Bonavides, *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, pág. 354.

¹⁵⁸ Sobre o assunto, o Prof. Willis publicou diversos livros e artigos que contém o princípio, vejamos alguns: *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais* (4ª. Ed., São Paulo, RCS Editora, 2005), *Teoria Política do Direito: Uma introdução política do direito* (Brasília, Ed. Brasília Jurídica, 2000), *Teoria Processual da Constituição*, os artigos *O Princípio da Proporcionalidade em Direito Constitucional*, disponível pelo site www.mundojuridico.adv.br, *Uma nova perspectiva constitucional: processo e constituição*, Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, 1998, pág. 285-291.

¹⁵⁹ *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 4ª. Ed., São Paulo, RCS Editora, 2005, pág. 86.

¹⁶⁰ As principais cláusulas pétreas estão previstas no artigo 60 da Constituição Federal de 1988, parágrafo 4º: “*Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais*”. Os direitos e garantias individuais são relacionados no artigo 5º, que tem 77 incisos. Muito embora exista uma grande polêmica no meio jurídico sobre outros dispositivos constitucionais que seriam cláusulas pétreas, especialmente os direitos sociais (artigo 6º) e outros direitos individuais dispersos pelo texto constitucional.

Aparentemente, com esse mecanismo estaria resolvido o problema, mas o outro é quando as normas de direito fundamental da lei fundamental realmente pertencem somente aquelas que são expressadas diretamente por enunciados da lei fundamental.¹⁶¹

*“Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice.”*¹⁶²

O estudioso alemão Robert Alexy, entende que existe três teses que diferenciam as regras dos princípios, as quais são: 1) considera que se trata de duas classes distintas; 2) as normas podem dividir-se em regras e princípios, tendo a norma como gênero; 3) a tese determina que as normas podem dividir-se em regras e princípios e que entre eles existe não só uma diferença gradual, mas também qualitativa, em que os princípios são considerados normas de otimização.¹⁶³

Dessa forma, com essa distinção, o autor acredita que a principal distinção entre regras e princípios é o fato de que estes últimos são mandatos de otimização, ao passo que as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não.

“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por la tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y la medida debida de su cumplimiento no solo depende de lãs

¹⁶¹ ALEXY, Op. Cit. págs. 62-63.

¹⁶² Ibid pág. 99.

¹⁶³ Ibid. pág. 85-86.

posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.

Em cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es ávida, entoces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Pó lo tanto, las reglas contienen determinaciones em el âmbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto signífics que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.”¹⁶⁴

A doutrina nos traz três argumentos contrários ao conceito de princípio que são: 1) a consideração de que os choques entre princípios são solucionáveis mediante a declaração de invalidez de um deles; 2) é considerado a existência de princípios absolutos (a exemplo das cláusulas pétreas) que não podem nunca ser colocados numa relação de preferência com outros princípios; 3) O conceito de princípio é muito amplo e, dessa forma, não válido para o rigorismo da aplicação, uma vez que abrangeria todos os interesses que podem ser tomados em conta nos apontamentos.

A grande importância dos Princípios é de nortear a importante função de conferir unidade normativa a todo o sistema jurídico brasileiro, eis que adotamos o modelo nacional para nos basearmos, dessa forma, impõe como diretiva, uma interpretação de toda e qualquer norma legal quanto para a ação de todos os entes estatais, sendo portanto, uma ação positiva na formatação do conceito.

O lado negativo da questão principiológica, é quando serve de limite para que não se permita a criação de limitações excessivas a determinados direitos fundamentais, além de impedir que se criem normas contrárias ao conteúdo neles previsto.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Ibid. pág. 86-87.

¹⁶⁵ LEAL, Mônia Hennig. "A constituição como princípio – os limites da jurisdição constitucional Brasileira." São Paulo: Manole, 2003, pág. 88.

Celso Bandeira de Mello afirma que a violação de um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma, uma vez que a não-observância de um princípio significa uma ofensa não apenas a um mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.

*“É mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.”*¹⁶⁶

Não se pode negar a estreita relação entre regras e princípios, sendo que estes são condição de existência das próprias regras, razão pela qual não se pode falar em um sistema puro de princípios, nem em um sistema puro de regras.

Natural que exista a necessidade de darmos sentido a uma norma, levando-se em consideração o texto e o contexto, daí nasce o interesse maior do presente trabalho, interessando-se através de uma atividade hermenêutica dar sentido à interpretação correta à norma, conferindo a aplicação do princípio da proporcionalidade e da ponderação no trabalho de buscar uma solução nos conflitos do direito.

Para que seja atribuída máxima eficiência e eficácia na interpretação dos textos jurídicos, é necessário que a função jurisdicional, quando estamos abordando a concretização de valores, valha-se não só de recursos hermenêuticos disponíveis (exemplo: a interpretação conforme a Constituição, princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, legalidade, etc.), como também tem a função de conferir-lhes a máxima eficácia enquanto espécie da norma jurídica.¹⁶⁷

¹⁶⁶ MELLO, Celso Bandeira de. "Elementos de Direito Administrativo." 2ª ed. São Paulo: RT, 1999, pág. 300.

¹⁶⁷ LEAL, Op. Cit. p. 93.

Por esse raciocínio, os princípios além de desempenhar a função norteadora dentro do nosso ordenamento, é também capaz de tutelar pretensões judiciais por parte dos cidadãos, fazendo com que os Tribunais tenham dificuldades em fundamentar decisões conservadoras, negando princípios constitucionais.¹⁶⁸

Concluindo o capítulo, entendemos que há muito que se estabelecer com relação às diferenças entre princípios e valores. De certo, valores são conceitos axiológicos, não possuem uma ordem ou uma proibição e sim uma valoração, que pode ser de tipo comparativo de dois objetos se diz que um tem maior valor que outro, podendo ser expresso por julgadores por sua equivalência.

O modo de interpretar o valor é através de um juízo comparativo, de ponderação, uma vez que já que se trata de estabelecer uma medida, equilíbrio entre as decisões, de tal sorte que a técnica a ser desenvolvida, será através de valorações de princípios, além do entendimento do sistema social fechado, se regulando na medida de suas necessidades.

O que se pode extrair, portanto, é que os princípios jurídicos, quando estabelecem comandos, proibições e permissões, diferentemente dos valores, são enfrentados por um juízo de ponderação, cujo destino é estabelecer o “*seu peso*” no caso concreto.¹⁶⁹

12.2. O conflito de regras

Para que posamos extrair do presente trabalho, uma técnica para a solução dos conflitos no Direito, quando nos deparamos com um conflito entre

¹⁶⁸ Ibid. pág. 93.

¹⁶⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. “*Fundamentos do Direito privado.*” São Paulo: RT, 1998. pág. 287.

regras, a solução está na introdução de uma “*cláusula de exceção*” em uma das duas regras, visando eliminar o conflito ou declarar a invalidade de uma delas.

A sua eliminação do ordenamento jurídico nem sempre é possível, pois pode ocorrer que duas regras prevejam duas conseqüências jurídicas inconciliáveis para o mesmo suporte fático. Nesses casos, não há outra alternativa que não a verificação da invalidade de uma delas.¹⁷⁰

Da mesma opinião compartilha o citado Robert Alexy, senão vejamos:

“Una norma vale o no vale jurídicamente. Que una regla vale y es aplicable a un caso significa que vale también su consecuencia jurídica. Cualquiera que se ala forma como se los fundamente, no puede ser el caso que valgandos juicios concretos de deber ser recíprocamente cobtradictorios. Si se constatat la aplicabilidad de dos reglas com consecuenciais recíprocamente contradicyorias em el caso concreto y esta contradicción no puede ser eliminada mediante la introducción de una cláusula de excpección, hay entonces que declarar inválida, por lo menos, a uma de las reglas.”¹⁷¹

Nem mesmo com uma técnica eficiente é capaz de solucionar o conflito através da aplicação de uma cláusula de exceção uma delas, perdendo o caráter de definitivo para a decisão do caso concreto.

A decisão definitiva será com uma análise da validade da regra que não é gradual, ou seja, quando duas regras prevêem conseqüências jurídicas diversas para o mesmo caso, não podem pertencer ao mesmo sistema jurídico, pois uma delas, pelo menos para esse sistema, será inválida.¹⁷²

¹⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. “A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.” São Paulo: Malheiros, 2005, pág. 33.

¹⁷¹ ALEXY, Op. Cit. pág. 88.

¹⁷² ALEXY, Op. Cit. pág. 88.

Na ocorrência de uma antinomia, deverá ser eliminado uma das regras, eis que o conflito ocorre no campo da validade. No caso de choque de princípios, se resolve de modo diferente, até por não ocorrer no campo da validade, mas sim na dimensão do peso/valor.

Para finalizarmos, não poderíamos nos esquecer dos casos de concorrência de direitos com limites divergentes. Temos que analisar a existência entre eles de uma relação de especialidade, com critérios mais definidos, prevalecendo dos direitos fundamentais menos limitados, além da existência de mais elementos distintivos de um em relação ao outro.

Para o internacionalmente conhecido José Joaquim Gomes Canotilho, jurista e professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, considerado por muitos como um dos nomes mais relevantes do direito constitucional da atualidade, quando se discute dois ou mais direitos fundamentais, não se trata do estabelecimento de uma “*escala de valor*”, mas sim a seguinte verificação: 1) precisamos distinguir se um dos direitos fundamentais está sujeito a reserva de lei restritiva e saber se o outro é um direito sem “*reserva expressa de lei restritiva*”; 2) Após a distinção, é preciso comparar os pressupostos de fato dos dois direitos, verificando qual a “*pretensão*” que o indivíduo pretende realizar de forma mais direta e imediata.¹⁷³

13.A OBRA DE LUHMANN

Essa importante obra, pode ser entendida como um esforço em formular uma teoria geral da sociedade, cujo objetivo é apresentar soluções para os conflitos nela existentes. Luhmann buscou uma referência universal,

¹⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Direito Constitucional e teoria da constituição.*” 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, pág. 1137.

que superasse a linha tênue entre micro e macro, e assim, alcançasse maior precisão conceitual.

Para o autor, essa Teoria dos Sistemas, que originalmente não é de sua autoria como já visto, pelo fato de seu desenvolvimento científico ser mais elaborado, é o que mais serve à sociologia como instrumento para a formulação de uma Teoria Geral da Sociedade, sendo adaptada para o nosso estudo que visa uma técnica para solução de conflitos no Direito.

Luhmann em sua obra, analisa cada contato social como um sistema, recebendo clara influência de Parsons¹⁷⁴ nessa sua opção pelo enfoque sistêmico, porém, já nos anos 60 começou a desenvolver uma abordagem própria.

Para Parsons, a Teoria Geral desempenha dois papéis principais, sendo a primeira pela codificação do conhecimento concreto existente pela facilitação da seleção de problemas e através do controle das distorções de observação e interpretação, sempre fomentados pela departamentalização da educação e investigação nas Ciências Sociais.¹⁷⁵

Entendia o autor, que *“a sociologia estuda a ação social, definida pela atividade que de alguma maneira está relacionada coisas situadas fora do organismo, através de princípios de relações, ou melhor, de inter-relações”* (PARSONS, 2001: 215) e que, segundo ele, deve ser sempre vista como sistema para que sua investigação seja verdadeiramente científica.

¹⁷⁴ Luhmann teve suas bases nas pesquisas sobre sistemas que já estavam sendo formuladas Talcot Parsons. O resultado disso foi a formulação da Teoria dos Sistemas. Na década de 1960, Luhmann formou uma abordagem própria sobre os sistemas que resultou em uma análise sociológica do direito, excluindo-se, portanto, a visão puramente normativista. A de Parsons foi somente na primeira fase de seu pensamento, quando volta-se para análise do direito como sistema autopoietico, conforme lições de Leonel Severo Rocha em sua obra: *'Epistemologia jurídica e democracia'*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2001 p. 82.

¹⁷⁵ PARSONS, Talcott. Parsons. In: CASTRO, Ana Maria; DIAS, Edmundo Fernandes (orgs.). Introdução ao pensamento sociológico. São Paulo: Centauro. p. 13.

Admite ainda que a fonte definitiva do fator de energia dos processos de ação é derivada do organismo e tem, por isso, uma significação orgânica no que se refere a obter gratificações ou evitar privações. O Autor não se interessa em investigar os processos sociológicos internos, mas a organização das orientações do ator no que se refere a uma situação.

Uma propriedade fundamental da ação é que ela não consiste de respostas “*ad hoc*” aos determinados estímulos situacionais, mas um elemento cultural.

Em havendo interações com objetos sociais, uma dimensão maior é criada, a ação se move, e é criada pela expectativa em torno das reações externas advindas da ação do indivíduo, relações essas que são constelações de ações dos indivíduos que delas participam, e formam o que ele chama de Sistema Social.

O conceito de Sistemas Sociais serve de ponto de partida para a teoria geral da ação “*parsoniana*”.

Parsons define como unidade conceitual do sistema social o papel social, que é como uma seção da orientação das ações de um ator em uma relação, um grupo adicional de expectativas referentes nas ações desse ator em situações específicas.

Dessa forma, temos que a obra de Luhmann, influenciada por Parsons, pode ser dividida em duas fases: a primeira, do início dos anos 60 até meados da década de 1980, é a fase em que formulou uma teoria de sistemas ‘*funcional-estrutural*’, tendo por base a diferenciação entre sistema e ambiente.

Nessa primeira fase, o sistema define-se por diferença ao ambiente, através de um mecanismo de seleção de equivalentes funcionais que servem para a redução de complexidade.

Já em sua segunda fase, ficou marcada por sua principal obra: “*Sistema social, esboço de uma teoria geral*”¹⁷⁶, a qual foi publicada em 1984, onde introduz uma nova concepção de sistema social, tendo por referência a mudança de paradigma na teoria geral dos sistemas, produzida por dois biólogos e neurofisiólogos chilenos: Humberto R. Maturana e Francisco Varela.

A principal mudança entre as duas fases, foi a substituição da teoria dos sistemas abertos, caracterizada pela diferença entre sistema e ambiente, pela teoria dos sistemas autopoieticos.

Luhmann, tendo por referência o conceito de autopoiesis, define o sistema social como um sistema autopoietico, fechado e autoreferenciado.¹⁷⁷

O ponto de partida que precisamos entender antes de nos aventurarmos em compreender sua teoria, é a sociedade moderna, objeto de sua preocupação e os conceitos-chaves que dão nascimento à teoria.

A sociedade moderna tem como características principais a complexidade e a diferenciação funcional. Complexidade que é sinônimo de modernidade, pode se entender a totalidade das possibilidades no mundo. A principal tarefa dos sistemas é reduzir essa complexidade.

Da mesma forma, embora pareça pequeno o mundo de possibilidade de decisões que possui uma determinada área do Direito, com a transversalidade¹⁷⁸ dos conhecimentos, com as influências das doutrinas do

¹⁷⁶ Publicado em espanhol. “*Sistemas sociológicos: lineamentos para uma teoria general.*” Alianza Editorial/Universidad Iberoamericana, 1991.

¹⁷⁷ A obra, com textos de Luhmann, ora lançada, refere-se a essa nova fase do autor.

¹⁷⁸ O conceito de transdisciplinaridade, indica movimentos transgressivos em relação às “fronteiras” epistêmicas ou institucionais estabelecidas, sem necessariamente implicar na procura de uma nova unidade. Substitui conceitos de “modernidade” ou “inovação” pelo de “sustentabilidade”, além de remeter a uma concepção processual da ciência, permitindo a mediação dos diferentes códigos e critérios de validade, heterogêneos, dessa forma, ‘*Transversalidade*’ significa dizer que existe a possibilidade de se estabelecer, uma relação entre aprender conhecimentos teoricamente sistematizados (aprender sobre a

Direito Estrangeiro, além de outros novos conceitos interpretativos, a complexidade logo se torna uma dificuldade a ser enfrentada para o operador do Direito.

No mundo atual, onde existe uma quantidade muito grande de informações, variedades de sujeitos, culturas e comportamentos muito distintos, acabam caracterizando o tema central das sociedades modernas, que é sua diferenciação funcional.

Dessa forma, é fácil a visualização que cada vez mais os subsistemas se diferenciam, assim é economia, a política, a ciência, o direito, etc., além de existir uma diferenciação interna, a exemplo das diferentes áreas e subáreas do Direito, como Direito Civil, dentro do Direito Contratual, Direito Criminal, sempre mantendo, no entanto, uma conexão funcional.

A principal diferença funcional na sociedade moderna, que se torna cada vez mais complexa, é a sua principal marca com relação às sociedades arcaicas.

Nas sociedades arcaicas, temos como uma característica a segmentação, nas sociedades antigas, a estratificação a partir de ordens superiores/inferiores ou suas camadas, sendo baixa, média ou alta.

A sociedade moderna atual, embora exista, deixa de ser marcada por hierarquias (classes, camadas), uma vez que atualmente existem funções diferenciadas para cada indivíduo. Chamando-os de sistemas, funcionalmente diferenciados, são dependentes e independentes ao mesmo tempo, expressão de complexidade existente.

Como compreender essa complexidade? É justamente o maior interesse de Luhmann, onde a sociedade complexa, multifuncionalmente

realidade) através da forma de sistematizar que é pela inclusão explícita e estrutural dos conhecimentos pretendidos.

diferenciada, precisa a seu ver de uma abordagem adequada, igualmente complexa.

14. TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS

Em nossa atualidade, as pesquisas nas diversas áreas existentes são estudadas de modo individual e próprio, isto é, específico a cada área analisada, não obstante há necessidade de um conhecimento genérico para que estas macrodisciplinas sejam conexas às áreas de especialidades.

Desta feita, alguns cientistas optam pelo campo interdisciplinar, verificando a adaptação dos conhecimentos providos de origens diversas, porém que se convergem entre si.

Um exemplo clássico desta convergência segundo Lê Moigne em sua obra “*A Teoria do Sistema Geral – Teoria da Modelização*”¹⁷⁹ seria a engenharia mecânica e a biologia quando, nos anos 40, os engenheiros estudavam o comportamento dos servo-mecanismo, raiz da contemporânea robótica, sendo posteriormente ampliada em seu campo teórico nos anos 50 do século XX pelo biólogo von Bertalanffy em sua conhecida obra “*General System Theory*”¹⁸⁰.

Esta obra datada dos anos 50 se mostrou como uma evolução, além de incorporar os recursos do estruturalismo, atraindo a atenção dos membros de comunidades científicas, vez que a abordagem sistêmica da realidade é, não só uma referência fundamental, sobretudo no domínio das ciências da natureza e sociais.

¹⁷⁹ Le Moigne, *A Teoria do Sistema Geral - Teoria da Modelização*. Trad. Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

¹⁸⁰ Ludwig von Bertalanffy, *General System Theory: a new approach to Unity of Science*. In: *Human Biology*, vol. XXIII, 1951, págs. 303-361.

Ficando claro que a abordagem sistêmica dá uma nova visão da realidade quando comparada a abordagem científica clássica, analítica e mecânica, pois se trata da concentração nas interações entre os elementos de uma dada porção da realidade designada por sistema e desta maneira isolada da influência do meio.

A palavra Complexidade, é oriunda do latim “*complexus*”, que significa aquilo que é tecido junto.

Dessa definição dada à palavra “*complexidade*”, derivou-se um pensamento, o qual tem seu surgimento em diversas obras de inúmeros autores. As aplicações desses trabalhos se dão com maior ênfase na biologia, na antropologia social, na sociologia e nas propostas de desenvolvimento sustentado.

A principal linha desse pensamento é a biologia da cognição, que foi amplamente desenvolvida por Humberto Maturana, quando defendeu que a realidade se faz percebida por um determinado indivíduo segundo sua configuração biológica e psicossocial, em um determinado momento. A consequência é a transformação dessa estrutura, sempre em acordo com a sinergia do organismo com seu meio.

Não era novidade para os pensadores da Teoria dos Sistemas, que sempre existiram inúmeros níveis, degraus de complexidade de sujeitos, reconhecidamente pela própria natureza. Em cada um, existem tipos diferentes de leis, ou seja, em cada tópico de complexidade observa-se os fenômenos distintos, com suas próprias peculiaridades, denominadas de propriedades emergentes.

O limite do pensamento sistêmico, cujo motivo é a possibilidade de bons resultados, sob a ótica mecânico-produtivista¹⁸¹, é insuficiente para

¹⁸¹ Essa ótica é derivada do pensamento complexo, resultante da complementaridade (do abraço, como diz Edgar Morin) das visões de mundo linear e sistêmico. A abrangência possibilita a elaboração de saberes e práticas

analisarmos a complexidade dos sistemas naturais, principalmente por se tratarem de seres humanos. Dessa forma, pode-se concluir que a eficácia e potencialidade são fortemente diminuídas quando ocorre a cisão da idéia de complexidade.

Para Morin e Le Moigne (2000, p. 209-213), temos que o “*pensamento linear-cartesiano*”, é a tradução atual da lógica de Aristóteles. É um entendimento necessário e indispensável para as práticas da vida mecânica, porém, não suficiente em casos que envolvem sentimentos e emoções.

Isso significa que existe uma capacidade reduzida para compreender e lidar com a totalidade da vida humana. Para entendermos melhor, trazemos um trecho como referência do pensamento:

“O pensamento sistêmico é um instrumento valioso para a compreensão da complexidade do mundo natural. Porém, quando aplicado de modo mecânico, como simples ferramenta (como se vem fazendo nos dias atuais, principalmente nos EUA, no mundo das empresas), proporciona resultados meramente operacionais, que não são suficientes para compreender e abranger a totalidade do cotidiano das pessoas. Por outras palavras, o pensamento sistêmico pode proporcionar bons resultados no sentido mecânico-produtivista do termo, mas certamente não é o bastante para lidar com a complexidade dos sistemas naturais, em especial os humanos. É indispensável ter sempre em mente que, em que pese a sua grande importância, o pensamento sistêmico é apenas um dos operadores cognitivos do pensamento complexo. Por isso, quando utilizado, como tem sido, separado da idéia de complexidade, diminui a sua eficácia e potencialidade.”

Utilizar-se do pensamento sistêmico, nos torna aptos para compreendermos o quanto é complexo o mundo natural. Como já mencionado, ao aplicarmos em uma situação mecânica, utilizando-o como ferramenta, a

que permitem buscar novas formas de entender a complexidade dos sistemas naturais e lidar com ela, o que evidentemente inclui o ser humano e suas culturas.

exemplo em países desenvolvidos, como nos USA, no interior das fábricas e nas empresas, os resultados proporcionados são operacionais, sempre insuficientes para entendermos a imensidão de fatores que ocorrem no dia a dia das pessoas.

O ser humano processa informações de forma extremamente complexa, o que sempre acarreta em desenvolvimento de importantes contribuições para a evolução na descoberta do pensamento científico, sobretudo da Teoria Sistêmica.

As decisões judiciais não são diferentes, a complexidade com que se formam, acabam gerando grande insegurança na sociedade, acarretando em conseqüências opostas à proposta de servir de meio para se fazer justiça.

Muitas vezes, nos deparamos com situações em que temos a sensação de que a decisão está caminhando para uma determinada solução, quando não raro, nos deparamos com situações em que por mais experiência que o operador do direito possa ter, é absolutamente oposto do que se espera.

Dessa forma, diversos estudos se originaram da lógica da mente, baseados nas teorias cibernéticas, juntamente com a teoria da informação. A conclusão destes estudos, em meados dos anos 50, à concepção moderna do ser humano processar as informações contextualizadas e com valores relativos, porém, sempre por dados abstratos.

Podemos encontrar esse paradigma para a tecnologia nos dias de hoje, prevalecendo da mesma forma sobre o ser humano e não mais no sentido de que deve ser um meio a serviço da inclusão e da melhoria da qualidade de vida.

Apenas para uma reflexão, ressalta-se que informações não criam idéias, ao contrário do que se pensa, a mente humana pensa com idéias e não com informações. Aquelas criam informações, sendo portanto, padrões que derivam da experiência e não da informação.

Quando a informática chegou, ouviram-se argumentos críticos apresentados contra a tecnologia, no sentido de que não existem regras pré-estabelecidas para o cérebro, absolutamente diferentes como se opera em um processador lógico central e as informações. Temos, portanto, que a diferença para o computador é o fato das informações estarem armazenadas.

Dessa forma, quando o operador do Direito se depara com uma situação, em que deve julgar, exercendo o Poder Judiciário, dependendo das idéias e não com as informações que estiverem em sua mente, o resultado deverá ser diferente do que se esperaria de um computador julgando no lugar do magistrado.

Ao contrário, os estudos apontam para uma ampla complexidade de interações que se estende não somente pelo cérebro, mas por todo o organismo e do organismo com os outros/com o meio, com uma característica preponderante de auto-organização não encontrada em computadores.

Por outro lado, todos esses estudos resultaram no desenvolvimento de computadores com uma capacidade de processamento cada vez mais potente que possibilitaram os cálculos matemáticos tão necessários à ciência da complexidade. Compreende-se, então, que a tecnologia deve ser usada a serviço da melhoria da qualidade de vida de todos nós.

A idéia que se pretende buscar agora, será de complexidade relativa, necessitando partirmos de um ponto de vista em comum, entendendo que a complexidade da vida em sociedade é tamanha, que devemos entender a tomada de decisões por meio de um padrão de organização.

O entendimento de padrão de organização – uma configuração de relações características de um sistema em particular e essencial para a compreensão da vida, sintetiza duas abordagens diferentes. De um lado temos o estudo da estrutura, no qual as decisões são medidas e pesadas e o segundo é o estudo da forma ou padrão que não podem ser medidos nem

pesados, mas que podem ser mapeadas as configurações de relações, os padrões de rede.

Ao padrão de rede está intimamente ligado o conceito de realimentação, que permite às redes desenvolverem a capacidade de regularem-se a si mesmas. Assim, uma comunidade pode corrigir seus erros, auto-regular-se e auto-organizar-se.

A idéia de “*autopoiese*” surgiu a partir do alargamento da idéia de “*homeostase*” seguindo em duas direções importantes: primeiro, que a autopoiese transforma todas as referências da homeostase em internas ao sistema; e, segunda, que ela afirma ou produz a identidade do sistema, ou seja, o sistema produz a si próprio, dessa forma, produz a sua identidade distinguindo-se a si mesmo do seu ambiente.

A autopoiese revela uma autonomia biológica na qual as células parecem “*saber*” como se comportar no tempo e no espaço, de modo a gerar os diversos órgãos e desenvolver as funções vitais, permitindo organizarem-se, sendo então, uma das características essenciais da vida.

Este conceito refere-se essencialmente a rede de processos de produção, nos quais a função de cada componente consiste em participar da produção ou da transformação de outros componentes da mesma, resultando em que toda ela “*produz a si mesma*” continuamente.

É um padrão geral de organização comum a todos os sistemas vivos, qualquer que seja a natureza dos seus componentes.

Os pensadores Humberto Maturana e Francisco Varela conseguiram estabelecer uma importante distinção entre “*organização*” e “*estrutura*”, que muito contribuiu para clarificar a questão dentro de uma concepção sistêmica e rompendo com a visão mecanicista.

Assim, temos que a organização de um sistema vivo é o conjunto de relações entre os seus componentes que caracteriza o sistema como pertencendo a uma determinada classe.

A sociedade complexa tem como características o indeterminismo, a entropia, a imprevisibilidade, a incerteza e as possibilidades, tendo como resultado o caos. Dessa forma que gera uma enorme insegurança quando falamos de *“justiça feita pelos Homens”*, analisando por esse ponto de vista, podemos afirmar com toda segurança, que a justiça é em seu todo, uma utopia.

Luhmann preocupou-se com a complexidade do mundo e a teoria sistêmica propõe sua redução, ao tentar explicar de que forma é possível nascer a ordem do caos.

A segunda fase da teoria social de sistemas reporta-se necessariamente aos trabalhos de Luhmann da primeira fase nos anos 60 a 70, quando são formuladas as concepções centrais de sua abordagem sistêmica. Mudaram-se os conceitos centrais os redefinido. Importante, para a compreensão dessa nova fase, uma retomada ainda que sumária da antiga versão da teoria de sistemas.

A teoria dos sistemas sociais, como apresentada por Luhmann, partia de um suposto que a distinguia claramente da teoria de sistemas sociais de Parsons. Enquanto a teoria de Parsons era estrutural-funcional, pressupondo sistemas sociais com determinadas estruturas, não permitindo, portanto, a problematização da própria estrutura, Luhmann propunha uma teoria funcional-estrutural, ordenando o conceito de função antes do conceito de estrutura.

Dessa forma fala-se de função que não era entendida como desempenho interno do sistema, mas sim que permitia perguntar pela justificativa das estruturas de um sistema, em última análise, pela formação dos próprios sistemas.

O problema fundamental que se colocava para Luhmann e se coloca para solução dos conflitos do Direito, são os de extrema complexidade do mundo: o conjunto das múltiplas possibilidades de vivência, ações que o mundo abarca, legislações com diferentes interpretações e tantas outras influência capazes de induzir a uma gama imensa de possíveis caminhos e soluções.

Simplificar, reduzir esta complexidade, tornava-se então uma tarefa fundamental, para oferecer ao homem uma forma de vida mais sensata. Este problema passou a ser unidade de referência dos sistemas sociais.

Os sistemas sociais para Luhmann têm a função de captar e reduzir a complexidade do mundo, fundamental para propor solução de conflitos do direito. Pela formação de sistemas sociais ocorre uma seleção de possibilidades, com exclusão de outras, permanecendo as excluídas ainda como oportunidades.

Dessa forma, a análise da complexidade, se dá pela diferenciação de um ambiente interno, com os sistemas sociais constituídos pela seleção das possibilidades com uma elevada ordem interna, influenciado por um ambiente externo, composto de todas as possibilidades. O resultado é um sistema que pode ser tanto mais complexo quanto mais possibilidades puder aceitar no seu interior. Poder aceitar mais possibilidades significa poder manter-se e ajustar-se melhor a um meio mutável.

Devemos entender que é preciso considerar um sistema excluindo mais possibilidades que o mundo e que o próprio meio que o circunda criaram.

Assim, afirmar que o sistema, conforme Luhmann, é o mediador entre a extrema complexidade do mundo e a pequena capacidade do homem em assimilar as múltiplas formas de vivência.

A seleção das possibilidades não se dá arbitrariamente. Ela respeita um “*sentido*” que a distingue de outras seleções possíveis.

Dessa forma, a questão que será julgada por um magistrado, poderá ser absolutamente contrária do que se espera, muitas vezes não por sua arbitrariedade, mas por respeitar o sentido da vivência da suas relações, de seu entendimento de mundo, de seus valores constituídos ao longo de sua vida.

Para que os sistemas sociais se tornem viáveis, necessitam também de fronteiras, as quais não devem variar em relação ao meio. Fronteiras de um sistema devem ser entendidas como fronteiras de sentido.

Só se atinge uma relativa invariância quando as relações de sentido entre as ações não são atingidas pelas variações produzidas pelo meio, o que pressupõe reiteração das ações permitindo a estabilidade ao sistema.

Buscando-se a redução de complexidade no mundo jurídico das decisões, o próprio sistema desenvolve uma série de estratégias, as quais institucionalizam e que podem ser tratadas como funcionais equivalentes. Duas delas são cruciais: as que se referem ao “*estrito legalismo*” e a referência às “*súmulas vinculantes*”.

Com a primeira estratégia dá-se a redefinição do problema da complexidade do mundo em problemas do sistema, ao contrário do que se pode pensar, isso não resolveria, mas causaria outro problema. Fato que se dá por aniquilar toda forma de interpretação que não seja exatamente como manda a lei, dessa forma, não estaríamos utilizando a hermenêutica como técnica na solução dos conflitos.

A própria complexidade do mundo Jurídico, como ponto de referência para o estrito legalismo, enquanto exterior ao sistema que vive o operador do Direito, precisa ser transformado em solução e não em estancamento de possíveis soluções dadas pela interpretação.

O problema da complexidade do mundo jurídico como sistema, torna-se insolúvel se aplicado o estrito legalismo. De fato, pode-se dizer que Luhmann não pensou nas questões jurídicas, porém, pelo seu pensamento poderíamos afirmar que a aplicação da lei sem a interpretação pelos parâmetros nas três dimensões não bastaria, sugerindo assim no aspecto sociológico a dimensão temporal, objetiva e social.

A aplicação de súmulas vinculantes seria a segunda estratégia a conduzir a solução dos conflitos do direito, funcionalmente no interior do sistema jurídico, haveria assim uma redução da complexidade. Essa redução se daria progressivamente, com julgamentos no Superior Tribunal Federal formando-se decisões que vinculariam situações análogas, dessa forma, a complexidade significaria para o sistema diminuir sua própria complexidade interna.

Ela consiste, ao mesmo tempo, em proceder a seleção progressiva das possibilidades do mundo jurídico e isto significa “*ganhar espaços*”, tanto físico quanto temporal, para que possa se desenvolver demandas que não possuem um vínculo com os julgados em última instância.

Para se ordenar em código significativo e mantê-lo na possibilidade de operar com este código em situações concretas, foi originalmente, a concepção funcional de estrutura do processo para Luhmann.

Entretanto, uma característica também básica dessa estrutura é que ela configura os limites do código de possibilidades de ações na seqüência de outras, por isso é mais informativa do que coercitiva.

Devemos antes de passar a comentar o processo, dizer que para Luhmann, a estrutura se garante e se mantém, mais ou menos invariante, por afirmar-se sobre a generalização de expectativas de comportamento.

Esses processos de generalização destas expectativas se dão em diferentes aspectos, dessa forma, numa direção temporal, objetiva e social. As

expectativas se generalizam através do tempo, objetivamente pela consistência adquirida socialmente através da institucionalização.

Quando esses processos se iniciam, eles também podem colocar exigências contraditórias ao sistema na tarefa de redução de complexidade. Por esse motivo, existe uma grande importância da complementação de seletividade ou do reconhecimento que há um movimento de re-seleção dentro dos marcos estruturais de possibilidades que foram configuradas.

Essa contradição ou dicotomia entre estrutura e processo, desaparece para Luhmann, assim que traduzida em um mesmo fenômeno - a dupla seletividade - o que equivale a compreender os termos da dicotomia desde sua funcionalidade para o fenômeno de redução de complexidade do sistema.

Nesse processo de fluidez, não existe oposição à estrutura para constituir-se no movimento estruturado sobre seleção de possibilidades. Um dinamismo e concretização de alternativas selecionadas, pelo qual, no tempo, se articulam as possibilidades estruturais primárias e básicas em quadros (alteráveis) de seleções mais especializadas.

Desta forma, entendia Luhmann, operar a dupla seletividade (formação de estruturas e desencadeamento de processos de seleção no interior da estrutura) como estratégia (funcional equivalente) para redução da complexidade.

Os processos, segundo momento da seleção de possibilidades, nos sistemas complexos; apresentavam-se, para Luhmann, como processos reflexivos ou processos de transferência de desempenhos de seleção.

As decisões judiciais relativas a lides, conflitos de interesses, devem ser pautados pela seleção principiológica, levando-se em conta o Princípio da Proporcionalidade, visando novamente uma seleção em torno de outros

princípios, dos quais representam para o sistema, uma redução das complexidades.

Essa seleção de mais possibilidades implica numa diferenciação interna do sistema, ou seja, na formação de novos sistemas, com repetida seletividade, formando fronteiras estáveis e com uma certa dose de autonomia. Pela diferenciação interna um sistema fortalece a sua seletividade.

Notório é que o conceito de sistema social em Luhmann se diferencia, assim, do conceito ontológico de sistema, o qual se resumia na “*interdependência das partes no conjunto de uma totalidade*”, onde o sistema referia-se apenas às suas relações internas do sistema, sem levar em consideração o meio circundante.

Durante o desenvolvimento da primeira fase de Luhmann, foram considerados os sistemas sociais como uma conexão de sentido de ações sociais, que se referem uma às outras e se deixam delimitar de um meio de ações não pertinentes. Com isto, o “*sentido*” passa a ser uma categoria central na formação e diferenciação dos sistemas sociais. Sentido entendido como a forma de ordenamento das vivências humanas, permitindo a compreensão e redução da complexidade.

Ao partirmos deste conceito, é latente observar que Luhmann não exclui o “*meio*”, ao contrário, o meio é um elemento de referência ao sistema. Como “*meio*”, Luhmann também trata o “*homem*”, que pelas suas ações pode estar entrelaçado em diferentes sistemas sociais. Segundo ele, pode-se distinguir três tipos de sistemas sociais.

Os sistemas de interação que ocorrem pelo contato entre pessoas. Esses sistemas dificilmente se transformam em subsistemas estáveis, são sistemas eventuais, quando o contato se encerra, dissolve-se também o sistema de interação.

Dessa forma podemos perceber que decisões são dadas pelo mesmo fato jurídico-social de diferente modo de interpretação. Quem vive no meio da capital do Estado de São Paulo, observa decisões diferentes as do interior do Estado. As diferenças ainda são mais gritantes com relação à outros estados da Federação.

Como podemos entender a complexidade, se em tese, vivemos todos sob a égide de um mesmo sistema jurídico, com as mesmas leis federais e estaduais. De fato, o meio social exerce grande diferença no que diz respeito a solução de conflitos do Direito.

Dos sistemas sociais, em especial a sociedade para Luhmann, é o sistema mais abrangente de todas as ações comunicativas apreensíveis, tendo na sociedade a não ocorrência de um consenso social, político ou normativo, como já pensou Parsons¹⁸².

15. CONCLUSÃO – A Autopoiésis e a Comunicação como forma de solução dos conflitos do direito através da interpretação da Teoria dos Sistemas.

Logo na segunda fase de Luhmann, houve uma mudança de paradigma, envolvendo a produção de novos conceitos chaves e a respectiva superação de obstáculos epistemológicos.

Dois pontos são essenciais para a reflexão de Luhmann. A complexidade bem como a sua redução, são conceitos-chaves. Paralelo ao aumento de complexidade das sociedades é preciso desenvolver instrumentos

¹⁸² Na sociedade, temos padrões, valores, que são 'representações coletivas', de modo que nos mostram comportamentos do sistema social. A relação que se faz, diz respeito ao consenso existente entre os participantes, tanto sobre os valores, quanto a sociedade. O consenso está dividido em degraus, como por exemplo o nível cultural, os valores sociais etc... Esses valores relacionam-se a diversos outros componentes do sistema, entendendo o Autor que a sociedade é constituída em um simbolismo constitutivo.

que permitam reduzir essa complexidade, principalmente no que se diz respeito aos sistemas jurídicos, preocupação de toda a sociedade.

Como já visto, a aplicação de Princípios Constitucionais, principalmente o da Proporcionalidade, é essencial para nortearmos a discussão, sempre partindo dessa premissa para que possamos avançar na discussão.

A única forma de reduzir complexidade é através de mais complexidade. Assim, é preciso uma teoria da sociedade complexa, mas concebida como um instrumento de redução de complexidade, para dar conta dessa complexidade.

A teoria que se propõe para dar uma solução é a nova forma de interpretar a Teoria dos Sistemas, considerando que os sistemas como autopoieticos, auto-referentes e operacionalmente fechados, darão referências como é a base da teoria cibernética.

O sistema se define, precisamente, por sua diferença com relação ao meio, incluindo em sua constituição a diferença com o meio e somente pode entender-se, como tal, desde esta diferença. Segundo Luhmann, o sistema que contém em si sua diferença, também é um sistema autopoietico e auto-referente.

Dessa forma, o sistema autopoietico, traça característica de todo sistema vivo, significando uma capacidade do sistema de ser elaborado a partir dele mesmo por sua estrutura e elementos de que se compõem. Assim, tanto os sistemas vivos, tanto os psíquicos e sociais são autopoieticos. Se são sistemas que produzem e reproduzem seus próprios elementos, dos quais são constituídos, sendo estes elementos essenciais do sistema normativo, temos que ao se auto-reproduzem por decisões formando doutrina e jurisprudência, conclui-se que são auto-referentes, ou seja, produzem constantemente sua própria constituição pela construção doutrinária e jurisprudencial.

Para o teórico Luhmann, existe a distinção de três tipos fundamentais de sistemas auto-referentes:

- a) sistemas vivos referentes às operações vitais;
- b) sistemas psíquicos que dizem respeito à consciência e ao modo de operação; e,
- c) sistemas sociais cujo traço característico é a comunicação.

Luhmann não identificou o sistema normativo, entendemos que o motivo de sua não distinção deve-se ao fato de estar inserido como transição entre o sistemas sociais e psíquicos, uma vez que a tomada de decisões é feita por valores e aplicação de normas.

Como sistemas sociais auto-referentes, autopoieticos que se compõem de comunicações, temos que este é um processo de seleção que sintetiza informação, comunicação e compreensão das normas jurídicas, interpretando-as e aplicando-as como resultado dessa interação sistêmica.

Como um processo auto-referente, comunicação não exclui consenso nem dissenso, por isso que as decisões não são iguais mas também não são sempre diferentes. Na comunicação, no que se refere ao processo, pode haver consenso, mas, isso não significa que as pessoas estejam mais próximas umas das outras para pensarem e agirem de forma equânime.

É importante fazermos uma observação com relação a que Habermas¹⁸³ compreendia. Para ele, a comunicação era como ação comunicativa, isto é, um processo de compreensão intersubjetiva que visa um consenso motivado racionalmente.

¹⁸³ Habermas, Jürgen. "Teoria da ação comunicativa".

Para nosso mestre da Teoria dos Sistemas, comunicação transforma-se num conceito normativo: é razoável chegar a um consenso, seguindo a distinção entre sistemas sociais e os indivíduos, logo, justificando o fato do sistema normativo estar permeando essa relação.

O social, para Luhmann, é composto de comunicações e não de pessoas, essa é uma diferença. O indivíduo pessoa é parte do sistema psíquico ligado à consciência que produz o pensamento.

Dessa forma, uma conclusão que podemos obter, é que apenas comunicação produz comunicação. Na comunicação o sentido é o pré-requisito básico. O sentido diferencia a seleção das possibilidades, logo, tem função de seleção e ordenamento.

Naturalmente, percebe-se que quando concebemos a sociedade complexa como de fato é, composta de comunicações, a norma jurídica que é um dos componentes para a solução dos conflitos do direito entre os seres humanos, torna-se um sistema auto-referente, que através da sua consciência (coletiva ou não), somado a linguagem seu próprio modo de operação autopoietica, são todos “*meio*” da sociedade.

A sociedade supõe homens, mantendo uma relação particular entre homem e sociedade, uma relação de interpenetração observando o alcance de níveis de extrema complexidade. Essa técnica concede uma importância decisiva para a sociedade, uma vez que os subsistemas como direito, economia, política parecem funcionar sem atender excessivamente a presença dos seres humanos, com um nível de independência tal que parecem seguir suas próprias regras, independentes dos sujeitos humanos.

Para encerrar, percebe-se a necessidade de prosseguirmos o desenvolvimento do tema com mais elementos e profundidade na discussão, que no campo da Filosofia do Direito pode-se dizer praticamente infinito, motivo pelo qual preferimos abordar a linha sociológica, que não menos complexa, aguçamos os sentidos para a necessidade e a vontade de prosseguirmos nos

estudos, buscando o aperfeiçoamento na busca de uma solução para os conflitos do Direito.

Já é hora da sociedade brasileira se sentir mais segura com uma solução eficaz na busca pela Justiça, mesmo que seja só na Teoria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABNT. Associação Brasileira de Normas Técnicas. PNB – 66. Normalização da Documentação no Brasil. Rio de Janeiro: IBBD.

AFTALIÓN, Enrique R.; RAFFO, Júlio; VILANOVA, José. Introducción al Derecho, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

- AGAMBEN, Giorgio. Homo Sacer, o poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2004.
- ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARENDT, Hannah. A Condição Humana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- ARISTÓTELES. A Política. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Fariñas. Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- AUSTIN, John. Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. Londres, 1879.
- ÁVILA, Humberto. Princípios Jurídicos: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2004.
- AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. Porto Alegre: Editora Globo, 1963.
- BARCELLOS, Ana Paula. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.
- BERTALANFFY, Ludwig Von. General System Theory: a new approach to Unity of Science. In: Human Biology, vol. XXIII, 1951.
- BETTI, Emílio. Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici, Traduzido para o português Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos, São Paulo, Martins Fontes, 2007.

BITTAR, Eduardo; ALMEIDA, Guilherme. Curso de Filosofia do Direito. São Paulo: Atlas, 2001.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. As ideologias e o poder em crise. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

_____. Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant. São Paulo: Editora Mandarim, 2000.

_____. Igualdade e Liberdade. Rio de Janeiro: Editora Ediouro, 1995.

_____. Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

_____. Dicionário de Política, trad. de Carmem C. Varriale, 4ª. ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social, São Paulo: Saraiva, 1961.

_____. A Constituição aberta. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CALAMANDREI, Piero. Eles, os Juízes. Vistos por Nós, os Advogados, Lisboa: Livraria Clássica, 1977.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O direito na sociedade complexa. São Paulo: Max Linonad, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1999.

- CAPRA, Fritjof. O ponto de mutação. São Paulo: Cultrix, 1982.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CHAUÍ, Marilena. Convite à Filosofia. São Paulo: Ática, 2001.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Direito e Poder, São Paulo, Saraiva, 1992.
- COELHO, Luís Fernando. Lógica Jurídica e Interpretação das Leis, Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- COSSIO, Carlos. La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1944.
- COULANGES, Fustel de. A Cidade Antiga. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes, São Paulo, Saraiva, 1996.
- _____. Elementos da Teoria Geral do Estado, 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 1989.
- DINIZ, Maria Helena. As lacunas no direito, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.
- _____. Compêndio de introdução à ciência do direito, São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____. A Ciência Jurídica, 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- EDITORA ABRIL, São Paulo, Mitologia. Vol I, São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- ÉSQUILO. Prometeu Acorrentado. Ebooksbrasil.com.br, 2005.

FASSÓ, Guido. Historia de la filosofia del derecho, Madri: Piramide S.A., 1976.

FERRARA, Francesco. Trattato di diritto civile italiano.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Direito, retórica e comunicação, São Paulo, Saraiva, 1997.

_____. Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo, Atlas, 2007.

_____. A Ciência do Direito, São Paulo: Atlas, 1995.

FONSECA, Apud Roberto Piragibe da, Introdução ao Estudo do Direito, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975.

FORNI, Enrico M. (org.). Teoria dei Sistemi e Razionalità Sociale. Bologna: Capelli Editore, 1983.

FOUCAULT, Michel. A Verdade e as Formas Jurídicas. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2001.

FRANÇA, R. Limongi. Elementos de Hermenêutica e Aplicação do Direito, São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Hermenêutica Jurídica, 2ª. ed. ampl., São Paulo: Saraiva, 1988.

FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito. São Paulo: Malheiros, 2002.

GALVES, Carlos Nicolau. Manual de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GÉNY, François. *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Positif*, Paris, 1899.

GIBBON, Edward. *Declínio e Queda do Império Romano*, São Paulo: Companhia das Letras, organização e introdução de Dero A. Saunders; prefácio Charles Alexander Robinson Jr.; tradução e notas suplementares José Paulo Paes, 1989.

GIL, Luis. *Panorama social del humanismo español 1500-1800*, Madrid: Alhambra, 1981.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, São Paulo, Malheiros, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna. Introdução a uma teoria social sistêmica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Introdução à Filosofia e à Epistemologia Jurídica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *O direito como sistema autopoietico*, in: *Revista Brasileira de Filosofia*, n.º. 163, São Paulo, 1991.

_____. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 4ª ed. São Paulo: RCS, 2005.

_____. *Teoria Política do Direito: Uma introdução política do direito*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____ os artigos O Princípio da Proporcionalidade em Direito Constitucional, disponível pelo site www.mundojuridico.adv.br, Uma nova perspectiva constitucional: processo e constituição, Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, 1998.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução à Teoria do Direito, Forense, 39ª Ed., 2007.

HABERMAS, Jürgen. Discurso Filosófico da Modernidade. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos. Madri: Catedra, 1994.

HART, Herbert. O Conceito de Direito, 3ª. ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

Hermenêutica no Direito Brasileiro, Revista dos Tribunais, 1968.

HOBBS, Thomas. O Leviatã. São Paulo: Martin Claret, 2001.

IHERING, Rudolph von. A Luta pelo Direito, São Paulo, Russell, 2005.

JACQUES, Apud Paulino. Curso de Introdução ao Estudo do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

KÖHLER, Joseph. Lehrbuch des Bürgerlichen Recht.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, tradução de João Baptista Machado, 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito, 2ª ed., LX. Fundação Calouste Gulben Kian, Trad. José Lamego, revisão de Ana de Freitas, 1989.

LEAL, Mônia Hennig. A constituição como princípio – os limites da jurisdição constitucional Brasileira. São Paulo: Manole, 2003.

LE MOIGNE, A Teoria do Sistema Geral - Teoria da Modelização. Trad. Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

LIMA, Mário Franzen de. Da Interpretação Jurídica, Forense, 1955.

LIMA, Paulo Jorge de. Dicionário de Filosofia do Direito. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968.

LITRENTO, Oliveiros. Curso de Filosofia do Direito, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do Direito privado. São Paulo: RT, 1998.

LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito (I/II). Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. Legitimação pelo Procedimento. Brasília: Editora da UNB, 1980.

_____. Traduzido para o espanhol. Sistemas sociológicos: lineamentos para uma teoria general. Alianza Editorial/Universidad Iberoamericana, 1991.

MACHADO NETO, Antônio Luis. Teoria Geral do Direito. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1966.

MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. *A Hermenêutica Jurídica*, Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 18ª ed. revisada e atualizada por Miguel Alfredo Maluf Neto. São Paulo: Sugestões Literárias, 1988.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francis O. G. "*De máquinas y seres vivos. Autopoiésis: la organización de lo vivo.*" 2ª ed., Santiago de Chile, Editorial Universitária, 1995.

_____. *A árvore do conhecimento. As bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001.

_____. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 4ª ed., 1947.

MELLO, Celso Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1999.

MIRANDA, Pontes de, *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Rio de Janeiro, 1922.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MONTORO, André Franco. *Estudos de Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Introdução à Ciência do Direito*, 26ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORIN, Edgar; LE MOIGNE Jean-Louis. *A inteligência da complexidade*. 2ª ed., São Paulo: Petrópolis, 2000.

NADER, Paulo. Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NAVARRATE, Javier Torres. Galáxias de comunicação: o legado teórico de Luhmann. In: Lua Nova, São Paulo, 2000.

NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado B. (coord.). Niklas Luhmann: A Nova Teoria dos Sistemas. Porto Alegre: Goethe Institut, 1997.

NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito, in Lua Nova, 1996.

_____. A Constitucionalização Simbólica, São Paulo: Acadêmica, 1994.

NIETZSCHE, Frederico. Assim Falava Zaratustra. Ebooksbrasil, 2002.

_____. O Anticristo: ensaio de uma crítica do cristianismo. Ebookbrasil, 2002b.

PARSONS, Talcott. Sistema giuridico e controllo sociale e La prospettiva sociologica della professione legale, ambos na coletânea La teoria funzionale del diritto, Alberto Giasanti e Valerio Pocar organizadores, Milano, Unicopli, 1981.

PARSONS, Talcott. Parsons. In: CASTRO, Ana Maria; DIAS, Edmundo Fernandes (orgs.). Introdução ao pensamento sociológico. São Paulo: Centauro. 1999.

PARSONS, Talcott. O Sistema das Sociedades Modernas. São Paulo: Pioneira. 2001.

PAUPÉRIO, Machado. Teoria Geral do Estado, Rio de Janeiro: Forense, 1965.

PLATÃO. A República. São Paulo: Martin Claret, 2001.

PUGLIESI, Márcio. Por uma Teoria do Direito: Aspectos Micro-sistêmicos. São Paulo: RSC, 2005.

_____. Mitologia Greco-Romana: Arquétipos dos Deuses e Heróis. 2ª ed. São Paulo: Madras, 2005.

RÁO, Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos. Revista dos Tribunais, 2005.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Temas de Direito Positivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

RIBEIRO JR., João. Augusto Comte e o Positivismo, Edicamp, 2005.

ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia jurídica e democracia. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

RUSSELL. O poder: uma nova análise social. São Paulo: Nacional, 1957.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma sociologia da distinção estado/sociedade civil, in Desordem e processo, Dereodo Araújo Lyra organizador, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1986.

STAMMLER, Rudolf. El Juez, México: Nacional, 1974.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von, Metodologia Jurídica, Buenos Aires: Depalma, 1994.

_____, KIRCHMANN, ZITTELMAN y KANTOROWICH,
La Ciencia Del Derecho. Buenos Aires: Losada, 1949.

_____. De la vocación de nuestro siglo para la
legislación y la jurisprudencia, apud, Edgar Bodenheimer, Teoría Del
Derecho, Duodécima reimpresión, México: Fondo de Cultura Económica,
Trad. Vicente Herrero, 1990.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo:
Editora Revista dos Tribunais, 1990.

SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do Direito: os direitos
fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros,
2005.

SILVEIRA, Apud Alípio. Hermenêutica no Direito Brasileiro, São Paulo: Revista
dos Tribunais, 1968.

_____. A Hermenêutica Jurídica segundo a Atual Lei de
Introdução ao Código Civil, São Paulo, 1946.

SÓFOCLES. Antígona. São Paulo: Brasiliense, 2001.

_____. Édipo-Rei. Porto Alegre: L&PM Editores, 2000.

STRECK, Lênio. Hermenêutica Jurídica em Crise: uma exploração
hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do
Advogado, 2000.

_____. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica
do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico. Trad. de José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

TRINDADE, André. Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007.

VECCHIO, Giorgio Del. Lições de Filosofia do Direito. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1959.

_____. Lições de Filosofia do Direito, 5ª ed. Coimbra: Arménio Amado, Tradução de Antonio José Brandão, 1979.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo, São Paulo: Max Limonad, 1997.

VILLEY, Michel. Filosofia do Direito – definições e fins do direito. São Paulo: Atlas, 1977.

WEBER, Max. Ciência e política: duas vocações. São Paulo: Cultrix, 1968.

_____. Economia e Sociedade. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, vol. 1.

WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno, 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Trad. A. M. Botelho Hespanha, 1967.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário. Crise, acertos e desacertos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)