

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – ProPPEC

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS – CEJURPS

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ

PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: HERMENÊUTICA E PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL

**O PENSAMENTO TÓPICO DO DIREITO E SUA INFLUÊNCIA NA
NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

ADELÂNGELA DE ARRUDA MOURA STEUDEL

Itajaí (SC), outubro de 2007

Livros Grátis

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

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – ProPPEC

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS – CEJURPS

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ

PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: HERMENÊUTICA E PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL

**O PENSAMENTO TÓPICO DO DIREITO E SUA INFLUÊNCIA NA
NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

ADELÂNGELA DE ARRUDA MOURA STEUDEL

Dissertação submetida à Universidade do Vale do
Itajaí – UNIVALI, para obtenção do grau de Mestre
em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Luiz Henrique Cademartori

Itajaí (SC), outubro de 2007

AGRADECIMENTO

Àqueles que me educaram:
meus pais, Dorival e Helena,
nono Valério,
minhas tias, Itália e Lelitta
e a todos os meus professores,
especialmente meu sogro, Waldemar
Steudel

DEDICATÓRIA

Para meus amores:

Waldemar, Alessandra e Andrezza

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, a Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí (SC), outubro de 2007

ADELÂNGELA DE ARRUDA MOURA STEUDEL

PÁGINA DE APROVAÇÃO

Será entregue pela Secretaria do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI após a defesa em banca

SUMÁRIO

RESUMO	VIII
ABSTRACT	IX
INTRODUÇÃO.....	01
CAPÍTULO 1	
A CIÊNCIA JURÍDICA E O MODELO HERMENÊUTICO	
TRADICIONAL	03
1.1 INFLUÊNCIA DO PADRÃO DAS CIÊNCIAS NATURAIS	03
1.2 EXIGÊNCIAS DA CIENTIFICIDADE MODERNA	08
1.2.1 Objetividade e neutralidade na Ciência Jurídica	08
1.2.2 Sistemática do Direito	13
1.3 MÉTODOS CLÁSSICOS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO	20
1.3.1 <i>Verba legis</i> – interpretação literal	20
1.3.2 <i>Occasio legis</i> – elemento histórico	23
1.3.3 <i>Telos</i> – a procura dos fins do Direito	26
1.3.4 Lógica e sistema – exegese sistemática	29
1.4 SISTEMATICIDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL	32
1.4.1 Sistema constitucional	32
1.4.2 Interpretação constitucional sistemática	37
CAPÍTULO 2	
TÓPICA: PELA SUPERAÇÃO DA HERMENÊUTICA	
CLÁSSICA	44
2.1 TÓPICA ARISTOTÉLICA	44
2.2 TÓPICA JURÍDICA	47
2.2.1 O tópico Direito romano	47
2.2.2 Viehweg – revivendo o antigo <i>logos</i>	51
2.3 PHRONESIS E SEU PAPEL NA HERMENÊUTICA CONCRETA	59
2.3.1 Ética e Direito – preliminar necessária	59
2.3.2 Ética jurídica em Aristóteles	65
2.3.3 <i>Phronesis</i> no Direito	68
2.4 DIALÉTICA, RETÓRICA, TÓPICA E ARGUMENTAÇÃO	73
2.4.1 Distinções conceituais	73
2.4.2 Argumentação jurídica	77
CAPÍTULO 3	
TÓPICA NA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.....	85
3.1 HERMENÊUTICA FILOSÓFICA – PREPARANDO O CAMINHO	85
3.2 MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL INSPIRADOS	
NA TÓPICA	93
3.2.1 Friedrich Müller – concretismo estruturante	93

3.2.2 Konrad Hesse – hermenêutica concretizadora	102
3.2.3 Peter Häberle – concretização da Constituição aberta	110
3.3 PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL – ENTRE A TÓPICA E A DOGMÁTICA.....	117
3.4 RACIONALIDADE DA TÓPICA JURÍDICA.....	132
CONSIDERAÇÕES FINAIS	140
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS	147

RESUMO

Este trabalho tem por objeto o exame da influência da Tópica Jurídica na nova Hermenêutica Constitucional. Principia analisando o modelo hermenêutico construído segundo a Ciência Jurídica tradicional, - que tem a objetividade, neutralidade e sistematicidade por qualidades essenciais do conhecimento científico -, e contempla a repercussão do conceito de sistema jurídico no Direito Constitucional e na Interpretação da Constituição. A partir de Aristóteles, caracteriza a tópica no Direito Romano e sua recuperação no pensamento jurídico contemporâneo promovida por Viehweg, com os aportes da retórica e da argumentação na concepção de Perelman, dando-se especial destaque para o papel da *phronesis* na hermenêutica jurídica concreta. Assinala a contribuição da hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer para o desenvolvimento da nova Hermenêutica Constitucional e passa em revista os Métodos de Interpretação Constitucional inspirados na tópica: o concretismo estruturante de Müller, a hermenêutica concretizadora de Hesse e a concretização da Constituição aberta de Häberle. Encerra-se a pesquisa descrevendo os Princípios de Interpretação Constitucional, para concluir admitindo a possibilidade de fundamentação racional do pensamento tópico jurídico, com base no *logos* peculiar dos juízos prudenciais.

ABSTRACT

This work has for object to examine the influence of the Legal Topic in the new Constitutional Hermeneutics. It begins analyzing the hermeneutic model constructed in the Legal Science, - having the proper object, neutrality and systematic as essential qualities of the scientific knowledge -, and contemplates the repercussion of the concept of legal system in the Constitutional law and the Interpretation of the Constitution. From Aristotle, it characterizes the topic in the Roman law and its recovery in the legal thought contemporary promoted for Viehweg, with the arrival of the rhetoric and the argumentation theory of Perelman, giving itself special prominence for the paper of the *phronesis* in the concrete legal hermeneutics. It designates the contribution of the philosophical hermeneutics of Heidegger and Gadamer for the development of the new Constitutional Hermeneutics and the Methods of Constitutional Interpretation inspired in the topic: the concrete hermeneutics of Müller and Hesse and the concretization of the open Constitution of Häberle. It is locked in research describing the Principles of Constitutional Interpretation, to conclude admitting the possibility of rational recital of the legal topical thought, on the basis of the original *logos* of the prudential judgments.

INTRODUÇÃO

Esta dissertação tem como objeto examinar o influxo da Tópica Jurídica na nova Hermenêutica Constitucional.

Seu objetivo é investigar a viabilidade de sustentar racionalmente a aplicação de Métodos de Interpretação Constitucional de inspiração tópica, em face da primazia científico-dogmática dos procedimentos interpretativos orientados pela construção sistemática do ordenamento jurídico e condicionados pela positividade do direito.

A escolha do tema se deve à percepção, na doutrina jurídica constitucional, senão da mudança de paradigma hermenêutico, ao menos de uma tendência de ruptura com o modelo dogmático tradicional, guiado, fortemente, pelo raciocínio lógico-formal dedutivo.

A procura de uma alternativa para o paradigma hermenêutico lógico-sistemático tem sido uma constante doutrinária. Colocando essa questão no centro da ciência jurídica de modelo hermenêutico e, particularmente, na Hermenêutica Constitucional, o problema se traduz em legitimar os Métodos de Interpretação Constitucional de cariz tópico segundo padrões científicos.

Nessa senda, a pesquisa principia, no Capítulo 1, pela verificação da influência que a Hermenêutica Jurídica clássica recebeu do padrão das ciências naturais e dos reflexos que se fizeram sentir na Ciência Jurídica em geral ante os postulados científicos de objetividade, neutralidade e sistematicidade do conhecimento, desembocando, após a construção dos métodos clássicos de interpretação do Direito, na Interpretação Constitucional sistemática.

No Capítulo 2 trata-se de apresentar as origens e os fundamentos do pensamento tópico no âmbito do Direito, a partir da recuperação da Tópica de Aristóteles promovida por Theodor VIEHWEG. Caracteriza-se a *phronesis* como virtude hermenêutica prática por excelência e o caráter argumentativo do discurso interpretativo.

O Capítulo 3 é dedicado ao exame do papel que a hermenêutica filosófica desempenhou na construção dos Métodos de Interpretação Constitucional inspirados na Tópica, dos princípios de Interpretação Constitucional desenvolvidos pela nova Hermenêutica Constitucional e das considerações quanto à sua sustentabilidade racional.

Encerra-se este Relatório de Pesquisa com as Considerações Finais, lugar da síntese dos pontos mais destacados da investigação e da sugestão do estudo de outros aspectos do tema.

Para a presente dissertação foi levantada a seguinte hipótese: a Interpretação Constitucional orientada pela tópica é passível de fundamentação científica, a depender do que se entenda por enunciado verdadeiro e da construção de instrumentos de verificação adequados.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, nas Fases de Investigação e de Tratamento de Dados foi utilizado o Método Indutivo; base indutiva é igualmente utilizada no Relatório dos Resultados expresso neste trabalho.

Nas diversas fases da Pesquisa foram acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica¹, assinalando-se que os conceitos operacionais são problematizados ao longo do trabalho.

¹ A orientação metodológica segue PASOLD, Cesar Luis. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

CAPÍTULO 1

A CIÊNCIA JURÍDICA E O MODELO HERMENÊUTICO TRADICIONAL

1.1 INFLUÊNCIA DO PADRÃO DAS CIÊNCIAS NATURAIS

No longínquo 16 de outubro de 1868, em aula inaugural proferida na Universidade de Viena, discorrendo sobre a *Positividade e caráter efêmero da legislação estatal*, Rudolf von JHERING indagava a si próprio: “É o direito uma ciência?”.² Tendo como pano de fundo a conferência de Julius von KIRCHMANN, intitulada *A falta de cientificidade do direito*, JHERING prefigurava, então, os intensos debates que se seguiriam acerca do *caráter científico* do Direito, já em construção sob o pálio epistêmico e metodológico das ciências físico-matemáticas e naturais.

À grande dificuldade que enfrentava a Ciência do Direito, - a variabilidade da legislação em cada um e no mesmo país -, o *segundo* JHERING, afastado do conceptualismo e ora achegado à materialidade do Direito (Jurisprudência dos interesses), acrescenta outros obstáculos: o positivismo jurídico, a que chama de “inimigo mortal” da Ciência do Direito, e o jurista positivo, a quem acusa de dependência intelectual da lei, “roda inconsciente da máquina jurídica”.³ JHERING é enfático:

Deve parecer aos teóricos algo belo aprofundar-se nos conceitos e descobrir diferenças sutis. Se existissem esses conceitos por si

² JHERING, Rudolf von. **É o direito uma ciência?** Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Ridell, 2005. p. 53. Jhering parte do mote de Kirchmann: “Que ciência está ligada aos marcos da fronteira, a que nos abandona quando a cruzamos ou quando se implanta um novo código? O que é do jurista alemão quando se muda para a França? Que insegura posição aquela que nos pode ser arrebatada por uma pena ou por um acontecimento político. Quando Napoleão implantou o Código napoleônico na margem esquerda do Reno, todo o conhecimento existente até esse momento ficou defasado [...]. [...] é certo que essa censura indica um lugar obscuro da Ciência do Direito; é certo que, quando vão a outro país ou aparece um novo código, os juristas extraviaram parte de seu saber. Este defeito do Direito positivo pesa seriamente sobre a Ciência do Direito.” *Ib.* p. 54-55.

³ JHERING, Rudolf von. **É o direito uma ciência?** p. 56-57.

próprios, com certeza, isto pareceria um enriquecimento da ciência; de fato algumas vezes, partem do pressuposto que estes conceitos não existem por causa da vida, mas que a vida existe por causa deles; mas os conceitos existem pela vida e devem legitimar as condições que a vida, para o seu uso, encontrou.⁴

A perplexidade com os rumos que tomou o conhecimento jurídico haveria de exacerbar-se em virtude da progressiva *cientifização* do Direito produzida pelas teorias positivistas, fundamentadas na *razão moderna*, tributária do pensamento cartesiano, que pode assim ser resumido: “existe um universal e preciso método que demarca a ciência de outras disciplinas intelectuais”.⁵ Esse método é o das ciências naturais, o único, de resto, apto a produzir conhecimento objetivamente válido.

Boaventura de Souza SANTOS resume o curso percorrido nos últimos séculos pelo pensamento científico em geral, - com reflexos evidentes na Ciência Jurídica:

O modelo de racionalidade que preside à ciência moderna constituiu-se a partir da revolução científica do século XVI e foi desenvolvido nos séculos seguintes basicamente no domínio das ciências naturais. Ainda que com alguns prenúncios no século XVIII, é só no século XIX que este modelo de racionalidade se estende às ciências sociais emergentes. A partir de então pode falar-se de um modelo global de racionalidade científica que admite variedade interna mas que se distingue e defende, por via de fronteiras ostensivas e ostensivamente policiadas, de duas formas de conhecimento científico (e, portanto, irracional) potencialmente perturbadoras e intrusas: o senso comum e as chamadas humanidades ou estudos humanísticos (em que se incluíram, entre outros, os estudos históricos, filológicos, jurídicos, literários, filosóficos e teológicos).⁶

⁴ JHERING, Rudolf von. **É o direito uma ciência?** p. 81.

⁵ ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade.** Florianópolis: Momento Atual, 2004. p. 40. Para a mesma Autora: “Nessa concepção, as idéias-chave sobre a ciência podem ser assim resumidas: a) a ciência é um discurso bem estruturado; b) o método faz da ciência algo que pode ser ensinado; c) o método pode ser usado como um critério de demarcação entre o que é científico e verdadeiro e o que não o é. Em adição a essas três teses, outras duas devem ser consideradas: d) o método da ciência é universal e único; e) este método consiste numa bem definida e apropriada sucessão de etapas.” *Ib.* p. 35.

⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências.** 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 20-21.

Esse, portanto, o *paradigma*⁷ científico-jurídico contra o qual se insurgia JHERING: o paradigma das ciências físico-matemáticas ou naturais, - adotado pelo positivismo nas suas variadas vertentes -, que confina a *racionalidade científica* (exercício das faculdades cognitivas humanas de forma a produzir conhecimento válido) ao âmbito dos raciocínios demonstrativos, ora mediante as evidências racionais, segundo DESCARTES, ora mediante as evidências sensíveis do empirismo, à maneira de BACON.⁸

Na época de JHERING a principal formulação positivista era derivada da Escola Histórica de Gustav HUGO e Friedrich Carl von SAVIGNY, que procuraram superar o obstáculo científico representado pela mutabilidade do Direito conferindo-lhe caráter predominantemente histórico. Sendo a História uma ciência, estaria garantido esse caráter ao estudo do Direito. Paradoxalmente, a mirada no Direito presente (vigente) como parte da história do Direito acaba por conferir posição preponderante à Dogmática Jurídica. Por isso a conferência de JHERING causou mal-estar, pois na vigência de um paradigma científico (o do positivismo, então em pleno vigor), “a novidade é sentida como ‘anomalia’.”⁹

Com efeito, Souza SANTOS apresenta o positivismo oitocentista (entendido agora como positivismo filosófico e científico em geral), como condensação do racionalismo cartesiano e do empirismo baconiano. O positivismo só reconhece duas formas de conhecimento científico: “as disciplinas formais da

⁷ A expressão “paradigma” é aqui empregada no sentido que lhe atribui KUHN: “[...] realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.” KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998. p. 13. No Pós-fácio dessa obra o Autor revê o conceito de paradigma, mas, no geral, não infirma o conceito inicial, apenas lhe agrega um outro significado, o de “resultado de determinadas práticas científicas, suas soluções e regras resultantes dessas práticas ‘paradigmáticas’.” *Ib.* p. 140.

⁸ Segundo CHALMERS, racionalismo e empirismo rivalizam na teoria do conhecimento. “Falando de forma muito geral, podemos argumentar da maneira que se segue. Os seres humanos individuais têm duas maneiras de adquirir conhecimento a respeito do mundo: pensando e observando. Se dermos prioridade ao primeiro modo chegaremos numa teoria do conhecimento racionalista clássica, ao passo que se dermos prioridade ao segundo chegaremos a uma teoria empiricista.” CHALMERS, Alan F. **O que é ciência afinal?** Trad. Raul Filker. Brasília: Brasiliense, 1993. p. 153.

⁹ A expressão é de KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. p. 67.

lógica e da matemática e as ciências empíricas segundo o modelo mecanicista das ciências naturais; as ciências sociais nasceram para ser empíricas”.¹⁰

O mesmo Autor distingue dois modos como o modelo das ciências naturais foi desenvolvido: primeiro o da aplicação dos princípios epistemológicos e metodológicos daquelas ciências ao estudo da sociedade; segundo, o da reivindicação de um estatuto próprio para as ciências sociais.

Curiosamente, Souza SANTOS alinha a última concepção de ciência, que se considera antipositivista, dentro do mesmo paradigma científico, declarando-a “prisioneira do reconhecimento da prioridade cognitiva das ciências naturais”¹¹, em virtude de ter por pressuposto a distinção entre natureza e ser humano ou entre natureza e cultura (a visão da natureza é ainda aqui mecanicista). De toda sorte, reconhece a esta variante o mérito de representar o sinal de crise paradigmática e o anúncio para a transição a outro paradigma científico.

Porém, como se sabe, a vertente que veio a ter grande prestígio nas ciências sociais foi a do positivismo científico propriamente dito, herdeiro da “física social” comteana (sociologismo eclético), aquela concepção de ciência social para a qual os fenômenos sociais são, tanto quanto os fatos da natureza, simples fatos “naturais” dos quais só é dado ao homem conhecer as suas manifestações exteriores e as relações que entre eles se estabelecem (tudo o mais é metafísica, não está ao alcance do conhecimento ou, se estivesse, não poderia ser demonstrado).

Ora, se os objetos das ciências naturais e das ciências sociais não se distinguem, o método de apreensão há de ser o mesmo: o método experimental, em que a observação e a indução desempenham papel fundamental para o estabelecimento de *leis* representativas da constância dos fenômenos.

Essa foi a consciência científica que animou intelectuais do porte de Stuart MILL, em estudos de Lógica; Émile DURKHEIM, com suas regras do método sociológico aplicado a várias ciências, como a Economia, a Pedagogia e o

¹⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. p. 33-34.

¹¹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. p. 39-40.

Direito; Leon DUGUIT, prócere do solidarismo jurídico (mecanicista); Maurice HAURIOU, seguidor do sociologismo de DURKHEIM e tantos outros. Uns contribuíram, efetivamente, para o desenvolvimento da Ciência do Direito, sendo de reconhecer-lhes o “afinamento do *instrumentarium* da Ciência”¹² representado pela elaboração de conceitos fundamentais. Outros produziram curiosidades “científicas” próximas do perverso, como a Antropologia Criminal de Cesare LOMBROSO. Além da identidade do método, é ponto comum entre os pensadores positivistas a afirmação de que os juízos de valor, metafísicos, não são passíveis de conhecimento científico.

É quase despiciendo lembrar que a formação do Estado Moderno e o fenômeno da positivação maciça do Direito na legislação estatal¹³ desempenharam papel crucial na ascensão do positivismo jurídico a *paradigma* praticamente totalitário. Como acentua FERRAZ JR.:

A tarefa do jurista, que se torna então tipicamente dogmática, a partir daí circunscreve-se cada vez mais à teorização e sistematização da experiência jurídica, em termos de uma unificação construtiva dos juízos normativos e do estabelecimento dos seus fundamentos, descambando por fim, já no final do século XIX, para o positivismo legal, com uma autolimitação do pensamento jurídico ao estudo da lei positiva e ao estabelecimento da tese da estatalidade do direito.¹⁴

No século XX, Hans KELSEN viria a representar a concepção positivista em grau máximo, com o normativismo lógico (ou racionalismo dogmático) da sua *Teoria pura do Direito*, procurando dar conta de suprir a Ciência Jurídica de todas as características requeridas pela modernidade para a construção de uma ciência.¹⁵

¹² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. p. 27.

¹³ Ou, no dizer de BOBBIO, o “[...] processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado.” BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 27.

¹⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986. p. 30.

¹⁵ Em confronto ao purismo kelseniano, soariam atuais as palavras de JHERING, quase sesquicentenárias: “A jurisprudência apraz-se ante a idéia de fazer prevalecer a autonomia do pensamento jurídico com as forças reais com que concorre para a criação do direito, e sonha em elevar o positivo à altura ideal de uma verdade lógica. Poder-se-ia dizer que semelhantes tendências são inerentes à natureza mesma da jurisprudência; mas, em nossos dias, no entanto, tornaram-se

1.2 EXIGÊNCIAS DA CIENTIFICIDADE MODERNA

1.2.1 Objetividade e neutralidade da Ciência Jurídica

Referindo-se à *objetividade* do Direito, perseguida pelo positivismo jurídico em geral e, especialmente, pelo normativismo, Jair GONÇALVES desafia essa *qualidade científica* do conhecimento de uma forma que é válida para as ciências em geral¹⁶, quando concebidas nos padrões tradicionais do conceito de *ciência*:

Todo conhecimento é conhecimento de um determinado objeto. E é esse objeto que irá dar consistência ou mesmo existência a esta ou aquela ciência. É o objeto da ciência, e o objetivo de sua existência. É a ciência deste ou daquele objeto. Para se estudar os diferentes aspectos da realidade de um objeto, deve-se seguir um caminho, e este seguir o caminho é a metodologia. Daí dizer-se que toda ciência implica em um objeto e um método. O objeto exige o método e o método exige o objeto. Há uma relação mútua, um explica o outro. Na explicação da relação entre método e objeto, os filósofos neokantianos foram ao extremo de dizer que é o método que cria o objeto.¹⁷

cheias de perigos. Com efeito, essa jurisprudência superficial, essa ilusão lógica que apareceu como um panorama, ou efeito da refração da luz, desvia das verdadeiras origens do direito, de que é necessário tirar os motivos exatos das regras do direito e, portanto, a verdadeira inteligência do direito, em geral. Crer-se-ia, certamente, ao ler certas obras recentes, que o direito não é, essencialmente, mais do que uma criação da dialética jurídica, para cuja inteligência não são necessários os meios práticos. Parece ter-se feito do direito uma trincheira aberta a todos os fanáticos das argúcias escolásticas. A clareza da lógica protege totalmente o direito e deslumbra a quem dele se aproxima. Turvada a vista, perde sua força perceptiva, se não tiver cuidado de repousar no severíssimo espetáculo da vida daquele povo. Em vês de descobrir o mundo real, não se distinguirá mais do que uma espécie de *fata morgana*, um mundo submetido à força da abstração.” JHERING, Rudolf von. **O espírito do direito romano**: nas diversas fases de seu desenvolvimento. Trad. Rafael Benaion. Vol. IV. Rio de Janeiro: Alba, 1943. p. 207.

¹⁶ “Nós tendemos a identificar a ação de buscar uma ‘verdade objetiva’ com a ação de ‘usar a razão’ e, por isso, pensamos nas ciências naturais como paradigmas de racionalidade. Assim, nós pensamos a racionalidade como uma questão de seguir procedimentos estipulados antecipadamente, como uma questão de sermos metódicos. Dessa forma, nós tendemos a usar os termos ‘metódico’, ‘racional’, ‘objetivo’ e ‘científico’ como sinônimos.” RORTY, Richard. **Objetivismo, relativismo e verdade**: escritos filosóficos. Vol. I. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997. p. 37.

¹⁷ GONÇALVES, Jair. **Herança jurídica de Hans Kelsen**. Campo Grande: UCDB, 2001. p. 32. O Autor enfatiza, neste passo, a influência que Kelsen teve da Escola de Marburgo (neokantista), especialmente de Hermann Cohen e Nartorp, retirando do neokantismo não só o nome de sua Teoria “Pura” do Direito como também a distinção fundamental entre “ser” e “dever ser”, que viria a ser decisiva para a caracterização da Ciência Jurídica.

Segundo ABBAGNANO, *objetividade* “é a visão do objeto como ele é, não levando em conta as preferências ou interesses de quem o considera, mas apenas procedimentos intersubjetivos de averiguação e aferição.”¹⁸

Dessa definição compreende-se, em primeiro plano, que a *objetivação* requerida pela ciência pressupõe a opinião pessoal de um indivíduo ou de um grupo, - uma noção *subjetiva*, portanto -, transformando-se em conhecimento *objetivo* -, ou seja, em conhecimento *puro* do objeto conhecido, que assim se torna também *purificado*.

Não é uma tautologia: o conhecimento é *puro* quando se refere a um objeto que tem individualidade, não se acha misturado com algo que lhe seja estranho; estando esse objeto a conhecer suficientemente delimitado mediante um método adequado, o conhecimento que dele se faz é conhecimento deste e não de outro objeto. É, ademais, um conhecimento do universal e do absoluto, daquilo que é sempre o mesmo em todo tempo e lugar.¹⁹

Em segundo nível, o conceito de *objetividade* aponta para outra *qualidade* do conhecimento científico com aquela imbricada: a *neutralidade*. O “sujeito cognoscente” (para usar um conceito da teoria do conhecimento de Edmund HUSSERL) há de livrar-se de suas estimativas e preferências pessoais, de modo a não contaminar o objeto, produzindo uma distorção na sua descrição científica.²⁰

¹⁸ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 723.

¹⁹ “Para a maioria dos pensadores do século XVIII, parecia claro que o acesso à natureza, que a ciência física havia propiciado, deveria agora ser seguido para a instauração de instituições sociais, políticas e econômicas que estariam de em acordo com a natureza. Desde então, o pensamento social liberal centrou-se em torno da reforma social como algo que vem a ser possível por meio do conhecimento do modo de ser dos seres humanos – não o conhecimento do modo de ser dos gregos, franceses, chineses, mas do modo de ser da humanidade enquanto tal. Nós somos os herdeiros dessa tradição objetivista, centrada na assunção de que nós precisamos nos manter fora de nossa sociedade, o tempo que for necessário, para examiná-la sob a luz de algo que a transcenda; ou seja, sob a luz disso que ela tem em comum com toda e qualquer outra comunidade humana possível e atual.” RORTY, Richard. **Objetivismo, relativismo e verdade**. p. 38. “[...] objetivismo quanto ao conhecimento humano é um ponto de vista que enfatiza que itens do conhecimento, desde proposições simples até teorias complexas, possuem propriedades e características que transcendem as crenças e estados de consciência dos indivíduos que os projetam e contemplam.” CHALMERS, Alan F. **O que é ciência afinal?** p. 151.

²⁰ “A questão da ‘neutralidade científica’ pode nos remeter tanto à pretensão de neutralidade do cientista no tratamento de seu objeto de conhecimento como ao próprio enunciado científico, fundamentado em certos paradigmas ou modelos. Em um ou outro caso, o que se põe em destaque é o problema da objetividade científica a partir de seus componentes explicativos e isentos de qualquer

Logo, o *status* científico do Direito requer objetividade, - a definição de um objeto próprio, inconfundível com o objeto das demais ciências -, e neutralidade. Em poucas palavras: abstenção de juízos de valor, - que são variáveis, contingentes, relativos -, portanto, insuscetíveis de serem conhecidos cientificamente.

O Direito foi *objetivado* ao longo da história de diversas maneiras, *v.g.*: como *ordem natural de origem divina* (jusnaturalismo clássico) ou como *direito subjetivo derivado da razão humana* (jusnaturalismo racionalista); era tido como mero *fato social*, impregnado de significações normativas, pelo sociologismo jurídico, ou ainda, entendido como objeto cultural, pelo culturalismo jurídico, - um objeto pluridimensional, constituído de *fato*, *valor* e *norma*, em permanente implicação.

Entretanto, nenhuma dessas formulações conseguiu escamotear o aspecto valorativo do Direito (a última, claramente, o enfatiza), comprometendo, - à luz da “imagem tradicional” de ciência, “certa, infalível, universal e objetiva”²¹ -, não apenas a objetividade como a neutralidade do objeto científico.

Diga-se logo e para obviar os passos que o positivismo percorreu até chegar ao formalismo extremado: quem conseguiu, - à sua maneira -, esse intento de *purificação* da Ciência Jurídica foi Hans Kelsen. A *Teoria pura do Direito* pretendeu atingir a objetividade e a neutralidade do Direito mediante uma “dupla purificação”.²²

valoração. A exclusão dos juízos de valor e a explicação causal constituem-se portanto em regras fundamentais para o método científico, de forma que só pode ser denominado ‘científico’ aquele saber que elimine possíveis interferências dos juízos de valor e que esteja apenas voltado para o dever científico de procurar atingir a verdade dos fatos. Assim sendo, a neutralidade pode ser vista como um postulado metodológico para a realização da reta razão científica.” WARAT, Luís Alberto. **Filosofia do direito: uma introdução crítica**. São Paulo: Moderna, 1996. p. 14.

²¹ ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito**. p. 33.

²² MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 42.

Resumidamente: a primeira “limpeza” consiste em *depuração axiológica* e impende afastar da Ciência Jurídica os já referidos juízos de valor²³, próprios da Ética. Para KELSEN, o Direito distingue-se da Ética (entendida como ciência da Moral), não pelo *conteúdo* das respectivas normas, que pode coincidir e eventualmente coincide; não pelas *fontes* das respectivas normas, que tanto o Direito como a Moral são ordenações da conduta humana ora costumeiras, ora oriundas da autoridade de um legislador (um poder social legislativo ou um legislador moral, a exemplo de Cristo). Diferenciam-se estas ordens coercitivas, sim, pela *forma* pela qual suas regras se impõem: somente o Direito conta com uma sanção imanente às suas normas, predeterminada e socialmente organizada, ao contrário da Moral, em que as sanções são difusas e indeterminadas. Direito (que pode ser cientificamente conhecido) é norma, caracterizada pela sanção dotada daquelas características, pura forma, apta a receber qualquer conteúdo.

À Ciência Jurídica não é dado *valorar* os conteúdos das normas de Direito, sendo seu mister descrevê-las. A afirmação de que o Direito *deve ser* Moral não tem supedâneo lógico, posto que não existe a Moral, como critério valorativo absoluto para o Direito e sim vários sistemas de Moral, cujos conteúdos são variáveis no tempo e no espaço; portanto, a Moral não serve como critério valorativo do Direito. Aliás, se o Direito é Moral, não tem sentido a afirmação de que o *deva ser*. Por trás das teorias que procuram relacionar essas duas ordens de conduta esconde-se a afirmação de que o Direito deva ser sempre justo. A experiência, no entanto, demonstra que *há* (vigora, existe) o Direito que *não é* como

²³ “O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada *ciência* que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua *avaliatividade*, isto é, na distinção ente *juízos de fato* e *juízos de valor* e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o *juízo de fato* representa uma *tomada de conhecimento da realidade*, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de *informar*, de comunicar a um outro a minha constatação; o *juízo de valor* representa, ao contrário, uma *tomada de posição frente à realidade*, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de *influir* sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas. [...] A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente *objetivo* da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre *subjetivos* (ou pessoais) e conseqüentemente contrários à exigência da objetividade.” BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**. p. 135.

se pretende que *deveria ser* (isso é o relativismo axiológico, característico do racionalismo dogmático).²⁴

A segunda *purificação* é pertinente à *depuração ideológica*, pois que uma representação ideológica é subjacente à teoria do Estado. Segundo KELSEN, a teoria tradicional do Estado vinha distinguindo Direito e Estado como duas realidades diferentes: o Estado, como realidade ontológica que, primeiro, “existe”, e, depois, cria o Direito e a ele se submete. Para o normativismo kelseniano, essa dualidade (que se imiscui no conceito de “Estado de Direito”), tem por objetivo precípuo justificar a preferência pelo Estado democrático, aquele em que vigora um Direito tido por justo. Por trás dessa concepção esconder-se-ia o “preconceito jusnaturalista” (também identificável na aproximação entre Direito e Moral) de que só é Direito o que é justo.²⁵ Confunde-se Direito (ordem objetiva) e Justiça (valor)²⁶.

O dualismo teria, então, um objetivo ideológico incompatível com a neutralidade axiológica da Ciência Jurídica, cuja função é apenas descritiva e não prescritiva. Ora, sob o ponto de vista lógico, não há mecanismo pelo qual o Estado primeiro se constitua, depois crie o Direito e a seguir a ele se curve. A contradição lógica está em que o Estado é definido como pessoa jurídica. Como pode ser assim, se a ordem jurídica ainda não estará constituída quando do “nascimento” do Estado? Para KELSEN, Direito e Estado são uma e a mesma

²⁴ “O direito, objeto da ciência jurídica, é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social; o juspositivista estuda o direito *real* sem se perguntar se além deste existe também um direito *ideal* (como aquele natural), sem examinar se o primeiro corresponde ou não ao segundo e, sobretudo, sem fazer depender a validade do direito real da sua correspondência com o direito ideal; o romanista, por exemplo, considerará direito romano tudo o que a sociedade romana considerava como tal, sem fazer intervir um juízo de valor que distinga entre direito ‘justo’ ou ‘verdadeiro’ e direito ‘injusto’ ou ‘aparente’.” BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**. p. 137.

²⁵ “O postulado de pureza metodológica não somente exige evitar o sincretismo metodológico como também exige que seja feita a separação da ciência jurídica dos argumentos políticos. A teoria não pretende [...] justificar e sim conhecer o Direito. Com seu postulado de pureza metodológica, pretende evitar a politização da ciência e a justificação de um poder político, dando-lhe, então, a denominação de ‘teoria’. Neutralismo político e neutralismo axiológico são condições da pureza metodológica. Uma doutrina jurídica que pretenda impor uma determinada noção de justiça, não é uma teoria científica no sentido kelseniano, pois não respeita o postulado da pureza.” GONÇALVES, Jair. **Herança jurídica de Hans Kelsen**. p. 41.

²⁶ Esclarecimento: Onde a justiça não cabe é no conceito puro de direito, a norma formal. “[...] nesse discurso de Direito e Estado a Justiça está desempregada”. HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. Trad. Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 123.

realidade, o Estado é apenas a “personificação” fictícia da ordem jurídica. Enfim, todo Estado não pode ser senão Estado “de Direito”.²⁷

O apertado exame de alguns aspectos do purismo kelseniano, evidentemente, não pretende esgotar os inúmeros pontos em que a sua teoria procura a autonomia da Ciência Jurídica ou intenta libertar-se do “sincretismo” científico, da “mistura” entre Direito e Filosofia, Ética, Sociologia e Política²⁸, tendo somente a finalidade de mostrá-lo como supra-sumo da objetividade e da neutralidade científico-jurídica.

Ademais, seja sempre lembrado que, - a despeito de toda teoria jurídica implicar, implícita ou expressamente, um conceito de Direito -, a *Teoria pura do Direito* não teve por objetivo *definir* o Direito e sim esclarecer de quê trata a Ciência Jurídica, um escopo epistemológico, portanto. Recorde-se sempre, ainda, a extraordinária contribuição de KELSEN para a Ciência do Direito, reconhecida mesmo pelos seus críticos.²⁹

1.2.2 Sistemática do Direito

O requisito científico moderno de sistematicidade do conhecimento científico tem aqui desenho perfeito:

²⁷ “Focalizando seu interesse no aspecto gnosiológico e buscando fazer ciência pura, Kelsen terminou por desembocar no formalismo lógico jurídico que, pretendendo afastar todas as ideologias, terminou demonstrando sua capacidade de abrigar qualquer delas.” AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 49.

²⁸ “Este pressuposto (do afastamento da Sociologia e da Filosofia) é capaz de obscurecer o trato das questões jurídicas, notadamente a aplicação e interpretação do direito. Nessa trilha, o pensar dogmático, desenvolvido em circuito fechado, tratando das normas e dos conceitos jurídicos, de seu arranjo e funcionalidade internos, de suas inter-relações e de sua sistematização na ordem jurídica positiva, termina por esvair-se em considerações intra-sistêmicas, esquecendo ou deixando de lado a circunstância por certo não negligenciável de que o direito existe para satisfazer necessidades e interesses individuais e sociais. Desemboca-se, por essa forma, no reducionismo logicista e formalista pelo qual se quer construir uma ciência jurídica tão perfeita que termina por não dever satisfação à vida e aos dramas humanos.” AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. p. 29.

²⁹ “[...] é conveniente salientar que a montagem conceitual proposta por Kelsen apresentou um tal grau de adaptabilidade ao seu objeto – ou seja, o Direito – que é difícil compreender e explicar a lógica da dogmática jurídica sem fazer referências ao seu trabalho analítico.” WARAT, Luís Alberto. **Filosofia do direito**. p. 47.

A ligação entre sistema e ciência pode ser reconduzida ao século XVII, quando o termo *sistema* se torna escolar e seu uso se generaliza. Sistema é entendido então como um agregado ordenado de verdades, e pressupõe uma dedução correta do ponto de vista formal. Sistema e sistema dedutivo são quase sinônimos, precisamente porque uma teoria que se queira legitimar como ciência deve fazê-lo perante a razão apresentando suas proposições concatenadas entre si com exatidão matemática. O par sistema/ciência liga-se agora com a questão, nada simples, da racionalidade, e desemboca na consideração de que só os raciocínios que possam ser reconduzidos a uma demonstração dedutiva são aceitáveis como racionais e podem fazer parte do sistema.³⁰

As origens do termo *sistema jurídico* remontam à gênese da própria Ciência Jurídica, nascida, segundo FERRAZ JR.³¹, em Bolonha, no século XI, mediante a conjugação de diversos fatos, entre os quais avulta o aparecimento da *Littera Boloniensis*, resenha crítica de textos de Justiniano. Os juristas medievais trabalham sobre o pensamento prudencial e problemático (casuístico) dos romanos, dissecando-o em análise gramatical e exegética.

Ainda que aqueles textos fossem fragmentados e muitas vezes controversos, não propiciando aos glosadores a possibilidade de um tratamento sistemático (no nível que viria a ser indispensável dentro do moderno conceito de ciência), tem-se que as bases da Jurisprudência ocidental foram por eles lançadas através de habilidosa conciliação das contradições e aceitação da autoridade racional das proposições.

O segundo momento importante no evoluir do conhecimento jurídico foi a introdução, - entre as exigências para que determinado ramo do saber aspirasse a dignidade de ciência -, do conceito de sistema, com Christian WOLFF, para quem sistema é *nexus veritatum*³², ligação das partes de forma dedutiva. Posteriormente, o conceito foi elaborado em perspectiva abstrata, por J. H.

³⁰ ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito**. p. 25-26. "Quanto ao caráter científico da Ciência do Direito, encontramos, comumente, a afirmação de que se trata de conhecimentos 'sistemáticos', isto é, metodicamente obtidos e comprovados. A 'sistematicidade' é, portanto, argumento para a cientificidade." FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. p. 13.

³¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. p. 21.

³² "Compara-se o *nexus* com o conceito de *organismo*, superando a idéia de composição orgânica e mera justaposição classificatória. Em Wolff encontramos aquele conceito de sistema que marca definitivamente o uso moderno do termo." FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Conceito de sistema no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 11.

LAMBERT, como mecanismo de partes dependentes umas das outras, relacionadas ao todo e este àquelas, e por KANT, como organismo ou princípio comum, ligando partes numa totalidade, ou ordenação intencional da razão, capaz de ligar as partes num todo.³³

E a possibilidade de sistematização do saber jurídico seria apontada, no século XVII, a partir do sistema completo de Direito Natural idealizado por Samuel PUFENDORF (*De jure naturae et gentium libri octo*), fundado em princípios da razão humana e desenvolvido pela dedução racional.³⁴ Ao assim conceber o Direito Natural, mostrou o jusnaturalismo racionalista que o Direito positivo também poderia ser visto da mesma forma, sistematicamente. FERRAZ JR. acentua:

O sistema é, aliás, conforme o testemunho de Wieacker, a maior contribuição do jusnaturalismo [...] ao direito privado europeu. A jurisprudência européia, que era até então mais uma ciência da exegese e da interpretação de textos singulares, recebe desde Hobbes e Pufendorf o caráter lógico-demonstrativo de um sistema fechado, cuja estrutura dominou e domina até hoje os códigos e os compêndios jurídicos. Numa teoria, que devia legitimar-se perante a razão, através da exatidão matemática, da concatenação de suas proposições, o Direito conquista uma dignidade metodológica toda especial.³⁵

Em seguida vem a contribuição da Escola Histórica do Direito, com SAVIGNY, e do pandectismo de WINDSCHEID, que passa a construir conceitualmente as regras de Direito, através de procedimento lógico-abstrato³⁶, colocando a dogmática jurídica, ao lado da pesquisa histórica, como teoria apta à explicitação do Direito vigente; a mesma lógica dedutiva do jusnaturalismo

³³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. p. 23-24; Id. **Conceito de sistema no direito**. p. 11-12.

³⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. p. 16. “[...] a partir da razão [...] traduzem-se em linguagem humana alguns princípios essenciais dos quais se extraem, por deduções sucessivas, as regras da conduta social; desde então o Direito toma corpo como sistema; ele pode ser delimitado num conjunto coerente; é o nascimento dos Códigos modernos.” ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. Trad. Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 187-188.

³⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Conceito de sistema no direito**. p. 15.

³⁶ Esclareça-se que ao apontar o *Volksgeist* (espírito comum do povo) como fonte do Direito, SAVIGNY “relega a segundo plano a sistemática lógico-dedutiva, sobrepondo-lhe a sensação [...] e a intuição [...] imediatas.” FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Conceito de sistema no direito**. p. 26.

racionalista, ainda que com diverso fundamento (neste, com base na razão; na Escola Histórica, com fulcro na própria *positividade/objetividade* do Direito, agora um *dado* passível de tratamento científico).

Até aí se apresenta o que Paulo BONAVIDES denomina *sistema externo* ou *extrínseco*, referido ao conjunto de conhecimentos logicamente classificados acerca do objeto, segundo um princípio unificador, através do trabalho intelectual de *construção* do jurista, sobre um dado de normas jurídicas isoladas, colocando-as em uma estrutura.³⁷ É o *discurso segundo a ciência*.

A despeito do pretense *more geometrico* do Código de Napoleão, inspirado pelo racionalismo, a sistematicidade do Direito ainda está mal resolvida e ao lado desse requisito, no período pós-renascentista, outros elementos de difícil alcance para a cientificidade do Direito são exigidos, entre eles o método rigoroso, a neutralidade, a unidade, a objetividade.

O positivismo, nas diversas versões em que se apresentou ao longo da segunda metade do século XIX, procurou preencher aquelas exigências, configurando, por exemplo, - na vertente legalista -, a totalidade do Direito. Apresenta-se o Direito como um sistema completo e acabado, cujas lacunas seriam apenas aparentes e não verdadeiros vazios, mercê dos instrumentos de interpretação e de redução lógica das leis a um referencial hierárquico superior.

Todavia, coube notoriamente a Hans KELSEN, já no século XX, propor as respostas a todas essas questões, na sua *Teoria pura do Direito*, consoante já se viu, em parte, no subtítulo anterior. Quanto à sistematicidade, o normativismo atendeu-a plenamente (de um ângulo lógico-transcendental). Na teoria estática do Direito são objeto do conhecimento as normas de Direito positivo e o confronto dessas normas entre si, demonstrando-se a unidade e a sistematização do

³⁷ “O sistema externo refere-se ao trabalho intelectual de que resulta um conjunto ou totalidade de conhecimentos logicamente classificados, segundo um princípio unificador. É aquilo que Kant, em frase lapidar, já formulara na *Crítica da Razão Pura*: ‘Entendo por sistema a unidade dos diversos conhecimentos debaixo de uma idéia’.” BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 108. Sobre a atividade construtiva do jurista na sistemática jurídica: “*Attraverso quel complesso di operazioni che si denotano col nome di ‘costruzione’, il giurista sussume un dato fatto o atto o rapporto o istituto in questa o quella categoria giuridica al fine di attribuirgli questa o quella qualificazione normativa e di classificarlo nel sistema [...] alla ‘costruzione’ é affidata la formazione del sistema giuridico.*” BOBBIO, Norberto. **Giusnaturalismo e positivismo giuridico**. Milano: Edizioni di Comunità, 1977. p. 90.

conjunto, mediante enlacedos dedutivos entre elas e a *Grundnorm*. Na teoria dinâmica a Ciência Jurídica visa o ordenamento jurídico, o Direito como é produzido e aplicado, desde que os atos de produção e aplicação sejam conteúdo de normas; tem-se aí um sistema de atos criadores do Direito, que serão conhecidos pelo mesmo princípio que informa o conhecimento das normas, - a imputação (a validade de uma norma é imputada a outra que lhe é imediatamente superior e assim sucessivamente, até a norma fundamental).

FERRAZ JR. mostra o corolário da concepção kelseniana do sistema dinâmico:

Um tal sistema constitui, pois, uma totalidade perfeita e permanente, não importando em quantas partes ele se divida. Tudo se resolve na vida interna do sistema. Entende-se, nestes termos, que Kelsen não admitia a possibilidade de normas nulas, mas apenas anuláveis. Assim, mesmo uma norma posta por uma vontade autorizada mas não autorizada a estabelecer aquele tipo de norma, não é *a priori* nula, sendo apenas anulável retroativamente. Pensar de outro modo seria quebrar a ordem interna do sistema, e, pois, a sua perfeição, a qual repousa na regra da obediência à vontade autorizada, expressa pela “norma fundamental”, e na regra da plenitude. [...] Neste sistema a noção de lacuna não passa de uma ficção.³⁸

Na dinâmica do Direito é mais evidente o escalonamento das normas, mas também sob o ponto de vista estático pode-se reconhecer o princípio unificador do sistema de normas, o fundamento de unidade da pluralidade das normas: a norma fundamental hipotética (*Grundnorm*), que sucede, como recurso lógico, a norma positiva.³⁹

³⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Conceito de sistema no direito**. p. 131.

³⁹ Criticando a norma fundamental kelseniana, HÖFFE afirma que, ao estabelecer um recurso lógico para evitar o regresso ao infinito na pirâmide normativa de competências e para evitar o círculo lógico, KELSEN caiu na *interrupção do procedimento*. Ao tentar não remeter a competência constituinte para instâncias extrajurídicas (como Deus ou o povo), KELSEN não teve outra alternativa senão a de encobrir o *fato do poder*, além do que as demais construções normativistas encobrem a exigência de justiça para não comprometer o conceito positivista de Direito. HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. p. 123. Outra crítica, agora mordaz: “Esta Norma fundamental pode ser assim enunciada: ‘Deve-se seguir o que a Constituição prevê.’ Não tem outro conteúdo. Por isso, ela funda a validade da Constituição e, partindo de toda a ordem jurídica, a ponto de Kelsen e os juristas clássicos poderem afirmar doravante que tal norma é ‘a base’ do sistema jurídico... no momento preciso em que ela é o seu cume! É preciso dizer que os juristas, numa explicação desse teor, já não sabem muito bem onde está o cume e onde está a base. Quando tudo se passa no domínio das idéias, deixa de existir força da gravidade.” MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2. ed. Trad. Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 1994. p. 306.

Agora o formalismo kelseniano já apresenta uma reflexão sobre o Direito como *sistema interno* ou *intrínseco*, cuja logicidade é inerente ao objeto formal, o ordenamento jurídico “que não se refere ao conhecimento do objeto, mas ao objeto mesmo”.⁴⁰ Há sistematicidade jurídica intrínseca, normativa, revelada pelas proposições descritivas da Ciência Jurídica, que constitui o sistema jurídico extrínseco.

No mesmo sentido encontra-se o sistema jurídico referido por BOBBIO, acentuando sua regência pelo princípio que exclui a incompatibilidade entre as normas; o sistema dinâmico (do ordenamento jurídico, do Direito *em ação*), indo além do sistema dedutivo da geometria euclidiana, não nega a existência de conflitos entre as partes integrantes, pois traz em si as possibilidades de resolvê-los.

Enfim, a partir do normativismo, passa a Ciência do Direito a caracterizar-se pelo dogmatismo, operando os conceitos estruturantes com precisão e rigor lógico, concentrando-se nas questões teoréticas e metodológicas. Nesse contexto, a noção de sistema é catalisadora: em torno dela gravitam os postulados da unidade do Direito (considerações sobre a hierarquia das fontes e das normas e de seu escalonamento), da coerência do Direito (o Direito como totalidade ordenada, a existência de antinomias e o modo de afastá-las) e da completude ou plenitude do Direito (análise da existência de lacunas, seus tipos e instrumentos de colmatação).

Por tudo isso o conceito de sistema jurídico tem sido, antes de tudo, uma questão epistemológica. É válida, ainda para hoje, em relação a grande parte da doutrina jurídica, a observação de BOBBIO a respeito da pretensão de

⁴⁰ “[...] no sistema extrínseco, o teórico constrói, dogmatiza e impõe a lógica ao Direito, ao passo que no sistema intrínseco, ainda o de natureza formal, como o de Kelsen, a lógica, ao contrário, está no próprio Direito, no ordenamento dotado de racionalidade à espera de revelação, racionalidade que já existe e independe dos meios lógicos do sujeito cognoscente, o qual, até mesmo por insuficiência de compreensão, poderá pelo discurso deixar de reproduzi-la com fidelidade, falseando assim a base intrinsecamente lógica ou dedutível da ordem jurídica. [...] A descrição imperfeita pode então fazer com que o jurista na sua elaboração teórica recaia no sistema extrínseco, aquele que ele constrói e dogmatiza.” BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 109 e 111. Observe-se que muitos autores procuram mostrar a incindibilidade do sistema jurídico em externo/interno ou extrínseco/intrínseco, v. g.: “A concepção positivista da contraposição entre os sistemas interno e externo deve ser superada, através da sua síntese. Definitivamente interligadas, a lógica imanente do Direito e as proposições externas necessárias ao seu estudo e à sua aprendizagem constituem um todo que só em abordagens analíticas pode ser dissociado.” CORDEIRO, A. Menezes. *Introdução*. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. p. LXIX.

cientificidade dos antigos tratados que, desde SAVIGNY, intitulavam-se *Sistema*: “Parece quase se querer dizer que a jurisprudência não merece o nome de ciência enquanto não chega a sistema [...]”.⁴¹

É preciso destacar, entretanto, que o conceito de sistema jurídico vem recebendo enfoque sumamente rico e renovado, a ponto de não mais ser lícito, - sob o ponto de vista científico -, referi-lo criticamente como vinculado a um formalismo ou positivismo *démodé*. Longe está o tempo em que *sistema* significava apenas uma estrutura lógico-formal ou axiomático-dedutiva.

Sirva de exemplo a formulação de CANARIS, da consideração e justificação da idéia do sistema jurídico como *ordem axiológica* ou *teleológica*, que parte não de axiomas, mas de *valores* fundamentais tais como o *princípio da justiça*, concretizado no princípio da igualdade, e o *princípio da segurança jurídica*, mais bem alcançável com a ordenação sistemática sob a égide de alguns princípios do que por normas singularmente consideradas e eventualmente contraditórias.⁴²

Esse *sistema como ordem de valores* (onde o *telos* não significa apenas a adequação de meios a fins, mas a própria finalidade da realização de valores), CANARIS fá-lo assentar nos *princípios gerais de direito*, convertendo-o em um *sistema de princípios* e definindo o sistema jurídico como “ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais”. Esses são os “elementos constitutivos” que tornam perceptível a unidade e a adequação da ordem jurídica, porque o princípio tem um grau de concretização maior que o dos valores, “já compreende a *bipartição, característica da proposição de Direito em previsão e consequência*”.⁴³

⁴¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. 4. ed. Brasília: UnB, 1994. p. 78. Exemplo dessa concepção, entre nós: “Se a Ciência-do-Direito aspira a ser ciência, não uma ciência por assim dizer [...] precisa: [...] iv) sistema ou estrutura formal articulando as proposições constitutivas desse setor do conhecimento.” VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais – EDUC, 1977. p. 129. Outros exemplos: “[...] a Ciência do Direito ou é sistemática ou não é nada [...]” (Peter Schneider); “[...] a Ciência do Direito é ao mesmo tempo ‘sistemática’ e ‘histórica’ [...]” (Norbert Wimmer). Conf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 131-132.

⁴² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. p. 22.

⁴³ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. p. 76-77.

Outro viés dessa fecunda determinação do conceito de sistema jurídico é a admissão de sua *abertura*, tanto no que tange ao *sistema jurídico científico* quanto relativamente ao *sistema jurídico objetivo*, a uma porque o conhecimento científico é sempre incompleto e provisório, a duas em função da mutabilidade dos valores fundamentais da ordem jurídica, histórica e dinâmica.

Todavia, não foi com essa ótica valorativa e finalística que a consideração do *sistema jurídico* teve ingresso na Hermenêutica Jurídica. Para verificar o sentido originário da denominada “interpretação lógico-sistemática”, impõe-se uma breve visita aos métodos hermenêuticos clássicos em geral, já adiantando as reformulações progressivas que receberam, em face da constatação de sua insuficiência não apenas para a exegese jurídica em geral como, marcadamente, para a Interpretação Constitucional.

Emprega-se aqui o termo “método” no sentido estrito correspondente ao seu significado etimológico: *methá+odos*, caminho ou via para um objetivo, isto é, um conjunto de regras tendentes a um resultado. No caso, regras técnicas construídas pela dogmática jurídica para a interpretação do “sentido” (*ratio juris*) e do “alcance” (caso ou grupo de casos que abrange) a norma de Direito escrita. Por vezes os métodos são também denominados “processos”, “instrumentos” ou “elementos” de interpretação. As denominações atribuídas aos métodos hermenêuticos clássicos (gramatical, teleológico, histórico, sistemático) corresponde a uma concepção do papel prevalente que uma ou outra instância representa na pré-compreensão do Direito adotada pelo intérprete. Acresce lembrar que mesmo a hermenêutica clássica reconhece que a classificação dos métodos de interpretação só é possível de um ângulo analítico, não sendo possível afirmar que o emprego prático das variadas técnicas ocorra em etapas identificáveis de per se.

1.3 MÉTODOS CLÁSSICOS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

1.3.1 *Verba legis* – interpretação literal

O método literal de interpretação jurídica, - também chamado gramatical, filológico ou semântico -, cronologicamente foi o primeiro e durante muito

tempo o único. Consiste, por óbvio, na análise das palavras do texto normativo, à procura do sentido dos vocábulos, de suas conexões sintáticas e da relação que guardam com fatos, pessoas, lugares, tempos e coisas que designam.

Assinala NADER:

Em se tratando de Direito escrito é pelo elemento gramatical que o intérprete toma o primeiro contato com a proposição normativa. Malgrado a palavra se revele, às vezes, um instrumento rude de manifestação do pensamento, pois nem sempre consegue traduzir as idéias, constitui a forma definitiva de apresentação do Direito, pelas vantagens que oferece do ponto de vista da segurança jurídica.⁴⁴

Igualmente FERRAZ JR. aponta a imprescindibilidade da aproximação preliminar do intérprete com o texto, porquanto “interpretar juridicamente é produzir uma paráfrase” e dessa forma o jurista não pode deixar de prestar-lhe atenção, até para constatar ambigüidades e equivocidades próprias das línguas naturais.⁴⁵

O apego ao texto e ao que ele pretensamente “significa” caracterizou a Escola da Exegese, em França (surgida com o Código Civil de 1804)⁴⁶, e as correspondentes concepções exegéticas alemã e inglesa. O Pandectismo alemão (originário, paradoxalmente, do Historicismo), por força de muito pesquisar no Direito romano antigo a fonte do Direito germânico, acaba por sucumbir ao fetichismo do texto escrito. Da mesma sorte a Escola Analítica de Jurisprudência, na Inglaterra, ao identificar o Direito aos precedentes judiciais.

⁴⁴ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 275. No mesmo sentido: “Conquanto este método seja reputado como o mais pedestre e o mais rudimentar meio de interpretação, não há como negar-se que o texto é o ponto de partida do intérprete, bem como representa seu limite.” SILVA, Celso de Albuquerque. **Interpretação constitucional operativa: princípios e métodos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 117.

⁴⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1988. p. 287. “Os caracteres mais relevantes da linguagem legal, como uma espécie de linguagem comum, são a vagueza e a contextualidade do significado.” (tradução livre) WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Trad. Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1988. p. 41.

⁴⁶ “Ignoro o direito civil, só conheço o Código de Napoleão” (Bugnet, Curso de direito civil francês); “[...] os textos antes de tudo, nos quais posso descobrir a vontade do legislador.” (Demolombe, Curso do Código de Napoleão). Cf. GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Todavia, nos países de tradição jurídica romano-germânica é que mais se fez sentir o prestígio da interpretação literal, dada a prevalência da produção legislativa do Direito. Pressupostos, pois, desse método interpretativo, são o reconhecimento da autoridade do legislador e uma grande dose de confiança na sua competência para expressar-se, senão inequivocamente, ao menos de forma compreensível.⁴⁷ A propósito, lembre-se que o método gramatical é vinculado a uma concepção subjetivista da interpretação, levando, conscientemente ou não, à busca da *voluntas legislatoris*.

No que tange às codificações antigas, notadamente no campo do Direito privado, esteve subentendida, ainda, ao apego à regra de que "vale o que está escrito", a idéia de completude do Direito legislado, que a tudo regularia, explícita ou expressamente. Não é incomum notar que essa falsa impressão de plenitude do Direito posto na lei ressurgue vigorosamente a cada vez que determinada matéria jurídica é submetida a codificação.

As numerosas regras engendradas para o método gramatical bem demonstram o quanto a literalidade da norma jurídica seduzia (e ainda exerce enorme atração). Entre outras: presume-se que a lei não contém palavras supérfluas; deve-se atentar para os usos regionais da linguagem; na dúvida quanto ao sentido técnico-jurídico ou comum de certa expressão deve-se optar pelo primeiro (ao contrário no Direito Constitucional, diante da peculiaridade do documento fundador, mais próximo das expectativas sociais)⁴⁸; obscuridades, lapsos

⁴⁷ O "legislador racional" (que não é o legislador real e sim um terceiro metalingüístico situado entre a língua normativa e a língua real) subentendido pelo intérprete, tem propriedades características. Entre outras, é: "[...] *econômico*, isto é, nunca é redundante [...]; [...] *preciso*, pois apesar de se valer de palavras da língua natural, vagas e ambíguas, sempre lhes confere um sentido rigorosamente técnico." Cf. Santiago Nino, na citação de FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. p. 281.

⁴⁸ "A regra geral em sede de interpretação gramatical, notadamente na seara constitucional, é de que tais normas devem, por princípio, serem interpretadas tomando-se como norte o sentido comum dos vocábulos, na presunção de que o Poder Legislativo, por ser composto de representantes do povo, legisla para o povo e, portanto, adota conteúdos semânticos disseminados e compartilhados por toda a sociedade. Não obstante, tal regra é excepcionada quando a Constituição utiliza expressamente um vocábulo que possui um sentido eminentemente técnico, determinado seja pela conceituação científica especializada, seja por legislação específica. Em tais hipóteses, a norma constitucional sofre um processo de integração de seu sentido por obra da atividade do legislador ordinário, a revelar o fenômeno conhecido na *práxis* constitucional como a interpretação da Constituição conforme a lei." SILVA, Celso de Albuquerque. **Interpretação constitucional operativa**. p. 118-119.

de redação ou erros não se presumem; vocábulos diferentes com significado semelhante, situados no mesmo texto, devem ser tidos como sinônimos, etc.

Por evidente, há muito que esse método decaiu de importância. Particularmente no âmbito do Direito Constitucional, - ver-se-á com maior detalhe adiante -, o texto normativo já não é visto como determinante para a interpretação, é apenas “a ponta do *iceberg*”. “Ocorre que uma norma jurídica é mais do que o seu texto de norma. A concretização prática da norma é mais do que a interpretação do texto.”⁴⁹

Além disso, assinala-se que a linguagem constitucional, muito mais que a da legislação ordinária, em face de sua conotação eminentemente política, utiliza com freqüência termos abertamente valorativos e em contextos onde não há isomorfia.⁵⁰ Nessas condições, uma interpretação literal tem reduzida valia.

1.3.2 *Occasio legis* – elemento histórico

Nos primórdios da Escola Histórica do Direito (antes do Pandectismo), a indagação acerca das origens do Direito de uma comunidade estava no centro das preocupações científicas. A pesquisa tinha por escopo, com maior ênfase, o Direito consuetudinário, visando o estudo da formação e desenvolvimento das instituições jurídicas tal como se manifestavam no *volksgeist* (espírito do povo), afirmando mesmo SAVIGNY que o Direito legítimo de uma comunidade não é produto da criação cerebrina de legisladores (e com isto criticava a codificação francesa)⁵¹, mas da livre expressão dos costumes e das tradições. O

⁴⁹ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 53 e 22.

⁵⁰ “Por exemplo, os valores supremos do ordenamento que se expressam em termos como ‘liberdade’, ‘igualdade’ ou ‘justiça’ [...], devido a razões lingüísticas, requerem interpretação em qualquer contexto em que não haja significado, estritamente definido, destes termos fundamentais e forças políticas distintas tendem a utilizá-los, na hora de decidir assuntos concretos, de maneira mais ou menos diferente [...]” (tradução livre) WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. p. 38.

⁵¹ Recorde-se que ao tempo de SAVIGNY a decisão jurídica na Alemanha era dificultada em virtude da coexistência de costumes jurídicos antigos, ainda vinculados aos costumes bárbaros, outros costumes originários do Direito romano, somando-se pequena parte de Direito imperial, legislado. Nesse contexto o Código Civil Francês despertava certa admiração, entendendo-se que propiciava

Direito desenvolve-se espontaneamente, tal como a linguagem comum de um povo, na qual as regras da gramática não modificam o falar usual.

Daí a relevância do método ou processo histórico de interpretação, que, aplicado à exegese do Direito escrito, impõe a investigação dos antecedentes de uma norma jurídica (particularmente, da lei), abrangendo o processo legislativo, desde as circunstâncias de fato presentes no momento da feitura do projeto de lei, passando pela exposição de motivos ou justificativa de seus elaboradores, os debates parlamentares, as emendas que eventualmente tenha sofrido, até a edição final do texto normativo, tudo objetivando perquirir o seu sentido “original”.

Tal como ocorre no método literal, essa interpretação liga-se também a uma teoria subjetivista, colima a *mens legislatoris*, a reconstrução da vontade do legislador. Além disso, a consideração do elemento histórico no processo interpretativo implica na idéia de que a maior parte das normas jurídicas deriva de outras mais antigas, de que o Direito atual é continuidade ou modificação de um Direito outrora existente.⁵²

A *occasio legis* é revelada tanto pela história *interna* do Direito, ou seja, das origens e transformações das instituições jurídicas, quanto pela sua história *externa*, isto é, examinando a evolução do Direito através de suas fontes remotas e próximas, com o intento de captar o sentido e o alcance das normas jurídicas. A toda evidência, trata-se de um processo que, bem entendido e rigorosamente aplicado, requer um largo aporte intelectual do intérprete, no que se refere ao conhecimento da História de seu país e também da História Geral, porquanto as legislações de países da mesma “família cultural” se interpenetram reciprocamente.

maior segurança jurídica, o que motivou THIBAUT a escrever *Da necessidade de um direito civil para a Alemanha* (isto é, direito civil codificado). Instaura-se então a célebre polêmica com SAVIGNY, que se opõe a THIBAUT em estudo de título irônico, *Da vocação do nosso século para a legislação e para a jurisprudência*, no qual defende a primazia do costume.

⁵² “O Direito atual, manifesto em leis, códigos e costumes, é um prolongamento do Direito antigo. A evolução da ciência jurídica nunca se fez mediante saltos, mas através de conquistas graduais, que acompanharam a evolução cultural registrada em cada época. Quase todos os institutos jurídicos atuais têm suas raízes no passado, ligando-se às legislações antigas.” NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. p. 279.

Para que a utilização do elemento histórico na interpretação não resulte num sentido anacrônico e dissociado da realidade atual, recomenda-se que a técnica não seja limitada a uma crônica do passado, e sim que faça uma reconstrução, que dê um sentido prospectivo à interpretação, atualizando-se o sentido original e tendo-se, ademais, presente que, quanto mais o tempo passa, a *occasio legis* perde valor hermenêutico, pelo maior contraste entre as circunstâncias originárias e a situação atual.

De ressaltar que a própria Escola da Exegese, quando principiou a “revolta dos fatos contra os códigos”, - a derrocada de seus mais caros pressupostos (plenitude do direito codificado, racionalidade imanente e onisciência de suas regras) -, passou a propor uma interpretação “histórico-evolutiva”, isto é, a adaptação do sentido original das normas jurídicas às novas condições sociais. Esse voltar-se à história, ao lado da proposição de procedimentos analógicos, procurava, em verdade, manter a intangibilidade do Código Napoleônico.

Quanto ao método histórico no Direito Constitucional, afirma Albuquerque SILVA:

Com o declínio da escola subjetiva, este método de interpretação tem sido ou simplesmente desconsiderado ou relegado a um plano secundário, normalmente utilizado como meio subsidiário para corroborar uma prévia interpretação obtida pelos métodos objetivos. A exacerbação deste método em sede de interpretação constitucional, [...], é a doutrina conhecida como “originalismo”, que entende como limite da atividade interpretativa a vontade do constituinte. Conquanto a absolutização da vontade legislativa mereça repúdio, não se deve concluir ser despicienda a análise dos trabalhos legislativos, merecendo igual repúdio seu completo desprezo.⁵³

Muito mais que na condição de método interpretativo, - alvo, aliás, de críticas, em função de acentuar-se aqui o “interpretativismo” que presta eterna reverência ao legislador histórico -⁵⁴, a historicidade do Direito em sede de Hermenêutica é apreciada em novo e substancial viés: o do irremissível

⁵³ SILVA, Celso de Albuquerque. **Interpretação constitucional operativa**. p. 125-126.

⁵⁴ “O significado da regra legal não é, portanto, nenhum fato do passado conectado por vínculos fictícios com a vontade do legislador histórico. A ser assim, o direito resultaria um governo dos mortos sobre os vivos.” (tradução livre) WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. p. 71.

condicionamento do próprio intérprete, situado, desde sempre, em uma pré-estrutura de compreensão, ao mesmo tempo agente e paciente da *história efetual*, premido pela tradição e pelos preconceitos.⁵⁵

1.3.3 *Telos* – à procura dos fins do Direito

Os métodos de interpretação do Direito, anteriormente enunciados, - além do método sistemático -, tiveram sua denominação e lineamentos básicos enunciados por SAVIGNY, na obra *Sistema de Direito romano atual*⁵⁶.

O método teleológico foi desenvolvido por JHERING, no escrito *Os fins no Direito*, fundando o teleologismo, uma das mais importantes teorias interpretativas que, em seu tempo, opuseram-se ao exegetismo, entendendo que o Direito é um complexo de normas, sim, porém essas normas não devem ser interpretadas à risca, pela letra da lei, mas em função dos fins objetivados pelo Direito. Sem a idéia de fim não há compreensão possível do fenômeno jurídico, o Direito todo se constrói em função das finalidades humanas.

Na Alemanha, a concepção teleológica do Direito discutiu com a Escola Histórica do Direito (SAVIGNY e HUGO) e com o Pandectismo (WINDSCHEID); especialmente em relação a este, que pretendia a interpretação do Direito rigorosamente de acordo com os textos de Direito romano, JHERING obtemperava que a interpretação jamais pode chegar a resultados contrários aos

⁵⁵ “A consciência da história efetual é em primeiro lugar consciência da *situação* hermenêutica. No entanto, o tornar-se consciente de uma situação é uma tarefa que em cada caso reveste uma dificuldade própria. O conceito de situação se caracteriza pelo fato de não nos encontrarmos diante dela e, portanto, não podemos ter um saber objetivo dela. Nós estamos nela, já nos encontramos sempre numa situação, cuja iluminação é a nossa tarefa, e esta nunca pode se cumprir por completo. E isso vale também para a situação hermenêutica, isto é, para a situação em que nos encontramos face à tradição que queremos compreender. Também a iluminação dessa situação, isto é, a reflexão da história efetual, não pode ser plenamente realizada, mas essa impossibilidade não é defeito da reflexão, mas encontra-se na essência mesma do ser histórico que somos. *Ser histórico quer dizer não se esgotar nunca no saber-se.*” – “A consciência histórica que quer compreender a tradição não pode abandonar-se à forma metódico-crítica de trabalho com que se aproxima das fontes, como se ela fosse suficiente para proteger contra a intromissão dos seus próprios juízos e preconceitos. Verdaderamente tem que pensar também a própria historicidade.” GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 451 e 532.

⁵⁶ SILVA, Celso de Albuquerque. **Interpretação constitucional operativa**. p. 114.

fins sociais, porque a norma jurídica não é um fim em si mesma, é um instrumento, um meio para atingir uma finalidade social, que não é a finalidade da lei ou do legislador, mas uma finalidade querida pela sociedade em certo momento histórico. Dessa forma, a interpretação de uma norma pode ser variável, dependendo das circunstâncias do caso concreto, *atualizando* seus fins de acordo com a realidade vivida por pessoas que estão em situações sociais diversas daquela verificada na época em que a norma foi formulada.⁵⁷

A referência a fins *sociais* não é fortuita. Comentando a exigência teleológica ínsita no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileira (*Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum*), FERRAZ JR. observa:

As expressões “fins sociais” e “bem comum” são entendidas como sínteses éticas da vida em comunidade. Sua menção pressupõe uma unidade de objetivos do comportamento social do homem. Os “fins sociais” são ditos *do direito*. Postula-se que a ordem jurídica, como um todo, seja sempre um conjunto de preceitos para a realização da sociabilidade humana. Faz-se mister assim encontrar nas leis, nas constituições, nos decretos, em todas as manifestações normativas o seu *telos* (fim) que não pode jamais ser anti-social. Já o “bem comum” postula uma exigência que se faz à própria sociabilidade. Isto é, não se trata de um fim do direito mas da própria vida social.⁵⁸

A ênfase na consideração dos fins *sociais* faz com que alguns autores designem o método de interpretação em comento como método *sociológico*.⁵⁹ De outra parte, a invocação a *fins*, certamente, remete à perquirição

⁵⁷ “Esse método em alguns juristas modernos e contemporâneos costuma aparecer também debaixo da designação de *interpretação evolutiva* ou *progressiva*, com que se consubstancia ou caracteriza ‘uma interpretação mais ou menos livre, consentida a uma autoridade, especialmente o juiz, a fim de adaptar o conteúdo da norma a exigências práticas surgidas depois da emanção da própria norma’.” Citando SANTI ROMANO, BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 446.

⁵⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. p. 292.

⁵⁹ Por exemplo, MACHADO NETO, que assim elenca os objetivos pragmáticos do processo sociológico de interpretação: “a) conferir a aplicabilidade da norma às relações sociais que lhe deram origem; b) estender o sentido da norma a relações novas, inéditas ao tempo de sua criação; c) temperar o alcance do preceito normativo, a fim de fazê-lo corresponder às necessidades reais e atuais de caráter social.” MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. p. 217. Igualmente MONTORO: “A interpretação sociológica baseia-se na adaptação do sentido da lei às realidades e necessidades sociais.” MONTORO, Franco. **Introdução à ciência do direito**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 374. Na visão de MÜLLER: “A *interpretação teleológica* não é um elemento autônomo da concretização, já que pontos de vista de ‘sentido e finalidade’ da

sobre *valores*, por isso que o método teleológico de interpretação do Direito é também chamado método *teleológico-axiológico* ou, como em FERRAZ JR., é referida a especificidade de uma interpretação teleológica e axiológica. Note-se que neste Autor a teleologia remete aos *princípios*, “como fins imanentes da ordem jurídica e social e reguladores teleológicos da atividade interpretativa”.⁶⁰

Por outro lado, a doutrina acentua que também no método teleológico de interpretação é requerida a compreensão do Direito como *sistema*, tal como no método sistemático, porque a percepção dos fins exige não o estudo de cada norma isoladamente, mas sua contextualização no ordenamento jurídico global. Todavia, o sentido que o sistema jurídico aqui desempenha é sutilmente diverso: “Seu movimento interpretativo, inversamente ao da interpretação sistemática [...], parte das *conseqüências* avaliadas das normas e retorna para o interior do sistema.”⁶¹

Nesse sentido é a observação de LARENZ: “Cada fim da lei é sempre, por conseqüência, determinante apenas na medida em que se insere no *conjunto dos fins jurídicos*.” Isto significa, igualmente, que a investigação da teleologia de uma norma remete, necessariamente, aos fins do *sistema*, porquanto é possível, eventualmente, contradição entre fins jurídicos a requerer a necessária harmonização, que será dada, “em última análise, pelo ‘sistema interno’ do direito.”⁶²

Resta ainda observar que a exegese teleológica, conquanto postule maior proximidade a uma teoria objetivista da interpretação (*mens legis*), tem sido alvo de reparos quanto a significar uma possível e indesejável vereda para o

prescrição interpretanda só podem ser aduzidos à medida da sua documentabilidade com ajuda dos outros elementos. [...] Por conseguinte, somente os aspectos histórico e genético podem ser nitidamente distinguidos de outros aspectos, em virtude da sua vinculação a textos não-normativos (a regulamentações anteriores comparáveis ou aos materiais legislativos); mas eles também estão integralmente entrelaçados a outros aspectos, quanto ao seu objeto.” MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. p. 79.

⁶⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. p. 292.

⁶¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. p. 293.

⁶² LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Trad. José de Sousa e Brito e José António Veloso. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1969. p. 383. “A sistemática da lei, como indicação do *contexto interno*, dado através do fim duma regulamentação ou do sentido dum instituto jurídico, pode também servir de meio auxiliar da interpretação ‘teleológica’.” *Ib.* p. 375.

subjetivismo do intérprete. Segundo BONAVIDES⁶³, SANTI ROMANO não confere a esse procedimento o caráter de interpretação, dada a ingerência, declarada ou não, de um ato de vontade do intérprete, desfigurando o ato de razão a que deveria se restringir a operação interpretativa. Outra anotação, do mesmo Autor:

Dessa interpretação costuma-se também dizer, numa objeção aparentemente triunfante, que com ela não se interpreta, mas se modifica a lei. Carbone e Giannini ponderam todavia que a lei já se modificara por si mesma, em razão de sua inserção no sistema de outras leis.⁶⁴

Adeptos da interpretação teleológica procuram contraditar o argumento do subjetivismo, afirmando que avivar os fins da lei é de fundamental importância para a sua compreensão e atualização, pois, enquanto aquela não sofre alteração para mais bem refletir as necessidades sociais, tem ainda força cogente, não pode ser ignorada nem ser aplicada contrariamente aos fins sociais, que sempre se presumem presentes na legislação. Dessa forma, guiado pelo método teleológico o intérprete não estaria investido de discricionariedade: “De um lado tem as coordenadas da lei e, de outro, o novo quadro social e o seu trabalho se desenvolve no sentido de harmonizar os velhos princípios aos fatos novos.”⁶⁵

1.3.4 Lógica e sistema – exegese sistemática

Partindo da idéia de que apenas se reconhece uma diretiva de comportamento como *norma jurídica* se essa prescrição, proibição ou permissão pertence à ordem de conduta denominada Direito, isto é, tendo em vista que a norma não é jurídica *per se*, dá-se um enfoque estrutural do Direito, *v. g.*, à maneira de BOBBIO: o jurista percorre um caminho que vai da parte ao todo, isto é, da norma ao ordenamento, para a compreensão da estrutura, o que é dizer, do *sistema*.⁶⁶

⁶³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 447.

⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 447.

⁶⁵ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. p. 380.

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. p. 1-76 *passim*.

O pressuposto da sistematicidade do Direito (abordado acima, em 1.2.2), - quer dele se tenha uma noção de imanência (sistematicidade inerente ao objeto, o sistema interno) ou de construção científica (sistema extrínseco) -, tornou-se determinante para a Hermenêutica Jurídica. A interpretação sistemática assumiu até foros de superioridade hierárquica sobre os demais métodos e mesmo hoje grande parcela da doutrina voltada à teoria geral do Direito prossegue ensinando-a nos moldes tradicionais, apresentando o sistema como *axiomático-dedutivo*, à cuja luz as normas serão interpretadas mediante dedução lógico-formal.

Essa abordagem *neutra*, por assim dizer, da sistematicidade do Direito, encontra-se subentendida quando ao método, ora denominando-se método *lógico-sistemático*.⁶⁷

Em alguns juristas, os “momentos” interpretativos *lógico* e *sistemático* até mesmo são separáveis: em uma primeira etapa da interpretação faz-se a análise *lógica* da norma jurídica, abstraindo sua posição de um grupo de normas ou do ordenamento jurídico, através de raciocínios puramente lógicos. Nessa fase predomina o princípio lógico da não-contradição, devendo-se constatar possíveis antinomias, resolúveis mediante os critérios dogmáticos de solução de conflitos normativos (superioridade, sucessividade e especialidade), somando-se os meta-critérios destinados a superar as incompatibilidades entre os próprios critérios (por exemplo, o critério da superioridade hierárquica tem preferência sobre o da sucessividade). Esse procedimento é guiado predominantemente pelo postulado da *coerência* do sistema jurídico: quando duas normas são antinômicas, uma delas deve ser tida por inválida, a menos que constitua exceção à outra.

A seguir, viria a interpretação *sistemática*, em sentido estrito, fase na qual é mais presente o postulado da *unidade* do ordenamento jurídico (todas as normas derivam de uma origem comum, a despeito da variedade das fontes). Nessa linha, confira-se:

⁶⁷ “A interpretação sistemática veio completar a interpretação lógica, representando, por conseguinte, um alargamento das potencialidades cognitivas naquela forma de interpretação assente na *ratio*; ambas entraram assim a compor a categoria hermenêutica denominada lógico-formal.” BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 445.

A pressuposição hermenêutica é a da unidade do sistema jurídico do ordenamento. Há aqui um paralelo entre a teoria das fontes e a teoria da interpretação. Correspondentemente à organização hierárquica das fontes emergem recomendações sobre a subordinação e a conexão das normas do ordenamento num todo que culmina (e principia) pela primeira norma-origem do sistema, a constituição.⁶⁸

Outros doutrinadores não separam a pesquisa lógica da sistemática, entendendo que esta também é lógica, embora em um nível mais amplo. Enfim, o método *lógico-sistemático*, ou, simplesmente, *sistemático*, assenta-se na regra básica de que nenhum dispositivo pode ser interpretado isoladamente, porque todas as normas jurídicas correlacionam-se reciprocamente. Daí a elementar recomendação de Horst BARTHOLOMEYZIK: “[...] nunca leia o segundo parágrafo sem antes ter lido o primeiro, nem deixe de ler o segundo depois de ter lido o primeiro; nunca leia um só artigo, leia também o artigo vizinho.”⁶⁹

No entanto, uma concepção da interpretação sistemática enriquecida “materialmente” se impôs. Em CANARIS, por exemplo, embora ressaltando a cautela com que se deve proceder ao utilizar exigências de “justiça material” contra os argumentos sistemáticos, encontra-se a formulação do sistema como ordem teleológica, mesclando-se a interpretação sistemática com a finalística: “[...] daí resulta que o argumento sistemático apenas representa uma forma especial de fundamentação teleológica; pode, por isso, e tal como esta, aspirar à mais alta categoria entre os critérios de interpretação criativa.”⁷⁰

Em linha semelhante veja-se uma “reconceituação” do sistema jurídico:

⁶⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. p. 288.

⁶⁹ *Apud* FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **O conceito de sistema no direito**. p. 2.

⁷⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. p. 282. De notar que, com a idéia de *sistema teleológico* (ou seu equivalente sistema *axiológico*), o postulado da *coerência* do ordenamento não mais se reveste de aspecto estritamente lógico: “[...] o sistema jurídico está concebido como um conjunto de normas mais ou menos coerente. A coerência em questão não pode definir-se com previsão. Falando de maneira aproximada, pensamos que o sistema jurídico como conjunto se baseia em assunções axiológicas comuns e que as regras legais não só são consistentes, senão que ademais estão ordenadas axiologicamente de maneira harmoniosa.” (tradução livre) WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. p. 44-45.

[...] entende-se apropriado conceituar o sistema jurídico como *uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos, cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.*⁷¹

Agregando-se a idéia de valores ao sistema e encarecendo a função que os princípios jurídicos nele desempenham atinge-se uma concepção renovada, complexa e muito distante da formulação originária do método de interpretação sistemática que remonta a SAVIGNY. É com fundamento nessa nova concepção de *sistema jurídico* que o método lógico-sistemático logrará primazia na Hermenêutica Constitucional.

1.4 SISTEMATICIDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL

1.4.1 Sistema constitucional

Admitindo-se o caráter intrinsecamente sistemático das normas jurídicas, é evidente a inserção da Constituição no sistema jurídico, onde ocupa o relevantíssimo posto de matriz, de fonte a que se reconduzem as demais normas. A Constituição é a *norma fundamental* do sistema jurídico. Essa expressão, tal como a emprega CANOTILHO⁷², no singular, significativo de conjunto de normas positivas, aparta-se do sentido lógico-jurídico do normativismo.

Todavia, é de serem lembrados os conceitos kelsenianos de estática e dinâmica do Direito, para esclarecer, numa primeira aproximação e ainda em termos dogmáticos, a dupla conotação de referencial unificador que representa a Constituição num sistema jurídico: ela é o ápice da ordem jurídica vigente aqui e agora, o topo do Direito positivo em “estado de repouso”; e é também o ponto de partida do ordenamento, da criação, expansão e renovação do sistema, na sua dinamicidade temporal, à medida que determina as competências que produzirão

⁷¹ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 54.

⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 49.

outras normas, inclusive as que poderão modificar as próprias normas constitucionais.

Nesse nível formal, em que a supremacia da Constituição se exprime na relação fundamentação-derivação, não há maior dificuldade para todos quantos receberam formação tecnicista e acostumaram-se a pensar o jurídico como uma “ilha”⁷³, sem o menor contato interdisciplinar.

A questão torna-se mais complexa quando o próprio raciocínio estrutural leva a aceitar que o sistema jurídico é sub-sistema do sistema social, assim como o sistema político⁷⁴; malgrado o vezo de compartimentalizar o jurídico e o político, é irrecusável agora admitir sua interação, posto que são ambos *partes* de um novo e mais amplo conjunto.

A este passo, por sistema jurídico e, pois, sistema constitucional, na perspectiva inicialmente exposta, poder-se-ia entender o arcabouço da Constituição formal, que também ela, na condição de conjunto de normas, guarda uma conformação estrutural e sistêmica.⁷⁵ Em prisma formal, a construção escalonada é reconhecível, à primeira vista, em função da distinta natureza dos elementos que compõem a Constituição: os princípios (logicamente superiores em qualquer sistema), têm ascendência hierárquica sobre as normas, que deles derivam.

Mas a essa visão lógico-sistemática da Constituição de há muito se vêm opondo os juristas que lhe integram as dimensões sociológica, política e filosófica. A evolução do conceito mesmo de Constituição abala a singeleza da primeira idéia de sistema constitucional. A Constituição já não é apenas *o conjunto de normas de organização do Estado, que disciplina o poder político e garante os*

⁷³ A imagem é de VERNENGO, Roberto José. **Curso de teoría general del derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciências Sociales, 1976. p. 456.

⁷⁴ Conf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 46.

⁷⁵ Nesse sentido, a Constituição é “[...] conjunto sistemático e orgânico de normas, embora estas versem sobre matérias de natureza e finalidades diversas [...]” ou “[...] sistema de normas coordenadas e interrelacionadas que se condicionam reciprocamente.” SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2. ed. São Paulo: RT, 1982. p. 156 e 37.

direitos individuais, numa formulação simplista identificada ao liberalismo, enfatizando o plano jurídico e a sua proeminência sobre o político.

Impõe-se a necessidade de agregar ao sentido jurídico de Constituição os planos sociológico e político. Precursor do entendimento sociológico foi LASSALLE, no século XVIII, ao revelar os fatores reais de poder subjacentes à ordem constitucional.⁷⁶ Da importância das decisões políticas na realidade constitucional dá conta Carl SCHMITT, para quem a esfera política se sobrepõe ao domínio normativo jurídico.⁷⁷ No plano filosófico, as reflexões dirigem-se ao *telos* da Constituição, que se imagina corresponder às finalidades e à razão de existir do próprio Estado. Com vistas a sobrepujar a unilateralidade de qualquer das concepções, fala-se da busca da Constituição *total*, “[...] que a considere no seu aspecto normativo, não como norma pura, mas como norma em conexão com a realidade social, que lhe dá o conteúdo fático e o sentido axiológico.”⁷⁸

Ora, esse alargamento do conceito de Constituição requer identicamente uma nova noção de sistema constitucional, que reflita a profunda complexidade e complementariedade dos aspectos multifaces contidos no vértice do sistema jurídico. Figuradamente, o sistema constitucional deixa de ser entendido no sentido planimétrico para apresentar-se em múltiplas dimensões, das quais se quer uma cosmovisão.

A unidade de sentido do sistema constitucional exige, então, uma perspectiva integradora: da Constituição normativa e da Constituição viva, real, segundo BONAVIDES⁷⁹; que leve em conta a conexão do nível normativo com a própria realidade constitucional, enquanto experiência vivida e concreta da comunidade, para FERRAZ JR.⁸⁰

⁷⁶ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988. (*passim*)

⁷⁷ Conf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 104.

⁷⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 41.

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 98.

⁸⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Interpretação e estudos da constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990. p. 60.

De outra parte, abrem-se possibilidades de um adensamento maior dessa temática mediante a teoria material da Constituição. A compreensão *material* da Constituição não se liga à antiga e infecunda discussão em torno dos conceitos de Constituição em sentido formal e em sentido material, originada da idéia de que há matérias (conteúdos de normas) essencialmente ou substancialmente constitucionais, tais as que regulam a estrutura fundamental do Estado, - constem ou não do documento constitucional -, ao passo que outras normas, por não se referirem àquelas matérias constitucionais “por natureza”, “só são constitucionais em razão do documento a que aderem”⁸¹, a Constituição rígida.

A nova acepção de Constituição material, desenvolvida notadamente pelos juristas antiformalistas alemães, funda-se no seu conteúdo substancial, no núcleo significativo das normas constitucionais, não pela sua forma, mas enquanto tessitura refletiva de toda a infra-estrutura teleológica e axiológica.⁸²

Revelando a Constituição dessa forma, a teoria material capta igualmente o seu sentido histórico e prospectivo. Não é a Constituição apenas um instantâneo da sociedade que é, mas o conjunto de valorações e ideologias nela albergados contém uma direção que se projeta no tempo. A idéia de finalidade implica a de processo; a Constituição orienta-se ao devir. É *dirigente*.⁸³

⁸¹ SILVA, José Afonso da. *Normas constitucionais*. In: **A norma jurídica**. FERRAZ JR., Tercio Sampaio *et alii*. Coord. Sergio Ferraz. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. p. 39.

⁸² “Aqueles direções (dos juristas inconformados com o positivismo lógico) estavam volvidas para o conteúdo e a matéria dos preceitos normativos, de preferência à forma e às categorias. Relativamente à Constituição, pretendiam em primeiro lugar fixar-lhe o sentido, o fim, os princípios políticos, as teses ideológicas que a animavam, a realidade social última, verdadeira, substancial, que ela exprimia, enfim, aquele conjunto de valores, idéias e fatos sempre inafastáveis, na sua dimensão histórica e vital, capazes de fazê-la a um tempo consciência da Sociedade e expressão de um projeto dinâmico e prospectivo.” BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 100. Para o mesmo Autor, antes das obras dos constitucionalistas alemães, a teoria material da Constituição já estava implícita no método de interpretação construtiva da Constituição dos Estados Unidos. *Ib.* p. 102.

⁸³ Isto é, estabelece fins, tarefas e objetivos para o Estado e para a sociedade, não só para o legislador ou o Estado. Esse é o sentido que empresta ao qualificativo “dirigente” CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A teoria constitucional e o direito alternativo** (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: ADV Seleções Jurídicas. COAD. Jan/1994. p. 47. Observe-se que “Constituição dirigente”, nas próprias palavras de CANOTILHO, formulador da expressão, não é um conceito absoluto o universal. O próprio Mestre o redefiniu, introduzindo-lhe “reparos teóricos”, reafirmando, embora, a positividade dos princípios de direito material que consubstanciam os direitos fundamentais. Nesse sentido, permanece a “vinculação do legislador”, mas o dirigismo constitucional na dimensão em que foi originariamente concebido acabou, isto é as Constituições Dirigentes

É o momento de utilizar uma outra categoria da estrutura sistêmica. Há duas formas de conceber o sistema. Fechado e completo é o sistema jurídico à maneira de KELSEN: tudo o que não é juridicamente prescrito ou proibido é permitido e assim todas as condutas são deonticamente reguladas. É o sistema jurídico aberto e incompleto, na visão de Emil LASK⁸⁴: a realidade jurídica, por ser complexa e pluridimensional, revela uma estrutura necessariamente aberta, de uma historicidade imanente. A complexidade e dinamicidade determinam a abertura do sistema jurídico, que não é estanque nem estático.

Na teoria material da Constituição, o sistema constitucional, então, é aberto, pronto a receber novos dados e com eles interagir. Desse modo encontra-se o sistema constitucional em CANOTILHO, compreendendo a Constituição como “ordem jurídica fundamental, material e aberta de uma comunidade”⁸⁵, especialmente no Estado Democrático, onde sua “força normativa” depende de sua aptidão para admitir propostas variadas de concretização, depende, enfim, de sua abertura.

E ainda, para aquele Autor, em outra dimensão caracteriza-se a abertura do sistema constitucional: pela existência de duas categorias normativas constitucionais, os princípios e as regras.⁸⁶ Mas a sua compreensão da Constituição como “sistema aberto de regras e princípios” nem de longe se reconduz à sistemática lógico-formal. Com efeito, a menção aos princípios como fundamento das regras não significa que os princípios tenham a simples função de peças estruturantes exigidas por qualquer sistema, em abstrato.

enfrentam “os problemas que se opõe a elas no curso do tempo”, os “sujeitos históricos” são outros, é o momento de ouvir mais a voz democrática que pode ou não identificar-se com os valores agasalhados no nascedouro de uma Constituição vigente, ou melhor, com a *forma* constitucionalmente prevista de realizar ditos valores, e isto, notadamente, no que se refere às políticas públicas. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 14-33, *passim*.

⁸⁴ Conf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Conceito de sistema no direito**. p. 38.

⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 89.

⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 174.

Ao contrário, iluminam-se e materializam-se os princípios em face da sua superioridade qualitativa, axiológica, diante das regras, e também de sua multifuncionalidade no sistema. Entre as funções dos princípios constitucionais destaca-se, precisamente, a integrativa. São eles que permitem a “oxigenação do sistema” ou lhe permitem “respirar, legitimar, enraizar e caminhar”.⁸⁷ Como se vê, a própria noção de *sistema jurídico*⁸⁸ recebe do Direito Constitucional um notável e vivificante contributo.

1.4.2 Interpretação constitucional sistemática

Afirma-se que uma das tarefas da Ciência do Direito é estabelecer as conexões sistemáticas entre as normas. Como já referido, a sistematização dos dados é, propriamente, o *discurso segundo a ciência*. As normas de Direito não têm existência (vigência) isoladamente, antes se inserem num conjunto harmônico e interdependente, do qual retiram seu pleno significado. Por isso uma das mais elementares regras de hermenêutica jurídica recomenda a leitura do texto normativo integral.

Como acima foi referido, entre as técnicas tradicionais de interpretação do Direito avulta em importância a sistemática, que determina o confronto do sentido inicialmente fixado através da exegese da norma jurídica em particular com as demais normas do sistema, a partir das integrantes do instituto jurídico a que pertence a norma analisada, indo até as normas do conjunto global, -

⁸⁷ “A respiração obtém-se através da ‘textura aberta’ dos princípios; a legitimidade entrevê-se na idéia de os princípios consagrarem valores (liberdade, democracia, dignidade), fundamentadores da ordem jurídica; o enraizamento perscrute-se na referência sociológica dos princípios a valores, programas, funções e pessoas; a capacidade de caminhar obtém-se através de instrumentos processuais e procedimentos adequados, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da Constituição.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 176.

⁸⁸ “[...] é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica, [...], traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 171.

o sistema -, num processo de concatenação, de forma a compatibilizar “o sentido da lei ao espírito do sistema”.⁸⁹

Procedendo sistematicamente, o intérprete procura preservar as propriedades do sistema, especialmente sua unidade e coerência. A busca de apoio do significado de uma norma nas demais conduz à revelação de uma fonte comum de emanção; outrossim, constatada a incompatibilidade entre a norma interpretanda e o sistema, exige-se a reformulação do sentido inicialmente fixado ou até a negação de sua validade (existência).

Em virtude do postulado da unidade do ordenamento jurídico, que pressupõe derivação⁹⁰ de todas as normas, em última etapa, da Constituição, é evidente que a interpretação das normas constitucionais é condição primordial para uma ótima compreensão de qualquer preceito jurídico.⁹¹

De outro lado, verificou-se que a Constituição mesma configura um sistema, quer se a entenda do ângulo lógico-formal assente na estrutura de seus elementos normativos, quer se leve em consideração a complexidade inerente a uma teoria constitucional material. Assim, em princípio, o método sistemático clássico tem aplicação ao Direito Constitucional. Como acentua BONAVIDES, a rigor não se distingue a Interpretação Constitucional da interpretação das demais normas, que todas são, em essência, normas jurídicas, exceto quando se tem em mente as peculiaridades das regras básicas, por exemplo, seu caráter político.⁹²

⁸⁹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. p. 234.

⁹⁰ “[...] a subordinação e a conexão das normas do ordenamento num todo que culmina (e principia) pela primeira norma-origem do sistema, a constituição.” FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. p. 262.

⁹¹ No dizer de CANOTILHO, têm os preceitos constitucionais a função de “determinante heterônoma” das normas inferiores. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 210.

⁹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 129-130. Assim também: “Sob o ponto de vista teórico-político a interpretação das normas constitucionais deve ter em conta a especificidade resultante do fato de a Constituição ser um estatuto jurídico do político.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Curso de direito constitucional**. p. 209. “[...] as normas constitucionais apresentam determinadas especificidades que as singularizam, dentre as quais é possível destacar: a) a superioridade jurídica; b) a natureza da linguagem; c) o conteúdo específico; d) o caráter político.” BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no*

Dessas peculiaridades ocupa-se FERRAZ JR., ao relevar o fato de que, se as regras usuais de interpretação puderam aplicar-se às Constituições, graças à sua formalização, a partir do século XIX, não se pode ignorar que a norma constitucional “contém elementos jurídicos que a diferenciam das demais normas, características da qual um normativismo rigorosamente positivista, supostamente neutro e acríptico, não chega a dar conta.”⁹³

Para citar apenas uma classificação, mencione-se as categorias normativas constitucionais distinguidas por José AFONSO DA SILVA⁹⁴, segundo sua natureza, função ou finalidade: normas constitucionais orgânicas, limitativas, sócio-ideológicas, de estabilização constitucional e de aplicabilidade, cada qual com o respectivo âmbito de pré-significação.

Isso não obstante, tem a Constituição um “articulado de sentido”⁹⁵, semelhante ao do ordenamento jurídico global: daí que a idéia de sistema projeta-se e constitui um pressuposto necessário dos métodos modernos desenvolvidos pela Hermenêutica Constitucional, menos para o método tópico-problemático puro.

Um dos primeiros condicionamentos que o sistema constitucional exerce na interpretação está na identidade e feição própria que cada Constituição, em particular, apresenta, emergente da conformação que lhe empresta a soma ou integração dos princípios fundamentais nela inseridos.⁹⁶ A unidade da Constituição postula uma unidade de sentido, como se um vetor em específico a presidisse. Isso autoriza dizer-se, por exemplo, “Constituição democrática”, onde o qualificativo designa sua essência e a orienta por inteiro.

Direito brasileiro. In: _____. (org). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 358-359.

⁹³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Interpretação e estudos da constituição de 1988**. p. 11.

⁹⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. p. 157.

⁹⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Interpretação e estudos da constituição de 1988**. p. 59.

⁹⁶ “Vinculada ao conceito de sistema, cada Constituição adquire, por conseguinte, um certo perfil ou caráter individual, traço peculiar que o intérprete não deve menosprezar, do contrário jamais logrará penetrar o verdadeiro ‘espírito da Constituição’, cujo reconhecimento é indispensável para que ele possa inferir o sentido essencial das normas fundamentais.” BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 130.

Todavia, quando se encarece a irremissível presença do sistema constitucional como pré-compreensão para a interpretação das normas fundamentais, tem-se já como superada a concepção sistêmica do positivismo normativista, que determinava a consideração do ordenamento constitucional em abstrato.

A insuficiência da interpretação sistemática nos moldes clássicos, já manifestada mesmo no âmbito do Direito privado, onde teve origem, torna-se patente na Interpretação Constitucional. A Constituição, como o demonstra a teoria material, é infensa a uma redução a termos estritamente lógico-normativos, dada a riqueza do seu conteúdo e o excepcional horizonte de significações ideológicas, sociológicas e políticas que ela consubstancia.

Não servem mais para a Interpretação Constitucional os esquemas de pensamento axiomático-dedutivo, não é mais possível sustentar a neutralidade dos operadores do Direito frente às exigências de uma interpretação justa, mormente no que respeita aos problemas que requerem resposta constitucional. Assim, a teoria material da Constituição oferece o que Bonavides denomina “sistema constitucional axiológico-teleológico”⁹⁷; o sistema não repousa em axiomas destituídos de estimativa, mas nos valores-fins que se expressam no conteúdo material das normas constitucionais.

Observe-se que na expressão “sistema axiológico-teleológico”, por oposição a “sistema axiomático-dedutivo”, encontra-se encoberto o termo “dedutivo”. A metódica é ainda comum: a dedução. Num caso, a partir de premissas encorpadas de sentido; noutro, diante de pressupostos axiomáticos de caráter lógico, cujo conteúdo é vedado ao intérprete valorar e explorar. Mas, em ambos, está subentendida a positividade do Direito, irrecusável para as duas concepções de sistema, formalista e antiformalista.

Além disso, reforça a necessidade de abandono da exegese constitucional lógico-formal, dirigida pelos métodos clássicos, a transição do Estado Liberal para o Estado Social. No território do liberalismo o ideal hermenêutico é a objetividade, suposta a racionalidade da norma jurídica, inclusive a constitucional,

⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 136.

bem assim a pertinência da Constituição ao Estado, como figura distinta da Sociedade.⁹⁸

Explica FERRAZ JR. que, no âmbito da Constituição do Estado Liberal, os procedimentos hermenêuticos tradicionais funcionam como “interpretação de bloqueio”, sob o primado do princípio da legalidade, com vistas à certeza e à segurança do Direito. Porém, com a emergência do Estado Social, as aspirações sociais exigem procedimentos que as legitimem em face da Constituição, isto é, uma “interpretação de legitimação”, favorecendo maior espaço para o intérprete, o que se justifica até para a própria realização constitucional.⁹⁹ Essa expectativa é que autorizou conceber a Constituição como um “sistema de valores”, cuja realização exige a mediação concretizadora do intérprete.

Em suma, as Constituições contemporâneas, “documentos normativos do Estado e da Sociedade”¹⁰⁰, deixam de configurar o Estado mínimo¹⁰¹ e indiferente aos conflitos sociais que hoje se refletem nas leis fundamentais.

De toda sorte, ainda que renovado e substanciado o conceito de sistema constitucional, mercê de sua dimensão valorativa, a concepção sistêmica continua a condicionar a interpretação, representando um marco de controle para a possível “perda ou erosão de normatividade”¹⁰² constitucional que a teoria material possa representar. Então, à vista da arbitrariedade a que eventualmente possam conduzir a interpretação condicionada pela abertura do sistema e a compreensão

⁹⁸ “Essa posição correspondia naquela época ao reconhecimento de um dualismo manifesto: o Estado e a Sociedade.” BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 465.

⁹⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Interpretação e estudos da constituição de 1988**. p. 12.

¹⁰⁰ “A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social [...] é o grande espaço, o grande *locus*, onde se opera a luta jurídico-política.” CLÊVE, Clêmeron Merlin. **A teoria constitucional e o direito alternativo**. p. 47.

¹⁰¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Interpretação e estudos da constituição de 1988**. p. 12.

¹⁰² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 136. BONAVIDES aponta outras ressalvas que nesse sentido se fazem à teoria material da Constituição, entre elas: a preponderância do conteúdo sobre a forma, que pode anular os elementos de certeza e segurança decorrentes da juridicidade formal; a possível dissolução da juridicidade no subjetivismo do intérprete (Ib. p. 137); o afrouxamento da normatividade sacrificada ao “espírito da Constituição”; “a politização absorvente de toda a Constituição” (Ib. p.138) ; a perda da função estabilizadora da Constituição (Ib. p. 485); a substituição do subjetivismo do intérprete pelo subjetivismo do sistema (Ib. p. 486).

material (valorativa) da Constituição, procura-se uma metódica jurídica orientada por regras.

A interpretação “constitucionalmente adequada” (ou “constitucionalmente justa”) exige ainda uma doutrina hermenêutica, a “utilização de determinados critérios (ou medidas) que se pretendem objetivos, transparentes e científicos”.¹⁰³

Constroem-se então os chamados “princípios de Interpretação Constitucional”, que não são princípios constitucionais intra-sistêmicos, não pertencem ao sistema intrínseco. Para uma ciência sistemática do Direito Constitucional seriam *regras* (seja permitido chamá-los assim, de um ângulo pragmático), regras estruturais desenvolvidas pelo sistema extrínseco¹⁰⁴, para assegurar que a interpretação não desbordará do seu legítimo espaço, ocasionando mutações constitucionais por via interpretativa.

Dentre os princípios de Interpretação Constitucional, - acerca dos quais em outro capítulo discorrer-se-á mais amplamente -, interessa, neste estágio, destacar: o princípio da *unidade da Constituição* - sobre ser um sistema e bem por isso, a Constituição, - presume-se -, não contém contradições; e o princípio da *concordância prática*, corolário do primeiro e também destinado à preservação da unidade da Constituição - a despeito de ser a Constituição um “sistema de valores”, é vedado ao intérprete (ou melhor, sujeito concretizante, que não há interpretação sem decisão de um problema concreto), estabelecer preferências valorativas.¹⁰⁵

Todas essas considerações demonstram, desde logo, não apenas a inadequação dos métodos de interpretação jurídica tradicionais ao Direito Constitucional¹⁰⁶, como também o denodo dos juristas em adaptá-los as exigências

¹⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 209.

¹⁰⁴ Para a conceituação dos sistemas intrínseco ou interno e extrínseco ou externo, conforme BONAVIDES, vide notas 36 e 39.

¹⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 226-228; HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 45-46.

¹⁰⁶ “É incontestável que as regras da interpretação de *Savigny* expressamente *não* foram formuladas para o Direito Público e o Direito Constitucional.” MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. p. 44.

interpretativas decorrentes da especificidade das normas do documento fundamental, sendo duvidoso que lograram transcender aqueles cânones que caracterizaram o positivismo legalista.

Dentre todas as razões para reformular, - senão repelir, por ineficazes -, os métodos hermenêuticos clássicos, algumas avultam. Apenas para exemplificar:

[...] a crise de um modelo de direito (preparado para o enfrentamento de conflitos interindividuais, o direito não tem condições de enfrentar/atender as demandas de uma sociedade repleta de conflitos supraindividuais) [...] ¹⁰⁷

A interpretação constitucional tradicional assenta-se em um modelo de regras, aplicáveis mediante subsunção, cabendo ao intérprete o papel de revelar o sentido das normas e fazê-las incidir no caso concreto. [...] A nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto. [...]

Enquanto forem indicadas como “métodos” da práxis e da ciência jurídicas somente regras da interpretação, a estrutura da realização prática do direito terá sido compreendida de forma equivocada. [...] Uma norma não é (apenas) carente de interpretação porque e à medida que ela é “destituída de clareza” – mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício). ¹⁰⁸

Despontam as tentativas de uma nova hermenêutica, com particular relevo, a revivescência da *tópica*.

¹⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo**. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Direito, Estado e Democracia: entre a (in)efetividade e o imaginário social. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006. p. 223. A essa questão refere-se também BRANDÃO, acentuando a falta de serventia de esquemas conceituais construídos no âmbito do Direito Processual Civil, - que tem o perfil e a finalidade de defesa de interesses interindividuais -, aos instrumentos de tutela de direitos que são considerados como inerentes à cidadania. BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais**: “novos” direitos e acesso à justiça. 2. ed. Florianópolis: OAB, 2006.

¹⁰⁸ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. p. 61-62.

CAPÍTULO 2

TÓPICA: PELA SUPERAÇÃO DA HERMENÊUTICA CLÁSSICA

2.1 TÓPICA ARISTOTÉLICA

Do *Corpus Aristotelicum*, - conjunto das obras conservadas de ARISTÓTELES (Estagira, Macedônia, 384-322 a.C.), reunidas no século I a.C. -, têm sido de grande interesse para o Direito o *Organon* (séries de tratados de lógica), a *Metafísica* (estudos de filosofia teórica), a *Ética* e a *Política* (estudos de filosofia prática) e a *Retórica* (sobre a arte da argumentação ou dialética).

O *Organon* é composto das partes denominadas: *Categorias* (que trata dos elementos do discurso e da eliminação das equívocidades resultantes do emprego de homônimos e sinônimos); *Sobre a Interpretação* (teoria do juízo e da proposição); *Tópicos* (exposição de um método de argumentação em geral, aplicável tanto às discussões práticas quanto a todos os setores do conhecimento); *Analíticos* (*Anteriores* e *Posteriores* ou *Primeiros* e *Segundos*, que se ocupam do raciocínio formal, - os silogismos demonstrativos – e da elaboração científica) e *Refutações Sofísticas* (complemento dos *Tópicos*, investigando os tipos de argumentos capciosos ou falaciosos, que induzem ao erro).

Esclarecendo os objetivos dos *Tópicos* (ou *Tópica*, como doravante serão designados), ARISTÓTELES classifica os raciocínios em *demonstrativos*, quando partem de premissas verdadeiras e primeiras, isto é, aqueles em que “estabelecidas certas coisas, outras coisas diferentes se deduzem necessariamente das primeiras”; *dialéticos*, quando partem de opiniões geralmente aceitas; *erísticos*, quando partem de opiniões que parecem ser geralmente aceitas, mas não o são realmente; e *paralogismos* ou falsos raciocínios, que partem de premissas falsas ou errôneas, ainda que peculiares a ciências específicas.¹⁰⁹

¹⁰⁹ ARISTÓTELES. *Tópicos*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 11-12. “Para comprender con una exactitud mayor en qué consiste la

Os raciocínios demonstrativos são próprios do conhecimento científico, que versa sobre coisas universais e necessárias, que não podem ser de outro modo. O que pode ser cientificamente conhecido é passível de demonstração, pois os princípios da ciência impõem a convicção de sua verdade por si mesmos.¹¹⁰

A Tópica não visa aos primeiros, mas ao raciocínio dialético, procurando um método pelo qual, partindo de proposições opinativas, seja possível formar silogismos sobre todo e qualquer problema, evitando as contradições, para sustentar um discurso formando conclusões corretamente.¹¹¹ Entretanto, ARISTÓTELES adverte que nem todo problema pode ser apresentado como dialético. Não se converte em problema aquilo que é evidente (a que se chega pela demonstração); tampouco aquilo que ninguém admite (a evidência negativa).¹¹²

Em suma, o raciocínio dialético destina-se às questões que envolvem conflito de opiniões, porque nestas há argumentos convincentes a favor ou contra, segundo os diferentes ângulos, aspectos ou pontos de vista que sustentam aquelas opiniões divergentes. Os tópicos (*topoi*) são precisamente os pontos de vista, “os lugares que ajudam a encontrar as soluções dialéticas”.¹¹³

À primeira vista, tal forma de raciocínio parece frágil e imprecisa, porque para a razão moderna o critério de verdade está adstrito aos procedimentos lógico-formais, da lógica dita *apodítica*. Assim designava ARISTÓTELES as conclusões derivadas de proposições universais, das premissas verdadeiras e primeiras: conclusões apodíticas, próprias do conhecimento científico.

Todavia, relevando a essência do pensamento tópico, VIEHWEG mostra tratar-se de técnica profundamente ordenada e fundamentada

tópica es preciso acudir a Aristóteles, que fué quien le dio este nombre. VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. Trad. Luiz Díez-Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1964. p. 33.

¹¹⁰ ARISTÓTELES. **Tópicos**. p. 11; **Ética a Nicômaco**. p. 344-345.

¹¹¹ Assim interpreta os objetivos da Tópica: VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. p. 35.

¹¹² “Um problema de dialética é um tema de investigação que contribui para a escolha ou rejeição de alguma coisa, ou ainda para a verdade e o conhecimento, e isso quer por si mesmo, quer como ajuda para a solução de algum outro problema do mesmo tipo.” ARISTÓTELES. **Tópicos**. p. 18-19.

¹¹³ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. p. 38.

nos conceitos da filosofia aristotélica¹¹⁴, especialmente nas *categorias*, os modos ou maneiras de conhecer algo. Só então se apresenta o aspecto prático da tópica, a classificação dos *topoi* (que não é exaustiva nem sistemática), aplicáveis, em princípio, à discussão de todos os problemas pensáveis.

Não apenas na Tópica, mas também na Ética a Nicômaco ARISTÓTELES sugere que cada campo do conhecimento comporta *a sua verdade*, ou um grau de exatidão adequado às suas peculiaridades.¹¹⁵ Se na Tópica revela-se a procura de racionalizar de maneira diversa da ciência apodítica aqueles setores infensos à lógica dedutiva, em virtude de estarem localizados nos domínios do contingente, do variável (por isso neles têm cabimento as opiniões), em especial nas questões éticas o filósofo mostrará como apropriada aquela forma de raciocínio.¹¹⁶

A digressão dessa *técnica do pensamento problemático*¹¹⁷ para a distinção entre os gêneros do conhecimento (*logos*), será útil para propor-se a questão da aceitação do raciocínio não-axiomático à Interpretação Constitucional e investigar as suas condições e limites de aplicabilidade. Para os efeitos deste estudo, neste estágio é suficiente enfatizar a posição da tópica como procedimento oposto ao método axiomático; enquanto este opera através de deduções lógicas, a partir de proposições fundamentais indiscutíveis, aquela parte de um caso particular em direção às noções que permitem chegar a uma solução: os *topoi*.¹¹⁸

¹¹⁴ VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. p. 36-39.

¹¹⁵ “Para os fins da filosofia, devemos tratar dessas coisas de acordo com a sua verdade, mas para a dialética basta que tenhamos em vista a opinião geral.” ARISTÓTELES, *Tópicos*. p. 22; “Nossa discussão será adequada se tiver tanta clareza quanto comporta o assunto, pois não se deve exigir a precisão em todos os raciocínios por igual [...]”. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. p. 250, 268 e 321.

¹¹⁶ Trata-se de restaurar o valor da *opinião* e da *discutibilidade*, livrando-as da mera arbitrariedade e da irracionalidade. Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. p. 297.

¹¹⁷ VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. p. 49.

¹¹⁸ “Quer dizer, a tópica é a arte de pesquisa dos ‘*topoi*’. Mas estas idéias diretoras não são verdades unívocas e válidas ‘*a priori*’; seu sentido e sua extensão são, ao contrário, eles mesmos problemáticos. É porque sua aplicabilidade no caso litigioso e sua significação para a solução são discutíveis até que a decisão apareça no fim do litígio.” (tradução livre) KASER, Max. *Sur la méthode des jurisconsultes romains*. Trad. M. Joseph Modrzejewski. In: Romanitas. São Paulo: Sociedade Brasileira de Romanistas. Publicação comemorativa do 1750º aniversário da *Constitutio Antoniniana*, 1962. p. 109.

A herança desse peculiar modo de pensar *por problemas* se fez sentir, desde logo, em Roma.

2.2 TÓPICA JURÍDICA

2.2.1 O tópico Direito romano

O maior exemplo da preferência por esquemas e diretrizes de compreensão do Direito de caráter problemático ou tópico, ao invés da utilização de deduções lógicas e sistemáticas, foi o dos romanos.

Em afamado ensaio, Max KASER, da Universidade de Hamburgo, analisando a *Tópica e Jurisprudência* de VIEHWEG¹¹⁹, concorda em que o tópico, como procedimento intuitivo e empírico, que parte de um caso particular e progride em direção aos argumentos, é característico do pensamento jurídico dos romanos.¹²⁰ Alargando, entretanto, o quadro dessa questão, faz duas observações às conclusões daquele Autor.

Em primeiro lugar, aponta que o método jurídico que utiliza o tópico não dispensa o pensamento dedutivo, isto é, as premissas são encontradas por via indutiva, mas sua aplicação ao caso particular opera por meio de dedução lógica.¹²¹ Em segundo lugar, não são de subestimar os elementos de sistematização que aparecem ao lado do tópico numa ordem jurídica fundada sobre a casuística.

Mesmo nas ordens jurídicas concebidas como soma de soluções de casos em espécie (o Direito romano, no passado; os Direitos inglês e anglo-americano, contemporâneos), aqueles elementos aparecem no sistema

¹¹⁹ KASER, Max. *Sur la méthode des jurisconsultes romains*. p. 110.

¹²⁰ “El jurista romano plantea un problema y trata de encontrar argumentos. Se ve, por ello, precisado a desarrollar una técnica adecuada. Presupone irreflexivamente un nexo que no intenta demostrar, pero dentro del cual se mueve. Es la postura fundamental de la tónica.” VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. p. 71.

¹²¹ “O tópico procura então as premissas na medida onde estas não são dedutíveis em si mesmas; depois, em sentido inverso, a lógica as utiliza sob a forma de silogismos.” (tradução livre) KASER, Max. *Sur la méthode des jurisconsultes romains*. p. 110.

externo, quando as proposições e as noções que fundamentam a casuística são provadas por via dedutiva.

De qualquer sorte, KASER admite que para o jurista romano a casuística encontrava-se sempre no primeiro plano, representando as *regulae* (como as contidas na parte final do Digesto, nas quais VIEHWEG reconhece o caráter de *topoi*), simples sub-produtos e não fontes autônomas de conhecimento do Direito¹²²; as regras apenas refletiam o Direito tal como ele se manifestava nas soluções dos casos particulares, como enunciações resumidas.

Manifestaram mesmo os juristas romanos certo ceticismo quanto ao modelo de elaboração de regras gerais, como o demonstra a frase de Paulo: *non est regula ius sumatur, sed ex iure quod est, regula fiat*, isto é, o Direito não provém da regra, mas é do Direito tal qual é, como experiência e realidade vivida, que se faz a regra. Para KASER, esta reserva com relação às regras, ou, no mínimo, a aversão contra o abuso, compatibiliza-se com a existência de longas séries de regras gerais no Direito romano e com o seu uso para fins de justificações dogmáticas, visto que, evidentemente, conquanto numerosas, as regras não esgotavam toda a substância daquele Direito.¹²³

Além disso, os argumentos que os juristas utilizavam para chegar racionalmente às decisões dos casos só estavam contidos escassamente nas regras, pois em ocasiões muito mais numerosas os juristas achavam suas soluções nas circunstâncias mesmas do problema, ou nos casos vizinhos com o mesmo caráter específico, invocando casos paralelos (por analogia) ou opostos

¹²² “[...] todas essas proposições (regras e princípios gerais), não têm ‘a priori’ um valor dogmático [...]; elas só têm um valor empírico como proposições que constatavam somente fatos passados, a saber, que um acordo sobre o seu conteúdo fora alcançado entre os juristas e que, por conseqüência, não subsistia nenhuma controvérsia.” (tradução livre) KASER, Max. **Sur la méthode des jurisconsultes romains**. p. 120.

¹²³ No mesmo sentido: “A jurisprudência antiga (apesar do caráter rigoroso da interpretação literal), com efeito, não se cingia a explicar o conteúdo da lei, interpretava-a segundo *queria* fazê-lo; e submetendo-se aparentemente à lei, colocava-se, na realidade, fora dela. Mais de uma de suas explicações desmentiam o texto e o sentido da lei, não se podendo ocultar que em muitas circunstâncias zombava de seus termos. [...] A *exatidão* da interpretação quer dos termos, quer do pensamento do legislador, não era a única decisiva para que se adotasse, ou se repelisse, desde logo, a sua conveniência; o verdadeiro *criterium* era a oportunidade prática. [...] à medida que variavam as necessidades, mudava com elas a interpretação.” JHERING, Rudolf von. **O espírito do direito romano**. Vol. III. p. 30.

(argumentando *a contrario*). O mais importante era justificar a racionalidade da solução do ponto visto prático, mostrando que ela resultou das circunstâncias da causa.

Nem mesmo nas chamadas *figuras jurídicas*, - os tipos resultantes da elaboração jurisprudencial dos fatos que ocasionavam conseqüências jurídicas -, é possível identificar um tratamento sistemático. A dialética de PLATÃO, com o estudo dos *genera* e *species* (diferenciação segundo as particularidades e síntese segundo os caracteres comuns), teria contribuído, no período republicano, para a obtenção de critérios distintivos dos conceitos, mas a articulação das noções jurídicas em gêneros e espécies só resultou em noções isoladas, por exemplo: *tutela, furtum, possessio*.¹²⁴

Da mesma forma, como já havia notado VIEHWEG, o chamado *sistema de Quintus Mucius*, que tem sido entendido como um tratado do *ius civile* e o primeiro a apresentar classificações gerais, e também o posterior *sistema de Sabinos*, não seguem um princípio sistemático e sim fazem a junção, lado a lado, de modelos vizinhos, “ilhas de sistematização no mar dos fenômenos ainda não organizados”.¹²⁵

Finalmente, observa KASER que também nos juristas de tendência escolar, - cujas preocupações didáticas deveriam instigar à sistematização por exigências de método de ensino e estudo -, preponderou o tratamento casuístico das matérias, ainda que habilmente agrupadas. É o que atestam as *Institutas* de Gaio (onde a divisão de assuntos, feita embora sob pontos de vista jurídicos, utiliza critérios extraídos da gramática).¹²⁶

¹²⁴ KASER, Max. *Sur la méthode des jurisconsultes romains*. p. 116.

¹²⁵ KASER, Max. *Sur le méthode des jurisconsultes romains*. p. 117. “[...] o ‘sistema muciano’ ou o ‘sistema sabiniano’, relativos respectivamente a Quinto Múcio Scevola e Masúrio Sabino – só se justifica em virtude do fato de que desde o último século da república, os juristas romanos principiaram a pôr ordem em suas elaborações, a operar reagrupamentos e a estabelecer nexos entre as várias espécies, enquadrando a solução de questões isoladas em princípios mais ou menos gerais.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 110.

¹²⁶ “Assim, mesmo no termo de sua história na Antigüidade, o direito romano pára numa etapa ainda imperfeita da sistematização externa; mas lembremos que os romanos estabeleceram muito cedo a coerência interna entre as múltiplas figuras jurídicas que impulsionaram a um grande grau de perfeição. Os diversos princípios e noções acham-se coordenados com cuidado sempre crescente, de maneira a não deixar lugar às contradições nem às lacunas. Mas não se desenvolveu além dos

Por tudo isso, conclui o Mestre de Hamburgo que os romanos conservaram, até o fim da Antigüidade, notas casuísticas¹²⁷ dominantes na sua ordem jurídica, favorecendo a utilização da tópica seja como procedimento conduzindo ao conhecimento do Direito, seja, e principalmente, como práxis: técnica tendente a achar argumentos necessários ao processo, quando as várias idéias contraditórias exigem a eliminação das controvérsias pela comparação valorativa das premissas.

A prudência romana (então chamada de *ars*, com o sentido de interferência planejada do homem na realidade), significava ou era representada pelo confronto de opiniões, proposições e idéias contrapostas, permitindo chegar à decisão justa, o que corresponde praticamente ao que ARISTÓTELES chamava de dialética. Mostra-se, nos *responsa*¹²⁸, que o pensamento prudencial dos romanos era semelhante à argumentação dialética.¹²⁹ Isso indica, ainda, que o saber jurídico, tanto na Grécia como em Roma, se bem que não teórico, não estava afastado do critério de verdade, ao menos do verdadeiro no grau possível de exatidão que se pode esperar desse conhecimento singular.

Verificar os rumos da tópica seja de matriz aristotélica ou ciceroniana¹³⁰ no pensamento jurídico dos séculos que se seguiram excede os limites desta pesquisa. Destaca-se, pelo menos, a continuidade do pensamento tópico entre os glosadores medievais, dada a vinculação entre Jurisprudência e a

germens de sistematização interna; o que falta ainda são as noções gerais sobre as quais seria impossível erigir uma construção comparável àquela contida na '*Parte Geral*' da doutrina pandectista moderna." (tradução livre) KASER, Max. **Sur la méthode des jurisconsultes romains**. p. 119.

¹²⁷ Advirta-se que, segundo JHERING, é um equívoco imaginar que a prática jurídica romana foi sempre exclusivamente casuística, pois, no Direito romano antigo, na época que se seguiu à fundação, predominou a *lex*, igualitária para todos, ainda que com sacrifício da justiça no caso particular. Só posteriormente veio a flexibilizar-se esse procedimento, surgindo a vigorosa casuística. JHERING, Rudolf von. **O espírito do direito romano**. Vol. III. p. 30.

¹²⁸ S. m. Respostas que os juristas romanos davam às consultas sobre questões jurídicas (daí o termo *jurisconsulto*).

¹²⁹ "A palavra jurisprudência liga-se, nesse sentido, àquilo que a filosofia grega chamava de *fronésis*." FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. p. 57.

¹³⁰ Inspirado por Aristóteles, Marco Túlio Cícero escreveu sua Tópica no ano de 44. a.C. Segundo VIEHWEG, essa obra é inferior à Tópica aristotélica, embora tenha logrado uma influência histórica maior. A tópica aristotélica forma uma teoria; a tópica ciceroniana traduz uma prática da argumentação. VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. p. 39.

retórica.¹³¹ Todavia, ressalta-se, desde logo, a extraordinária importância de ARISTÓTELES para o discurso jurídico atual. “Ao valorizar primordialmente a *inventio* e elencar diversos lugares da argumentação, nele vão-se apoiar os defensores e divulgadores do raciocínio tópico no Direito.”¹³²

Com efeito, em meados do século passado, a tópica (re)assume especial relevância no pensamento jurídico, com reflexos imediatos na Interpretação Constitucional, mediante o trabalho de Theodor VIEHWEG.

2.2.2 Viehweg – revivendo o antigo *logos*

Não obstante as ressalvas inicialmente feitas pelo romanista Max KASER à obra de VIEHWEG, negavelmente é à *Tópica e Jurisprudência*¹³³ que se devem as mais profundas investigações sobre o tema.¹³⁴

Como já visto, o aspecto metodológico foi sempre crucial para a ciência do direito. Antes de ser objeto de indagação do jusnaturalismo racionalista, a questão já houvera sido revelada por Giambattista VICO (Nápoles, 1668-1774) em suas obras *De nostri temporis studiorum ratione* (1708, item XI, Da jurisprudencia) e *La scienza nuova* (1725).

¹³¹ Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. p. 299.

¹³² PISTORI, Maria Helena Cruz. **Argumentação jurídica: da antiga retórica a nossos dias**. São Paulo: LTr, 2001. p. 54.

¹³³ Para uma exaustiva análise da obra de VIEHWEG, v. ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade**. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

¹³⁴ Entre as incontáveis referências exaltando a extraordinária importância desse livro: “Dentro desse contexto, onde o pensamento argumentativo é visto como o único adequado à solução de problemas de ordem prática, com muito mais eficiência do que as demonstrações lógico-formais, situa-se a teoria de Viehweg, cuja importância para a lógica do raciocínio jurídico é análoga à do sistema de Von Wright para a lógica das normas de direito.” COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 160. “[...] esa extraña seducción que solo da la armonía de una construcción en profundidad, el gozo emocional que va unido al equilibrio articulado de un conjunto edificado sobre elementos verdaderos [...]. Este libro es, desde luego, una verdadera obra de arte [...] uno de los más brillantes que personalmente conozco de la literatura de todos los tiempos [...]”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Prólogo*. In: VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. p. 12-13.

Especialmente a primeira é destacada por VIEHWEG, atribuindo a VICO¹³⁵ a demonstração da correspondência da tópica aristotélica à Jurisprudência. Pretende mesmo aquele autor ocupar-se do tema de VICO, com base nas *idéias-chave* que extrai daquela obra do pensador napolitano: os *métodos científicos* antigo (tópico, fundamentado no senso comum) e moderno (crítico, segundo o modo de pensar cartesiano).

VIEHWEG assinala, desde logo, as vantagens e desvantagens do novo método apontadas por VICO, que submete à razão matemática todos os campos do conhecimento:

Las ventajas del nuevo tipo de estudios consisten, según Vico, en la agudeza y en la precisión, siempre que el primum verum sea efectivamente un verum. Las desventajas, sin embargo, parecen predominar, pues produce pérdida de la penetración, marchitamiento de la fantasía y de la retentiva, pobreza del lenguaje e inmadurez de juicio, en resumen, una depravación de lo humano. Todo esto lo evita, según Vico, el viejo método retórico y especialmente su pieza medular, la tópica retórica, que proporciona penetración, despierta la fantasía e la retentiva y enseña a examinar un estado de cosas desde ángulos muy diferentes y, por tanto, a encontrar una trama de puntos de vista. Se tiene que intercalar, dice Vico, el viejo modo de pensar tópico en el nuevo, pues éste sin aquél no puede lograr una verdadera efectividad.¹³⁶

A partir daí, VIEHWEG examina as tópicas aristotélica e ciceroniana, indicando como o ponto mais importante dessa “técnica de pensamento” a orientação para o *problema*, isto é, uma situação concreta da vida

¹³⁵ “Com efeito, Vico realça, nesta sua aula, a importância da antiga prudência e do senso comum no trato dos assuntos que, não comportando uma redução a uma causa única, exigem que se conjecture sobre o maior número de causas possíveis para se chegar, através da verossimilhança, a uma explicação adequada destes campos da atividade humana. O Direito, para Vico, exige, por isso mesmo, o conhecimento do método antigo.” LAFER, Celso. Comentário a VICO, Giambattista. **De nostri temporis studiorum ratione** (Da jurisprudência). Trad. Mário Buti. In: **Textos clássicos de filosofia do direito**. Coord. Anacleto de Oliveira Faria. São Paulo: RT, 1981. p. 63.

¹³⁶ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. p. 27. “À razão cartesiana, Vico contrapõe o *engenho*, faculdade de descobrir o verossímil e o novo; à crítica, nova arte cartesiana fundada na razão, Vico contrapõe a *tópica*, arte que disciplina e dirige os procedimentos inventivos do engenho.” PRADO, Antonio Lázaro de Almeida Prado. Comentários a VICO, Giambattista. **Princípios de (uma) ciência nova**: (acerca da natureza comum das nações). Livro Primeiro: Do estabelecimento dos princípios. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 28-64.

real de agudeza tal que não ofereça um caminho indubitável para sua solução.¹³⁷ A essa situação “*acuciante e ineludible*” denomina *aporía*, um problema resolúvel mediante os dados ministrados pela tópica.

De forma mais esclarecedora:

*La descripción que VIEHWEG hace del ‘modo de pensar’ tópico en el Derecho tiene sus ejes principales en las nociones de ‘problema’ y ‘aporía’. Todo el edificio jurídico se explicaría en función de la necesidad de resolver problemas, casos concretos, pero a ello se suma, como circunstancia que confiere al trabajo jurídico su impronta particular y lo hace desembocar en la tópica, el hecho de que nunca encuentra con carácter definitivo, general e indiscutible la respuesta al interrogante que ante cada caso se plantea: qué sea lo justo aquí y ahora. Es lo que VIEHWEG llama la aporía fundamental de la disciplina jurídica.*¹³⁸

Ora bem, aqui se entende porque há um “ar de família”¹³⁹ entre a Jurisprudência e a tópica, porquanto este estilo de pensar manifesta-se naquela de vários modos: na interpretação do Direito, em que a estabilidade da ordem jurídica é garantida por esse estilo flexível (sendo os problemas pontos de partida impede-se o enrijecimento das normas interpretadas); na aplicação do Direito, dada a imperfeição do sistema jurídico, a exigir constantes extensões, reduções, comparações e sínteses; também na interpretação dos fatos há tópica, visto que a aplicação depende das diversas versões com que são apresentados; o uso da linguagem espontânea, que condiciona o jurista a pensar topicamente, em face de suas ambigüidades e vaguezas.¹⁴⁰

Essas considerações levam naturalmente à contraposição entre o pensamento jurídico sistemático (ou axiomático-dedutivo). Entretanto, VIEHWEG não descarta a “presença” do sistema jurídico e sua aptidão para a

¹³⁷ Como se viu no subtítulo 2.1, não constitui problema a situação que conduz a uma solução evidente, mediante demonstração. “Esse homem que precisa deliberar, e mais exatamente bem deliberar, não poderá fazê-lo sobre tudo, mas apenas sobre as coisas que dependem de nós, como expressamente lembra Aristóteles.” ROESSLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito**. p. 123.

¹³⁸ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Teorías de la tópica jurídica**. Madrid: Civitas, 1988. p. 361.

¹³⁹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Trad. Ernesto Garzón Valdés e Ruth Zimmerling. Barcelona: Gedisa, 1991. p. 163.

¹⁴⁰ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. p. 118-120.

solução de problemas. Antes coloca essa distinção como questão de ênfase ou preferência, de colocar “acento” em um ou outro modo de pensar uma questão jurídica.

No primeiro predomina a concepção do Direito como um todo, em que os pontos de partida estão previamente dados, de sorte que os problemas que neles não encontram solução estão descartados como falsas questões; no segundo, a tônica no problema induz à procura de pontos de vista (*topoi*). No pensar sistemático o sistema seleciona os problemas nele admissíveis; no pensar tópico, problemático ou aporético, o problema seleciona, em uma pluralidade de sistemas, aquele em que se ordenará.¹⁴¹

Para que fosse possível sistematizar integralmente a matéria jurídica, de sorte a fazer dispensável a tópica, seria necessário: axiomatizar rigorosamente todo o Direito; proibir a interpretação dentro do sistema (já que esta operação implica, necessariamente, em *invenção*) e estabelecer preceitos de interpretação exclusivamente calcados no sistema jurídico; admitir a denegação de decisões jurídicas (*non liquet*); e, ademais, a intervenção contínua do legislador, para possibilitar a solução de novos casos.¹⁴² Por óbvio que todas essas condições são inalcançáveis, por isso que:

[...] si es cierto que la tópica es la técnica del pensamiento problemático, la jurisprudencia, como técnica que está al servicio de una aporía, debe corresponder con los puntos esenciales de la tópica. Es preciso, por ello, descubrir en la tópica la estructura que conviene a la jurisprudencia. Intentaremos hacerlo estableciendo los tres siguientes presupuestos: 1. La estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema. 2. Las partes integrantes e la jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, tienen que quedar ligadas de un modo específico con el problema y sólo pueden ser comprendidas desde él. 3. Los conceptos e las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser

¹⁴¹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. p. 50-52. “Suponiendo que fuera correcto afirmar que nuestro pensamiento, que se ocupa del problema jurídico, no fuera presentable en un sistema deductivo, con ello no se habría dicho, naturalmente, que carezca de todo sistema, es decir, de todo contexto con sentido y tampoco que se pueda prescindir totalmente de la lógica deductiva, sino simplemente que el acento formal tendría que recaer sobre otra forma de la lógica, por ejemplo, una lógica reductiva.” VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. p. 39. “[...] aqui se trataria, portanto, de algo assim como um sistema aberto no qual o ponto de vista não é adotado de antemão [...]”. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 50.

¹⁴² VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. p. 122.

*utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema.*¹⁴³

Contudo, se a alusão inicial de VIEHWEG a VICO implica em recuperar um antigo estatuto epistemológico para a Jurisprudência, é de se indagar se o pensamento tópico constitui propriamente um método, ou ao menos, uma forma de pensar suscetível de subordinar-se e explicar-se segundo *um* ou o método científico. Se por *ciência* e seu *método* se entende a ciência moderna e seu método cartesiano, é evidente que a tópica com estes não se coaduna. VIEHWEG mesmo não caracteriza a tópica como método e sim como “estilo” de pensamento¹⁴⁴:

*La tópica ha prestado, [...] grandes servicios a la jurisprudencia, pero, como hemos visto también, hace que la jurisprudencia no pueda convertirse en un método, pues sólo puede llamarse método a un procedimiento que sea comparable por medio de una lógica rigurosa y cree un unívoco nexo de fundamentos, es decir, un sistema deductivo. La jurisprudencia [...] no es un método, sino un estilo, que tiene, como cualquier otro estilo, mucho de arbitrio amorfo y muy poco de comprobabilidad rigurosa. Con alguna aptitud se puede imitar y practicar. Puede incluso alcanzar, como actitud espiritual que se ejercita, un alto grado de perfección. Pero sólo el proyecto de un sistema deductivo puede hacer de este estilo un auténtico método.*¹⁴⁵

Para García AMADO, essa negativa deve-se à circunstância de que VIEHWEG se haveria prendido a uma noção estreita de método, derivada do positivismo e que já não tem prestígio.¹⁴⁶ Na mesma esteira e segundo o mesmo Autor, também na contraposição entre pensamento sistemático e pensamento tópico VIEHWEG teria em mente o método axiomático-dedutivo inerente à Jurisprudência

¹⁴³ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. p. 129.

¹⁴⁴ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. p. 49.

¹⁴⁵ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. p. 105.

¹⁴⁶ A crítica é forte: “No se ve cuál pueda ser la utilidad teórica o práctica de negar a la tópica la condición de método sin que, a cambio, se ofrezca una calificación alternativa de contornos claros.” GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Teorías de la tópica jurídica**. p.103.

dos Conceitos, método jurídico e concepção de Ciência do Direito de há muito superados.¹⁴⁷

CANARIS igualmente contradita VIEHWEG, sustentando a primazia da concepção sistemática do Direito e a não oposição entre os procedimentos de natureza tópica e o pensamento sistemático, que se complementam mutuamente. A tópica desempenha, para esse Autor, papel reduzido, mas significativo, na Ciência do Direito, em algumas circunstâncias: “sempre que faltem valorações jurídico-positivas suficientemente concretizadas”; em “certos casos de *lacunas da lei*, para cuja interpretação o Direito Positivo não compreenda valorações”¹⁴⁸ e “como processo adequado perante remissões legislativas para o ‘common sense’ e perante decisões de equidade”.¹⁴⁹

Apesar das inúmeras críticas que se lhe dirigem¹⁵⁰, a influência do resgate que VIEHWEG promoveu do pensamento tópico, problemático, é sentida nas novas propostas de lógica jurídica que se afastam da dedução, do silogismo, procurando outros processos de conhecimento que correspondam à vida real do direito: a lógica do concreto ou do razoável, de Recaséns SICHES, a lógica do provável, da argumentação ou da controvérsia, de Chaïm PERELMAN,

¹⁴⁷ “El resultado más inmediato de todo ello es que pierden en nitidez los perfiles de la doctrina tópica, al difuminarse el fondo sobre el que se proyectan, y que en muchas ocasiones la afirmación que de la tópica hace VIEHWEG frente a otros modelos de pensamiento jurídico se asemeja, en expresión de DIEDERICHSEN, a una lucha contra molinos de viento.” - “Ese carácter discutible, ‘opinable’, de todas las soluciones posibles es el terreno abonado para un modo de actuar o un método en sentido débil, como es de la tópica [...]”. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Teorías de la tópica jurídica**. p. 103 e 361.

¹⁴⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. p. 269-270. Reconhece, ainda, esse Autor, que a tópica joga “um papel bastante maior em sectores fortemente marcados por cláusulas gerais como o Direito constitucional”. *Ib.* p. 277.

¹⁴⁹ “Perante o pensamento sistemático, a tópica tem, assim, aqui, uma função complementadora inteiramente legítima a cumprir; pode-se mesmo dizer que, nesta questão, se exprime de novo a ‘polaridade’ dos valores jurídicos mais elevados: a tópica ordena-se na equidade, portanto na tendência individualizadora da justiça; ela representa o processo adequado para um problema singular formulado o mais estritamente possível ou uma argumentação de equidade, orientada para o caso concreto, na qual, no essencial, nenhum ponto de vista discutível se pode rejeitar liminarmente como inadmissível, tal como é típico do pensamento sistemático abstrato, apoiado na tendência generalizadora da justiça.” CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. p. 272.

¹⁵⁰ Exemplos: “[...] caráter esquemático e impreciso da obra fundadora de Viehweg”; “Praticamente todas as noções básicas da tópica são extremamente imprecisas e, inclusive, equívocas.” ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. p. 45 e 52.

tendências que correspondem à dialética, no sentido aristotélico, ou seja, uma lógica não demonstrativa, mas argumentativa, uma lógica da invenção, procurando os princípios a partir das opiniões, com um instrumento humano, a *phronesis*, na busca do que é “humanamente bom e justo”.¹⁵¹

Entre nós, acatando as observações de VIEHWEG quanto aos vários modos de irrupção da tópica no direito, explica FERRAZ JR.¹⁵² que o discurso jurídico, seja normativo, decisório ou científico, pretensamente dogmático, revela no fundo falta de rigor lógico, trai um estilo que na realidade é tópico, carregado de argumentações tópicas; a dogmática não consegue sustentar-se na lógica analítica e acaba caindo na retórica. Assim, o raciocínio jurídico próprio é o tópico, é sempre um pensar em função de problemas.¹⁵³

Notam-se, enfim, tentativas de repensar as bases da Jurisprudência em perspectiva aristotélica, considerando “que as demonstrações da ciência são apodíticas, axiomáticas, em oposição aos argumentos retóricos, que são dialéticos”¹⁵⁴ e concluem a partir de premissas que são aceitas em virtude de sua razoabilidade e verossimilhança.

A esse propósito é interessante a observação que alguns autores fazem, no sentido de que a aplicação ou preferência pela lógica formal à Ciência Jurídica pode ter sido o resultado de uma inversão de valores ou de um entendimento deturpado da obra de ARISTÓTELES, dando-se mais importância àquela parte chamada Analíticos, quando na realidade a forma peculiar do raciocínio jurídico estaria baseada na Tópica, onde não se contêm axiomas de demonstrações, mas os *topoi* de argumentação, os lugares comuns, fórmulas variáveis no tempo e no espaço, mas de forma persuasiva.¹⁵⁵

¹⁵¹ MONTORO, André Franco. **Estudos de filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 130-131.

¹⁵² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. p. 301.

¹⁵³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. p. 314-317.

¹⁵⁴ Citação das Refutações Sofísticas, de Aristóteles. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. p. 298.

¹⁵⁵ “Por razões históricas cujo processo tem início entre os discípulos do filósofo, após o seu desaparecimento, a silogística contida nas analíticas foi destacada e desenvolveu-se fora do contexto

Luiz Fernando COELHO observa, a esse respeito:

Esquecidos os juriconsultos das origens tópicas de sua ciência, insinuou-se nesta como que um sentimento de inferioridade, traduzido na aparente impossibilidade de acompanhar os progressos das ciências axiomáticas e na distância sempre crescente entre as tentativas de construção lógico-sistemática e as relações vitais a que se referiam.¹⁵⁶

Na mesma direção, TOULMIN entende que o processo histórico da progressiva redução do objeto da filosofia resultou no estreitamento do próprio conceito de racionalidade, com a proeminência dada aos argumentos formais e demonstrativos, propondo um retorno ao *logos* grego antigo, quando o conhecimento abrangia tanto a lógica como a retórica, admitindo, portanto, um conceito de racionalidade que compreende não só demonstração como razoabilidade.¹⁵⁷

Prosseguindo na análise daquele *logos* antigo e para a compreensão do caráter (necessariamente) argumentativo da tópica, é mister, previamente, esclarecer em que consiste aquela peculiar forma de conhecimento que permite a eleição dos tópicos adequados para a obtenção da solução justa, a *phronesis*.

da obra aristotélica, ficando praticamente esquecidos os seus estudos dedicados aos tópicos. Isso fez com que o modo de pensar típico do mundo ocidental ficasse impregnado da idéia de sistema e da necessidade de fundar todo o conhecimento científico em métodos analíticos e princípios apodícticos. Dessa maneira, o pensamento problemático e argumentativo, que fizera da retórica a mais nobre das artes no mundo antigo, ficou inteiramente superado.” COELHO, Luiz Fernando. **Introdução histórica à filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 77.

¹⁵⁶ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. p. 161.

¹⁵⁷ TOULMIN, Stephen. *A razão perdeu seu equilíbrio*. In: SANTOS, Boaventura de Souza. Org. **Conhecimento prudente para uma vida decente**: um discurso sobre as ciências revisitado. São Paulo: Cortez, 2004. p. 269 e ss. (O título do artigo significa que, a partir do século XVII, a racionalidade moderna perdeu a proporção que deve existir entre conhecimento teórico e conhecimento prático, entre as ações técnicas e suas conseqüências para a sociedade). Em interessante ensaio, REGNER examina a racionalidade científica tradicional “em ação”, tomando como caso exemplar a *Origem das espécies*, de Charles Darwin, mostrando que são menos nítidas do que se imagina as fronteiras da distinção entre os pares: argumentos retóricos/argumentos científicos, subjetivo/objetivo, verossímil/verdadeiro. Com efeito, na tese darwiniana, tida como científica nos padrões epistemológicos tradicionais, são encontráveis inúmeros argumentos retóricos, persuasivos, como o *diagrama*, a *metáfora* e a *analogia*, entre outros, muitos, aliás, formulados tal como Aristóteles os descreveu. REGNER, Anna Carolina. *Uma nova racionalidade para a ciência?* In: SANTOS, Boaventura de Souza. **Conhecimento prudente para uma vida decente**. p. 291-324.

Dado que as noções sobre essa questão, nas referências citadas, são algo ligeiras, - exceto em GADAMER -, optou-se por um exame mais detalhado, a partir de ARISTÓTELES.

2.3 PHRONESIS E SEU PAPEL NA HERMENÊUTICA CONCRETA

2.3.1 Ética e Direito – preliminar necessária

Na Grécia Antiga, Ética era o nome pelo qual se designava o conjunto de conhecimentos sobre as atividades do homem, no âmbito daquilo que não está na natureza, no sentido de que não faz parte da *physis*, do que é feito pelo homem, mediante o concurso de sua vontade, visando à realização do bem na convivência humana. A Ética estava contida nos domínios incomensuráveis da Filosofia, entendida esta como o conjunto de todos os conhecimentos que o homem pode alcançar, a maior de todas as *ciências*, isto é, a mais elevada de toda ordem de cognição humana.¹⁵⁸

Atualmente se faz distinção e mesmo oposição entre o conhecimento filosófico e o conhecimento científico, com o preconceito de que o primeiro não pode ser provado. Entretanto, naquela época, tanto era chamado ciência o conjunto de conhecimentos de biologia como a soma de todos os saberes particulares e ainda o conhecimento do geral, do universal, das totalidades, em busca do unitário. Por isso ARISTÓTELES diz, na sua *Metafísica*, que “a ciência do filósofo é a ciência do ser enquanto ser” e esta ciência difere das ciências particulares porque estas só tratam do ser sob determinado ponto de vista.¹⁵⁹

E o estudo do ser enquanto ser, a ontologia, em ARISTÓTELES, é a pesquisa da *essência* das coisas. As coisas são, isto é, existem; resta saber o *que* elas são. Todas as coisas têm uma *substância*, uma realidade, algo de que se pode predicar uma qualidade. Todavia, não basta dizer que tal coisa,

¹⁵⁸ Utiliza-se aqui o termo “ciência” para designar simplesmente conjunto de conhecimentos de uma ordem qualquer.

¹⁵⁹ Aristóteles classificou as ciências em *teóricas*, *práticas* e *políticas*, que se dirigem, respectivamente, ao saber em si e por si, à perfeição moral e ao saber para fazer.

ou seja, a substância tem este ou aquele predicado, porque alguns deles são *acidentes*, sem eles a coisa continuaria a ser o que é. Quer-se chegar à essência, que é a própria substância identificada por seus predicados necessários, indispensáveis à coisa, de tal sorte que se lhe faltasse um só ela deixaria de ser o que é. Atingindo essa definição, chega-se ao conhecimento do ser enquanto ser, da essência, que no fundo é a substância mesma, aquilo que é necessariamente o que é.¹⁶⁰

Passa-se, assim, do conhecimento sensível, da mera percepção da realidade através dos sentidos, para a essência da coisa, razão pela qual se diz que para ARISTÓTELES o conhecimento científico opera por conceitos. Esse nível de conhecimento é intelectual, requer, por abstração, retirar do objeto o seu conteúdo inteligível, que não é transcendente à coisa, como em PLATÃO, mas imanente a ela.

Mas, ainda não é só. ARISTÓTELES exige que o conhecimento da essência o seja *pelas causas*: *causa material*, aquilo de que é feita a coisa; *causa eficiente*, aquilo com que é feita; *causa formal*, aquilo que ela vai ser e *causa final*, aquilo para o que é feita. No estudo da Ética, como se verá, têm importância decisiva as causas formal e final, que em certa altura se confundem.

Agora, - seguindo a ontologia aristotélica -, pretende-se conhecer o agir ético, que difere das demais ações ou atividades humanas, - já no entendimento dos gregos -, para quem a própria palavra *ação* tinha um sentido de dignificação do homem. Era entendido por ação ou agir ou exercício de atividades do homem em conjunto com seus iguais, relações entre homens livres que se governam.

A ação, pois, é diferente do trabalho, agir difere de laborar, porque o labor é vinculado à necessidade, à produção de bens de consumo, exercida na casa, espaço onde o homem não tem liberdade, vivendo sob a pressão da necessidade. Ao contrário, a ação tem seu lugar na polis, onde o cidadão, liberto das necessidades, deixa de se preocupar com a sua subsistência, para dedicar-se à

¹⁶⁰ MORENTE, Manuel García. **Fundamentos de filosofia**: I. lições preliminares. Trad. Guilherme de la Cruz Coronado. 8. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1980. p. 97-99.

procura dos *bens de excelência*, que são as virtudes. Procura, enfim, a vida racional.¹⁶¹

Neste ponto é necessário perquirir o significado de “razão” ou “racionalidade” na filosofia aristotélica, que é diverso do sentido vulgar moderno, como dote natural, quase neutro, equiparado a raciocínio ou capacidade de pensar, assim como é diferente do sentido que “razão”, ou “racionalidade” tomaram com o cartesianismo, vinculado que foi com a lógica formal e as provas demonstrativas. Na cultura grega razão é igual a *logos*, que quer dizer relacionar, ligar as coisas entre si, estabelecer relações.

No sentido lógico, razão é, efetivamente, o pensamento correto, mas, no que tange às condutas humanas, diz respeito ao agir corretamente. É, assim, o princípio que preside a correção nas relações sociais; por conseguinte, racionalidade ética implica desde logo uma conduta voltada para o bem. Ser virtuoso é pré-requisito para a racionalidade. O ser racional dirige-se sempre para o bem.

O homem, por natureza, tende para a virtude, mas o seu desenvolvimento não pode ser deixado ao acaso, pois as vicissitudes podem sufocar essa inclinação. Assim, é preciso educar, treinar¹⁶² o homem para a vida virtuosa, para uma correta ação em sociedade. Isto só se consegue a partir do *ethos*, isto é, da observância dos costumes, dos usos, dos modos convenientes de viver institucionalizados na sociedade; em princípio, através do hábito e da imitação.¹⁶³

Ser virtuoso é algo que requer experiência de vida, disciplina das paixões e, principalmente, o exercício mesmo da virtude, porque só a pessoa virtuosa pode compreender porque a vida virtuosa é a melhor. Da mesma forma

¹⁶¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988. p. 27.

¹⁶² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e sociabilidade**. São Paulo: Loyola, 1993. p. 58-59.

¹⁶³ Como explica GÜNTHER: “Agir de modo moralmente correto em uma situação concreta pressupõe, nesse caso, a interpretação adequada de determinadas formas comunitárias de vida e de práticas ensaiadas. Phrónesis torna-se o conceito-chave dessa ética, o qual designa o fato de a concretização de conteúdos normativos ser efetuada de maneira atualizante, referindo-se às múltiplas *perístases* (circunstâncias) de uma situação de ação.” GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004. p. 267.

como o aprendizado de escultura permite identificar o que é excelente nessa arte, só a educação para a virtude permite identificar a vida boa.

Aqui se revela certa circularidade nessas considerações: o agir ético é condição para o conhecimento desse agir. Portanto, esse conhecimento pressupõe a prática do que se conhece. Como se explica isso, um conhecimento que se pretende racional, mas que pressupõe uma razão prévia? Em outras palavras: "Nesse caso, não se trata de empresa contraditória? Não busca a filosofia prática, precisamente, o que ela pressupõe como sua condição de possibilidade?"¹⁶⁴

De fato, para ARISTÓTELES, assim é: obtém-se o conhecimento pela prática, por uma experiência que se adquire aos poucos e depois se vai formulando compreensivamente. Pensa-se sobre a prática visando à perfeição, não necessariamente para mudar a prática, mas para melhorá-la, se necessário e possível.¹⁶⁵ Tem-se então um *saber moral*, um saber do eticamente positivo, mas que se confunde, em certa medida, com a *consciência moral*.¹⁶⁶ Entretanto, esse saber não pode ser fundado só na tradição, apenas na autoridade do *ethos*. É preciso passar para a compreensão ética, evoluir de uma vida acrítica, que não sabe o porquê do agir, não conhece ainda a essência da conduta.

Este é o *momento emancipatório*, liberatório, do homem, porque agora não se trata apenas de saber agir pelo hábito e pela imitação, mas de saber por que agir assim. Já não é só o *ethos* que legitima a ação, mas a razão é que é o critério da ação. Procura-se legitimar a práxis num contexto que está fora dela, procura-se o seu fundamento no conhecimento científico.¹⁶⁷

¹⁶⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e sociabilidade**. p. 63.

¹⁶⁵ "Aristóteles fué el primer pensador que se forjo al mismo tiempo que su filosofía un concepto de su propia posición en la historia; con ello fué el creador de un nuevo género de conciencia filosófica, más responsable e íntimamente complejo. Fué el inventor de la idea de desarrollo intelectual en el tiempo, y vió incluso en su propia obra el resultado de una evolución exclusivamente dependiente de su propia ley." JAEGER, Werner. **Aristóteles: bases para la historia de su desarrollo intelectual**. Trad. José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 11.

¹⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. p. 470.

¹⁶⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e sociabilidade**. p. 65.

E que espécie de conhecimento ou saber é esse? ARISTÓTELES mesmo se questiona: “o conhecimento científico é um juízo sobre coisas universais, necessárias”, que não podem ser de outro modo.

Assim, a sabedoria prática não poderia ser ciência, porque aquilo que se pode fazer pode ser feito de diferentes maneiras, depende da vontade. Não é também arte, porque arte é produzir e não agir; produzir tem uma finalidade diferente de si mesmo, e quanto ao agir, a boa ação é o seu próprio fim.¹⁶⁸

Revela-se uma preocupação epistemológica, metódica, a percepção de que o objeto de tal conhecimento difere muito dos demais:

As mesmas coisas não são verdadeiras tanto das ciências como das disposições de carácter [...] nas questões de conduta, o que é bom para nós não tem nenhuma fixidez. [...] Sendo essa a natureza da explicação geral, a dos casos particulares será mais carente de exatidão, pois não há preceito que abranja a todos os casos, mas as próprias pessoas atuantes devem considerar, em cada caso, o que é mais apropriado à ocasião. [...] Porque as mesmas coisas não são verdadeiras tanto das ciências e faculdades como das disposições de carácter.¹⁶⁹

Enfim, se existe um grau de exatidão para cada corpo de conhecimentos, ARISTÓTELES concede, portanto, que o *verdadeiro*, em Ética, tem

¹⁶⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. p. 268 e 321.

¹⁶⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. p. 344-345. “*Es en la ‘Ética Nicomaquea’ donde Aristóteles indica más claramente el camino por el que alcanzamos el conocimiento de estos principios y cómo debemos comportarnos en punto a la cuestión del método científico. Frente al ideal metódico de tratar los problemas éticos en una forma matemática, de la escuela platónica, dice que no debemos pedir exactitud matemática cuando no lo permite la naturaleza del objeto. Aristóteles piensa que es un signo de la verdadera cultura científica [...] el saber precisamente cuanto debemos exigir en cada dominio del conocimiento. En ética y política debemos contentarnos con una forma típica de descripción, y no debemos buscar conclusiones necesarias cuando sólo podemos esperar obtener un conocimiento de lo que acontece habitualmente o de lo que es habitualmente justo.*” JAEGER, Werner. *Aristóteles*. p. 535. “*Importa esclarecer, com efeito, que, em correspondência com a divisão do conhecimento em conhecimento do necessário e conhecimento do contingente, ARISTÓTELES distingue no Nus ou espírito duas faculdades: a faculdade científica e a faculdade calculadora ou opinativa. Ambas são faculdades intelectivas, ambas radicam no NUS, só as distinguindo a diversidade de objectos de que se ocupam. Assim, segundo o Estagirita, é a natureza do objecto que separa a ética e a política das ciências exactas. Compete ao homem educado conhecer em cada assunto qual é o seu método próprio, pois não devemos procurar a exatidão em todas as coisas da mesma maneira.*” MACHADO, J. Baptista. *Prefácio*. In: ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1965. p. XXII. “*A retórica de Aristóteles concilia e organiza os pares antitéticos sobre os quais disputavam Platão e os sofistas: verdadeiro-verossímil, epísteme-doxa.*” PISTORI, Maria Helena Cruz. **Argumentação jurídica**. p. 36.

uma estrutura diversa da verdade científica de outros campos. O conhecimento ético, o saber moral, difere do saber teórico, porque é um “saber para si”; difere da ciência, que se dirige a objetos imutáveis e de movimentos necessários; destaca-se da técnica porque esta se destina a produzir algo e o homem não pode produzir-se tal como produz coisas.

Contudo, - e é muito importante frisar isso -, não podemos distinguir o saber moral da técnica com o argumento de que esta aplica um conhecimento geral a situações concretas, porque a pessoa que deve tomar decisões morais também sabe *em geral*, o que é correto. Se assim fosse, no que respeita à ética jurídica, a aplicação das leis seria uma técnica, porquanto é aplicação do geral ao caso particular. Mas não, porque a generalidade da lei não abarca a todos os casos concretos.¹⁷⁰

ARISTÓTELES alinhava distinções: a técnica se aprende, mas se pode esquecer, enquanto que o saber moral não se esquece: o saber moral não está restrito a objetivos particulares, mas afeta o viver corretamente em geral, enquanto que o saber técnico é particular e serve a fins particulares. Deixa concluir, a final, que a Ética é uma *ciência* peculiaríssima, que não quer só conhecer, mas tem um interesse prático, pedagógico, porque seu fim é o próprio agir e não o conhecimento em si mesmo. Como recitam hoje os pedagogos: saber, saber ser, ser para agir.

Ao procedimento para tal ARISTÓTELES indica algo que à primeira vista assemelha-se a um método: a *phronesis*, simultaneamente virtude e conhecimento que presidem a capacidade de bem julgar situações e de decidir retamente -, o que será adiante apreciado, em específico campo da ética, o jurídico.¹⁷¹

¹⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. p. 471.

¹⁷¹ “*Phronesis*, enquanto capacidade deliberativa, coloca-se na filosofia aristotélica em mais de um sentido; é pertinente ao indivíduo, como *virtude pessoal*; diz respeito à vida privada (*‘oikonomos’*); refere-se à produção de normas (a atividade legislativa) e, finalmente, está vinculada à política, isto é, às deliberações relacionadas à coletividade, como as decisões judiciais.” BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia aristotélica: leitura e interpretação do pensamento aristotélico**. São Paulo: Manole, 2003. p. 1069.

2.3.2 Ética jurídica em Aristóteles

Para situar a *phronesis* no âmbito jurídico, é necessário esclarecer previamente como, na obra de ARISTÓTELES, o Direito se relaciona ou se distingue (ou não) da Moral. Esse problema não se põe para os que entendem que a ética aristotélica não alcançou destacar o Direito como uma ordenação específica dentro da vida social.

Mas, admitindo-se que o filósofo viu a especificidade do mundo jurídico, ao tratar da justiça particular, como *assunto dos juízes*, pode-se perguntar por que um espírito analítico e sistematizador tão profundo não chegou a estabelecer claramente a distinção. Afinal, ARISTÓTELES desenhou a bilateralidade da justiça particular, como *bem de outrem*, virtude que se revela na relação do homem com seus semelhantes (alteridade), implicando em que não justiça de um homem para consigo mesmo, apontando para o que mais tarde viria a ser tido como uma das notas distintivas entre Direito e Moral, a partir da *proportio ad alterum*, de Santo Tomás de AQUINO.

Muitos filósofos, a exemplo de Miguel REALE¹⁷², dizem que as circunstâncias histórica e cultural de ARISTÓTELES não permitiram ou não favoreceram esse desenvolvimento, porque ele viveu num mundo em que a polis representava a expressão mais marcante da vida ética, estando tudo centrado na participação do indivíduo na vida política; assim, não houve oportunidade para verificar os critérios dicotômicos investigados mais tarde, como os binômios autonomia/heteronomia e interioridade/exterioridade, que viriam a caracterizar, respectivamente, a Moral e o Direito.

Entretanto, é possível ainda outra explicação para essa aparente falta de distinção. Que o Direito é algo externo ou exterior não escapou a ARISTÓTELES. Já no primeiro tópico do Livro V da *Ética e Nicômaco*, diz: “A respeito da justiça e da injustiça devemos examinar sobre quais espécies de ações elas se referem [...]”. Todavia, para chegar à justiça, não estabeleceu regras abstratas. Trata da justiça objetivamente e não da forma como o fazem as éticas subjetivas modernas, analisando o significado e as situações do justo nas suas

¹⁷² REALE, Miguel. **Filosofia do direito** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 627.

variadas manifestações práticas e não a idéia de justiça, estabelecendo que, segundo a natureza, o justo é sempre direcionado para o bem.

Portanto, o Direito é sempre *moral* e não pode ser de outra forma. ARISTÓTELES não teria feito a distinção porque não lhe viu sentido. Direito e Moral seriam para ele indissolavelmente inseparáveis, existindo uma unidade radical na vida ética. Assim, não há Direito sem Moral.¹⁷³

Por isso, a teoria da justiça de ARISTÓTELES, exposta no Livro V da *Ética a Nicômaco* é, mais propriamente, uma teoria da Moral, onde os comportamentos são descritos sob o ponto de vista da Moral, que orienta para as virtudes. Aliás, o que eventualmente é chamado *pensamento jurídico* aristotélico não corresponde, evidentemente, ao que se compreende na atualidade por filosofia do Direito, mesmo porque, segundo se afirma, em seu tempo não existia no vocabulário grego uma palavra para designar o Direito, em qualquer das conotações que o termo comporta modernamente.

Os vocábulos usados por ARISTÓTELES e outros filósofos gregos eram todos conceitos universais derivados de *Diké*, a divindade mitológica que presidia à justiça. Desse termo vinham, por exemplo, *dikaion* (justo), *dikaiosyne* (homem justo), *dikazein* (julgar, com o sentido de julgar bem, julgar corretamente).

Na tradição platônica, a justiça é identificada com o bem, é uma virtude, concebida como igualdade ou proporção, mas, para ARISTÓTELES, a justiça não é um *ser*, mesmo em sentido platônico, uma idéia que tenha existência por si; é antes uma disposição de caráter, daí a sua preferência pelo uso do adjetivo: homem justo. PLATÃO mesmo já dissera, em *De Republica*, que “não há justiça sem homens justos”. Em suma, a justiça está no homem e não como idéia abstrata e transcendental.

¹⁷³ “Do ponto de vista aristotélico, invoco a impossibilidade lógico-conceitual para a dicotomia entre Moral e Direito [...] constata-se na Idéia de direito as Idéias do justo e da concórdia social que pertence ao domínio da Moral. Aristotelicamente posso assegurar a anterioridade lógica e por definição da Moral em relação ao Direito. Então, aristotelicamente, posso considerar a prioridade lógica da Moral, em relação ao Direito, quando considero que X (a Moral) é logicamente anterior a Y (o Direito), porque X participa na definição de Y, enquanto que Y não o faz na definição de X.” ARAÚJO, Vandyck Nóbrega de. **Fundamentos aristotélicos do direito natural**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p 63-64.

Para o escopo deste trabalho é significativa a noção aristotélica de *epieikeia*, geralmente traduzida como *eqüidade*:

[...] o eqüitativo, embora superior a uma espécie de justiça, é justo, e não é como coisa de classe diferente que é melhor do que o justo. A mesma coisa, pois, é justa e eqüitativa, e, embora ambos sejam bons, o eqüitativo é superior.

A eqüidade é, pois, uma forma de justiça, mas não é o legalmente justo e sim uma *correção* da lei, ou uma correção do justo legal. Como é que se coloca isto, em termos práticos: ARISTÓTELES considera que a lei é geral e, bem por isso, não pode conter em si toda a realidade prática na sua concreção; ela é sempre deficiente (questão que ainda hoje constitui o ponto crucial da Hermenêutica Jurídica) então a eqüidade deve presidir a aplicação dessa lei geral. A eqüidade também é justiça, mas é melhor que ela porque corrige a justiça convencional, quebrando o rigor da lei genérica e abstrata, é a correção da lei deficiente por causa de sua universalidade.

Para ilustrar essa concepção ARISTÓTELES compara a eqüidade à régua lésbica, instrumento usado em Lesbos, consistente em uma medida linear feita de chumbo maleável, adaptável às irregularidades da superfície a ser medida. Assim, na aplicação da lei, a rigidez da justiça que ela contém em termos gerais deve ser atenuada mediante o critério da eqüidade, que permite adequar a lei às situações particulares, corrigindo as distorções.

Neste campo, especialmente, exige-se a aplicação da *phronesis*, o saber moral de que deve ser dotado aquele que aplica o Direito, porque aquilo que é justo não se determina teoricamente, independentemente da situação que pede justiça.

Quem julga com eqüidade é *phronimos*, possui o saber moral e ao mesmo tempo confirma esse saber na situação julgada. Aqui a observação de GADAMER, relacionando a análise aristotélica do saber ético com o problema hermenêutico, diz respeito diretamente ao tema deste estudo: “É verdade que na consciência hermenêutica não se trata de um saber técnico nem ético, porém, essas

duas formas do saber contêm *a mesma tarefa da aplicação* que temos reconhecido como a dimensão problemática central da hermenêutica.”¹⁷⁴

A esse propósito, o comentário de GÜNTHER:

Gadamer explicita o sentido especificamente moral desse procedimento. Para ele, o próprio método hermenêutico, relacionado com um ethos habitual de convivência, torna-se filosofia prática. Hermenêutica, nesse caso, não será mais apenas o método da ética e da política, mas passará, ela mesma, a integrar o âmbito de objeto da ética. Por isso Gadamer pode identificar *phrónesis* com hermenêutica. Os predeterminados conteúdos normativos de um modo de vida ainda são, sobretudo, relevantes para a ação moralmente correta em situações, além de sê-lo para uma teoria ético-política. No caso concreto individual, importa realizar as aspirações tornadas habituais em vista do bem, para efetivá-lo por meios adequados, sob a consideração das *perístases* relevantes. Foi justamente para esse desempenho que a *phrónesis* foi talhada. Nela Gadamer encontra a grande analogia para o método hermenêutico da auto-afirmação concreta do intérprete, o qual, dentro da consciência dos efeitos históricos, define o seu lugar frente à experiência situacional de um texto transmitido pela tradição.¹⁷⁵

2.3.3 *Phronesis* no Direito

O que ARISTÓTELES diz do raciocínio prático em geral aplica-se, pois, à ética jurídica. Desse modo, o conceito e a operacionalidade da *phronesis* serão discutidos no âmbito do Direito. Agora, a questão é como conhecer o bom, o bem, nessa esfera, que se chama de justo, porque só a experiência não basta para tomar decisões corretas e isso vale tanto para o juiz como para o legislador, aqueles que decidem, respectivamente, quanto ao geral e no particular.

A virtude da justiça exige habilidade fronética. Confirma-se, então, que não se trata da *poiesis*, da técnica (que visa à própria obra), mas de *phronesis* (que tem pertinência ao agente). O problema é que a *phronesis*, por sua vez, também é situada entre as virtudes. Voltamos, pois, ao ponto inicial: um conhecimento que requer prática.

¹⁷⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. p. 469 e 471.

¹⁷⁵ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**. p. 270.

Na verdade, não há como fugir a um aparente paradoxo: se a justiça a ser realizada num caso concreto subordina-se, pelo menos em princípio, às regras postas pelo legislador, como o legislador formulou (ou deveria ter formulado) a regra geral? Com habilidade fronética, a mesma que o juiz deve possuir para avaliar a justiça no caso concreto, para decidir onde a lei não previu adequadamente ou suficientemente. E quanto às regras da *phronesis*?

Se não é possível fundamentar as decisões gerais e particulares numa série de regras sem fim, isso significa que para ARISTÓTELES a *phronesis* é um tipo de atividade não originariamente regulada.¹⁷⁶ *Phronesis*, então, vem a ser uma forma de saber, sabedoria, “capacidade de julgar, de apreciar situações, sopesar soluções e tomar decisões”.¹⁷⁷ Numa palavra: prudência, que nos permite ir gradualmente chegando a resultados cada vez melhores, corrigindo um julgamento a partir de outro feito anteriormente, vai-se aprendendo a lidar com os acidentes, com as circunstâncias variáveis.

Consoante explica GÜNTHER:

[...] a *phrónesis* não é [...] uma capacidade que se possa aprender metodicamente. [...] Mesmo Kant admitia que esta capacidade é uma disposição que, originalmente, pode ser adquirida, exercida de modo melhor ou pior e corrigida por meio de exemplos, mas que não pode ser aplicada metodicamente. A tentativa de formular regras de aplicação conduz a um paradoxo, que também motivou Wittgenstein a caracterizar a observância de regras como ‘prática’ ou ‘hábito’ a que somos adestrados. Se nenhuma regra contiver a regra da sua aplicação, também regras de aplicação necessitarão, por sua vez, de regras especiais de aplicação. [...] *Phrónesis* não é, portanto, uma prudência instrumental que coloque o agente na condição de estabelecer quaisquer metas para transformá-las em ações eficientes. Ela só se tornará eficiente se o agente já tiver um *ethos*, portanto, se nas suas aspirações ele já estiver orientado em direção a fins éticos. Somente então é que em uma situação ele perceberá também os sinais característicos relevantes e não se deixará

¹⁷⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e racionalidade moderna**. São Paulo: Loyola, 1993. p. 131.

¹⁷⁷ “Esses juízos que consideram as situações particulares e contingentes constituem um verdadeiro ‘conhecimento’.” FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. p. 57. “É este conhecimento prudencial que assegura a *rectitude* da ação ao seu nível próprio, isto é, ao nível do particular e do variável conforme os indivíduos e as situações.” MACHADO, J. BAPTISTA. *Prefácio*. In: ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. p. XX.

arrastar por aquelas aspirações irracionais, que lhe serão prejudiciais e desfavorecerão as suas verdadeiras finalidades.¹⁷⁸

Assim, em Direito não há, como de resto na realidade toda não há, por exemplo, “o casamento”, como idéia absoluta; o que há é este ou aquele casamento, com circunstâncias variáveis quanto ao tempo, ao lugar, às pessoas e às situações peculiares delas.¹⁷⁹ Em conseqüência, não tem sentido buscar “a Justiça”, uma vez que as situações que a exigem são mutáveis e esse saber geral não poderia de todas elas dar conta.

A questão da generalidade da lei está diretamente relacionada com a problemática do Direito Natural, porque, se o verdadeiro direito ou a justiça correta não está na lei, isto é, se a lei, que é racionalmente ordenada para realizar o bem, não consegue realizar a justiça num dado caso concreto, a equidade é um critério a ser procurado na natureza das coisas, natureza do homem e da realidade social. Como diz ARISTÓTELES: “extraímos a princípio o justo da observação da natureza”.

Haverá então uma distinção entre o justo natural e o justo positivo, e ARISTÓTELES faz explicitamente essa distinção na *Ética a Nicômaco*, mas não no sentido moderno de contrapor o Direito Natural ao Direito Positivo. A legitimidade do Direito Positivo pode ser aferida de acordo com a idéia de Direito Natural. Pode-se entender que o conteúdo do Direito Positivo será justo se extraído

¹⁷⁸ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**. p. 260 e 352-353. É necessário deixar claro que, a despeito das considerações de GÜNTHER sobre o tema da *phronesis*, que interpretam fielmente o pensamento de Aristóteles, aquele autor não comunga propriamente da ética aristotélica de justificação *a posteriori* (o momento da aplicação, que Gadamer considera o problema hermenêutico fundamental). O objetivo primordial da **Teoria da argumentação no direito e na moral** abrange *fundamentação* (justificação) e *aplicação*, isto é, *validade* (da própria regra) e *adequação* (correta aplicação a uma situação particular); a questão fundamental para GÜNTHER é a de fundamentar racionalmente a aplicação da norma geral para as contingências, que são indeterminadas, e, ao mesmo tempo, justificar racionalmente a norma geral, independentemente das contingências. Ademais, GÜNTHER entende que não existem mais as condições históricas que possibilitaram, numa comunidade restrita, que todos avaliem da mesma forma “aquilo que é bom para nós” (Aristóteles), porque já não há um modo de vida comum que determine essa concordância sobre aquilo que é bom ou justo e assim é preciso achar um critério pelo qual uma norma possa valer independentemente da situação.

¹⁷⁹ “Veja-se o que fez Aristóteles, a tarefa magnífica que levou a efeito [...] isolar o elemento existencial que há no parmenidismo e colocá-lo [...] como ‘substância’, no sentido estrito da palavra; em tomar, depois, a idéia platônica, que era a unidade puramente essencial dos caracteres da definição do ‘logos’ de Sócrates, do conceito, e atribuí-los à substância, como aquilo que a substância é, e acrescentar logo os caracteres particulares que a experiência nos mostra em cada uma das substâncias.” MORENTE, Manuel García. **Fundamentos de filosofia**. p. 98.

de um modelo ideal (seja oriundo da razão, como ensina o racionalismo, seja da revelação divina, como no jusnaturalismo clássico), implicando em que o Direito Natural é superior ao Direito Positivo, que está subordinado ao primeiro para ser justo.

Para ARISTÓTELES não há esse dualismo ou oposição porque o justo por convenção ou por lei (Direito Positivo) e o justo natural, apesar de serem distintos, são duas fontes de normatividade intercomplementares na regulação da conduta¹⁸⁰, sendo o Direito Natural um instrumento para suprir as lacunas do Direito Positivo, originário dos decretos dos homens, sujeito às falhas humanas e, além disso, conforme já se disse, geral e insuficiente para abarcar toda a realidade.¹⁸¹

A propósito disso, muitos autores destacam do contexto as palavras de ARISTÓTELES quando houvera expressado algo assim: ao lado do direito que muda da Grécia para a Pérsia existe um Direito Natural, que por toda parte apresenta a mesma força, não depende das opiniões ou dos decretos dos homens, sempre igual, assim como o fogo, que em toda parte queima igualmente. Entende-se, então, que ARISTÓTELES reconheceria a alterabilidade do Direito Positivo, mas não a do Direito Natural.

Todavia, uma leitura mais atenta da *Ética* revela que não é assim. ARISTÓTELES ensina, na verdade, que alguns pensam ser imutável o justo por natureza, porque as coisas que são por natureza são imutáveis e em toda parte têm a mesma força (como o fogo, que arde em toda parte da mesma maneira), entretanto isso não é verdadeiro de modo absoluto, pois o justo, mesmo por natureza, é mutável.

Por conseguinte, tanto no Direito Positivo como no Direito Natural há mutabilidade. Nem porque decorre da natureza o Direito Natural é imutável, esclarecendo ARISTÓTELES da seguinte forma: a mão direita é, por

¹⁸⁰ “Da justiça política, uma parte é natural e outra parte legal.” ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. p. 331.

¹⁸¹ ARAÚJO, Vandyck Nóbrega de. *Fundamentos aristotélicos do direito natural*. p.39.

natureza, a mais forte, mas isto não é imutável, pois se for treinada a mão esquerda poderá igualar a força da direita.¹⁸²

Não há, pois, um conteúdo de Direito Natural intocável, imutável, mas sim, em virtude de que a natureza das coisas ou, melhor dizendo, as imposições naturais da sociedade humana variam, existe também uma margem de variabilidade no Direito Natural, que se revela pelas observações do mundo exterior, dos fatos humanos.

De todo modo, seja na consideração da generalidade do justo legal, seja quanto ao justo natural, o agir prático exige *phronesis*, posto que ambas as esferas normativas compreendem-se na razão deliberativa, pois na aplicação do Direito, é de decisão que se trata.

Daí a inevitável imbricação entre a tópica e a argumentação. A se admitir francamente que em toda deliberação -, portanto, também na decisão jurídica -, se infiltra “um fio de voluntária iniciativa por parte do sujeito”, “aquele fiozinho de liberdade e de iniciativa salvadora”¹⁸³, evidencia-se que o raciocínio jurídico, desde a eleição das premissas, presidida pela *phronesis*, até a necessária justificação das escolhas, está “*estructuralmente conectado com la retórica y es restringido a um sistema argumental*”.¹⁸⁴

¹⁸² “[...] a idéia do direito natural em Aristóteles só tem uma função crítica. Não pode ser empregada numa forma dogmática, isto é, não é lícito outorgar a dignidade e a invulnerabilidade do direito natural a determinados conteúdos jurídicos como tais. Também para Aristóteles a idéia do direito natural é completamente imprescindível, frente à necessária deficiência de toda lei vigente, e se torna particularmente atual onde se trata da ponderação da equidade, que é a única que realmente encontra o direito.” GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. p. 474.

¹⁸³ MACHADO, J. Baptista. *Prefácio*. In: ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. p. XXXV e LIV.

¹⁸⁴ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofia del derecho**. p. 127. GARCÍA AMADO explicita o papel da argumentação no pensamento de VIEHWEG: “*Puesto que la decisión jurídica que soluciona casos litigiosos no se sigue como mera deducción a partir de ningún tipo de sistema axiomático, ya que ante cada concreto problema predomina, frente a cualquier posible sistema legal, la aporía fundamental de qué sea lo justo aquí y ahora, y puesto que el contenido semántico de los textos legales no está fijado de antemano y de una vez por todas, ni son los conceptos jurídicos en ellos contenidos entidades con sustancia propia, la clave par la racionalidad de la decisión no habrá de buscar-se simplemente en la conclusión que pone fin al razonamiento, sino en el propio proceso razonador; y ya que las premisas de este razonamiento no vienen dadas como perfectamente seguras por ningún sistema previo, su conveniencia será mostrada por su expresa fundamentación argumentativa en el proceso que conduce a la decisión. Tanto como los contenidos, cuenta para la racionalidad de la decisión final la índole del mecanismo argumentativo y procedimental que lleva a ella y la fundamenta.*” GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Teorías de la tópica jurídica**. p. 322.

2.4 DIALÉTICA, RETÓRICA, TÓPICA E ARGUMENTAÇÃO

2.4.1 Distinções conceituais

Retórica, dialética e argumentação são termos que soem ser associados à tópica. Convém estabelecer, tão claramente quanto possível, a diferenciação entre o significado desses vocábulos (e atentar para os sentidos por vezes ligeiramente derivados que assumem em determinados contextos), a fim de que se possa avaliar corretamente a importância precípua da argumentação na Hermenêutica Jurídica de cariz tópico-problemático.¹⁸⁵

Esse esclarecimento apresenta, desde logo, alguma dificuldade, seja porque na obra de ARISTÓTELES *dialética, retórica e tópica* constituem um “*entramado inescindible*”¹⁸⁶, seja porque, na literatura jusfilosófica moderna, essas expressões são utilizadas às vezes sem maiores precisões, até mesmo como sinônimas.

Com efeito, embora ARISTÓTELES trate *retórica* e *dialética* como disciplinas distintas, não deixa de mencionar os vários pontos que têm em comum. REBOUL assim os resume: retórica e dialética são aptas a provar tanto uma tese quanto sua antítese (isso não significando incidir em sofisma, mas sim que teses fracas também são defensáveis); ambas não são ciências especializadas e aplicam-se qualquer matéria controversa; são técnicas que podem ser ensinadas metodicamente; por elas se distingue o verdadeiro do falso (pela dialética o sofisma se mostra ante o verdadeiro silogismo e pela retórica o logro cede em face do que é efetivamente persuasivo); por fim, a dialética e a retórica usam os mesmos tipos de argumentos (indutivo e dedutivo), apoiados no verossímil, situando-se a meio caminho entre os raciocínios demonstrativos, próprios da ciência, e os raciocínios

¹⁸⁵ ROESLER acentua que na relação existente entre tópica, dialética e retórica “[...] está a chave da recuperação da tópica empreendida por Viehweg. Diante da contingência característica do objeto ético, do qual faz parte o Direito, a Jurisprudência encontra seu modo de ser exatamente na dimensão argumentativa.” ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito**. p. 123.

¹⁸⁶ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Teorías de la tópica jurídica**. p. 65.

erísticos, típicos dos sofistas, que parecem verdadeiros, mas realmente não o são.¹⁸⁷

Todavia, a dialética difere da retórica enquanto consiste em um jogo ou competição sujeito à observância de regras internas que dizem respeito unicamente à coerência da argumentação (ou correção formal das inferências).¹⁸⁸ A tese vitoriosa será aquela que obtiver a melhor posição, após o uso dos recursos argumentativos admissíveis, vedada a trapaça, o engodo, a que levam os raciocínios sofísticos.

Como se vê, não apenas nos raciocínios demonstrativos, em que as premissas são irrefutáveis, mas também na argumentação dialética se exige correção formal -, lógica, portanto -, para as conclusões, ainda que estas, tanto quanto as premissas possam não ser indubitavelmente corretas sob o ponto de vista material. Por isso ARISTÓTELES distingue entre o silogismo analítico ou demonstrativo e o silogismo prático, chamado *entimema*. Neste, as premissas (*endoxa*) pertencem ao campo do opinativo.

Já a retórica diz respeito às questões que exigem deliberação, apresenta-se como “uma disciplina séria, pois está ligada à ação social e contribui para decisões graves, como condenar ou absolver, entrar em guerra ou viver em paz, etc.”¹⁸⁹ Nas palavras de García AMADO:

Las diferencias están marcadas principalmente por el fin práctico: la retórica es algo más que razonamiento dialéctico tendente a sentar frente a un contrincante la corrección o incorrección de una tesis derivadas de premisas meramente plausibles: su fin es llevar a un auditorio al convencimiento o la persuasión de que la tesis defendida es correcta, o la más correcta. Para ello no bastarán las leyes de la lógica, que puedan mostrar, como en las competiciones dialécticas, que el defensor de una tesis incurre en contradicción con sus

¹⁸⁷ REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 35.

¹⁸⁸ REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. p. 37. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Teorías de la tónica jurídica**. p. 45.

¹⁸⁹ REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. p. 37. “Ello [a seriedade da questão] motiva la necesidad de que alguna de las tesis en pugna se imponga por vía de convicción o persuasión, de cara a encauzar la solución coherente del correspondiente problema.” GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Teorías de la tónica jurídica**. p. 52.

*premisas y decae con ello en sus razones, sino que se habrán de activar en el auditorio los resortes necesarios, racionales o emocionales, para obtener la adhesión efectiva a la tesis, no la mera aceptación de su corrección formal.*¹⁹⁰

Em outras palavras: a retórica, como disciplina que procura os meios de persuadir, de conquistar a adesão para uma decisão (política, ética, jurídica) utiliza a dialética como meio de persuasão, entre outros, notadamente nas três primeiras das quatro fases ou partes de que se constitui: *invenção* (*heurésis*, - ou, em latim, *inventio*, a busca das premissas pertinentes ao tema de um discurso), *disposição* (*táxis*, a ordenação interna dos argumentos), *elocução*¹⁹¹ (*lexis*, que é a redação escrita do discurso e não sua oralidade) e *ação* (*hipocrisis*, momento em que o discurso é proferido).

Pode-se, pois, argumentar dialeticamente com fins retóricos ou outros fins, sendo a retórica uma das *aplicações* da dialética. Quando ocorre essa aplicação, à dialética (que então já não é simples contenda entre dois ou mais disputantes mas utilizada com vistas a persuadir determinado auditório), acrescenta-se uma exigência primordial: a moralidade do discurso.¹⁹²

A tópica, por sua vez, está intimamente relacionada à dialética, auxiliando o desenvolvimento do debate mediante a seleção dos instrumentos argumentativos cabíveis, os *topoi*, repertórios ou “depósitos” de argumentos.¹⁹³

¹⁹⁰ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Teorías de la tópica jurídica*. p. 51.

¹⁹¹ REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. p. 43. Segundo o mesmo Autor, na fase da elocução o *retor* acrescentará, com habilidade, *figuras de estilo*, que funcionam como argumentos destinados a reforçar o discurso. Vem daí a indevida aproximação entre retórica e *mero discurso*, o descrédito da retórica quando confundida com a prosa escrita ou a oratória vazias de conteúdo. No mesmo sentido: “É a função utilitária inicial da retórica que vai eclipsando-se aos poucos em proveito de sua função estética – a atenção à *elocutio*, e a arte do discurso persuasivo se torna a arte do discurso belo.” PISTORI, Maria Helena Cruz. *Argumentação jurídica*. p. 38.

¹⁹² REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. p. 37. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Teorías de la tópica jurídica*. p. 55.

¹⁹³ É preciso registrar que grande parte da crítica que se opõe à tópica jurídica provém da vagueza da conceituação dos *topoi* (que às vezes são confundidos com os próprios argumentos); da sua heterogeneidade quanto à origem e quanto à forma; da dificuldade em classificá-los e enumerá-los (realizando uma tópica de *segundo grau*, no dizer de VIEHWEG); assim também de hierarquizá-los ou selecionar os *topoi* mais adequados em cada caso. Essas questões são apontadas desde as tópicas aristotélica e ciceroniana e se transmitem a todas as teorias da tópica jurídica. (Vide GARCÍA AMADO e ATIENZA *operae citae*). Note-se, entretanto, que está implícito nas críticas o sentido de uma falta de enquadramento nos cânones da ciência tal como modernamente concebida, justamente o que a tópica nunca pretendeu nem poderá ser.

Dessa forma, a tópica serve também à retórica, especialmente na *inventio* (heurésis), fase inicial da composição do discurso. Como visto no subtítulo 2.1, a tópica procura fornecer ao raciocínio dialético (e retórico) os pontos de vista ou lugares que podem ser aplicados a qualquer *problema* em discussão.¹⁹⁴

Cumprir não confundir os lugares ou *topoi* com os próprios argumentos: “Os lugares da retórica são os pontos em que surge a possibilidade de um argumento, fornecem as premissas do entimema. [...] Não são os próprios argumentos, mas os compartimentos em que estão ordenados”.¹⁹⁵

Designar o discurso jurídico como *retórico* é reconhecer-lhe o caráter inventivo e argumentativo. Dizer que o discurso jurídico é *tópico* significa constatar que a lógica formal e o raciocínio demonstrativo, sobre os quais se assenta a dogmática jurídica (normativa, decisória ou científica) são insuficientes para dar conta do raciocínio jurídico¹⁹⁶, que o *estilo de pensamento* próprio para o Direito é de fato, o da proeminência dos problemas concretos, para cuja solução se procura os tópicos e argumentos mais adequados (justos).¹⁹⁷

Entende-se, enfim, porque a Tópica, e, notadamente, a Tópica Jurídica, não pode prescindir da argumentação. Os *phronimoi* (legislador, juiz, administrador público, jurista, advogado e outros atores sociais ligados à prática jurídica) hão de, - ao menos num Estado Democrático de Direito -, legitimar-se

¹⁹⁴ Ainda que não exista uma vinculação necessária dos *topoi* a determinada matéria ou conteúdo, dado o seu caráter formal, ARISTÓTELES reconhece “lugares específicos” que se referem a matérias particulares.

¹⁹⁵ PISTORI, Maria Helena Cruz. **Argumentação jurídica**. p. 32.

¹⁹⁶ “No sentido restrito da palavra, não há raciocínio jurídico: há argumentação. Que quer isto dizer? Os juristas apóiam-se não em provas demonstrativas, no sentido científico do termo, mas em argumentos mais ou menos convincentes.” MIALLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. p. 196.

¹⁹⁷ Está-se, então, em plena transição da *episteme* para a *phronesis*: “Torna-se necessário agora avaliar questões teóricas também do ponto de vista de como os argumentos são apresentados e a que audiência são dirigidos, na medida em que todo o conhecimento é reconhecido como produzido numa interação que acontece em um contexto determinado, acontece em situação.” [...] “A questão colocada, portanto, é a de esclarecer como os produtos de pensamento são gerados, é tomar o processo de construção intelectual, que ocorre na situação discursiva de busca de um entendimento, como objeto central de pesquisa. Em última análise, trata-se de tomar o processo de comunicação como objeto de interesse teórico e a partir dele esclarecer a produção do conhecimento.” ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito**. p. 44-45.

perante um “auditório”, provendo o discurso jurídico normativo, decisório ou científico de argumentos que lhes confirmam racionalidade e possibilitem seu controle.

2.4.2 Argumentação jurídica

O *Tratado da argumentação: a nova retórica*, de PERELMAN, marca, juntamente com a *Tópica e Jurisprudência* de VIEHWEG, o início de teorias que discordam, ou, no mínimo, consideram insuficiente a aplicação da lógica formal, dedutiva, ao direito, opondo-lhe uma lógica material.¹⁹⁸

ATIENZA alinha dois motivos dessa insatisfação: primeiro, o fato de que a lógica dedutiva “não se ocupa das questões materiais ou de conteúdo que, claramente, são relevantes quando se argumenta em contextos que não sejam os das ciências formais (lógica e matemática)”; segundo, a circunstância de que em Direito (e Moral), normas são enunciados (dos quais se parte ou aos quais se chega) infensos à predicação de verdade ou falsidade de premissas, tal como ocorre nos argumentos dedutivos da lógica formal.¹⁹⁹

García AMADO entende como enfoque comum das teorias da argumentação jurídica:

[...] su formulación del problema metodológico central de la práctica jurídica y el campo donde pone el principal punto de mira para darle respuesta. El problema es el de la racionalidad y el punto de partida para su solución se sitúa en la argumentación, en el proceso discursivo de intercambio de razones, en la acción comunicativa entre sujetos empeñados en la obtención de la decisión más conforme con lo que en el seno del grupo social pueda ser tenido por racional. [...] De esta manera se ha de abrir la posibilidad de que las valoraciones se legitimen por su sintonía con el sentir general en

¹⁹⁸ Assinalando o pioneirismo de Chaïm Perelman na reabilitação da retórica e no resgate da idéia de dialética como uma forma de saber “necessário, sério, pertinente, sujeito a regras próprias e, portanto, controlável”, - após vinte e três séculos de predomínio do raciocínio analítico: COELHO, Fábio Ulhoa. *Prefácio à edição brasileira*. In: PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. XIV.

¹⁹⁹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. p. 28-29.

*cada momento, con los criterios de una racionalidad práctica en continuo fluir en el son del grupo social.*²⁰⁰

Assim, a “teoria padrão atual da argumentação jurídica” situa-se no âmbito da justificação material dos argumentos, com pretensões descritivas e prescritivas.²⁰¹ Theodor VIEHWEG, Chaïm PERELMAN e Stephen TOULMIN foram os precursores dessa teoria, seguindo-se, entre outros, autores como Neil MacCORMICK e Robert ALEXANDER. ATIENZA analisa demoradamente a todos os nominados e apresenta-lhes crítica, acrescentando, a final, as próprias idéias e o projeto de uma nova teoria, dando ênfase à pesquisa de critérios de validação dos argumentos e à necessidade de estendê-la, da interpretação e da aplicação do Direito para o campo da produção do Direito, porquanto, afinal, para que a argumentação seja racional é preciso também que a lei seja racional.²⁰²

O papel que VIEHWEG assinala à argumentação no Direito já foi acima prefigurado na análise da Tópica Jurídica, mostrando-se como, para ele, existe estreita relação entre o raciocínio jurídico e o modo de pensar tópico-retórico: a *primazia do problema* e a *procura de premissas plausíveis* impõem o processo argumentativo, de sorte a promover a sustentabilidade racional das conclusões obtidas (sempre situadas e provisórias).²⁰³

Para os fins desta pesquisa, cabe agora acrescentar, apenas para situar os marcos mais relevantes da teoria da argumentação jurídica, breves apontamentos acerca da teoria perelmaniana²⁰⁴ e, a final, das idéias de Ronald

²⁰⁰ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Teorías de la tópica jurídica*. p. 312-313.

²⁰¹ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. p. 22.

²⁰² ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. p. 211 e ss.

²⁰³ Quanto a esse viés da *Tópica e Jurisprudência* de Viehweg, esta é uma das maiores críticas: “Referencias genéricas al carácter tópico o retórico de la argumentación jurídica o indicaciones aisladas relativas a la necesidad de tomar en cuenta todos los puntos de vista posibles, de agotar la discusión del pro y contra de cada argumento, de buscar el consenso, de velar por la transparencia del proceder argumentativo, etc., no pueden pretenderse ni descripción empírica del acontecer real de la argumentación ni reglamentación del discurso jurídico, al modo como debería hacerlo una teoría normativa de la argumentación jurídica.” GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Teorías de la tópica jurídica*. p. 326. Para uma visão mais completa das objeções à teoria da argumentação perelmaniana vide GARCÍA AMADO, *ibid.*, p. 312-317 e ATIENZA, *As razões do direito*. p. 77-90.

²⁰⁴ “En el contexto de la metodología jurídica más actual, la tópica de VIEHWEG compartió con las teorías de PERELMAN y algún outro una cierta labor pionera en la visión de la práctica del Derecho como praxis argumentativa de intercambio de razones, en orden a la decisión. Este insertarse de los tópicos en una estructura dialógica y persuasiva del proceso de realización del Derecho constituye el

DWORKIN sobre a argumentação jurídica, a primeira das mais antigas e as últimas das mais recentes a partir de meados do século anterior.

Em sua obra *Lógica jurídica: nova retórica*, PERELMAN evidencia ainda mais o móvel de sua *Teoria da argumentação: a nova retórica* (levada a cabo com sua colaboradora Lucie OLBRECHTS-TYTECA): a elaboração de uma lógica dos *juízos de valor*, - inarredáveis em toda decisão jurídica -, que o positivismo jurídico, calcando a aplicação do direito na lógica formal, relegara ao plano da arbitrariedade. Inicialmente ele próprio fora partidário do pensamento positivista, porém:

[...] essa resposta, que equivale à renúncia a qualquer filosofia prática, não podia satisfazer-me, pois significava abandonar às emoções, aos interesses, e, no final das contas, à violência o controle de todos os problemas relativos à ação humana, especialmente à ação coletiva, todos aqueles relacionados tradicionalmente com a moral, o direito e a política.²⁰⁵

No *Tratado*, atribui a DESCARTES a origem da predominância do raciocínio demonstrativo e das evidências axiomáticas na racionalidade das ciências modernas e pergunta-se se restará abandonar-se à irracionalidade quando se tratar dos âmbitos do conhecimento incompatíveis com a lógica formal.²⁰⁶ Responde negativamente, mediante a exposição e análise dos *recursos discursivos*, presentes no raciocínio dialético, a “técnica que utiliza a linguagem para persuadir e para convencer”.²⁰⁷

A argumentação é um processo que se contrapõe aos meios de prova demonstrativos e se destina a provocar o assentimento daqueles a quem se dirige o discurso e despertar-lhes a disposição para a ação ou para a abstenção.

más claro punto de enlace entre la tónica jurídica y la retórica.” GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Teorías de la tónica jurídica*. p. 368.

²⁰⁵ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 137.

²⁰⁶ PERELMAN, Chaïm. PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 1-3.

²⁰⁷ PERELMAN, Chaïm. *Tratado da argumentação*. p. 8.

Aqui PERELMAN introduz a noção fundamental de “auditório”, ora *particular* (especializado) ora *universal* (todos os seres racionais).²⁰⁸

Lembre-se que ARISTÓTELES, na sua *Retórica*, já houvera distinguido os gêneros do discurso em *judiciário*, *deliberativo* e *epidíctico*, segundo as espécies de auditório, respectivamente o tribunal, a assembléia e os espectadores. Os primeiros destinam-se a promover decisões em litígios e controvérsias e o último apenas a louvar ou censurar pessoas, coisas ou realizações (discursos de aparato, orações fúnebres e outros). É de realçar que para PERELMAN o discurso *epidíctico* tem igualmente relevância na argumentação, porquanto também promove a adesão a valores e assim reforça os traços culturais de uma comunidade.

Entretanto, o caráter definitivamente inconcludente da argumentação é destacado, ao lado da correspondente provisoriedade dos acordos que promove não como defeitos de irracionalidade da prova retórica, mas significando que são da natureza mesma da hierarquização e escolha entre decisões igualmente possíveis.

Com efeito, a argumentação já parte de premissas de conteúdo consensual e desenvolve-se em ligações e dissociações de igual valor argumentativo, estabelecendo-se acordos tendo por objeto tanto realidades (fatos e verdades, isto é, ligações entre fatos), quanto presunções habitualmente admitidas, valores, e, por fim, os *topoi* (lugares do raciocínio dialético) que auxiliam na hierarquização dos valores.²⁰⁹

Surpreendentemente, ao discorrer sobre as técnicas argumentativas²¹⁰, PERELMAN não se socorre exclusivamente de exemplos

²⁰⁸ PERELMAN faz uma sutil distinção entre *persuadir* e *convencer*: o intuito de persuasão, - campo da retórica, por excelência -, dirige-se ao auditório especializado, enquanto que o propósito de convencimento dirige-se ao auditório universal, a todo ser racional.

²⁰⁹ PERELMAN, Chaïm. **Tratado da argumentação**. p. 73-94. Enquanto ARISTÓTELES classifica os *topoi* em lugares do acidente, do gênero, do próprio, da definição e da identidade, PERELMAN apresenta agrupamentos diferentes: lugares da quantidade, da qualidade, da ordem, e do existente. Id. Ibid. p. 97-112.

²¹⁰ As técnicas apresentadas são, em resumo: a) técnicas de *ligação* (que estabelecem solidariedade entre os elementos do discurso), compreendendo os argumentos *quase lógicos* (definições, análises e outros), os *fundamentados na estrutura do real* (que utilizam ligações de sucessão e de

extraídos do discurso jurídico e sim utiliza textos de variada natureza (filosóficos, políticos, éticos e literários), a mostrar a pertinência de tais procedimentos intelectuais em todos os campos onde se trata de opiniões controvertidas e de encontrar uma solução plausível.

Daí para a lógica jurídica, enquanto “lógica dos juízos de valor” presentes especialmente no raciocínio judicial²¹¹ a conclusão é óbvia: os procedimentos intelectuais do juiz para considerar uma “decisão eqüitativa, razoável ou aceitável, quando se trata de noções eminentemente controvertidas”²¹² são também raciocínios *dialéticos e retóricos*.

Para PERELMAN, desde o Código de Napoleão, em que já se reconhecia, indiretamente, a insuficiência da lei, até as novas concepções sobre as relações entre legislativo e judiciário, - que se impuseram ante a comoção decorrente dos danos causados pelo regime nacional-socialista -, cada vez mais se acentua o caráter tópico-argumentativo do raciocínio judicial, diante da progressiva ampliação do espaço em que se move a jurisdição e do correspondente dever de justificar as decisões.²¹³

Nesse contexto, PERELMAN destaca a crescente importância do recurso a *topoi* específicos do mundo jurídico, os *princípios gerais de direito*²¹⁴, que (com essa conotação ou outra) serão alçados, nas décadas subseqüentes à edição do *Tratado*, ao centro das teorias jurídicas pós-positivistas mais relevantes, tal a perfilhada por Ronald DWORKIN.

coexistência) e os que *fundamentam a estrutura do real* (exemplos, dissociações e analogias); b) técnicas de *dissociação* (de ruptura dos elementos do discurso), tais os argumentos que apresentam pares de noções antitéticas ou hierarquizadas. PERELMAN, Chaïm. **Tratado da argumentação**. p. 215-523.

²¹¹ Embora sua teoria da argumentação tenha em mira o discurso judicial, em especial o que ocorre nos tribunais superiores, Perelman não deixa de assinalar sua pertinência a todos os níveis da atividade jurídica, precipuamente a legislação e as tarefas do jurista.

²¹² PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. p. 138.

²¹³ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. p. 30-101.

²¹⁴ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. p. 102; 117-119.

Em DWORKIN não se encontra propriamente uma *teoria* da argumentação jurídica; porém, na teoria geral do direito que constrói, fundamentada nos direitos individuais e tecida em torno dos “argumentos de princípio”, “baseados em direitos”²¹⁵, sobleva claramente o aspecto material da argumentação na prática jurídica:

O direito é, sem dúvida, um fenômeno social. Mas sua complexidade, função e conseqüências dependem de uma característica especial de sua estrutura. Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é argumentativa. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito delas mesmas; a prática consiste, em grande parte, em mobilizar e discutir essas proposições.²¹⁶

As concepções de DWORKIN acerca do Direito e dos problemas práticos que a interpretação jurídica oferece, - especialmente nos chamados nos “casos difíceis” -, embora pertinentes à hermenêutica jurídica em geral, têm particular relevo no âmbito da Hermenêutica Constitucional, que esse pensador influenciou vivamente.

Para RICOEUR, o “ocultamento” da problemática (teoria) da argumentação, em DWORKIN, é uma estratégia, em que a interpretação se eleva da perplexidade instaurada pelos *hard cases* em direção à coerência da prática judiciária, ao contrário do caminho de Robert ALEXY e Manuel ATIENZA, que partem em via “descendente”, de uma teoria geral da argumentação.²¹⁷

DWORKIN insurge-se contra os pressupostos fundamentais do positivismo jurídico (*o Direito se distingue da Moral; o Direito é um conjunto de normas; o Direito é posto pelo poder político; haverá discricionariedade judicial no*

²¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2005. p. IX-X.

²¹⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 17.

²¹⁷ RICOEUR, Paul. **Interpretação e/ou argumentação**. Trad. Thamy Pogrebinski. p. 2, 8 e 15. Disponível na Internet, v. Referência das Fontes Citadas. “Podemos nos perguntar agora por que Dworkin não enxergou uma teoria mais afinada da argumentação. Certamente não foi pela falta de subtilidade, porque é um temido debatedor; [...] Dworkin está muito menos interessado na formalidade dos argumentos do que em sua substância e, dizendo de uma vez, em sua substância moral e política.” *Ib.* p. 5-6.

“silêncio” do Direito assim concebido). Para o combate toma como modelo a teoria jurídica de Herbert HART, especialmente o seu conceito de “regra de reconhecimento”²¹⁸, que implica na qualificação de um comando como *Direito* quando proveniente de uma origem ou fonte revestida de autoridade aceita e reconhecida.

Estabelecendo distinção entre *regras* e *princípios*, DWORKIN rejeita, simultaneamente: a regra de reconhecimento; a afirmação, - que de certa forma é corolário daquela regra -, de que o Direito é constituído de normas (que se aplicam ou não se aplicam); a tese da discricionariedade judicial, que implica a alternativa entre arbítrio ou assunção da função legislativa pelo juiz.

CASALMIGLIA resume a concepção de DWORKIN:

Junto às normas, existem princípios e diretrizes políticas que não podem ser identificadas por sua origem mas por seu conteúdo e força argumentativa. O critério de identificação dos princípios e das diretrizes não pode ser o teste de origem. As diretrizes fazem referência a objetivos sociais que devem ser alcançados e são considerados socialmente benéficos. Os princípios fazem referência à justiça e a equidade (*fairness*). Enquanto as normas se aplicam ou não se aplicam, os princípios *dão razões para decidir* em um sentido determinado, mas, diferindo das normas, seu enunciado não determina as condições de sua aplicação. O conteúdo material do princípio – *seu peso específico* – é o que determina quando deve ser aplicado em uma situação determinada.²¹⁹

Na mesma esteira esclarece CADEMARTORI:

Para Dworkin, estes [os princípios] não são espécies do gênero ‘norma jurídica’ como quer Aléxy e sim proposições que descrevem direitos, embora sejam derivados do campo da moral como *standards* ou padrões de valores socialmente consagrados em uma comunidade de princípios. Portanto, os princípios referem-se à justiça e equidade (*fairness*). Estes irão interagir com o direito quando se deparar o

²¹⁸ HART distingue entre normas *primárias* e *secundárias*. As primeiras impõem ações ou abstenções. As segundas são meta-regras, que dizem com a operacionalidade das regras primárias: ao lado das regras de *reconhecimento*, - em questão -, as regras de *adjudicação* (que definem competências para a aplicação das regras primárias e as regras de *câmbio* ou mudança (que estabelecem competências para a formulação de novas regras ou modificação das existentes). HART, H. L. A. ***El concepto de derecho***. Trad. Genaro R. Carrió. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968. p. 116-123.

²¹⁹ CASALMIGLIA, Albert. **Ensaio sobre Dworkin**. Trad. Patrícia Sampaio. p. 1. Disponível na Internet, v. Referências das Fontes Citadas.

jugador com um caso difícil (*hard case*) onde o repertório de normas ou os precedentes judiciais sejam insuficientes para a solução do caso.²²⁰

Portanto, nas situações em que não há regra aplicável ao caso, ou há mais de uma regra, ou as regras são contraditórias (os *hard cases*), o “fórum” é o dos princípios – que têm natureza moral, dizem respeito à justiça e à equidade; não há discricionariedade judicial porque esses casos difíceis devem ser decididos levando a sério os Direitos que as pessoas têm sob um sistema constitucional, principalmente o Direito à igual consideração e respeito.²²¹

Essa é a concepção do Direito como *integridade*. Na deliberação judicial, a *integridade* do Direito requer que os juízes considerem as normas jurídicas *como se compusessem* um sistema de princípios “e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas”, e que construam sua teoria geral do direito de modo a refletir, “tanto quanto possível, os princípios coerentes da equidade política, justiça substantiva e devido processo legal adjetivo, e de que reflita todos esses aspectos combinados na proporção adequada.”²²²

A despeito de DWORKIN não haver elaborado uma teoria da argumentação jurídica formalizada, compreende-se, agora, o quanto sua “concepção flexível e não codificada da interpretação”²²³ exige uma argumentação substantiva, na ponderação dos princípios como *razões* da decisão.

Com essas considerações acerca da Tópica Jurídica e de suas noções correlativas considera-se cimentado o terreno para o ingresso, enfim, na apreciação dos reflexos da recuperação daquele estilo de pensamento no Direito, designadamente na Interpretação Constitucional.

²²⁰ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica principiológica e colisão de direitos fundamentais**: as teorias de Aléxy e Dworkin e os aportes de Habermas. p. 6. Disponível na Internet, v. Referências das Fontes Citadas.

²²¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. p. 101.

²²² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. p. 261 e 483.

²²³ RICOEUR, Paul. **Interpretação e/ou argumentação**. p. 6

CAPÍTULO 3

TÓPICA NA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

3.1 HERMENÊUTICA FILOSÓFICA – PREPARANDO O CAMINHO

É incontroverso que no Direito e na Política, como de resto em todas as ciências sociais, - senão nas ciências em geral -, o pensamento característico de uma época é diretamente tributário das idéias filosóficas que lhe são contemporâneas. Assim como o positivismo jurídico deve suas diversas formulações ao racionalismo cartesiano, o resgate da tópica e sua identificação com o estilo de pensar dos juristas surgem em paralelo com uma inovadora e peculiar filosofia hermenêutica. A hermenêutica agora não é mais identificada à mera interpretação de textos (literários, bíblicos ou jurídicos) e sim diz respeito à ampla experiência humana de estar no mundo.²²⁴

No prólogo ao seu estudo da hermenêutica na filosofia da atualidade, RUIZ DE AZÚA recorda que todos os grandes filósofos, desde a Antigüidade, cumpriram a tarefa de explicar o acesso ao conhecimento, procurando sua “fundamentação última”, inaugurando-se com Descartes a idade moderna da filosofia, “que se caracterizará precisamente por sua busca de um *fundamentum certum et inconcussum* sobre o qual apoiar o edifício total do saber”, intento comum a racionalistas e empiristas, que apenas se diferenciaram pela valoração do que se entende como fundamento irrefragável do conhecimento.²²⁵

O que há de novo nas últimas décadas e que pode ser referido como uma mudança de paradigma é o aparecimento de correntes de pensamento que, ao invés de prosseguir na procura da fundamentação ou de discutir as

²²⁴ “O problema hermenêutico, na verdade, é universal e fundamental para toda experiência inter-humana da história e do presente, porque já sempre se está inserto em uma situação hermenêutica.” SILVA, Kelly Susane Alfien da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. p. 37.

²²⁵ RUIZ DE AZÚA, Javier Bengoa. **De Heidegger a Habermas: hermenêutica y fundamentación última en la filosofía contemporánea**. Barcelona: Editorial Herder, 1992. (tradução livre) p. 7.

propostas anteriores, coloca em questão “a legitimidade mesma do projeto de busca de um fundamento último.”²²⁶

O abandono da primeira concepção é mostrado por BLEICHER, para quem o “problema da hermenêutica” tem sido saber como se processa o reconhecimento das componentes significativas das expressões humanas e “como tornar objetivas as descrições de sentido subjetivamente intencional, tendo em conta o fato de passarem pela subjetividade do intérprete.”²²⁷ Desenvolve-se primeiramente uma *teoria hermenêutica*, objetivista ainda, que procura uma base teórica da interpretação, que sirva para todas as ciências humanas. Outra é a tendência da *filosofia hermenêutica*, entendendo que o intérprete tem sempre uma *pré-compreensão* do seu objeto, por isso não se pode falar em objetividade ou neutralidade:

O conceito daquilo que intervém na compreensão muda, conseqüentemente, da reprodução de um objeto pré-determinado, para a participação da comunicação existente entre passado e presente. A filosofia hermenêutica não visa um conhecimento objetivo recorrendo a processos metodológicos, mas a explicação e a descrição do *Dasein* humano, na sua temporalidade e historicidade.²²⁸

Importantes teóricos da hermenêutica foram Friedrich SCHLEIERMACHER, Wilhelm DILTHEY e Emílio BETTI. Ao primeiro é atribuída a proposta pioneira da formulação de uma teoria geral da interpretação, que pudesse dar conta da especificidade da interpretação de textos literários, religiosos e jurídicos, a partir de sua concepção da hermenêutica como “relacionada com o homem, o ser concreto, existente e atuante no processo de compreensão do diálogo.”²²⁹ Essa reflexão, que recai não mais na relação entre sujeito (cognoscente) e objeto (cognoscível), mas sobreleva o próprio processo do conhecimento,

²²⁶ RUIZ DE AZÚA, Javier Bengoa. *De Heidegger a Habermas*. (tradução livre) p. 8.

²²⁷ BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Trad. Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1992. p. 13.

²²⁸ BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. p. 15. O Autor aponta ainda uma terceira linha de pensamento a que designa por “hermenêutica crítica”, vinculada às obras de Karl Otto APEL e Jürgen HABERMAS, que destacam o caráter idealista tanto da teoria quanto da filosofia hermenêutica, acentuando os interesses que movem os intérpretes.

²²⁹ PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da constituição e os princípios fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 4-5.

subverteu completamente o entendimento que até então era corrente: o de que a hermenêutica consiste em uma técnica que tem lugar apenas quando o significado de um texto não se deixa revelar de imediato.²³⁰

DILTHEY é tido igualmente como renovador da hermenêutica, conferindo-lhe o caráter de uma teoria da compreensão (também como em SCHLEIERMACHER com o fito de conhecer o pensamento do autor e não reduzida à interpretação de textos), mas, agora, uma compreensão de caráter não cognitivo e sim apreensivo, para “entender como a vida se revela e se exprime nas obras”, como “processo mental pelo qual capta-se a experiência humana vivida, que vai além da teorização racional.”²³¹ Essa abordagem situada do conhecimento, embora alvo de reservas por revelar-se vinculada ao cientificismo e ao objetivismo, “não nos deverá distrair dos conhecimentos valiosos a que ele chegou quanto a este assunto, em especial no que se refere ao carácter histórico do homem e da sociedade e à historicidade do conhecimento.”²³² Lembre-se aqui de sua sentença sobejamente conhecida: “a natureza se explica e a cultura se compreende.”

Quanto a BETTI, lhe é creditado o mérito de haver dado grande contribuição ao desenvolvimento da hermenêutica mediante uma teoria da interpretação jurídica. Isso é destacado por BLEICHER, que, embora tentando oferecer um panorama das principais tendências do pensamento hermenêutico em

²³⁰ “Na hermenêutica, isto significou o acento nas condições e meios a partir e pelos quais o sujeito interpreta, e não nos objetos de sua compreensão e seus resultados imediatos. Em SCHLEIERMACHER, teólogo alemão protestante considerado o ícone e o ponto de partida da hermenêutica contemporânea, tal ênfase colocou de cabeça para baixo a pressuposição que até então havia tomado corpo na história da hermenêutica. Instaura-se, pois, uma desconfiança básica sobre a compreensão imediata do homem. O mal-entendido passa a ser a regra e não mais a exceção. Assim, para evitá-lo, é preciso uma verdadeira disciplina, o que, por sua vez, reclama um tratamento doutrinário e sistemático da hermenêutica.” SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 15.

²³¹ PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais.** p. 6.

²³² BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea.** p. 41. Assim como BLEICHER diferencia as tendências da teoria hermenêutica e da filosofia hermenêutica, RUIZ DE AZÚA noticia que Paul RICOEUR igualmente distingue na hermenêutica mais recente “duas etapas”: a primeira de “generalização” (ampliação progressiva do campo da hermenêutica incluindo todas as hermenêuticas “regionais” em uma hermenêutica “geral”, mediante as obras de DILTHEY e SCHLEIERMACHER), a segunda de “radicalização”, em que “*comprender* deja de ser un modo de conocer para convertirse en una *manera de ser* y de comportarse respecto de los entes y del ser”, ou seja, passa-se da epistemologia para a ontologia. RUIZ DE AZÚA, Javier Bengoa. **De Heidegger a Habermas.** p. 87-88.

geral, medita longamente sobre as idéias do Mestre italiano e assinala como cabíveis a todos os campos da hermenêutica os cânones interpretativos por ele desenvolvidos, tais o “cânon da compreensão efetiva” (é mister que o intérprete reconstitua um pensamento na sua gênese, ou que retome o processo criativo do autor²³³) e o “cânon da totalidade e da coerência significativa”²³⁴ (que implica na correlação entre o todo e as partes, - isto é, a coerência -, e, assim, o acréscimo de um sentido coerente ao texto interpretado²³⁵). Esta última regra geral é associada por BLEICHER e também por SILVA ao “círculo hermenêutico”, que já houvera sido evidenciado por SCHLEIERMACHER.²³⁶

Com Martin HEIDEGGER e Hans-Georg GADAMER é que a hermenêutica “deixa de ser normativa e passa a ser filosófica”.²³⁷ Na verdade, o responsável pelo “segundo deslocamento da hermenêutica”²³⁸ é o primeiro, que esclareceu a impossibilidade do conhecimento sem pressupostos, evidenciando que toda compreensão tem uma pré-estrutura (pré-compreensão) e que pensamento e linguagem são incidíveis, ensejando a GADAMER o fecundo desenvolvimento de suas idéias.

Ambos participaram, decisivamente, do “giro lingüístico” ou da “reviravolta lingüístico-pragmática” da filosofia hermenêutica, cuja tese fundamental é a de que a filosofia sobre algo implica sempre uma filosofia da linguagem, pois “esta é o momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal

²³³ BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. p. 26 e 90.

²³⁴ BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. p. 26.

²³⁵ Cf. SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. p. 176.

²³⁶ “O círculo de reciprocidade hermenêutica entre a unidade do todo e o elemento singular [...] do texto é ressaltado por este cânnon, o qual é realizado nesse processo pelo nexos recíproco e pela concatenação significativa do complexo orgânico do texto interpretado e pela compreensão provisória que é aperfeiçoada, corrigida e integrada no decorrer do processo; além disso, o intérprete tem controle sobre os elementos integrantes do texto.” SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. p. 176.

²³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 186 e 208.

²³⁸ A expressão é de SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**. p. 49. “[...] coloca-se o ideal de cientificidade em uma situação nada confortável, já que a ciência não poderia pressupor exatamente o que pretenderia fundamentar.” Id. ib. p. 63.

modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infra-estrutura lingüística.”²³⁹

O pensamento de GADAMER é o que diz mais de perto com o tema deste trabalho, por isso cabe mencionar ao menos algumas de suas categorias e respectivos conceitos, que se acham, de resto, intimamente relacionados. Enunciando os “traços fundamentais de uma teoria da experiência hermenêutica” GADAMER afirma, desde logo, a historicidade da compreensão:

Na realidade, não é a história que pertence a nós mas nós é que a ela pertencemos. Muito antes de que nós compreendamos a nós mesmos na reflexão, já estamos nos compreendendo de uma maneira auto-evidente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. A lente da subjetividade é um espelho deformante. A auto-reflexão do indivíduo não é mais que uma centelha na corrente cerrada da vida histórica. *Por isso os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica de seu ser.*²⁴⁰

Os *preconceitos* condicionam a compreensão e, portanto, constituem o “ponto de partida do problema hermenêutico.” O termo aí não tem o significado negativo que lhe emprestara o historicismo, como algo contra o qual o intérprete se deva precaver mediante a razão (preconceitos derivados do respeito à autoridade ou das próprias precipitações)²⁴¹, de modo a atingir uma compreensão

²³⁹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 13. Lingüístico-*pragmática* porque a centralidade da linguagem na filosofia e, portanto, na hermenêutica, já havia sido destacada por Edmund HUSSERL e Ludwig WITTGENSTEIN, em nível semântico, (ainda que neste último já se desenhasse a necessidade de explicitação dos contextos pragmáticos). Por isso SILVA (v. nota 238), fala em “segundo” deslocamento da hermenêutica. Assim: “[...] à filosofia cabe a explicitação do universo do sentido, não a partir de uma construção semântica, que é uma instância derivada, mas do ser-no-mundo, do ser engajado numa práxis determinada.” OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. p. 216.

²⁴⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. p. 415-416.

²⁴¹ Segundo o Iluminismo, “[...] a Razão consideraria os preconceitos como escassos restos de uma mentalidade não esclarecida, que obsta à autodeterminação racional.” BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. p. 154. Entretanto, ainda não de todo em declínio o Iluminismo, Stuart MILL já advertira, e no final prefigurara a noção de *interesse prático* que viria a ser central para a hermenêutica crítica: “[...] as opiniões dos homens sobre o louvável e o reprovável são afetadas por todas as múltiplas causas que influenciam seus desejos relativos à conduta alheia, causas tão numerosas como as que determinam quaisquer outros desejos seus. Algumas vezes a sua razão – em outros tempos os seus preconceitos, ou superstições, muitas vezes seus afetos sociais, não poucas vezes os anti-sociais, a inveja ou o ciúme, a arrogância ou o orgulho, porém mais comumente os desejos ou temores egoístas, os seus legítimos ou ilegítimos interesses próprios. Onde haja uma classe dominante, uma grande parte da moralidade nacional emana dos seus interesses de classe e dos seus sentimentos de superioridade de classe.” MILL, Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. Alberto da Rocha Barros. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 50.

correta, nem como, - no âmbito jurisprudencial -, prejuízo ou desvantagem decorrente de uma pré-decisão.²⁴² Cumpre reabilitar o conceito e reconhecer-lhe um viés positivo, posto que há preconceitos não apenas legítimos como também inarredáveis, já que não há método capaz de nos afastar da *tradição*, na qual, como seres históricos que somos, estamos inapelavelmente inseridos (recorde-se: a história não nos pertence e sim que a ela pertencemos). A necessária imbricação entre *preconceito* e *tradição* é assim evidenciada por OLIVEIRA:

[...] nossa historicidade não é uma limitação, mas antes “condição de possibilidade” de nossa compreensão: compreendemos a partir de nossos pré-conceitos que se gestaram na história e são agora “condições transcendentais” de nossa compreensão. Compreendemos e buscamos verdade a partir das expectativas de sentido que nos dirigem e provêm de nossa tradição específica. Essa tradição, porém, não está a nosso dispor; antes de estar sob nosso poder, nós é que estamos sujeitos a ela. Onde quer que compreendamos algo, nós o fazemos a partir do horizonte de uma tradição de sentido, que nos marca e precisamente torna essa compreensão possível. Ela é a instância a partir de onde toda e qualquer compreensão atual é determinada, possibilitada. Para Gadamer, ela é “mais ser do que consciência”, no sentido de que nos condiciona sem que possamos elevá-la plenamente à esfera da consciência. Sua influência sobre nós independe da consciência que dela temos: é a partir dela que se tornam possíveis nossos conhecimentos, nossas valorizações, nossas tomadas de posição no mundo. Assim, pode-se dizer como Gadamer que os pré-conceitos não são pré-conceitos de um sujeito, mas muito mais a realidade histórica de seu ser, aquele todo histórico de sentido no qual os sujeitos emergem como sujeitos.²⁴³

Dessa forma, todo esforço hermenêutico principia com a tomada de consciência do intérprete de sua pertença a uma tradição que impõe não seu “procedimento” (ou um método)²⁴⁴, mas a própria compreensão, que “já está dada”, ante o influxo de toda uma *história efetual*, que “determina de antemão o que

²⁴² Nesse sentido: “Em si mesmo, ‘preconceito’ [...] quer dizer um juízo [...] que se forma antes da prova definitiva de todos os momentos determinantes segundo a coisa.” GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. p. 407.

²⁴³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. p. 227.

²⁴⁴ “A hermenêutica que considero filosófica não se apresenta como um novo procedimento de interpretação. Tomadas as coisas em sentido estrito, ela descreve somente o que sempre sucede e especialmente sucede nos casos em que uma interpretação tem êxito e convence. Não se trata pois, em nenhum caso, de uma teoria da arte que queira indicar como deveria ser a compreensão. Temos que reconhecer o que é e, por conseguinte, não podemos modificar o fato de que sempre intervêm, em nossa compreensão, pressupostos que não podem ser eliminados.” GADAMER, Hans-Georg. **A razão na época da ciência**. p. 76.

se mostra a nós de questionável e como objeto de investigação”²⁴⁵. Assim, o intérprete se encontra sempre em uma determinada *situação hermenêutica*. No entanto, não é dito que deva render-se quer à tradição que o interpela (as próprias antecipações), seja à própria historicidade (o interesse que cada época desperta); a compreensão exige a *fusão de horizontes*, implicando em não ignorar o *outro* que lhe fala através do texto, mas em integrá-lo dialogicamente com as próprias opiniões prévias.²⁴⁶ OLIVEIRA registra que dessa forma GADAMER coloca às claras a ilusão da “exigência de regressão a uma instância fundadora última, a um ponto arquimédico de todo e qualquer conhecimento, ao ‘fundamento inabalável’ como diria Descartes.”²⁴⁷

Ademais, GADAMER novamente vai além da teoria hermenêutica (que já houvera assinalado a unidade existente entre compreender e interpretar), acrescentando à compreensão o momento da aplicação. Já ao tratar do significado hermenêutico da distância temporal advertira para a centralidade da regra hermenêutica procedente da antiga retórica que determina a compreensão do todo a partir do individual e deste a partir do todo, numa relação circular.

Neste passo é que retoma a ética aristotélica (como visto em detalhe no capítulo anterior), para mostrá-la como “modelo dos problemas inerentes à tarefa hermenêutica”²⁴⁸, na medida em que tanto no saber moral quando na

²⁴⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. p. 449.

²⁴⁶ “Tanto o intérprete como a parte da tradição em que está interessado contêm o seu próprio horizonte: contudo, a tarefa não consiste em colocarmo-nos dentro deste último, mas em alargarmos o nosso próprio horizonte para que possa integrar o outro.” BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. p. 159. “Para Gadamer, aquele que pretende compreender não pode entregar-se desde o princípio à sorte de suas próprias opiniões prévias e ignorar a mais obstinada e conseqüentemente possível opinião do texto. *Aquele que pretende compreender um texto tem que estar em princípio disposto a que o texto lhe diga algo*. Uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva desde o início para a condição do texto. Entretanto, esta receptividade não pressupõe nem neutralidade frente às coisas e nem autocancelamento, senão que inclui uma matizada incorporação das próprias opiniões prévias e prejuízos.” STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. p. 201.

²⁴⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. p. 231.

²⁴⁸ “ Se, a modo de conclusão, colocarmos em relação com o nosso questionamento a descrição aristotélica do fenômeno ético, em particular, da virtude do saber moral, então a análise aristotélica se nos apresenta como uma espécie de *modelo dos problemas inerentes à tarefa hermenêutica*. Também nós tínhamos nos convencido de que a aplicação não é uma parte última e eventual do fenômeno da compreensão, mas que o determina desde o princípio e no seu todo. Tampouco aqui a aplicação consistia em relacionar algo geral e prévio com uma situação particular. O intérprete que se

compreensão de um texto trata-se em última análise de aplicação; tanto quanto na consciência ética, que a cada situação concreta ganha sentido, no contexto hermenêutico a tradição “tem de ser entendida cada vez de uma maneira diferente”, isto é, “em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta.”²⁴⁹

Daí o significado da hermenêutica jurídica que GADAMER considera “paradigmático” para a hermenêutica filosófica. Ora:

Se é verdade, como em geral se afirma, que o problema fundamental para o operador do direito não é a distância cronológica entre a elaboração da norma e a sua aplicação, mas a distância *material* existente entre a generalidade do seu enunciado e a singularidade do caso a decidir – uma distância que alguns juristas, ao limite, consideram irreduzível -, então o trabalho do intérprete apresenta-se não apenas como uma tarefa de desocultamento ou de fixação de significados que, até certo, ponto, permanecem escondidos, mas também como uma tentativa de mediação e de superação daquela distância real, daquele abismo que separa o geral e o particular, o abstrato e o concreto.

Nesse sentido, observa Antônio Osuna Fernández Largo, com total pertinência, que o nó górdio da compreensão normativa reside nessa antinomia entre o abstrato e o concreto e que, por isso mesmo, o maior problema para o intérprete-aplicador do direito consiste, precisamente, em traduzir – na verdade, em trazer – para a *sua* situação histórica e para a *sua* condição de sujeito por ela afetado, uma norma que é enunciada sempre em termos genéricos e a partir de supostos tópicos.²⁵⁰

Quando GADAMER assevera, enfim: que o jurista “toma o sentido da lei a partir de e em virtude de um determinado caso dado”; que a tarefa da interpretação “consiste em *concretizar a lei* em cada caso, isto é, em sua *aplicação*”, numa “complementação produtiva do direito”²⁵¹ e que a “vinculação entre

confronta com uma tradição procura aplicá-la a si mesmo. Mas isso tampouco significa que o texto transmitido seja, para ele, algo dado e compreendido como um algo geral que pudesse ser empregado posteriormente para uma aplicação particular. Pelo contrário, o intérprete não pretende outra coisa que compreender esse geral, o texto, isto é, compreender o que diz a tradição e o que faz o sentido e o significado do texto. E para compreender isso ele não deve querer ignorar a si mesmo e a situação hermenêutica concreta, na qual se encontra. Está obrigado a relacionar o texto com essa situação, se é que quer entender algo nele.” GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. p. 481-482.

²⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. p. 461 e 465.

²⁵⁰ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. p. 55-56.

²⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. p. 483 e 489.

a generalidade da lei e a matéria concreta do caso submetido aos tribunais de justiça constitui um momento integral de toda a arte do direito e toda a ciência do direito”²⁵², abre a extensa via para a tópica jurídica, que VIEHWEG viria a pavimentar, ensejando o profícuo desenvolvimento dos métodos de Interpretação Constitucional nela inspirados.

Antes de examinar essas propostas inovadoras que se apartam da hermenêutica clássica, cumpre advertir que a doutrina as distingue em *método tópico-problemático* e *método hermenêutico concretizador*, - o primeiro pressupondo o “primado do problema perante a norma”, o segundo assentado no “pressuposto do *primado do texto constitucional* em face do problema”.²⁵³

Com efeito, ver-se-á que a concretização constitucional segundo Peter HÄBERLE segue perfeitamente as premissas indicadas por CANOTILHO para um método decididamente tópico: caráter prático da interpretação constitucional, caráter aberto e indeterminado das normas constitucionais e preferência pela discussão do problema, mediante argumentação entre os vários intérpretes constitucionais. Já em Konrad HESSE e Friedrich MÜLLER, - e mais acentuadamente neste último -, embora na concretização da norma constitucional se revele todo o sentido criador do intérprete na riqueza do círculo hermenêutico, os pressupostos tópicos são tratados com maior cautela, restando o texto como limite do espaço de interpretação.

3.2 MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL INSPIRADOS NA TÓPICA

3.2.1 Friedrich Müller – concretismo estruturante

Uma das primeiras propostas metodológicas de inspiração tópica é a *metódica concretista estruturante* de Friedrich MÜLLER, na opinião de

²⁵² GADAMER, Hans-Georg. **A razão na época da ciência**. p. 63.

²⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 213-214.

BONAVIDES um dos arquitetos mais engenhosos da reconstrução do conhecimento jurídico pela via de uma teoria material do Direito e da Constituição.²⁵⁴

Em *Métodos de trabalho do direito constitucional* MÜLLER de pronto oferece versão original das categorias usuais no tema em estudo (hermenêutica, interpretação, métodos e metodologia). Emprega a expressão *metódica* no sentido de conjunto, abrangente de todas aquelas categorias; entretanto, algumas aparecem redefinidas. *Hermenêutica* não tem o tradicional significado de teoria da interpretação jurídica (que estuda analiticamente os métodos, técnicas, agentes e efeitos interpretativos), mas refere-se “às condições de princípio da concretização jurídica normativamente vinculada ao direito”, ou à “teoria da estrutura da normatividade jurídica e dos *pressupostos* epistemológicos e de teoria do direito da metodologia jurídica”. *Interpretação* é termo de sentido restrito à compreensão filológica de um texto normativo, reduz-se aos textos de normas, é praticamente reduzido à exegese gramatical ou literal.²⁵⁵

Esse o *punctum saliens* sobre o qual MÜLLER edificará sua teoria hermenêutica: a norma jurídica, - também e especialmente a norma constitucional -, é mais que seu texto. O texto da norma não é a norma, é uma medida ou modelo de ordenação que se expressa em linguagem, cujo sentido só se manifesta no momento da concretização:

Que o ponto de referência legitimante das decisões jurídicas, a norma jurídica, não é idêntico com a sua expressão verbal, quer dizer, com o texto da norma, que formula juntamente com os recursos interpretativos auxiliares o programa da norma, se descobre como uma experiência irrefutável numa indagação, que parte do modo efetivo de trabalho e de atuação da atividade jurídica, ao invés de partir de um ponto abstrato, à maneira das “ciências humanas”.²⁵⁶

²⁵⁴ Apresentação da obra de MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. p.12.

²⁵⁵ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. p. 2.

²⁵⁶ MÜLLER, Friedrich. **Direito linguagem violência**: elementos de uma teoria constitucional, I. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Fabris, 1995.p. 44. Gize-se que, para Müller, o que distingue a Ciência do Direito das ciências naturais é a “matéria histórica”, enquanto que a distinção para com as ciências humanas é dada pela “vinculação a normas jurídicas vigentes”. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. p. 65.

O texto oferece um contato ao que denomina *programa normativo* e a este adere o *domínio* ou *âmbito normativo* (ou *área da norma*), constituído do plano material e empírico abrangido pela norma.²⁵⁷ Aí está a normatividade jurídica, (notadamente a normatividade constitucional, tanto mais em função da característica de abertura de que é dotada), atingida apenas no momento de sua concretização (aplicação), que integra três elementos: fato, programa normativo e âmbito normativo. Em outras palavras, a norma constitucional é norma mais situação normada.²⁵⁸ A interpretação se limita a conferir um entendimento ao enunciado normativo, porém este não tem significado autônomo e só alcança pleno sentido em contato com a realidade.

A normatividade do Direito consuetudinário, - inclusive no plano constitucional -, está a demonstrar que a forma escrita é somente uma propriedade não essencial à natureza da norma. Ademais, a normatividade do Direito escrito, em termos de orientação lingüística, não se circunscreve ao enunciado normativo, mas é determinada por outros textos não normativos, v.g. os manuais didáticos, estudos monográficos e precedentes.²⁵⁹

A *metódica* estruturante compreende também a interpretação (do texto normativo), mas não só ela. Há outras “modalidades” de trabalho para a concretização da norma, e, portanto, para a realização do Direito, que ultrapassam os métodos de interpretação em sentido estrito e que são compartilhados não só por todas as funções estatais, - jurisdição, legislação e administração pública -, como

²⁵⁷ “Uma norma jurídica é – assim como ela age efetivamente – mais do que o seu teor literal. O teor literal expressa, juntamente com todos os recursos interpretativos auxiliares, o ‘programa da norma’. A área da norma pertence à norma com grau hierárquico igual.” MÜLLER, Friedrich. **Direito linguagem violência**. p. 42-43.

²⁵⁸ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 223-225. “Por um lado, o teor literal serve via de regra à formulação do programa da norma, ao passo que o *âmbito da norma* normalmente é apenas sugerido como um elemento co-constitutivo da prescrição. Por outro lado, a *normatividade*, pertencente à norma segundo o entendimento veiculado pela tradição, não é produzida por esse mesmo texto. Muito pelo contrário, ela resulta dos dados extra-lingüísticos de tipo estatal-social: de um funcionamento efetivo, de um reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área; portanto, de dados que mesmo se quiséssemos nem poderiam ser fixados no texto da norma no sentido da garantia de sua pertinência. Também o ‘*conteúdo*’ de uma prescrição jurídica, i. é., os *impulsos de ordenamento, regulamentação e critérios de aferição que dela partem* (porque publicados, veiculados, transmitidos, aceitos e observados), não estão substancialmente ‘presentes’ no seu teor literal.” MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. p. 53-54.

²⁵⁹ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. p. 54.55.

também pela própria Ciência do Direito Constitucional²⁶⁰; toda ação constitucionalmente orientada, não obstante a diversidade de interesses (de *decisão* ou de *conhecimento*), estruturalmente é a mesma, posto não haver diferença quanto à concretização do Direito em casos reais ou fictícios.²⁶¹

Analisando a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha MÜLLER constata que ela agrega elementos de lógica formal e métodos interpretativos clássicos (positivistas e legalistas) de mistura com elementos materiais; todavia, o faz de forma acrítica, sem explicitar nem fundamentar os procedimentos. Igualmente na Ciência do Direito identifica o “quadro de pragmatismo sem direção”. Não é que censure a qualidade da argumentação jurisprudencial e científica materialmente determinadas; o que MÜLLER critica é a concretização constitucional ausente de clareza metódica, em prejuízo da objetividade e da segurança jurídica.²⁶² Em suma, tanto a jurisprudência quanto a Ciência do Direito refletem a insuficiência dos cânones savignyanos, enquanto não permitem o controle da dose de subjetivismo irracional presente com maior ênfase no tratamento dos Direitos fundamentais.²⁶³

Para BONAVIDES, o Mestre de Heidelberg aponta certamente os motivos das contradições verificadas nos procedimentos interpretativos constitucionais: em primeiro lugar, a “juventude” do Direito Constitucional, surgido com o Estado liberal, “sobre alicerces exclusivamente teóricos, sem o aval da experiência e da história”, ao contrário do Direito Privado, construído lentamente através de muitos séculos, sistematizado e codificado com o auxílio dos princípios do Direito romano, enquanto que nas Constituições soem

²⁶⁰ “Aqui devemos prevenir um mal-entendido: mesmo *enquanto teoria*, a epistemologia é práxis. Ela é práxis na medida em que ela é trabalho [...], fator de atuação, conteúdo comunicativo, na medida em que ela é trabalho na companhia de membros concretos do gênero humano. O estabelecimento de regras jurídicas, a aplicação de regras, a sua interpretação, a valoração jurídica, a decisão e a discussão configuram trabalho. [...] Em outras palavras: também o *trabalho* dos juristas é *estruturalmente* compreensível *a partir da sua função* e na sua função como trabalho, *a partir da divisão social do trabalho*; ou, formulando de modo mais preciso, a partir da divisão do trabalho social.” MÜLLER, Friedrich. **Direito linguagem violência**. p. 15.

²⁶¹ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. p. 22-23; 63-64.

²⁶² “A doutrina constitucional tradicional cultivou a abstinência diante de questões relativas à metódica de trabalho”. MÜLLER, Friedrich. **Direito linguagem violência**. p. 8.

²⁶³ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. p. 32-39.

conviver princípios heterogêneos e contraditórios, a espelhar as disputas das sociedades de classes e o espírito das épocas. Em segundo plano, as malogradas tentativas de adaptar ao Direito Constitucional os métodos jusprivatistas, somados a uma concepção positivista e legalista da Constituição.²⁶⁴

Desta forma, para MÜLLER u'a metódica do Direito Constitucional deve "pesquisar a estrutura da normatividade", - já que a práxis revela que a concretização constitucional (não reduzida à interpretação) é um processo estruturado -, fundando-se em uma teoria "do direito" (teoria da norma jurídica) e não numa teoria "sobre o direito" (que as teorias deste tipo têm natureza não normativa mas teológica, ética, filosófica, sociológica ou político-ideológica).²⁶⁵

Ora, o domínio normativo a captar contém elementos de natureza material: são os aspectos econômicos, sociológicos, políticos ou históricos de uma dada realidade. A análise desses elementos, segundo CANOTILHO²⁶⁶, é tanto mais necessária quanto menor seja a determinação do programa normativo. Compreende-se assim a necessidade de delimitar o procedimento hermenêutico dentro de parâmetros, posto que a maior parte das normas constitucionais, sejam princípios ou regras, é aberta a propostas variadas de concretização.

Assim, todo o esforço de MÜLLER será envidado para o resgate do sentido material das normas constitucionais, que se perdera com o formalismo²⁶⁷, procurando, *pari passu*, manter a tópica interpretativa em limites tecnicamente controláveis, porque afinal, na prática, o "sujeito concretizante" (a

²⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 503-504. "É incontestável que as regras da interpretação de *Savigny* expressamente *não* foram formuladas para o Direito Público e o Direito Constitucional." MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. p. 44.

²⁶⁵ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. p. 49.

²⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 224.

²⁶⁷ "Insistindo na mera positividade do direito, transfigurada longe da realidade da vida, o positivismo aceitou o preço da redução ou da perda da normatividade jurídica, cujas condições específicas, bem como, genericamente, a peculiaridade do direito saíram do campo visual à medida que o ideal de método de uma ciência natural que ainda não tinha começado a questionar-se foi transferido acriticamente a prescrições jurídicas. Assim o direito é compreendido equivocadamente como um ser que repousa em si, que só deve ser relacionado *ex post facto* com as relações da realidade histórica." MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. p. 41.

expressão é de CANOTILHO), é quem agrega ao programa normativo a sua compreensão da realidade:

A metódica deve poder decompor os processos da elaboração da decisão e da fundamentação expositiva em passos de raciocínio suficientemente pequenos para abrir o caminho ao *feedback* [...] *controlador por parte dos destinatários da norma, dos afetados por ela, dos titulares de funções estatais* (tribunais revisores, jurisdição constitucional etc.) e *da ciência jurídica*.²⁶⁸

A necessidade da racionalidade mais ampla possível da aplicação do direito segue da impossibilidade da sua racionalidade integral; admitir esta última significaria ignorar o *caráter de decisão e de valoração* do direito. Essa confissão circunscreve o campo do possível. Sem a sobriedade do excesso racionalista a ideologia poderia desenvolver-se sem limites e controles.²⁶⁹

Remarcando a não-identidade entre norma e texto de norma, MÜLLER enfatiza o caráter criativo da concretização da Constituição pelos órgãos estatais (legislativos, administrativos e jurisdicionais), que transcende a mera interpretação do teor literal da norma, a qual, embora importante, é “somente um elemento” do processo de concretização. Cumpre atentar para a vinculação e igual grau hierárquico que “direito” (norma) e “realidade” desempenham na revelação da normatividade que só se perfaz no caso concreto. O âmbito da norma (domínio, área ou setor normativo) não representa simplesmente os fatos e sim que “é parte integrante material da própria prescrição jurídica”, é “um fator co-constitutivo da normatividade.”²⁷⁰

No processo de concretização (unitário e estruturado), MÜLLER distingue dois grupos de elementos:

a) os referidos às normas, compreendendo os recursos metodológicos tradicionais (interpretação segundo os cânones savignyanos e alguns princípios de Interpretação Constitucional); aqui MÜLLER registra que os elementos distinguidos por SAVIGNY devem ser preservados, atentando-se, porém, para a

²⁶⁸ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. p. 53.

²⁶⁹ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. p. 66.

²⁷⁰ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. p. 58-59.

necessidade de fundamentá-los e complementá-los de modo especial segundo as exigências da concretização do Direito Constitucional.²⁷¹

Assim é que, no que respeita à *interpretação gramatical*, devem ser feitos alguns reparos, *v.g.*, na Constituição há diferentes *tipos de normas* (a distinção não é lingüística, mas estrutural), mais ou menos amplas ou indeterminadas, circunstância verificada pela pré-compreensão; por outro lado, há diferenças no grau de abstração lingüística, e isso não deve ser confundido com distinção no grau de “determinidade”, porquanto decorrem das diferenças materiais dos âmbitos das normas.

Quanto aos elementos *históricos, genéticos, sistemáticos e teleológicos*, MÜLLER observa que na prática encontram-se entrelaçados materialmente, o que se justifica em parte pela natureza do objeto, mas ao mesmo tempo é conseqüente à “falta de uma consciência de método”. Não constituem, então, métodos autônomos. A interpretação sistemática só pode ser obtida mediante “pontos de visa auxiliares” na análise do âmbito normativo, assim também o presumido *telos* não logra revelar-se sem auxílio de outros elementos. “A suposição de uma ‘ratio’ que não pode ser comprovada sob nenhum outro aspecto da concretização desqualifica-se enquanto ‘valoração’ ou ‘ponderação’ subjetiva *descolada da norma*.”²⁷²

Ainda no campo de abrangência da metodologia tradicional e com referência aos elementos do processo estruturante referidos às normas, - conquanto representem linguagem não-normativa -, MÜLLER alinha alguns princípios de Interpretação Constitucional, tais como o princípio da interpretação conforme a Constituição (aceito com reservas), o critério de aferição da correção funcional (a concretização não pode modificar a distribuição das funções de cada instância concretizadora), o critério de aferição do efeito integrante e o princípio da unidade da Constituição (considerados dentro das possibilidades da interpretação sistemática), o princípio da concordância prática (relacionado ao princípio da

²⁷¹ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. p. 110.

²⁷² MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. p. 73-79.

unidade da Constituição)²⁷³ e o critério da força normativa da Constituição, que o Autor considera mais um “apelo” do que um ponto de vista de metódica da interpretação.²⁷⁴

b) o segundo grupo de elementos do processo de concretização, - que desempenham funções auxiliares -, compõe-se de: elementos do âmbito da norma e do âmbito do caso (âmbito material), elementos dogmáticos extraídos da doutrina e da jurisprudência, elementos de teoria (dada a essencial vinculação entre a ação hermenêutica e as teorias constitucional e do Estado), elementos de política constitucional (referidos à consideração dos efeitos e à valoração de conteúdos), e, por fim, elementos de técnica de solução, assim explicitados:

A eles pertencem os lineamentos fundamentais dos procedimentos com os quais se pretende formular e examinar as hipóteses gradualmente precisandas ou corrigendas sobre a norma, com os quais se pretende procurar pelo caminho da *inventio* ‘tópica’ pontos de vista para soluções orientados segundo problemas e com os quais se pretende encontrar a espécie de estruturação e argumentação no texto da decisão que parece mais útil segundo a respectiva função.²⁷⁵

A final, MÜLLER estabelece como pressupostos para a hierarquização dos elementos de concretização: a natureza não vinculante dos pontos de vista auxiliares (listados em *b*) e a imperatividade do Direito Constitucional

²⁷³ No que respeita a este princípio de Interpretação Constitucional, em duas oportunidades Müller posiciona-se contrariamente à “técnica de ponderação de valores”, sem que, no entanto, fique suficientemente claro em que a alternativa proposta dela se diferencia: 1. “O teor material normativo de prescrições de direitos fundamentais e de outras prescrições constitucionais é cumprido muito mais e de forma mais condizente com o Estado de Direito com a ajuda dos pontos de vista hermenêutica e metodicamente diferenciadores e estruturantes da análise do âmbito da norma e com uma formulação substancialmente mais precisa dos elementos de concretização do processo prático de geração do direito, a ser efetuada, do que com representações necessariamente formais de ponderação, que conseqüentemente insinuam uma reserva de juízo [...] em todas as normas constitucionais, do que com categorias de valores, sistemas de valores e valoração, necessariamente vagas e conducentes a insinuações ideológicas.” 2. “Ocorre que a otimização de todas as normas e de todos os bens tutelados envolvidos, exigida pelo princípio da concordância prática, não pode indicar positiva, mas só negativamente o objetivo da concretização. A concretização não deve atribuir globalmente, no sentido da ‘ponderação’, o ‘primado’ a uma norma e fazer a outra ‘recuar para o segundo plano’ de forma igualmente global. Ela não deve atualizar uma inteiramente a expensas da outra, embora, segundo o resultado da concretização, a outra norma também co-determine o caso como norma de decisão.” MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. p. 35-36 e 86.

²⁷⁴ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. p. 81-87.

²⁷⁵ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. p. 89-97.

vigente. Daí resulta a seguinte ordem de preferência, na hipótese de “resultados parciais contraditórios”: os elementos referidos à norma (arrolados em *a*) precedem os demais elementos; verificando-se conflitos entre os elementos referidos à norma, têm precedência os elementos de interpretação gramatical e sistemática, já que os demais se referem a textos que não são normas.²⁷⁶

Em suma: o limite do “espaço de interpretação”²⁷⁷, - e isso é frustrante para uma teoria material da Constituição -, é, enfim, o texto normativo. MÜLLER explica:

Não se deve esquecer que o programa da norma destaca, da totalidade dos dados efetivos atingidos por uma prescrição, os momentos relevantes para a decisão jurídica, no sentido de uma diretiva orientadora; ele estabelece, portanto, critérios de relevância com caráter de obrigatoriedade, tanto para a indagação quanto para a ponderação.

Abstraindo aqui de casos-limite, o programa da norma, que permite avaliar a relevância de dados empíricos a partir da área da norma da prescrição, não é nem unívoco nem absolutamente vago. Muito pelo contrário, ele indica *espaços de ação metodicamente domináveis*, dentro dos quais o trabalho jurídico se deve legitimar e com base nos quais ele pode ser controlado e criticado.²⁷⁸

Discorrendo acerca das tendências metodológicas da Ciência do Direito na atualidade, e, mais especificamente, sobre a interpretação da Lei Fundamental, - embora dedique poucas linhas à metódica estruturante -, LARENZ sintetiza com maestria a orientação tópica cercada de cautelas que caracteriza a proposta de Friedrich MÜLLER:

²⁷⁶ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. p. 112.

²⁷⁷ “Considera-se como espaço de interpretação o âmbito dentro do qual o ‘programa normativo’ se considera ainda compatível com o texto da norma.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 211. “Se assim o sentido literal na maior parte dos casos não basta como critério interpretativo, precisamente porque ainda permite diversas interpretações, já contudo o *sentido literal possível*, isto é, a totalidade daqueles significados que, segundo a linguagem vulgar, ainda podem estar ligados à expressão, indica o *limite da interpretação* (em sentido restrito). Isto deriva, desde logo, de que apenas o *texto* da lei é objecto da interpretação. Só o texto da lei se reveste da autoridade de ter sido ordenado pelo legislador. O que deixa de ser compatível com o texto, ou seja, com o sentido literal possível, não participa daquela autoridade.” LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. p. 369.

²⁷⁸ MÜLLER, Friedrich. **Direito linguagem violência**. p. 44. BONAVIDES entende que este é o ponto mais delicado da teorização estrutural de MÜLLER e o que a faz sujeita a crítica, pois, após acolher amplamente a realidade, culmina em “postulação assentada numa estrutura jurídica limitativa”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 508.

Assentando embora firmemente, em linha de princípio, no primado da norma estatuída – primado cujo fundamento é a estrutura constitucional do Estado -, considera a norma numa íntima referência recíproca ao campo de realidade por ela apreendido, o chamado “âmbito da norma”. Por outro lado, porém, pronuncia-se contra um pensamento puramente “tópico”, na medida em que, para este, a norma primariamente determinante não é senão *um* tópico entre outros. Os tópicos, enquanto “pontos de vista conjecturais e discutíveis, que fundamentam uma decisão do modo mais convincente possível”, são escolhidos por referência ao problema, e podem portanto ser totalmente estranhos à norma [...]. Dever-se-á, por conseguinte, ainda que sem renunciar aos processos da hermenêutica jurídica contemporânea, “assentar em princípio, para o Direito estadual e constitucional, no primado da vinculação à norma sobre a referência tópica ao problema [...]. Os “progressos da hermenêutica jurídica contemporânea” vê-os Müller, com razão, sobretudo no reconhecimento de que a norma não está ainda, enquanto tal, acabada, nem é enquanto tal aplicável, porque só se perfaz na concretização, no processo da “aplicação”. Mas a interpretação não é, em princípio, livre em relação à norma; mesmo no processo da concretização “tópica” da norma, esta permanece como o “ponto orientador primário”. É no entanto co-determinada de antemão, como “modelo ordenador determinado pela realidade, pelo campo de objectos que se pretende ordenar. [...] A concretização da norma tem de fazer-se por referência às realizações que a norma pode receber no seu campo de aplicação, o qual, por sua vez, é já em si mesmo “normativamente conformado, normativamente problematizado e diferenciado” [...].²⁷⁹

3.2.2 Konrad Hesse – hermenêutica concretizadora

A concepção de Constituição de Konrad HESSE orienta por inteiro sua proposta inovadora de um método para a Interpretação Constitucional. Em *A força normativa da Constituição* Hesse contrapõe-se à tese de Ferdinand LASSALLE²⁸⁰, segundo a qual a Constituição expressa as relações de poder dominantes em um país: o documento constitucional, a Constituição *jurídica*, é mero “pedaço de papel”, cuja regulação está condicionada à sua compatibilidade à Constituição *real*, decorrente dos fatores reais de poder. Dada a permanente tensão

²⁷⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. p. 176-177.

²⁸⁰ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. *Passim*.

entre norma estática e realidade fluída, a Constituição jurídica “sucumbe cotidianamente em face da Constituição real”.²⁸¹

HESSE aduz que a experiência histórica parece confirmar a atualidade da concepção de LASSALLE. Entretanto, se assim for, não haverá Direito Constitucional (ciência do *dever ser*), apenas Sociologia ou Ciência Política que se voltam à Constituição real (ao *ser*); o Direito Constitucional “não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão-somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes.”²⁸²

Assim, para conferir força normativa própria à Constituição, - para além das injunções da realidade política, econômica e social -, deve-se considerar a relação existente entre a realidade e sua ordenação jurídica e não isolar norma (vigência) e realidade (eficácia), como se fazia no pensamento constitucional tradicional. A essência da norma constitucional é a sua vigência, isto é, a sua pretensão de eficácia, de concretização na realidade; quando a Constituição se impõe à realidade, realizando essa pretensão de eficácia, adquire força normativa. As possibilidades e limites reais de realização influem na pretensão de eficácia, mas não devem a ela se sobrepor.²⁸³

A superação das forças reais em proveito da força normativa da Constituição exige aliar, à *vontade de poder*, a *vontade de Constituição*, que requer a compreensão: a) “da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável”; b) “de que essa ordem constituída é mais que uma ordem legitimada pelos fatos”; c) “de que essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana”.²⁸⁴

²⁸¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 9-10.

²⁸² HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. p. 11.

²⁸³ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. p. 13-16.

²⁸⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. p. 19-20. “[...] na medida em que apela para esse *sentimento constitucional*, a construção teórica de Hesse faz depender a eficácia da Constituição, igualmente, de um fator de natureza *axiológica*, isto é, do *respeito* que lhe devotarem os seus destinatários, especialmente aqueles que tenham poder de fato para violá-la ou destruí-la.” COELHO, Inocêncio Mártires. **Konrad Hesse / Peter Häberle**: um retorno aos fatores reais de poder. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, n. 138, abr/jun 1998, p. 188. Nota-se que COELHO faz um paralelo entre a “vontade de Constituição” de HESSE e o “sentimento constitucional”

Ora, diante dessas proposições, entre os pressupostos para a realização da força normativa da Constituição avulta a *práxis* dos principais responsáveis pela ordem constitucional, notadamente a Interpretação Constitucional, presidida pelo “princípio da ótima concretização da norma”. A subsunção lógica e a construção conceitual são imprestáveis para a aplicação desse princípio.

Está-se a caminho de um novo método: para a concretização normativa é necessária uma “interpretação construtiva”, “condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade.”²⁸⁵ Está superada a concepção da Constituição como “folha de papel”. HESSE entende a Constituição como:

[...] ordem jurídica fundamental da comunidade, cuja função precípua é a de integrar Estado e sociedade em uma comunidade política. Ela fixa os princípios reitores com base nos quais se deve formar a unidade política e se devem assumir as tarefas do Estado. Contém os procedimentos para resolver os conflitos no interior da comunidade e regula a organização e o procedimento de formação da unidade política e da atuação estatal. Em tudo isso, é a Constituição o plano estrutural básico, orientado a determinados princípios de sentido para a conformação jurídica de uma comunidade. Em decorrência de sua função unificadora (integradora), reconhece-se a incompletude estrutural das normas constitucionais, posto que inúmeros setores da vida estatal e/ou social ou não são objeto de regulação por parte da Constituição ou o são por disposições dotadas de grande amplitude de conteúdo e abertura.²⁸⁶

Em sentido estrito, a Interpretação Constitucional é necessária e constitui problema quando a Constituição não resolve uma questão constitucional de forma conclusiva. A interpretação *atualiza* a Constituição. Portanto, HESSE

de LOWENSTEIN: “*Con la expresión ‘sentimiento constitucional’ [...] se toca uno de los fenómenos psicológico-sociales y sociológicos del existencialismo político más difíciles de captar. Se podría describir como aquella conciencia de la comunidad que, trascendiendo a todos los antagonismos y tensiones existentes políticspartidaristas, economicosociales, religiosos o de otro tipo, integra a detentadores y destinatarios del poder en el marco de un orden comunitario obligatorio, justamente la constitución, sometiendo el proceso político a los intereses de la comunidad. Este fenómeno pertenece a los imponderables de la existencia nacional y no puede ser producido racionalmente [...].*” LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1983. p. 200.

²⁸⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. p. 20-22.

²⁸⁶ SILVA, Celso de Albuquerque. **Interpretação constitucional operativa**. p. 135.

considera a interpretação só possível diante de um problema concreto a resolver.²⁸⁷ Assevera que o objetivo da Interpretação Constitucional é obter um resultado “constitucionalmente correto”²⁸⁸, através de um procedimento racional e controlável e fundamentar esse resultado de forma racional e controlável, criando, desse modo, certeza e previsibilidade jurídicas.²⁸⁹

A interpretação só relativamente consiste na revelação da “vontade” objetiva ou subjetiva preexistente à Constituição. Se se supõe que a Constituição não contém critério inequívoco, se aceita que nem a Constituição nem o legislador constituinte tomaram uma decisão, é impossível revelar uma vontade autêntica de uma ou de outro.

Da mesma forma, os vários métodos de Interpretação Constitucional tradicionais não oferecem orientação suficiente: literalmente o texto não diz nada de inequívoco e aí aparece o problema de determinar seu significado, com o auxílio da linguagem usual ou jurídica; a interpretação sistemática pode ser entendida de diferentes modos (ou ter em vista o lugar do preceito na lei ou a conexão material entre os preceitos); o método teleológico também não dispõe de uma regra infalível para descobrir o sentido. Acresce, ainda, a questão de decidir por um dos métodos, quando o emprego de cada um leva a resultados diferentes.²⁹⁰

HESSE considera que nas situações em que um tribunal não fundamente suas sentenças nas regras tradicionais de interpretação, ou em que só parcialmente o faça, isso não significa falta de correção jurídica, mas o fracasso daquelas regras. O apego a essas regras significa desconhecer a finalidade da

²⁸⁷ “Inspirado em Friedrich Müller (norma-texto, norma-programa, norma-âmbito, norma-direito e norma-decisão) e na Tópica, o insigne constitucionalista elege uma acepção estrita, em que interpretar significa *concretizar*, isto é, busca-se o emprego de categorias hermenêuticas por inteiro distintas daquelas cristalizadas nos quatro métodos tradicionais de interpretação de Savigny – gramatical, lógico, histórico e sistemático -, posteriormente acrescidos do teleológico.” BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 604.

²⁸⁸ Ou “constitucionalmente justo”, para CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 215.

²⁸⁹ HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 35.

²⁹⁰ HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. p. 36-37.

Interpretação Constitucional, sua estrutura interna e os condicionamentos do processo interpretativo.

Não há Interpretação Constitucional independente de *concretização*, isto é, o que não se oferece claramente como conteúdo da Constituição é precisamente o que deve ser determinado mediante a incorporação da realidade que ela ordena. Assim, a interpretação tem caráter criativo porque o conteúdo da norma constitucional só fica completo com a interpretação, embora a atividade interpretativa deva vincular-se à norma.

A concretização pressupõe a compreensão do conteúdo da norma, que não é desvinculada da pré-compreensão do intérprete nem do problema concreto a ser resolvido.²⁹¹ Ora, todo intérprete acha-se condicionado por hábitos mentais e conhecimentos, por sua concreta situação histórica, e assim compreende a norma a partir de sua perspectiva pessoal. Essa primeira aproximação necessitará de comprovação, correção e revisão, não podendo o intérprete se limitar a executar essas “antecipações” resultantes da pré-compreensão, mas, uma vez consciente delas, procurar explicitá-las, evitando a arbitrariedade.²⁹²

Outro ponto a observar é que compreender (e, com isto, concretizar), só é possível a respeito de um problema concreto, tendo o intérprete que pô-lo em relação com a norma, se quer determinar seu conteúdo correto “aqui e agora”. Do que resulta a aplicação da norma num processo integrado com a determinação do seu sentido, que não é preexistente, geral e abstratamente. Lembre-se: não existe Interpretação Constitucional desvinculada dos problemas concretos.²⁹³

²⁹¹ “[...] K. Hesse considera como elementos ou condições necessárias à realização da concretização normativo-constitucional conceitos chave da hermenêutica ontológica (*M. Heidegger*) e da hermenêutica filosófica (*H. G. Gadamer*).” SILVA, Kelly Suzane Alfien da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Fabris, 2000. p. 363.

²⁹² “Essa ‘compreensão prévia’ deve ser fundamentada e conscientizada, de sorte que o intérprete possa objetivamente dirigir-se ‘à coisa mesma’, resguardado porém do arbítrio de impressões ocasionais ou hábitos mentais crônicos e arraigados.” BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 481.

²⁹³ HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. p. 43.

Do exposto resulta que não pode haver um método de interpretação autônomo, desvinculado dos fatores concernentes à pré-compreensão do intérprete e do problema concreto. A concretização constitucional há de seguir um procedimento que leve em conta essa situação, através de uma “atuação tópica orientada e limitada pela norma”, para encontrar-se e provar-se pontos de vista, submetidos ao jogo das opiniões. Se os pontos de vista forem adequados, chegar-se-á a uma solução para o problema.

Entretanto, os *topoi* não estão a critério do intérprete; apenas devem ser utilizados aqueles relacionados com o problema e não outros que lhe sejam estranhos. Além disso, o programa normativo contido no texto é também vinculante para a solução do problema; aqui é que cabem (limitadamente), os métodos tradicionais de interpretação para permitir a elaboração de “elementos de concretização” que auxiliem a precisar possíveis variantes de sentido.

E a concretização, ademais, exige a apreciação do âmbito normativo em relação com o problema concreto; as normas constitucionais destinam-se a ordenar a realidade e têm que apreender a realidade nos termos determinados pelo programa normativo, formal e materialmente.²⁹⁴

Os princípios da Interpretação Constitucional têm a função de orientar o processo de relação, coordenação e valoração dos pontos de vista ou considerações que levarão à solução do problema.

Em primeiro lugar, o *princípio da unidade da Constituição* (os distintos elementos da Constituição são relacionados e interdependentes; não é possível tomar a norma isolada; as normas constitucionais devem ser interpretadas de forma a evitar as contradições). Em relação com esse princípio está o *princípio da concordância prática* (os bens jurídicos constitucionais devem ser coordenados

²⁹⁴ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. p. 44-46. “Pela via da concretização K. Hesse segue junto, no substancial, o procedimento da orientação do problema tópico, pelo qual, por uma parte, a orientação é dada, estritamente, pelo problema, já que os *topoi* que o intérprete deve empregar dentre a variedade de pontos de vista possíveis para a concretização devem estar relacionados com o problema, excluindo *topoi* não apropriados e, por outra parte, pela coordenação e valorização dos pontos de vista tópicos dos elementos de concretização que a norma constitucional a ser concretizada forma no seu *programa da norma* e seu *âmbito da norma* na resolução do problema, que, neste caso, cabe aos ‘*princípios da interpretação constitucional*’ [...]”. SILVA, Kelly Suzane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. p. 365.

de tal modo na solução do problema que cada um conserve sua identidade, evitando-se as preferências valorativas – coordenação proporcional).

Outro princípio de interpretação é o da *correção funcional*: a Constituição assinala a tarefa dos agentes das funções estatais. Assim, o órgão de interpretação deve manter-se nos seus limites funcionais, sendo-lhe vedado, através da interpretação, modificar a distribuição funcional. Esse critério aplica-se, em particular, às relações entre o legislador e o tribunal constitucional; este último exerce apenas função de controle, não podendo realizar interpretação que conduza a uma restrição da “liberdade conformadora” do legislador.²⁹⁵

A Interpretação Constitucional há de pautar-se, ainda, por princípios da relevância dos pontos de vista, como o *critério de eficácia integradora*, - significando que têm preferência na solução dos problemas os pontos de vista que mantenham a unidade política -, e o *critério da força normativa da Constituição*: têm preferência os pontos de vista que atribuam às normas constitucionais a maior eficácia. Nas palavras de HESSE:

Esse procedimento tópico vinculado, em coerência com o caráter da Constituição, ao problema concreto mas sempre guiado e orientado pela norma, terá as máximas possibilidades de chegar a resultados sólidos, racionalmente explicáveis e controláveis.²⁹⁶

Desde que a interpretação é vinculada a algo estabelecido, no caso, a norma constitucional, o limite da interpretação situa-se onde a Constituição nada estabeleça de forma vinculante. A existência desse limite é o pressuposto da função “racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder” da Constituição. Admite essa função a possibilidade de uma mutação constitucional, mas não de seu “quebrantamento” ou a reforma da Constituição pela via da interpretação.

Aqui estão os limites que no Direito Constitucional se impõem ao pensamento tópico. O pensamento tópico parte do problema, tendo o texto do preceito em face de *topoi* intercambiáveis; afastando-se eventualmente do texto, deixam de ser respeitados os limites da interpretação. “As possibilidades de

²⁹⁵ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. p. 46-47.

²⁹⁶ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. p. 48.

compreensão do texto delimitam o campo de suas possibilidades tópicas”.²⁹⁷ Aqui assinala o Autor a peculiaridade da aplicação do método tópico ao Direito Constitucional, pois que a Constituição, como fundamentadora da ordem global, não deve ser concebida pontualmente, a partir de um problema isolado, como pode ocorrer no direito privado, ao que a moderna teoria da interpretação deve a recuperação do pensamento tópico.

Por fim, as normas constitucionais são “normas de conteúdo”, pelas quais se afere o conteúdo (constitucionalidade) das normas ordinárias; estas não devem ser declaradas nulas quando possam ser interpretadas em consonância com a Constituição: é o princípio da *interpretação conforme a Constituição* (interpretação das normas infra-constitucionais posteriores ou anteriores à Constituição). Esse princípio é corolário não apenas da observância da ordem de valores da Lei Fundamental, como também se acha imbricado com o princípio da unidade do ordenamento jurídico. Se a interpretação da lei conforme a Constituição dá a esta, “dentro do possível”, o sentido que o legislador lhe concretizou, legislando, daí resulta também um reflexo da interpretação da lei sobre a própria Constituição.

Constata-se, pois, que em Konrad HESSE encontra-se a tópica mitigada, - por assim dizer -, por um conjunto de instrumentos de controle. Seu método *hermenêutico-concretizador* pressupõe um “pensamento problematicamente orientado”²⁹⁸, admitindo ampla dose de criatividade do intérprete que, todavia, deve estar consciente dos condicionamentos contidos em sua pré-compreensão, para evitar a arbitrariedade; ademais, assim como em Friedrich MÜLLER, sua atuação tópica está sempre limitada pela norma e pelos princípios de interpretação constitucional.²⁹⁹

²⁹⁷ HESSE, Konrad. ***Escritos de derecho constitucional***. p. 49.

²⁹⁸ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ***Direito constitucional***. p. 220.

²⁹⁹ “Sem embargo de manifestar essa posição interpretativa uma clara afinidade com a Tópica, na medida em que faz toda a diligência de interpretação partir inarredavelmente do ‘problema’ e não do ‘texto’, como no positivismo, há dois pontos relevantes em que o jurista se arreda da Tópica: primeiro, é que ele não admite uma livre escolha de *topoi* [...], e, segundo, limita pela *constitutio scripta* o alcance da concretização, ou seja, torna essa *constitutio scripta* uma fronteira cuja transposição fica vedada ao intérprete constitucional [...]”. BONAVIDES, Paulo. ***Curso de direito constitucional***. p. 605.

3.2.3 Peter Häberle – concretização da Constituição aberta

É cediço que uma *pré-compreensão* do objeto da interpretação encontra-se subjacente ao modo como dele se acerca o intérprete, vale dizer, a concepção prévia do objeto de conhecimento condiciona o desenvolvimento dos métodos. Por isso que afirma DINIZ a anterioridade da determinação conceitual da Constituição em relação à questão de *como* se a interpreta: “O que é a Constituição? Essa, a primeira posição a ser assumida pelo sujeito [...]”.³⁰⁰

Pois bem. O método *concretista da Constituição aberta* de Peter HÄBERLE, francamente *tópico-problemático*, supõe um conceito de Constituição indissociável de Democracia. Constituição que se interpreta é Constituição Democrática, é Constituição de um Estado Democrático de Direito, em que o pluralismo e a abertura da sociedade, o reconhecimento da esfera de liberdade dos cidadãos, as garantias de direitos fundamentais e de procedimentos democráticos, impõem, por igual, uma exegese constitucional ampla, pluralista e aberta.

A tese fundamental de HÄBERLE é conseqüente a essa concepção:

Propõe-se, pois, a seguinte *tese*: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. [...] Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.³⁰¹

³⁰⁰ DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Andamentos, 1998. p. 229.

³⁰¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 13.

Às questões tradicionalmente enfocadas pela hermenêutica tradicional, - tarefas, objetivos e métodos da Interpretação Constitucional³⁰² -, HÄBERLE acrescenta, assim, um novo nível de indagação, concernente aos participantes da interpretação; a “publicização” da Interpretação Constitucional integra Constituição e expressa a “realidade constituída” de forma pluralista.³⁰³

A Interpretação Constitucional não é restrita ao círculo de intérpretes “oficiais” (órgãos estatais, juristas e profissionais do Direito), porquanto “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la”, atualizando-se a Constituição mediante uma antecipação, franqueada a qualquer cidadão, no mínimo um pré-intérprete -, notadamente no que concerne à concepção de cada qual quanto aos direitos fundamentais. Por exemplo: as Cortes constitucionais definem o âmbito de proteção de certos direitos com o auxílio da concepção da igreja, da opinião pública, dos artistas, etc.³⁰⁴

Aproximativamente (já que a Interpretação Constitucional diz respeito a todos), um catálogo dos participantes da interpretação pode ser assim enunciado: Corte Constitucional, órgãos estatais com poder de decisão vinculante, requerente e recorrente, requerido e recorrido, autor e réu, aqueles que têm direito de manifestação ou de integração à lide, pareceristas ou expertos, peritos e representantes de interesses nas audiências públicas do Parlamento, associações, partidos políticos, grupos de pressão organizados, requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo, opinião pública democrática e

³⁰² “Distingue Häberle a interpretação da Constituição em sentido estrito e em sentido lato. A interpretação em sentido estrito é a interpretação que usa os métodos tradicionais enunciados por Savigny, de procedência civilista.” BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 509.

³⁰³ “A interpretação lata é a que oferece um largo terreno ao debate e à renovação [...]. A interpretação da Constituição é ‘processo’ aberto, ou seja, operação livre que como tal deve conservar-se. Sua compreensão há de ser a mais dilatada possível, de modo que, sobre acolher aquela interpretação que se faz em âmbito mais restrito, principalmente na esfera jurídica dos tribunais, venha a abranger por igual aqueles que ativa ou passivamente participam da vida política da comunidade.” BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 510.

³⁰⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. p. 13-15. “Em tema de direitos fundamentais – e.g. liberdade de cátedra, de criação artística, de imprensa e de organização sindical – é de todo evidente que sem a participação dos seus destinatários, daqueles que *vivenciam* estes direitos, não se produz uma interpretação sequer razoável do texto constitucional. O mesmo se diga com relação àqueles direitos cujo âmbito de proteção envolve conteúdos só revelados com a ajuda hermenêutica de intérpretes não jurídicos, como é o caso dos direitos das populações indígenas [...]”. COELHO, Inocêncio Mártires. **As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, n. 137, jan/mar 1988, p. 158.

pluralista, imprensa, rádio, televisão, jornalismo profissional, leitores, cidadãos, igreja, teatros, editoras, escolas da comunidade, pedagogos, associações de pais, e, por fim, doutrinadores do Direito Constitucional.³⁰⁵

MENDES enaltece esse alargamento do círculo de intérpretes constitucionais:

Uma das virtudes da teoria de Häberle reside na negação de um monopólio da interpretação constitucional, mesmo naqueles casos em que se confere a um órgão jurisdicional específico o monopólio da censura. O reconhecimento da pluralidade e da complexidade da interpretação constitucional traduz não apenas uma concretização do princípio democrático, mas também uma conseqüência metodológica da abertura material da Constituição. Tem-se aqui uma outra dimensão da proposta de Kelsen, que associava a jurisdição constitucional à democracia, na medida em que esta atuasse na defesa ou na proteção de minorias.³⁰⁶

Verifica-se, todavia, que a interpretação judicial, a interpretação em sentido estrito, participa igualmente da natureza da interpretação em sentido lato, - a realizada pelos demais intérpretes constitucionais, porque os juízes também não estão a salvo da “compreensão prévia” que orienta a interpretação ampla. Assim:

Sendo essa “compreensão prévia” o elo intermediário entre as duas categorias de intérpretes constitucionais, podem assim vincular-se de forma sistemática e conseqüente a interpretação em sentido lato e a interpretação em sentido escrito, inclusive na mesma pessoa [...]. Unidas as duas interpretações, podem então os direitos

³⁰⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. p. 20-23.

³⁰⁶ MENDES, Gilmar. **Controle de constitucionalidade**: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *In*: Revista Jurídica Virtual – Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Vol. 1, n. 8. Janeiro/2000. p. 3. Disponível na Internet, v. Referência das Fontes Citadas. O Autor serve-se da metodologia de Häberle para fundamentar a necessidade da adoção de um modelo procedimental que outorgue ao STF, como parte integrante do controle de constitucionalidade, as condições necessárias para a aferição dos fatos e prognoses legislativos, - especialmente quanto à antevisão de tendências de efeitos futuros das leis -, mediante novas formas de participação pública nos processos constitucionais. Em outro sentido, COELHO louva a proposta de HÄBERLE: “[...] cuidou Peter Häberle de abrir *janelas hermenêuticas* para que os agentes conformadores da realidade constitucional, as *forças vivas do país*, a que se referia Lassalle, pudessem *entrar* no processo constitucional formal e, por essa via, viessem a participar do específico *jogo-de-linguagem* no qual se decide – com eficácia contra todos e efeito vinculante – qual o *verdadeiro* sentido da Constituição.” COELHO, Inocêncio Mártires. **Konrad Hesse / Peter Häberle**. p. 190.

fundamentais e a democracia pluralista, tanto na prática como na teoria, ser levados efetivamente a sério.³⁰⁷

Quanto ao papel do legislador, HÄBERLE entende que ele interpreta a Constituição quando elege alternativas constitucionalmente compatíveis, antecipando-se à Interpretação Constitucional dos demais órgãos estatais e da sociedade aberta em geral; eventualmente, as concretizações constitucionais que o legislador realiza (na legislação ordinária), são de tal forma relevantes ao ponto de serem absorvidas pelo próprio conteúdo da Constituição, outras vezes suscitam revisão.³⁰⁸ A propósito, HÄBERLE sobrealça a função da jurisdição constitucional e sua centralidade na Hermenêutica Constitucional e não se furta a enfrentar as críticas acerca de sua legitimação.

Examinando a objeção concernente à possível “dissolução” da Interpretação Constitucional diante da pluralidade de intérpretes³⁰⁹, afirma que os novos aportes para a teoria da interpretação, - que define como processo aberto e diversificado -, implicam em tornar sem sentido essa crítica, uma vez que se revelou falsa a “ideologia da subsunção”.³¹⁰ Lembrando: desmistificou-se a interpretação como “descobrimento” de um sentido normativo a que os fatos devem ser subsumidos, revelando-se a força constitutiva da realidade sobre um sentido que

³⁰⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 510.

³⁰⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. p. 27.

³⁰⁹ Com efeito, essa é uma referência comum. V. g.: “[...] a construção de Häberle pressupõe a existência de um consenso sobre os conteúdos jurídicos básicos, sob pena de se converter num instrumento de dissolução da normatividade constitucional.” MENDES, Gilmar. **Controle de constitucionalidade**. p. 3. Com maior exagero: “Até mesmo para a Constituição dos países desenvolvidos sua serventia [do método concretista da Constituição aberta] se torna relativa e questionável, com um potencial de risco manifesto. Debilitando o fundamento jurídico específico do edifício constitucional, a adoção sem freios daquele método – instalada uma crise que não se lograsse conjurar satisfatoriamente – acabaria por dissolver a Constituição e sacrificar a estabilidade das instituições. Demais, o surto de preponderância concedida a elementos fáticos e ideológicos de natureza irreprimível é capaz de exacerbar na sociedade, em proporções imprevisíveis, o antagonismo de classes, a competição dos interesses e a repressão das idéias.” BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 516. COELHO observa: “[...] Canotilho, que negavelmente admira as posições de Häberle, ao fazer o balanço crítico dessa proposta de hermenêutica, opõe-lhe a ressalva de que, *processualizada*, a lei fundamental apresenta um elevado *déficit normativo*, pois a pretexto de *abertura* e de *existencialismo atualizador do pluralismo*, o que se faz é dissolver a normatividade constitucional na política e na interpretação, faltando pouco para se concluir que *legiferação constituinte e interpretação constitucional são uma só e mesma coisa*.” COELHO, Inocêncio Mártires. **Métodos e princípios da interpretação constitucional**. In: Fórum Administrativo. Belo Horizonte, Janeiro de 2003. p. 1712.

³¹⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. p. 30.

não é prévio e acabado, ao contrário, segundo a formulação gadameriana, na consciência hermenêutica se infiltram, inelutavelmente, situação, visão e concepção prévias.

De modo que, se a “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” integra a realidade, pluralista por natureza, é inevitável a participação dos intérpretes plurais no desenvolvimento funcional das normas constitucionais, sua participação sobre as “forças ativas da *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional!).”³¹¹

Note-se, neste passo: as influências, as expectativas e as pressões sociais que se exercem sobre os juízes, longe de ameaçarem sua independência e de fazê-los menos vinculados à lei, na verdade legitimam a interpretação judicial. Se o juiz interpreta a Constituição como juiz e como cidadão, sua independência só é tolerável mesmo em função de que sua interpretação não é arbitrária enquanto constitui um concerto da interpretação realizada por outras funções estatais e pela esfera pública pluralista. Assim diz o Mestre:

A própria abertura da Constituição demonstra que não apenas o constitucionalista participa desse processo de interpretação! A unidade da Constituição surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes. Aqui devem ser desenvolvidas reflexões sobre a perspectiva da Teoria da Constituição e da Teoria da Democracia.³¹²

Desse modo, a “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” se acha legitimada tanto no plano de uma teoria da interpretação quanto sob o prisma da *teoria da democracia*:

A Ciência do Direito Constitucional, as Ciências da realidade, os cidadãos e os grupos em geral não dispõem de uma legitimação democrática para a interpretação da Constituição em sentido estrito.

³¹¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. p. 30. Na tradução de BONAVIDES, “direito em ação” ou “em ação pública”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 511 e 513. “Uma vez relacionadas, sob esse prisma dinâmico, as dimensões teórica e pragmática da interpretação constitucional, vê-se que ela não se limita apenas a determinar o sentido da Constituição, mas permite uma regulamentação de tudo o que se desenvolve na realidade social.” DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. p. 258.

³¹² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. p. 32. “[...] é a inserção da Corte no espaço pluralista [...] que evita distorções que poderiam advir da independência do juiz e de sua estrita vinculação à lei.” MENDES, Gilmar. **Controle de constitucionalidade**. p. 5.

Todavia, a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente “competente”, a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais [...], tema muitas vezes referido sob a epígrafe “aspecto democrático” dos Direitos Fundamentais. Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade e também o “concerto” científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe nem deve existir dirigente.³¹³

A modo de síntese, HÄBERLE alinha as razões para essa “relativização da interpretação jurídica”: a) o juiz constitucional, no Estado Democrático, já não é o único participante do processo constitucional, uma vez que há muitas formas de participação para as forças pluralistas; b) o amplo círculo de participantes do processo constitucional desenvolve “força normatizadora”, a influir sobre a interpretação da Corte Constitucional; c) a utilização de “métodos jurídicos” é necessariamente precedida de eventos relativamente racionais como o processo legislativo de concretização da Constituição, a atuação da Administração pública e de outras instâncias estatais, assim como da participação da opinião pública.

³¹³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. p. 36-37. Observa Bonavides: “Deixa-nos o novo método concretista a impressão de que ele se fez para tornar mais fácil por via interpretativa a mudança constitucional, com uma subordinação precariamente dissimulada da Constituição formal à Constituição material. [...] A interpretação concretista, por sua flexibilidade, pluralismo e abertura, mantém escancaradas as janelas para o futuro e para as mudanças mediante as quais a Constituição se conserva estável na rota do progresso e das transformações incoercíveis, sem padecer abalos estruturais, como os decorrentes de uma ação revolucionária atualizadora. Mas para chegar a tanto faz-se mister uma ideologia: a ideologia democrática, sustentáculo do método interpretativo da Constituição aberta, concebido por Häberle, e que serve de base portanto a uma hermenêutica de variação e mudança.” BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 514-515. Bem a propósito: “Essa visão do texto constitucional como uma ‘obra aberta’, cujo sentido é permanentemente construído e reconstruído por seus destinatários, seria ela própria um reclamo do Estado Democrático de Direito, visto que ele representa um intento de conciliar valores que só abstratamente se compatibilizam perfeitamente, pois no momento de sua concretização podem se chocar, por exemplo, a segurança jurídica (= respeito a legalidade) e a igualdade perante a lei, valores associados ao Estado de Direito formal, com a segurança e igualdade das situações em que se encontram inseridos os indivíduos na sociedade, a qual se pretende seja democrática. Daí a necessidade de que se constitua o que, tomando de empréstimo uma expressão de KARL POPPER, se chamou de ‘sociedade aberta dos intérpretes da Constituição’ (PETER HÄBERLE, 1975, p. 297 s; *id.*, 1997), a fim de que se estabeleça um amplo debate entre os defensores das diversas concepções a respeito de como melhor compatibilizar os valores em conflito, e isso com a preocupação de sempre preservá-los todos, em seu conteúdo mínimo.” GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001. p. 23.

Assim, tem-se novo entendimento da interpretação jurídica, - especialmente na seara do Direito Constitucional, e há lugar destacado para os princípios e métodos de Interpretação Constitucional. Todavia, eles não estão mais adstritos às funções dogmáticas tradicionais e sim que representam “filtros” sobre os quais a força normatizadora da publicidade [...] atua e ganha conformação. Eles disciplinam e canalizam as múltiplas formas de influência dos diferentes participantes do processo.”³¹⁴

Antecipando-se às críticas (que efetivamente lhe foram feitas por defensores da “sociedade fechada” dos intérpretes constitucionais e pelos que entendem rigidamente a separação de poderes), HÄBERLE recomenda cautela no controle judicial de legitimidade das decisões do legislador democrático. Propõe, ainda, a diferenciação do controle constitucional segundo as distintas medidas de representação de interesses no processo, eis que em algumas questões constitucionais há interesses públicos não representados ou não representáveis. Em suas palavras: “Um *minus* de efetiva participação deve levar a um *plus* de controle constitucional. A intensidade do controle de constitucionalidade há de variar segundo as possíveis formas de participação.”³¹⁵

Por tudo o que se expôs, BONAVIDES considera que, dentre os constitucionalistas do Estado Social que procuraram na tópica a restauração do prestígio da Hermenêutica Constitucional e sua libertação da “servidão à metodologia clássica”, Peter HÄBERLE foi o que levou a tópica “às últimas conseqüências”. Apesar das críticas que lhe opõe, reconhece, entretanto, a fecundidade que o método da Constituição aberta representa para o Direito Constitucional e para o Estado de Direito, especialmente no âmbito dos Direitos fundamentais.³¹⁶

Visitados os principais métodos de Interpretação Constitucional que têm, em maior ou menor grau, pressupostos de natureza tópica, adiante será abordado um dos mais profícuos desenvolvimentos da tópica

³¹⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. p. 41-44.

³¹⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. p. 44.

³¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 509 e 516-517.

constitucional. Nos métodos concretista, de HESSE e estruturante, de MÜLLER, os princípios instrumentais de exegese constitucional são “tópicos de interpretação”.

3.3 PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL – ENTRE A TÓPICA E A DOGMÁTICA

O traço quiçá mais relevante da Hermenêutica Constitucional do pós-positivismo é seu caráter *principialista* e com isso se quer significar a predominância de um “modelo de princípios” sobre o “modelo de regras” em que se assentava a Interpretação Constitucional tradicional.³¹⁷ Essa nova compreensão fundamenta-se no reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos e na necessidade de realização dos valores constitucionais, sendo evidente a atração que o pensamento tópico desempenha nesse modelo, no qual “a unidade das normas somente pode ser percebida em contextos ligados a casos concretos”.³¹⁸ Nesse âmbito se está a tratar dos princípios positivos, intra-sistêmicos.

Entretanto, também sob outro enfoque pode-se falar de uma Hermenêutica Constitucional *principiológica*, isto é, com o sentido de que a atividade hermenêutica (além de guiar-se pelos princípios normativos formais e materiais da Constituição) há de se pautar por premissas que postulam caráter científico e que intentam, dentro dos quadros de uma teoria material da Constituição, racionalizar o processo hermenêutico. Como esclarece COELHO:

³¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. p. 375. Confirmam-se as teses apresentadas por CANOTILHO: “A primeira, e que consideramos fundamental [...]: o direito do estado de direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o *direito das regras dos códigos*; o direito do estado constitucional democrático e de direito *leva a sério os princípios*, é um *direito de princípios*. A segunda tese apóia-se na seguinte idéia: o tomar a sério os princípios implica uma mudança profunda na *metódica de concretização* do direito e, por conseguinte, na actividade jurisdicional dos juizes.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **A “principialização” da jurisprudência através da Constituição**. In: Revista de Processo. Estudos em homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. N. 98. Abril/Junho 2000. p. 84.

³¹⁸ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica principiológica e colisão de direitos fundamentais**. p. 2. “Tal modelo encontra-se dentro de uma concepção pragmática de direito, orientado por uma hermenêutica principiológica de matriz constitucional. Esta, por sua vez, baseia-se em critérios de pré-compreensão reconstrutiva, os quais partem dos problemas ou situações, objetivo de apreciação judicial, visando definir o sentido das normas ao invés da direta remissão à lei, fruto esta de um modelo de subsunção direta, dos fatos às normas, através de um processo lógico-dedutivo como apregoava Kelsen.” Id. ib.

[...] os princípios de Interpretação Constitucional não têm caráter normativo, o que significa dizer que eles não encerram interpretações de antemão obrigatórias, valendo apenas como simples tópicos ou pontos de vista interpretativos, que se manejam como argumentos – sem gradação, nem limite – para a solução dos problemas de interpretação, mas que não nos habilitam, enquanto tais, nem a valorar nem a eleger os argumentos utilizáveis em dada situação hermenêutica.³¹⁹

Deveras curiosa é a circunstância de que, embora a elaboração de um “catálogo tópico” dos princípios de Interpretação Constitucional esteja, no dizer de CANOTILHO, “relacionada com a necessidade sentida pela doutrina e *práxis* jurídicas de encontrar princípios tópicos auxiliares da tarefa interpretativa (relevantes para a decisão, metodicamente operativos e constitucionalmente praticáveis)”³²⁰, o conjunto dos princípios hermenêuticos em tela já começa a ganhar foros de teoria normativa, tal é o seu prestígio na doutrina e na jurisprudência. Com efeito, a simples menção desses princípios já é o suficiente para que se fale, - utilizando as palavras de ROESLER em “um ‘método tópico de interpretação’, cujo caráter é muito mais dogmático, no sentido de que serve de instrumento de resolução de dificuldades ou de justificação de interpretações”.³²¹

Todavia, mantendo-se fidelidade ao estilo da tópica, no arrolamento e breve explicitação dos princípios de Interpretação Constitucional que vão adiante não está subentendida nenhuma ordem de prioridade, quer sob o ponto de vista lógico, seja sob um prisma axiológico. Ademais o rol não é exaustivo e recolhem-se formulações de doutrinadores que eventualmente não comungam das mesmas concepções em outros temas:

- a) *princípio da unidade da Constituição*: consoante foi mencionado no subtítulo 1.4.2, esse vetor da Interpretação Constitucional pressupõe a consideração da Constituição como um *sistema*, no qual as normas constituem um todo integrado, impondo-se ao intérprete considerá-las de modo global.

³¹⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. **Métodos e princípios da interpretação constitucional**. p. 1716.

³²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 226.

³²¹ “Nesse sentido, convém ressaltar, não parece ser pertinente avaliar a questão do ponto de vista de uma apropriação “correta” ou “incorreta” do pensamento do autor [Viehweg], mas verificar que tipo de função essas leituras cumprem na formação de uma nova dogmatização, como parece ser o caso principalmente da teoria constitucional.” ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito**. p. 65.

A expressão “unidade”, atributo do sistema constitucional, concerne à igualdade “hierárquico-normativa” entre princípios e regras, no sentido de que “todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional)”³²².

O sobredito implica em negar a existência de *antinomias* no seio da Constituição. Ora, é evidente que, sendo a Constituição um conjunto de normas situadas no ápice do sistema jurídico global, admitirem-se contradições no sistema constitucional seria comprometer sua coerência interna, transmitindo-se a desarmonia a todo o ordenamento jurídico, de cima abaixo.³²³

Todavia, é também evidente que “existem” conflitos entre princípios constitucionais, entre regras constitucionais e entre aqueles e estas³²⁴, havendo até quem não veja nas contradições um defeito e sim uma virtude sob o ponto de vista da legitimação democrática.³²⁵ Para a sua solução (harmonização), não servem as regras jurídicas secundárias de solução de antinomias aplicáveis às normas jurídicas infraconstitucionais: incabível o critério da *superioridade*, pois todas as normas constitucionais estão situadas no maior grau hierárquico; inviável o critério da *sucessividade*, dada à simultaneidade das normas constitucionais; a

³²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 191. Em contrário, pela superioridade hierárquica dos princípios em face das regras: “[...] as *normas estritas* ou *regras*, vêm perdendo, cada vez mais, espaço e relevo para os princípios, despontando estes, por definição, como superiores àquelas [...]”; “[...] ao hierarquizarmos prudencialmente os princípios, as normas (no sentido de regras) e os valores constitucionais, devemos fazer com que os princípios ocupem o lugar de destaque [...]”. FREITAS, Juarez. **O intérprete e o poder de dar vida à Constituição**: preceitos de exegese constitucional. In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Belo Horizonte: Fórum. s/n, s/d. p. 13-35.

³²³ “A ordem jurídica é um *sistema*, o que pressupõe unidade, equilíbrio e harmonia. Em um sistema, suas diversas partes devem conviver sem confrontos inarredáveis.” BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. p. 362.

³²⁴ “Princípios estruturantes, fundamentais ou especiais podem entrar em conflito e essa situação reflete os ideais, aspirações e interesses sociais plurais integrantes de uma constituição.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 191.

³²⁵ “Quer me parecer, com efeito, que uma Constituição democrática forçosamente precisa apresentar tensão interna congênita, sob pena de não traduzir, de modo legítimo e em permanente legitimação, os multifacéticos anseios alojados no corpo e na alma da sociedade, suscitando ou impondo o permanente trabalho interpretativo de compatibilização e de dação de vida organizada às prescrições fragmentárias.” FREITAS, Juarez. **O intérprete e o poder de dar vida à Constituição**. p. 21.

aplicação do critério da *especialidade* implicaria na existência de *normas constitucionais inconstitucionais*, notadamente ante eventual contradição entre princípio (geral) e regra (especial), situação que é de rechaçar, também em homenagem à unidade hierárquico-normativa das normas constitucionais. Assim, harmonizam-se os últimos conflitos tendo-se por excepcional a regra que contradita um princípio.

“Portanto, duas teses são rejeitadas: a das antinomias normativas constitucionais e a das normas constitucionais inconstitucionais.”³²⁶ Estas as mais importantes conseqüências do princípio da unidade da Constituição.

b) *princípio da supremacia da Constituição*: como reconhece BARROSO, o princípio “não tem conteúdo próprio: ele apenas impõe a prevalência da norma constitucional, qualquer que seja ela.”³²⁷ Não tem, propriamente, aplicação na exegese das normas constitucionais, antes repelindo Interpretação Constitucional a partir do conteúdo de normas infraconstitucionais.

A posição sobranceira da Constituição no ordenamento jurídico não carece de ênfase; há muito é reconhecida, seja pelo exemplo do constitucionalismo norte-americano³²⁸, seja como imperativo expresso ou implícito da própria Constituição. No caso da Constituição Brasileira, a última concepção é suficiente e dispensa o apelo à história do constitucionalismo, à vista dos mecanismos de controle concentrado e difuso de constitucionalidade (de caráter

³²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 191.

³²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. p. 360.

³²⁸ “En ‘The Federalist’ Alexander HAMILTON propondrá ya directamente el tratamiento de la Constitución como ‘fundamental law’, que impone a los jueces una ‘vinculación más fuerte’ que la debida a las leyes (‘superior obligation and validity’), con la consecuencia de tener que reconocer a los Tribunales la facultad (y el deber) de inaplicar las leyes del Congreso en contradicción con ella. [...] Así se forja la doctrina de la supremacía normativa de la Constitución y la instrumentación en su favor del principio de la ‘judicial review’, que reconocerá el poder de los Tribunales de declarar nulas, a efectos de su inaplicación, las leyes que contradigan a la Constitución. Esta doctrina no es enunciado por el Tribunal Supremo hasta la capital Sentencia de 1803 en el asunto ‘Marbury v. Madison’, obra del gran juez MARSHALL, que concreta definitivamente, en los términos de la Sentencia, que ‘the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature’.” GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 1983. p. 54.

formal ou material), das leis e atos normativos. Por isso que jamais o sentido da legislação (*stricto sensu* ou *lato sensu*) poderá servir de baliza para a compreensão da Constituição.

- c) *princípio da efetividade*: também designado por princípio da *máxima efetividade*, da *eficiência* ou da *interpretação efetiva*³²⁹, impende a prevalência, em cada caso concreto, do sentido que maior eficácia dê à norma constitucional interpretanda.

BARROSO faz referência à análise das normas jurídicas “em três planos distintos: o da sua existência, validade e eficácia”, ao qual se agregaria um quarto nível, o da efetividade, significando a realização do Direito na prática, ou a “aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social”.³³⁰

É um dos temas mais intrincados da Ciência Jurídica. A teoria geral do direito que tradicionalmente vem sendo escrita, estudada e ensinada, sói apontar três dimensões da *validade do Direito* (positivo): o âmbito de validade *formal* ou *técnico-jurídica*, correspondente à *vigência* (ou existência) de uma norma de Direito (cujos requisitos, em termos formais, são a emanção por órgão competente *ratione materiae* e a observância do processo de produção legítimo, em geral o processo legislativo, sem exclusão do processo administrativo respeitante aos atos normativos e à consolidação jurisprudencial); o âmbito de validade *fática* ou *efetividade* (sinônimos), pertinente ao efetivo cumprimento da regra, seja espontaneamente, seja à custa da aplicação compulsória pelos poderes Judiciário ou Executivo; e, por fim, o âmbito da validade *axiológica*, relativo ao *fundamento*, que expressa, simultaneamente, os valores que inspiraram a edição da norma e suas finalidades (justificação).³³¹

³²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 227.

³³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. p. 364.

³³¹ Para uma reformulação do conceito de validade da norma jurídica, com absoluta ênfase para o conteúdo (a *substância* é da essência do Direito válido, mercê da exigência de compatibilidade das normas produzidas com as normas constitucionais de caráter substancial), ver FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

Ao distinguir entre os planos da *eficácia* e o da *efetividade*, BARROSO parece apontar na direção do conceito de eficácia de conotação sociológica. Para a Sociologia Jurídica a eficácia tem a ver com os efeitos práticos das normas jurídicas na sociedade, aferindo-se por sua correspondência e serventia para os fins sociais a que se destinam (enquanto o conceito estritamente jurídico está ainda vinculado a um *grau mínimo de efetiva observância*, à maneira de Kelsen). Nesses termos, é eficaz a norma que produz os resultados esperados (pela Política Jurídica ou pela Política propriamente dita).

Para CANOTILHO, o princípio da “máxima efectividade” é “operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais” e, embora tenha sua origem vinculada à tese que procura conferir efetividade às normas programáticas³³², atualmente tem sido referido principalmente à eficácia dos direitos fundamentais.³³³

Cumprе anotar que no “catálogo tópico” dos princípios de Interpretação Constitucional CANOTILHO inclui o *princípio da força normativa da Constituição*, explicitado como orientador no sentido de ter em conta “os pressupostos da constituição (normativa)”, para uma “eficácia ótima da lei fundamental”.³³⁴ Entende-se que essa formulação coincide, ao menos em parte, com o conteúdo do *princípio da efetividade*, que outra coisa não afirma senão a normatividade constitucional e sua pretensão de máxima eficácia.³³⁵

³³² “[...] os princípios programáticos não devem ser lidos como se fossem apelos de uma retórica vazia, frívola ou supérflua, mas como dotados de vida eficaz, apesar da função projetiva dos mesmos. Nada há na Lei Maior que não deva repercutir na totalidade do sistema jurídico e, de conseguinte, na vida real.” FREITAS, Juarez. **O intérprete e o poder de dar vida à Constituição**. p. 24.

³³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 227.

³³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 229.

³³⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. p. 14-15. Mencionado como “critério da força normativa da Constituição.” HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. p. 48.

- d) *princípio do efeito integrador*: impõe que na exegese constitucional se procure dar “primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política.”³³⁶

A Constituição de uma sociedade que se pretenda pluralista reflete tensões de variada natureza (políticas, partidárias, sociais), albergando por vezes a proteção de interesses antagônicos. Além disso, tratando-se de um Estado Federal, é compreensível que as relações entre União e os demais entes sejam eventualmente conflituosas (mormente no Brasil, onde se distinguem três ordens federativas e competências exclusivas, comuns e concorrentes).

À luz do princípio do efeito integrador, notadamente as questões relacionadas à extensão e limites da atuação dos poderes, entes e órgãos estatais devem ser resolvidas de forma a favorecer a coordenação, a participação conjunta, enfim, conduzir a “soluções pluralisticamente integradoras.”³³⁷

- e) *princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público*: tem por pressuposto que o Poder Legislativo, na atividade legiferante, e o Poder Executivo, quando exerce sua competência legislativa residual (edição de decretos regulamentares e outros atos normativos), atuam para cumprir as respectivas missões constitucionais e o fazem (formal e materialmente) em consonância com a Constituição.

BARROSO assevera que o Poder Judiciário “não é [...] o único intérprete da Lei Maior, embora o sistema lhe reserve a primazia de dar a palavra final” e que esse princípio “funciona como fator de autolimitação da atuação judicial”³³⁸. Dessa forma, os atos normativos submetidos a controle jurisdicional de constitucionalidade somente devem ser reputados inconstitucionais quando a invalidade for evidente e mostrar-se inviável outra solução.

³³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 227. Para HESSE, “critério da eficácia integradora”. HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. p. 48.

³³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 227.

³³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. p. 361. Este Autor, dentre os consultados, é o único a distinguir este princípio do *princípio da interpretação conforme a Constituição*.

Considera-se que o princípio da presunção de constitucionalidade pressupõe o *princípio da interpretação conforme a Constituição*³³⁹, - comentado a seguir -, com um significado sutilmente distinto ou complementar, quase como se fora o seu avesso. Qual dos dois é pressuposto ou corolário do outro parece uma questão bizantina.

Ademais, quando BARROSO entende que a presunção de constitucionalidade leva em consideração a independência e harmonia dos Poderes, a impor ao Poder Judiciário “uma atitude de deferência para com a interpretação levada a efeito pelos outros dois ramos do governo”, é possível imbricar o princípio da presunção de constitucionalidade com o *princípio da “justeza” ou da conformidade funcional*, mencionado por CANOTILHO, cujo objetivo é evitar a alteração ou subversão da repartição de funções do “esquema organizatório-funcional” constitucionalmente estabelecido.³⁴⁰

- f) *princípio da interpretação conforme a Constituição*³⁴¹: presente mais de uma alternativa plausível de interpretação de norma jurídica infraconstitucional, o princípio determina a eleição daquela que se compatibilize com a Constituição.

³³⁹ “*El mismo Tribunal [Tribunal Federal Constitucional alemán], como también el Tribunal Supremo americano, no han dudado en conectar a ese principio una verdadera ‘presunción de constitucionalidad de las Leyes’, que no es la simple afirmación formal de que cualquier Ley se tendrá por válida hasta que sea declarada inconstitucional, sino que implica materialmente algo más, lo siguiente: primero, una confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios de la Constitución; en segundo término, que una Ley no puede ser declarada inconstitucional más que cuando no exista ‘duda razonable’ sobre su contradicción con la Constitución; tercero, que, cuando una Ley este redactada en términos tan amplios que pueda permitir una interpretación inconstitucional habrá que presumir que, siempre que sea ‘razonablemente posible’, el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha Ley es precisamente la que la permita mantenerse dentro de los límites constitucionales.*” GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. p. 96.

³⁴⁰ “Este princípio [da conformidade funcional] tende, porém, hoje, a ser considerado mais como um princípio autónomo de competência do que como um princípio de interpretação da constituição.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 227. É o mesmo *princípio da correção funcional*, de HESSE, que salvaguarda a “liberdade conformadora” do legislador. HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. p. 46-47.

³⁴¹ Há quem o designe por *princípio de interpretação das leis conforme a Constituição*, o que pode ser aceito desde que se considere o termo “lei” em sentido amplo, na acepção de norma jurídica emanada de qualquer fonte jurídica reconhecida. Com efeito, dada a supremacia da Constituição, não há como reduzir o alcance do princípio somente para a lei formal (oriunda da atividade típica do Poder Legislativo).

Na opinião de BONAVIDES, o princípio em tela não configura propriamente um princípio de interpretação da Constituição e sim “um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição” e nessa acepção em vias de tomar “foros de método autônomo há hermenêutica contemporânea”.³⁴² BARROSO o vê sob dois enfoques: como *princípio de interpretação*, nos termos acima enunciados e como *técnica de controle de constitucionalidade*, consistente na “exclusão de uma determinada interpretação da norma, uma ação ‘corretiva’ que importa em declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto”³⁴³. É o mesmo que dizer: prestigiando a exegese conforme a Constituição, é como se a inconstitucionalidade que se declara seja a da interpretação não consentânea com a Lei Maior, preservando a unidade do ordenamento jurídico.

CANOTILHO indica as “dimensões” que o princípio comporta³⁴⁴: primeiro, atende o *princípio da prevalência da Constituição* (ou, como se viu, da supremacia da Constituição), observando que a conformidade deve referir-se não apenas ao texto, mas também ao programa da norma constitucional em confronto com a lei (na linha de Friedrich Müller); segundo, contempla o *princípio da conservação de normas*³⁴⁵, pelo qual se entende que não deve ser declarada a inconstitucionalidade se ela puder ser interpretada de acordo com a Constituição; terceiro, implica no *princípio da exclusão da interpretação conforme a Constituição, mas “contra legem”*, isto é, se a guisa de alcançar a compatibilidade com a Constituição a interpretação implicar em contrariar a letra e o sentido da norma interpretanda já não é o caso de *interpretação conforme* e sim de declaração de sua inconstitucionalidade (é a “proibição de correção de norma jurídica em contradição

³⁴² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 517-518.

³⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. p. 361.

³⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 229.

³⁴⁵ “La anulación de una Ley es un suceso bastante más grave que la anulación de un acto de la Administración, porque crea por si sola una gran inseguridad jurídica. El legislador no tiene agilidad suficiente para cubrir inmediatamente en hueco que deja la norma anulada y ese hueco da lugar a una enorme confusión jurídica para los ciudadanos y para todos los poderes públicos. [...] Es este horror vacui el que determina el principio formulado así por el Tribunal Federal Constitucional alemán: es válido el principio de que una Ley no debe ser declarada nula cuando puede ser interpretada en consonancia con la Constitución.” GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. p. 95.

inequívoca com a Constituição³⁴⁶, ou, na expressão de BARROSO, “o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto, para que o intérprete não se converta indevidamente em um legislador positivo³⁴⁷).

Destacando o aspecto louvável que lhe parece mais relevante, BONAVIDES ressalta “a fidelidade que ele parece inculcar quanto à preservação do princípio da separação de poderes” e o contexto do que CANOTILHO chama de *princípio da conservação de normas*.³⁴⁸ Entretanto, o jurista brasileiro aponta igualmente uma dimensão negativa do princípio da interpretação conforme a Constituição, ante o risco de distorcer o princípio de modo a interpretar a Constituição conforme a lei; adverte também para o perigo de sua aplicação resultar em “impor com a operação interpretativa conteúdos normativos que alteram o carácter da lei. Nesse caso a vontade do juiz, para salvar a lei, sem querer, e por excesso de zelo, se substituiu à vontade do legislador.”³⁴⁹ Essa observação corresponde ao que CANOTILHO designa por *princípio da exclusão da interpretação conforme a Constituição, mas “contra legem”*, a interpretação das leis em conformidade com a Constituição não tem cabimento quando “se obtém uma regulação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objectivo claramente recognoscível da lei ou em manifesta dessintonia com os objectivos pretendidos pelo legislador.”³⁵⁰

³⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 230.

³⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. p. 361.

³⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 520. “Faz com que juízes e tribunais percebam que sua missão não é desautorizar o legislativo ou nele imiscuir-se por via de sentenças e acórdãos, mas tão-somente controlá-lo, controle aparentemente mais fácil de exercitar-se quando, relutante diante da tarefa de declarar a nulidade de leis ou atos normativos, os órgãos judiciais se inclinam de preferência para a obra de aproveitamento máximo dos conteúdos normativos, ao reconhecer-lhes sempre que possível a respectiva validade.” Id. ib. E mais: “Com efeito, na medida em que o método confessadamente se emprega para manter a lei com o máximo de constitucionalidade que for possível nela vislumbrar, em face de situações ou interpretações ambíguas, não resta dúvida de que ele não só preserva o princípio da separação de poderes como reconhece ao legislador uma posição de hegemonia no ato da concretização constitucional, o que está de todo acorde com o princípio democrático encarnado no legislativo.” Ib. p. 522.

³⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 520.

³⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 230.

g) *princípio da concordância prática* ou *da harmonização*: consoante já se viu em HESSE (3.2.2) esse princípio impõe considerar que os bens jurídicos constitucionais devem ser coordenados na solução de um problema constitucional de forma que cada um conserve sua identidade, evitando-se as preferências valorativas.

A “coordenação proporcional” dos bens jurídicos constitucionais recomendada por HESSE³⁵¹ ou, na formulação de CANOTILHO, “a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros”³⁵², - além de estar ligada ao princípio da unidade da Constituição e ao princípio do efeito integrador -, induz necessariamente à enunciação do *princípio da proporcionalidade*, de tal modo são assemelhados³⁵³, posto que a invocação de ambos envolve a técnica de ponderação de princípios ou valores constitucionais.³⁵⁴

CANOTILHO anota que o âmbito desse princípio tem sido até agora o dos direitos fundamentais, isto é, o da “colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos”³⁵⁵ tendo por norte que não há hierarquia entre os bens constitucionais que resulte no prejuízo de uns em proveito dos outros.

É possível, ainda, cogitar no sentido de que, ao se contrastarem “direitos fundamentais” e “bens jurídicos constitucionalmente protegidos” sob a alçada do princípio da concordância prática, o plano de colisão dar-se-ia agora num “sentido amplo”, ou seja, entre direitos fundamentais e outros

³⁵¹ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. p. 46-47.

³⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. p. 228.

³⁵³ Por isso que BONAVIDES concebe o princípio da concordância prática como “projeção” do princípio da proporcionalidade. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 425.

³⁵⁴ “O princípio da concordância prática implica ‘ponderações’ nem sempre livres de carga política. A existirem essas ponderações, não devem efectuar-se numa única direcção. Por isso é que os autores levantam reticências à consideração do princípio *in dubio pro libertate* como princípio de interpretação [...]” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. p. 229.

³⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. p. 228.

princípios ou valores constitucionalmente relevantes que dizem respeito aos interesses da comunidade.³⁵⁶

- h) *princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade*: destina-se a aferição da constitucionalidade de leis e demais atos do Poder Público quando colidam ou impliquem em restrições a direitos fundamentais e interesses constitucionalmente protegidos.

À primeira vista, é duvidoso tratar-se de princípio de Interpretação Constitucional ou de método de interpretação de normas infraconstitucionais, já que, neste caso, a validade destas é que é contrastada com a Constituição, a exemplo do que sucede com o princípio da interpretação conforme a Constituição. É a questão colocada por BONAVIDES, que considera o princípio da proporcionalidade um “instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória”, enquanto que, tomado como método interpretativo, “o critério da proporcionalidade é tópico, volve-se para a justiça do caso concreto ou particular”, aparentado com a equidade.³⁵⁷

Talvez por essa dupla conotação, BARROSO a ele se refere “de modo fungível”, isto é, como “instrumento de proteção de direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público”, e “por funcionar como a medida em que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema”.³⁵⁸

³⁵⁶ “A doutrina cogita de colisão de direitos em sentido estrito ou em sentido amplo. As colisões em sentido estrito referem apenas àqueles conflitos entre direitos fundamentais. As colisões em sentido amplo envolvem os direitos fundamentais e outros princípios ou valores que tenham por escopo a proteção de interesses da comunidade. [...] Assim, é comum a colisão entre o direito de propriedade e interesses coletivos associados, v.g., à utilização da água ou à defesa de um meio ambiente equilibrado. Da mesma forma, não raro surgem conflitos entre as liberdades individuais e a segurança interna enquanto valor constitucional.” MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 282-283.

³⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 425-426.

³⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. p. 362.

No entendimento do mesmo Autor, as expressões *proporcionalidade* e *razoabilidade* podem ser empregadas indiferentemente, porquanto, apesar das origens distintas, ambas guardam pertinência aos mesmos valores: “racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos”.³⁵⁹

Refletindo sobre as espécies de atos jurídicos suscetíveis de avaliação conforme o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, verifica-se que não somente a lei (em sentido amplo, abrangendo tanto a lei formal como decretos regulamentares e demais atos normativos), mas também os provimentos concretos contidos em atos de administração pública³⁶⁰ podem, eventualmente, invadir o âmbito de proteção de direitos fundamentais. Trata-se de uma situação delicada, pois que todo direito, por ser tal, já se encontra juridicamente limitado, no sentido de que não há direito de caráter absoluto e de extensão infinita³⁶¹. Há delimitações de direitos na própria Constituição, porém muitas vezes é tarefa legislativa ordinária a de definir os limites ou as restrições a direitos, mormente: “Em se tratando de reserva legal expressa, compete ao legislador traçar os limites

³⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. p. 363. “A idéia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo. [...] Já a noção de proporcionalidade vem associada ao sistema jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado.” *Id. ib.*

³⁶⁰ Não por acaso o princípio da proporcionalidade foi expressamente incluído dentre os princípios da administração pública pela Lei n. 9.784, de 28 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

³⁶¹ “Em verdade, a admissibilidade teórica das restrições a direitos em um regime democrático é impositivo de caráter lógico, uma vez que a necessária convivência prática dos diversos direitos determina limitações recíprocas, evitando, com isso, que o exercício absoluto de pretensões possa gerar o próprio aniquilamento das esferas constitucionalmente protegidas. Os direitos fundamentais, embora sejam detentores da característica de imprescritibilidade, não são direitos absolutos, pois no ordenamento jurídico, como sistema que é, todos os direitos são limitados, por se encontrarem em relação próxima entre si e com outros bens constitucionalmente protegidos.” SCHÄFFER, Jairo Gilberto. *Restrições a direitos fundamentais*. In: DOBROWOLSKI, Sívio. (Org.) **A Constituição no mundo globalizado**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 191. “É que nem tudo que se pratica no suposto exercício de determinado direito encontra abrigo no seu âmbito de proteção. Embora se cogite, não raras vezes, de uma suposta colisão de direitos, é certo que a conduta questionada já se encontra, nesses casos, fora do âmbito de proteção do direito fundamental.” MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. p. 280.

adequados, de modo a assegurar o exercício pacífico de faculdades eventualmente conflitantes.”³⁶²

Assim, o problema está em encontrar uma equação mediante a qual se constate, em cada caso concreto, se e em que termos a norma (geral ou individual) em questão suscita o emprego do princípio da proporcionalidade. Segundo BARROSO:

Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (*adequação*); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (*necessidade/vedação do excesso*); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (*proporcionalidade em sentido estrito*). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto.³⁶³

É a síntese da teoria principiológica de Robert ALEXYS, mais bem detalhada por CADEMARTORI, demonstrando que a solução desse tipo de contradição entre norma infraconstitucional e Constituição não se dá no plano do conflito entre regras (normas constitucionais, princípios ou regras, e regras legais, a bem de ver não entram em contradição; pelo princípio da superioridade hierárquica da Constituição, a regra legal que a contradita é inválida).³⁶⁴ A contradição, - melhor,

³⁶² MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. p. 280.

³⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. p. 363.

³⁶⁴ Lembre-se que, segundo as concepções contemporâneas, não há distinção estrutural entre regra e princípio, que ambos são normas, ambos compõem-se de hipótese e injunção, com a tão-só diferença de que, nos princípios, a hipótese é “aberta” e as estatuições contêm-se em regras; a diferença não os aparta, pois há também regras “abertas” e cujas injunções são dadas por outras regras. Estabelecido o gênero próximo e correndo o risco de uma simplificação indevida, pode-se mencionar como diferenças específicas: a) as regras são suscetíveis de aplicação direta, enquanto os princípios exigem “mediações concretizadoras” confiadas ao legislador e ao juiz (para a Lógica, dir-se-ia, a intercalação de outras premissas entre a maior, o princípio, e a menor, a decisão); b) distintos são os “graus” de generalidade dos princípios e regras: ambos são gerais, todavia, a generalidade das regras abrange séries de atos ou fatos determinados enquanto que a generalidade dos princípios alcança séries de atos ou fatos indeterminados; c) distinção de caráter axiológico: o conflito de regras suscita questão formal de validade – regras antinômicas se excluem, apenas uma delas é válida, segundo as meta-normas de solução de antinomias; os princípios conflitantes coexistem, porque as oposições resolvem-se não no âmbito da validade e sim na dimensão do peso, valor ou importância;

colisão -, dá-se no âmbito dos princípios, resolúvel pelo “critério hermenêutico de ponderação dos valores *jusfundamentais* que Alexy denomina a ‘máxima da proporcionalidade’, a qual é composta de três máximas parciais”³⁶⁵ (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Consoante explica CADEMARTORI, as “máximas parciais” derivam de contextos diversos:

[...] as máximas de adequação e de necessidade consideram as possibilidades fáticas advindas do caso concreto, enquanto que a máxima da proporcionalidade, em sentido estrito, considera as possibilidades jurídicas. A relação de ponderação atribui a cada princípio um peso por serem eles exigências de otimização diferentemente das regras que são rígidas na sua aplicação a um caso concreto. Ou seja, neste último caso, as regras se aplicam de forma integral dentro do código binário válido/inválido; tudo ou nada, fazendo-se valer, quando cabíveis, em caráter definitivo e excludente. Os princípios, por seu lado, podem ter diferentes graus de concretização, dependendo das circunstâncias específicas (possibilidades fáticas) e dos demais princípios que se confrontam (possibilidades jurídicas). Somente após a realização do processo de ponderação é que o princípio considerado prevalente torna-se uma regra a estabelecer um direito definitivo para aquele caso.³⁶⁶

Sirvam de remate para a análise do princípio da proporcionalidade as precisas considerações de CANOTILHO acerca das dificuldades que encontra a jurisprudência principialista no que respeita à ponderação dos princípios constitucionais:

Uma das primeiras dificuldades consiste em convencer os juristas práticos de que existem muitos casos difíceis em que a lógica do ‘tudo ou nada’, do ‘verdadeiro ou falso’, da ‘segurança e insegurança’, do ‘*aut-aut*’, do ‘*fiat justitia pereat mundus*’ é a pior lógica para dar solução razoável e racional a esses casos. A segunda dificuldade prende-se com a idéia de segurança, pois é quase intuitivo que o apelo a princípios pode transportar-nos para um direito débil dado que aos princípios, ‘por princípio’, é inerente um alcance regulativo limitado incapaz, salvo em hipóteses muito restritas, de nos proporcionar regras indispensáveis à resolução dos casos sujeitos à apreciação dos juízes. A terceira dificuldade radica no perigo de um ‘direito de conteúdo variável’ conducente a um

procura-se preservar ao máximo o conteúdo de princípios colidentes, mas a primazia de um, no caso concreto, não expulsa do ordenamento o outro, que apenas cede passo e pode ser aplicado em outra situação concreta, até mesmo em concorrência com o primeiro.

³⁶⁵ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica principiológica e colisão de direitos fundamentais**. p. 4.

³⁶⁶ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica principiológica e colisão de direitos fundamentais**. p. 4-5.

perigosíssimo subjetivismo judiciário. Com efeito, o pluralismo de princípios está a paredes meias com fragmentações interpretativas dos juízes, ficando tudo inseguro desde a regra de direito a aplicar à regra aplicada e jurisdicionalmente mediada. Embora estes argumentos, no seu conjunto, sejam pertinentes, eles não resolvem os casos difíceis. E estes casos não serão resolvidos se continuarmos a transmitir acriticamente a idéia [...] de que a '*jurisprudencia*' é um exercício de rigor técnico-jurídico, imune a qualquer 'peso' ou 'balanço' de princípios.³⁶⁷

Tem-se o exposto como bastante para configurar o procedimento tópico da busca de uma racionalidade material no processo hermenêutico constitucional, mediante o estabelecimento de premissas de garantia de sua cientificidade, que já assumem, mercê da doutrina e da jurisprudência, certa condição dogmática, tidos que são como "pontos de referência obrigatórios para a teoria da interpretação constitucional."³⁶⁸ É o momento de avaliar, enfim, a postulação de racionalidade da nova Hermenêutica Constitucional.

3.4 RACIONALIDADE DA TÓPICA JURÍDICA

De há muito o pensamento jurídico debate-se entre a notória necessidade de revisão da Ciência do Direito de modelo tradicional, - em face de sua manifesta insuficiência e inadequação -, e a aporia das condições de possibilidade de uma nova Jurisprudência, que possibilite ao jurista maior contato com a realidade social e lhe permita prestar o serviço que deve à conflituosa sociedade atual: a solução de problemas.³⁶⁹

³⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **A "principalização" da jurisprudência através da Constituição**. p. 86. "Mais uma vez, podemos afirmar com Dworkin que 'o direito não se inventa', mas a 'criação' do direito para o julgamento de casos difíceis exige uma hermenêutica específica assente numa ponderação ou balança de princípios, dificilmente reconduzível a soluções subsuntivas ou a induções de precedentes judiciais disfarçados. Além disso, é preciso *sagesse* e *bom senso*." Id. ib. p. 89.

³⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 226.

³⁶⁹ "Há que se lutar sem tréguas contra os excessos logicistas que desembocam no formalismo jurídico, que pode ser caro aos juristas formados em sua viciosa atmosfera, mas desservem o povo – destinatário final desse trabalho – que não compreende, não se interessa e nada leva desse útil exercício intelectual que teima em ignorá-lo." AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. p. 35.

As perguntas que os estudiosos fazem a si próprios é reveladora de um estado de perplexidade ante a urgência da empreitada e das dificuldades que ela encerra. VERNENGO questiona: “Devemos abandonar o velho modelo de ciência racional, e, se o abandonarmos, será que poderemos produzir um substituto eficaz?”³⁷⁰

COELHO é cético:

Poderia o direito, como objeto de conhecimento científico, suportar o estatuto dimanado daquele repensar de sua atual função social, sem destruir-se no plano teórico? Reconheço que as possibilidades de teorização assim concebida são extremamente limitadas [...].³⁷¹

MACHADO pretende afastar o deducionismo irracionalista:

Existirá a possibilidade de um pensamento jurídico dotado ainda de validade racional que nos permita, sem cairmos no mero decisionismo voluntarista, escapar ao puro formalismo da lógica analítica? [...] não será o domínio das realidades humanas, históricas e contingentes, susceptível duma indagação racional, se bem que sem aquele carácter de ciência apodíctica?”³⁷²

ENGLISH desafia com um argumento prático a crítica ao acento na historicidade (e, portanto, contingência e variabilidade) do Direito: “Todos sabemos quanto a legislação é dirigida por determinantes histórico-individuais. Ora por que não haveria de sê-lo também a aplicação do Direito (jurisprudência)?”³⁷³

³⁷⁰ Observe-se que aqui a expressão “ciência racional” não é o oposto de irracionalidade, mas significa ciência de modelo racionalista. VERNENGO, Roberto José. **Curso de teoría general del derecho**. p. 458.

³⁷¹ COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. Curitiba: Livros HDV, 1987. p. 16.

³⁷² MACHADO, J. Baptista. *Prefácio*. In: ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. p. XI.

³⁷³ ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. p. 207. “Subsiste em todo o caso a coloração pessoal da valoração e da decisão de vontade materiais. Àquele a quem isto choque, podemos aconselhá-lo a meditar ainda no seguinte, como remate: a aplicação do Direito (a jurisprudência) é um pedaço da vida do Direito. Aquilo que é vivo nunca se deixa racionalizar completamente. Id. p. 206-207. Nessa esteira, citando o realista norte-americano Jerome Frank: “De acordo com o Autor, o desejo de uma excessiva estabilidade jurídica não surge de necessidades práticas, mas de um *anseio de algo mítico*. É interessante – prossegue – que as pessoas não se espantem com as mudanças jurídicas por via legislativa, mas se assustem com a falta de previsibilidade dos juízes.” PRADO, Lúcia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção: aspectos da lógica judicial**. 3. ed. Campinas: Millennium, 2005. p. 17-18.

São questionamentos desse tipo que desperta o pensamento tópico jurídico, existindo grande dificuldade em aceitar que a nova (velha) forma de *logos* que constitui o pensamento argumentativo e retórico presente nos métodos hermenêuticos de inspiração tópica não perde dignidade epistemológica por exigir a participação de um sujeito situado, mas apresenta, ainda, um verdadeiro processo gnosiológico, que os juízos prudenciais, que presidem as decisões humanas, expressam um verdadeiro conhecimento, porque, ainda hoje, o prisma normativo (primado do direito positivo sobre o caso concreto) e a sistematicidade do ordenamento jurídico são considerados garantias de uma interpretação *justificada* por sua *cientificidade*.

Afinal, é em função da positividade do direito que propostas inventivas, abertas, inovadoras e fundadas no consenso tais as que foram examinadas neste trabalho causam tanta apreensão, - diga-se logo -, suscitam escândalo e insegurança.

CANARIS expressa bem o problema ao declarar a impraticabilidade da tópica na Ciência do Direito, quando ligada à retórica, “pois o indagar pelo justo não é nenhum problema de pura retórica”, “as premissas são fundamentalmente determinadas para os juristas através do Direito objectivo, em especial através da lei”. Tem, ainda, a tópica como “inconciliável com a doutrina da validade e das fontes do Direito; pois quando da aplicação do Direito, as premissas não se legitimam a partir da ‘opinião de todos ou da maioria ou dos sábios’ mas sim do Direito positivo”.³⁷⁴

Também AMADO conjectura acerca da relação entre a tópica jurídica e o princípio da legalidade, aduzindo que há em quem responda essa questão “sustentando que a lei é um tópico mais entre outros” (e aqui lembra-se de Peter HÄBERLE); outros rechaçam a tópica jurídica justamente porque “se diz, não reconhece o carácter vinculante que a norma legal goza em todo processo de obtenção de decisões jurídicas”, e outros mais intentam “salvar a compatibilidade entre a doutrina metodológica da tópica e o respeito ao carácter preceptivo do Direito positivo.” Ora, como o mesmo Autor reconhece, VIEHWEG jamais sustentou o

³⁷⁴ CANARIS, Claus-Wilhem. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. p. 255 e 287.

manejo dos *topoi* contrariamente à lei e sim que o *topos* legal é ponto de partida que necessita do concurso de outros tópicos.³⁷⁵

Segundo SILVA FILHO, também é comum associar-se a GADAMER uma situação de insegurança jurídica, “na medida em que se renega a uma predeterminação total do conteúdo das sentenças na lei”.³⁷⁶ É um raciocínio falso, porque GADAMER enfatiza, ao contrário: que a tarefa da interpretação “consiste em *concretizar a lei* em cada caso, isto é, em sua *aplicação*”; que a sujeição à lei é inarredável no Estado de direito; que a tarefa de “compreender e de interpretar só ocorre onde se põe algo de tal modo que, é vinculante e não abolível.”³⁷⁷

O reparo de ROESLER dirige-se mais a CANARIS, porém seus fundamentos podem ser entendidos a todos quantos coloquem o princípio da legalidade como argumento imbatível para a recusa do pensamento tópico-jurídico:

Parece-nos, no entanto, que esses autores ignoram a natureza eminentemente lingüística das normas jurídicas, que constituem os pontos de partida obrigatórios para quem raciocina dogmaticamente, como o fazem os juristas. Assumi-las como ponto de partida não resolve por si só o problema da determinação de seu sentido, o qual decorre ademais de uma complexa operação de fixação da relação entre normas pertencentes a um ordenamento jurídico. Tanto a interpretação, por mais simples que seja, do sentido da norma, quanto a relação entre as normas precisa ser construída argumentativamente e, conforme a tese de Viehweg, ao modo de um debate dialético.³⁷⁸

É significativo que justamente o Direito, que deveria assumir sua condição de “ciência do espírito” por excelência, abrindo-se para o mundo da

³⁷⁵ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Teorías de la tónica jurídica*. p. 243. (tradução livre) Ainda que faça reservas à falta, em VIEHWEG, de maior transparência sobre a forma de articular-se a superioridade do *topos* legal entre outros tópicos, esse Autor enfatiza: “*Es decir, cuando en la tónica jurídica se sostiene que la ley es un tópico más entre los otros, no se está proponiendo la abolición práctica de la vinculación a las normas positivas, sino afirmando que en la praxis jurídica real la ley se suele invocar como criterio decisivo en concurrencia con otros ‘tópicos’, tales como principios generales del Derecho, argumentos analógicos, máximas jurídicas, principios de Derecho natural, postulados de sentido común, etc. Y, en estos términos, bastará un somero examen de la jurisprudencia de cualquier país en cualquier tema medianamente problemático, para constatar que lo que en la realidad ocurre no es algo muy distinto de esa descripción.*” lb. p. 365.

³⁷⁶ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito*. p. 96.

³⁷⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. p. 488-489.

³⁷⁸ ROESLER, Claudia Rosane. *Theodor Viehweg e a ciência do direito*. p. 156.

vida, tenha sido talvez o último âmbito de investigação científica a ganhar o terreno da “verdade que seria acessível”, “apesar da finitude de nossa compreensão”, deixando de perseguir as pretensas neutralidade e objetividade que sequer são atingíveis nas ciências físico-naturais.³⁷⁹

Friedrich MÜLLER resume de forma cabal a indagação: “em que consiste especificamente a função da *racionalidade* pretendida e afirmada de uma metódica jurídica no âmbito do *Estado de Direito*?” Ele mesmo responde à pergunta: a racionalidade tão procurada corresponde a “calculabilidade”, pois que para a sociedade econômica burguesa, são necessárias “transparência e regularidade” e nisso consiste a “instrumentabilidade” da metódica jurídica, que tem, por outro lado, um “efeito legitimador”, pois a possibilidade de crítica e de controle das razões da decisão ensejam tanto a manutenção as posições conservadoras quanto as alterações do *status quo*.³⁸⁰

³⁷⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. p. 450. Veja-se belo exemplo de aceitação da “finitude da compreensão”, à maneira gadameriana (e isto, note-se, em pleno seio da Física), exarada pelo prêmio Nobel de 1977, tido como “poeta da termodinâmica”: “Parte de nosso sofrimento e do nosso comportamento dogmático provém de uma interpretação errônea da racionalidade humana. Esta é, sem dúvida, um elemento muito importante, que dota a vida de um sabor único. Mas pode conduzir a comportamentos estranhos. Kant, obcecado com a racionalidade humana, deduzia dela a racionalidade dos planetas. Por isso, empreendia suas famosas caminhadas diárias sempre à mesma hora, para imitar a racionalidade dos planetas. Samuel Beckett, numa de suas peças, mostra-nos uma personagem que surge periodicamente em cena, observa e vai embora. Talvez seja uma alusão à racionalidade humana. A ciência clássica, com seu determinismo que implica a possibilidade de um conhecimento absoluto, gera a intolerância e depois a violência. A meu ver, a idéia de uma racionalidade limitada exprime muito melhor a nossa condição. Claro, essa é uma das razões pelas quais as descrições estocásticas em física – na mecânica quântica ou, mais recentemente, no novo conceito de tempo que já discutimos, têm sido atacadas com tamanha violência. O racionalismo clássico conduz facilmente à idéia de um super-homem, uma espécie de James Bond que sabe o que fazer em qualquer circunstância. Devemos viver num mundo pluralístico e aceitá-lo, com uma racionalidade limitada. O que não significa fracasso. [...] Penso que a superestimação da força da racionalidade humana é uma das razões da intolerância e da cosmovisão mitológica que está por trás dos conflitos políticos e ideológicos.” PRIGOGINE, Ilya. In: WEBER, Renée. **Diálogos com cientistas e sábios**: a busca da unidade. Trad. Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Círculo do Livro, 1989. p. 239-240. Segundo SANTOS, Einstein constitui o primeiro rombo no paradigma da ciência moderna [...] outro exemplo é Ilya Prigogine, que revoluciona a física com a sua teoria das estruturas dissipativas e o princípio da “ordem através das flutuações”. “A teoria de Prigogine recupera inclusivamente conceitos aristotélicos tais como os conceitos de potencialidade e virtualidade que a revolução científica do século XVI parecia ter atirado definitivamente para o lixo da história. [...] Sendo um conhecimento mínimo que fecha as portas sobre o mundo, o conhecimento científico moderno é um conhecimento desencantado e triste que transforma a natureza num autômato, ou, como diz Prigogine, num interlocutor terrivelmente estúpido.” SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. p. 41-48-53.

³⁸⁰ MÜLLER, Friedrich. **Direito linguagem violência**. p. 28. “Formulada em termos políticos, a resposta é a seguinte: A função da metódica jurídica consiste em deslocar, de maneira bem-sucedida, porque regularmente aceita como plausível, a responsabilidade pela decisão, pela orientação, pela distribuição, pela dominação funcionalmente pessoal no caso individual para

Reportando-se à *Teoria pura do Direito*, PERELMAN admite que no âmbito das normas e dos valores não há “provas demonstrativas e constringentes”. Mas, - indaga -, na falta de prova demonstrativa, seria preciso “renunciar a justificar por uma argumentação igualmente convincente e possível nossas escolhas e decisões, nossos valores e normas?”, ou “considerar como juridicamente arbitrário tudo o que só pode ser justificado por meio de semelhante argumentação?”³⁸¹

PERELMAN nega-se a admitir essas alternativas:

Se uma ciência do direito pressupõe tomadas de posição, elas não serão consideradas irracionais quando podem ser justificadas de uma forma razoável, graças a uma argumentação de que se reconheça a força e a pertinência. É verdade que as conclusões de tal argumentação não são nunca evidentes, e que elas não podem, como a evidência, constranger a vontade de todo ser racional. Elas só podem incliná-la na direção da decisão melhor justificada, aquela que se apóia na argumentação mais convincente, ainda que não se possa afirmar que ela exclui toda possibilidade de escolha. É por isso que a argumentação apela à liberdade espiritual, embora seu exercício não seja arbitrário. Graças a ela, podemos conceber um uso racional da liberdade, ideal que a razão prática se propõe em moral e em política, mas também em direito.³⁸²

Outra não é a opinião de ROESLER, que, apoiando-se em FERRAZ JR., assevera que a racionalidade do discurso requer fundamentação, e, assim, “a regra que preside a estruturação de toda situação discursiva é a do *dever de prova*” e que é “por referência à situação comunicativa que se pode qualificar o discurso, enquanto discussão fundamentante, de *racional*”, exigindo-se o entendimento recíproco entre os partícipes.³⁸³

instâncias mais distantes, sobretudo a instâncias normatizantes, assim por exemplo para o ‘legislador’ (em parte também para o judiciário de instância suprema).“ Id. ib.

³⁸¹ PERELMAN, Chaïm. *A teoria pura do direito e a argumentação*. In: _____ ***Droit, morale et philosophie***. Trad. Ricardo R. Almeida. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1986. p. 2. Disponível na Internet. V. Referência das Fontes Citadas.

³⁸² PERELMAN, Chaïm. *A teoria pura do direito e a argumentação*. p. 4.

³⁸³ “A racionalidade aparece, portanto, como uma espécie de distanciamento das opiniões, crenças e conhecimentos tradicionais, costumeiros ou provenientes da emoção, no sentido de que é racional o discurso que discute seus próprios fundamentos, justificando-os, prestando contas deles. O princípio dominante no discurso racional é o do exame crítico, que decorre do princípio do dever de prova. Ele significa que o discurso deve estar sempre aberto ao comportamento crítico do ouvinte e que deve haver a fundamentação das asserções produzidas no seu interior na medida em que o ouvinte assim o exige.” ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito**. p.194-195.

FERRAZ JR. ensina que, ao longo do tempo, várias razões presidiram a justificação da cientificidade do Direito, ressaltando que a noção de enunciado verdadeiro sobre o qual constrói-se a ciência é variável no tempo, em virtude de serem os enunciados científicos submetidos a diferentes provas e instrumentos de verificação construídos em cada época.³⁸⁴ Ora, à vista de todas as considerações expendidas pelos juristas com esteio no pensamento tópico-jurídico, parece que, em nosso tempo, as provas e os instrumentos de verificação não mais se situam no âmbito das abstrações lógico-formais, à maneira da Ciência Jurídica de modelo tradicional examinada no Capítulo 1 deste relato.³⁸⁵

Se o que se exige são instrumentos de controle para a tópica jurídica aplicada à Hermenêutica Constitucional, sirvam de “tranquilizantes epistemológicos” e para minimizar o “resíduo incômodo” de subjetividade³⁸⁶, os princípios de Interpretação Constitucional (subtítulo 3.3, supra), que, de resto, foram desenvolvidos precisamente pelos juristas da tópica e hoje são acatados sem ressalvas mesmo pelos mais empedernidos positivistas.

Em sendo indispensável estabelecer parâmetros de controle da argumentação jurídica, inseparáveis da Interpretação Constitucional fundamentada no pensamento tópico, ei-los, na formulação de BARROSO: a) fundamentos normativos: “a argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar fundamentos *normativos* (implícitos que sejam)”³⁸⁷; b) universalização dos critérios da decisão: “Por força do imperativo de isonomia, espera-se que os critérios empregados para a solução de um determinado caso concreto possam ser

³⁸⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. p. 11.

³⁸⁵ Recordando o sobredito: “[...] se procurou seguir o grande modelo das ciências naturais e, como nelas, se considerou que o ideal consistia em eliminar todo pressuposto subjetivo. Assim como para a investigação da natureza, o experimento, que qualquer um pode comprovar, representa um fundamento de verificação, também na interpretação dos textos procurou-se aplicar procedimentos suscetíveis de controle da prova.” GADAMER, Hans-Georg. **A razão na época da ciência**. p. 66.

³⁸⁶ Expressões cunhadas em MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. p. 60.

³⁸⁷ A exemplo de Friedrich MÜLLER, o Autor recomenda que “um conflito normativo deve ser resolvido em favor da solução que apresente em seu suporte o maior número de normas jurídicas”. BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. p. 352.

transformados em regra geral para situações semelhantes”; c) argumentação principiológica, não apenas no sentido dos próprios princípios instrumentais de Interpretação Constitucional como também pelos princípios constitucionais materiais, “que trazem em si a carga ideológica, axiológica e finalística da ordem constitucional.”³⁸⁸

Por tudo o que foi estudado neste trabalho, ousa-se concluir, com MACHADO, respondendo afirmativamente a pergunta acerca da validade racional de um pensamento jurídico tópico e argumentativo. Acredita-se que sim, que também no âmbito da Hermenêutica Constitucional:

*[...] a ciência (epistême), o saber de nexo epistemológico – no sentido aristotélico – é inapto para conhecer aquelas coisas de que depende a rectitude da ação humana. Mas isso não significa que um outro modo de conhecer nos não permita o acesso gnoseológico a esse domínio: o conhecimento expresso através dos juízos prudenciais. Com efeito, a phronesis (prudência) “é na verdade uma virtude, e não uma ciência, mas um outro gênero de conhecimento”. Esse saber (prudencial), de que depende a escolha judiciosa e a decisão recta, tem por objeto o contingente. Não é o necessário (objeto da ciência) nem o absolutamente fortuito que constitui matéria de deliberação, mas aquilo ‘cujo princípio de produção depende de nós’. Destes assuntos sobre os quais deliberamos se ocupa também a retórica, que tem por tarefa descobrir ‘os meios de persuasão que cada assunto comporta’ e que não é um discurso segundo a ciência.*³⁸⁹

³⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. p. 354-355.

³⁸⁹ MACHADO, J. Baptista. *Prefácio*. In: ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. p. XX-XXI.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do século XVII persegue-se a cientificidade do Direito segundo o modelo da ciência moderna, tributária do pensamento cartesiano, de acordo com o paradigma das ciências físico-matemáticas ou naturais, considerado conhecimento válido apenas o produzido no âmbito dos raciocínios demonstrativos. É o incipiente positivismo oitocentista.

Por obra do jusnaturalismo racionalista, da Escola Histórica do Direito e do pandectismo, condensam-se racionalismo e empirismo, caracterizando-se a Jurisprudência pela construção sistemática e lógico-formal, orientada pelas idéias de unidade, plenitude e coerência do Direito. Inicia-se a fase do positivismo jurídico moderno.

Essa concepção de Ciência Jurídica tem reflexos imediatos na Hermenêutica Jurídica. Com Savigny, desenvolvem-se os métodos clássicos de interpretação do Direito, - literal, histórico e sistemático, - seguidos pelo elemento teleológico introduzido por Ihering. *A latere*, disputam as teorias objetiva e subjetiva da interpretação, correspondentemente guiadas segundo a pretensa vontade objetiva da lei ou pela *mens legislatoris*.

Objetividade, neutralidade e sistematicidade são consideradas qualidades do conhecimento garantes da cientificidade. No Direito, essas exigências vêm a significar que o conhecimento jurídico deve ser *objetivo* (dirigido a um objeto próprio, inconfundível com o das demais ciências) *neutro* (imune à subjetividade das valorações e preferências pessoais); e *sistemático* (sobre guardarem uma sistematicidade intrínseca, as normas jurídicas podem ser externamente descritas mediante raciocínios dedutivos). Com o normativismo Kelsen é consolidada a concepção positivista. Direito que pode ser cientificamente conhecido é Direito Positivo.

A noção de sistema repercute intensamente no Direito Constitucional, dado que a Constituição ocupa posição de centro unificador do Direito Positivo, quer se o entenda, à maneira de Kelsen, em seu aspecto estático ou dinâmico. Além disso, a formalização constitucional crescente revela a conformação estrutural e sistêmica da própria Lei Fundamental, presidida pela supremacia normativa dos princípios constitucionais.

Na Hermenêutica Constitucional, a idéia de sistema representa referencial obrigatório, pressuposto e limite da interpretação jurídica. Assim, em princípio, aplica-se à hermenêutica constitucional a técnica sistemática tradicional, posto que as normas constitucionais, em essência, são normas de Direito. Tendo em vista, porém, sua diversa natureza, função e finalidade, são normas jurídicas peculiares. Ademais, mostra-se insuficiente a interpretação sistemática clássica, reduzida a termos lógico-formais, em face de uma nova compreensão, - *material* -, da Constituição.

Com esse novo prisma, a visão lógico-sistemática da Constituição é superada pela reformulação do seu conceito, aduzindo-se, ao âmbito normativo, as dimensões política, sociológica e filosófica. Surge uma teoria material da Constituição, impondo a concepção integral do sistema constitucional, na complexidade e complementaridade de seus elementos, notadamente os de natureza substancial. O sistema constitucional é agora sistema aberto de regras e princípios, onde sobressaem os sentidos axiológico e teleológico das normas constitucionais e sua conexão com a realidade.

Malgrado a concepção sistêmica ainda continue a condicionar a Interpretação Constitucional, iluminada que seja pelas idéias de abertura do sistema e pela teoria material da Constituição, ante a manifesta insuficiência e inadequação dos métodos clássicos de interpretação busca-se transcender de vez aqueles cânones que caracterizaram o positivismo legalista. Em meados do século XX põe-se a díade sistema e problema, recuperam-se o pensamento tópico e o discurso argumentativo.

As considerações sobre a possibilidade da tópica jurídica foram despertadas pela obra de VIEHWEG, tendo como ponto de partida a Tópica

de Aristóteles, que a concebeu como teoria da argumentação em geral que opera por raciocínios dialéticos, fundamentados em opiniões verossímeis, diferentes dos raciocínios demonstrativos, que são próprios do conhecimento científico, porque partem de premissas tidas como verdadeiras, primeiras e indiscutíveis. Tópicos são os pontos de vista que permitem encontrar as conclusões dialéticas, cabíveis às questões que envolvem conflitos de opiniões.

VIEHWEG demonstra que Roma herdou aquele peculiar modo de pensar, tendo como tópico o Direito romano, face àquela experiência jurídica predominantemente casuística e empírica, em que os princípios e regras de Direito representavam *topoi*, na qualidade de sínteses das soluções de casos particulares, pautando-se as decisões pela *prudência*, no confronto de opiniões e idéias contrapostas. Também na Jurisprudência contemporânea manifesta-se o “estilo” tópico, orientado para o *problema*.

Ponto central para a compreensão do pensamento tópico é o conceito aristotélico de *phronesis*, forma de conhecimento diversa da ciência apodítica, que permite eleger os tópicos adequados para a solução justa. Aqui a razão não diz respeito à correção lógico-formal do raciocínio, mas à sabedoria prática, à disposição de caráter, à racionalidade ética e à plausibilidade dos juízos exarados nas situações concretas que exigem decisão.

Transposto o conceito para a ética jurídica, evidencia-se que o que é justo não se determina teoricamente, mas na situação que pede justiça. O Direito, portanto, exige habilidade fronética, é infenso a métodos, pois que a *phronesis* (prudência), é ao mesmo tempo sabedoria e virtude, aliás, virtude hermenêutica fundamental, dado que interpretação e aplicação do Direito são incindíveis.

Entrecruzam-se as obras de VIEHWEG e PERELMAN, na medida em que o raciocínio tópico-jurídico tem caráter necessariamente argumentativo. Reabilita-se a retórica, como disciplina que procura os meios para persuadir nas questões que exigem deliberação e a argumentação dialética, exigindo-se a modalidade e a justificação material dos argumentos do discurso

decisório. Produzem-se fecundas teorias da argumentação jurídica, a mostrar a insatisfação com a lógica formal.

Concomitantemente, a hermenêutica filosófica, - com destaque para HEIDEGGER e GADAMER -, contribui de modo decisivo para a ancoragem do novo paradigma hermenêutico inspirado na tópica. Não é possível a fundamentação última do conhecimento, posto que o intérprete é sempre irremissivelmente guiado pela pré-compreensão decorrente de sua inserção na tradição e da influência que nele exerce a história efetual. A historicidade da compreensão é sua condição de possibilidade. Cumpre fundir os horizontes da situação hermenêutica e do outro que fala através do texto.

Sendo a ética aristotélica tomada como modelo dos problemas pertinentes à tarefa interpretativa, a hermenêutica filosófica progride na definição da interpretação jurídica como *concretização* da lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. Ora, se compreender é aplicar, avulta com toda a força a demanda do caso concreto e abre-se caminho para a tópica jurídica.

Juristas alemães desenvolvem Métodos de Interpretação Constitucional, com pressupostos extraídos, com maior ou menor intensidade, da tópica jurídica, revelando a natureza produtiva da concretização do Direito.

A metódica concretista estruturante de MÜLLER combina engenhosamente a teoria material do Direito e da Constituição com um conceito original de norma jurídica não identificada com o sua expressão verbal. A estrutura da normatividade requer a consideração do programa normativo (texto), a que adere o domínio ou âmbito normativo (os elementos de caráter material). Cautelosamente, porém, cumpre manter a tópica interpretativa em limites tecnicamente controláveis e assim dentre os elementos do processo de concretização os referidos às normas devem predominar sobre os pertinentes ao âmbito material. O limite do espaço de interpretação é o texto normativo.

Em HESSE, a força normativa da Constituição exercerá pressão sobre as possibilidades e limites reais de sua realização. A práxis constitucional terá por pressupostos a Interpretação Constitucional orientada pelo princípio da ótima concretização da norma. A Constituição necessita de eficácia,

atingível mediante uma interpretação construtiva, que a atualize, e não há Interpretação Constitucional independente de concretização, que a interpretação só é possível diante de um problema concreto. A atuação do intérprete é tópica, orientada e limitada pela norma. *Topoi* de concretização hão de relacionar-se ao problema que pede resposta constitucional, mas a tópica deve ser mitigada por instrumentos de controle.

HÄBERLE adere integralmente ao método tópico-problemático, desde sua compreensão da Constituição como documento normativo aberto a uma pluralidade de intérpretes. Se a Constituição é aberta, sua interpretação também o deve ser. A interpretação da Constituição diz respeito a todos, - e não apenas aos órgãos estatais com poder de decisão vinculante; Constituição e Democracia são indissociáveis.

Às objeções quanto aos riscos de dissolução da normatividade constitucional com o emprego dos novos métodos hermenêuticos, os juristas da tópica respondem com a construção de um “catálogo tópico” de princípios de Interpretação Constitucional, à guisa de instrumentos para o controle, premissas que postulam caráter científico e a racionalização do processo hermenêutico. Ao interpretar a Constituição, deve-se: atentar para a sua unidade interna e supremacia no ordenamento jurídico; preferir o sentido que maior eficácia lhe confira; presumir que as normas infraconstitucionais lhe prestam homenagem e interpretá-las no sentido que se compatibilize com a Lei Maior; considerar que todos os bens jurídicos constitucionais são igualmente valiosos e necessitam ser coordenados proporcionalmente, mediante uma ponderação que a todos prestigie.

Isso não obstante, enfrenta críticas a nova Hermenêutica Constitucional, no reconhecimento de sua cientificidade, notadamente quanto ao subjetivismo que lhe é inerente. Outro argumento é a iniludível positividade do Direito, desafiando a elaboração dogmática da nova Hermenêutica Constitucional, não dogmatista, mas assentada em seguras bases teóricas. É grande a hesitação em abandonar o “porto seguro” do positivismo jurídico no rumo de destinos ainda pouco explorados. Deseja-se, ainda, um saber dotado de “cientificidade”, vale dizer, um padrão metodológico e, quiçá, um referencial mínimo de neutralidade, o suficiente para não colocar em perigo a certeza e a segurança do Direito.

É o momento de verificar se o objetivo proposto neste trabalho foi atingido e se a hipótese levantada revelou-se plausível. Acredita-se que, sim, os novos Métodos de Interpretação Constitucional de inspiração tópica são passíveis de fundamentação científica. Não nos moldes da Ciência Jurídica tradicional, mas à luz da verdade relativa e cambiante, a ser provada e atingida no consenso e, ademais, a única acessível aos sujeitos históricos que somos.

Encerra-se este trabalho com o entusiasmo que proporciona o avanço do conhecimento, porém consciente da incipiência das considerações expendidas e da necessidade de aprofundamento do tema, mediante o estudo de outros aspectos cruciais para a sua compreensão, tais a filosofia da linguagem e a teoria do discurso.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ARAÚJO, Vandyck Nóbrega de. **Fundamentos aristotélicos do direito natural**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

ARISTÓTELES. **Tópicos**. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. Trad. Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1991.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. In: _____. (org). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia aristotélica: leitura e interpretação do pensamento aristotélico**. São Paulo: Manole, 2003.

BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Trad. Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. 4. ed. Brasília: UnB, 1994.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Giusnaturalismo e positivismo giuridico**. Milano: Edizioni di Comunità, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais**: “novos” direitos e acesso à justiça. 2. ed. Florianópolis: OAB, 2006.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica principiológica e colisão de direitos fundamentais**: as teorias de Alexy e Dworkin e os aportes de Habermas.

Internet: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/colisao.pdf>. Acesso em 10 de janeiro de 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. 1973.

_____. **A “principlialização” da jurisprudência através da Constituição**. In: Revista de Processo. Estudos em homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. N. 98. Abril/Junho 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CASALMIGLIA, Albert. **Ensaio sobre Dworkin**. Trad. Patrícia Sampaio. Disponível na Internet:

http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html. Acesso em 03 de março de 2007. 2002.

CHALMERS, Alan F. **O que é ciência afinal?** Trad. Raul Filker. Brasília: Brasiliense, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A teoria constitucional e o direito alternativo**: para uma dogmática constitucional emancipatória. Seleções Jurídicas ADV-COAD. Anais do Seminário Nacional de Direito Alternativo (jun/93). Jan/94.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Prefácio à edição brasileira*. In: PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

COELHO, Inocêncio Mártires. **As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, n. 137, jan/mar 1988.

_____. **Konrad Hesse / Peter Häberle**: um retorno aos fatores reais de poder. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, n. 138, abr/jun 1998.

_____. **Métodos e princípios da interpretação constitucional**. In: Fórum Administrativo. Belo Horizonte, Janeiro de 2003.

COELHO, Luiz Fernando. **Introdução histórica à filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. **Teoria crítica do direito**. Curitiba: Livros HDV, 1987.

CORDEIRO, A. Menezes. *Prefácio*. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Andamentos, 1998.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Conceito de sistema no direito**: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: RT, 1976.

_____. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986.

_____. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1990.

_____. **Interpretação e estudos da Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **O intérprete e o poder de dar vida à Constituição**: preceitos de exegese constitucional. *In*: Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Belo Horizonte: Fórum. s/n, s/d.

GADAMER, Hans-Georg. **A razão na época da ciência**. Trad. Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Teorías de la tópic jurídica**. Madrid: Civitas, 1988.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Prólogo*. *In*: VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. Trad. Luiz Diez-Picaso Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1964.

_____. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 1983.

GONÇALVES, Jair. **Herança jurídica de Hans Kelsen**. Campo Grande: UCDB, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002.

HART, H. L. A. **El concepto de derecho**. Trad. Genaro R. Carrió. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

_____. **Escritos de derecho constitucional**. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. Trad. Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.

JAEGER, Werner. **Aristóteles: bases para la historia de su desarrollo intelectual**. Trad. José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

JHERING, Rudolf von. **O espírito do direito romano**: nas diversas fases de seu desenvolvimento. Trad. Rafael Benaion. Vols. I a IV. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

_____. **É o direito uma ciência?** Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Ridell, 2005.

KASER, Max. **Sur la méthode des jurisconsultes romains**. Trad. M. Joseph Modrzejewski. In: Romanitas. São Paulo: Sociedade Brasileira de Romanistas. Publicação comemorativa do 1750º aniversário da *Constitutio Antoniniana*, 1962.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LAFER, Celso. Comentários a VICO, Giambattista. ***De nostri temporis studiorum ratione*** (Da jurisprudência). Trad. Mário Buti. *In: Textos clássicos de filosofia do direito*. Coord. Anacleto de Oliveira Faria. São Paulo: RT, 1981.

LARENZ, Kart. **Metodología da ciência do direito**. 2. ed. Trad. José de Sousa e Brito e José António Veloso. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1969.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1988.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1983.

MACHADO, J. BAPTISTA. *Prefácio*. *In: ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1965.

MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MENDES, Gilmar. **Controle de constitucionalidade**: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *In: Revista Jurídica Virtual – Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos*. Vol. 1, n. 8. Janeiro/2000.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2. ed. Trad. Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

MILL, Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. Alberto da Rocha Barros. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MONTORO, André Franco. **Estudos de filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. **Introdução à ciência do direito**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MORENTE, Manuel García. **Fundamentos de filosofia**: I. lições preliminares. Trad. Guilherme de la Cruz Coronado. 8. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1980.

MÜLLER, Friedrich. **Direito linguagem violência**: elementos de uma teoria constitucional, I. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Fabris, 1995.

_____. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e racionalidade moderna**. São Paulo: Loyola, 1993.

_____. **Ética e sociabilidade**. São Paulo: Loyola, 1993.

_____. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996.

PASOLD, Cesar Luis. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10. ed. Florianópolis: OAB-SC, 2007.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PERELMAN, Chaïm. *A teoria pura do direito e a argumentação*. In: _____ **Droit, morale et philosophie**. Trad. Ricardo R. Almeida. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1986.

Disponível na Internet :

http://www.puc-rio.br/subrepuc/depto/direito/pet_jur/c1perelm.html. Acesso em 19 de março de 2002.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. Trad. Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PISTORI, Maria Helena Cruz. **Argumentação jurídica**: da antiga retórica a nossos dias. São Paulo: LTr, 2001.

PRADO, Antonio Lázaro de Almeida Prado. Comentários a VICO, Giambattista. **Princípios de (uma) ciência nova**: (acerca da natureza comum das nações). Livro Primeiro: Do estabelecimento dos princípios. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica judicial. 3. ed. Campinas: Millennium, 2005.

PRIGOGINE, Ilya. In: WEBER, Renée. **Diálogos com cientistas e sábios**: a busca da unidade. Trad. Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Círculo do Livro, 1989.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

REGNER, Anna Carolina. *Uma nova racionalidade para a ciência?* In: SANTOS, Boaventura de Souza. **Conhecimento prudente para uma vida decente**: um discurso sobre as ciências revisitado. São Paulo: Cortez, 2004.

RICOEUR, Paul. **Interpretação e/ou argumentação**. Trad. Thamy Pogrebinski. Internet : http://www.puc.rio.br/sobrepu/depto/direito/pet_jur/ricoeur.html. Acesso em 23 de dezembro de 2006.

ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito**: tópica, discurso, racionalidade. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

RORTY, Richard. **Objetivismo, relativismo e verdade**: escritos filosóficos. Vol. I. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997.

RUIZ DE AZÚA, Javier Bengoa. *De Heidegger a Habermas: hermenêutica y fundamentación última en la filosofía contemporánea*. Barcelona: Editorial Herder, 1992.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SCHÄFFER, Jairo Gilberto. *Restrições a direitos fundamentais*. In: DOBROWOLSKI, Sílvio. (Org.) **A Constituição no mundo globalizado**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Interpretação constitucional operativa**: princípios e métodos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Normas constitucionais*. In: **A norma jurídica**. FERRAZ JR., Tercio Sampaio *et alii*. Coord. Sergio Ferraz. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, Kelly Suzane Alflen da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Fabris, 2000.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo*. In: _____ **Revista do Instituto de**

Hermenêutica Jurídica. Direito, Estado e Democracia: entre a (in) efetividade e o imaginário social. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

TOULMIN, Stephen. *A razão perdeu seu equilíbrio. In: SANTOS, Boaventura de Souza. Org. **Conhecimento prudente para uma vida decente:** um discurso sobre as ciências revisitado.* São Paulo: Cortez, 2004.

WARAT, Luís Alberto. **Filosofia do direito:** uma introdução crítica. São Paulo: Moderna, 1996.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica.* Trad. Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1988.

VERNENGO, Roberto José. **Curso de teoría general del derecho.** 2. ed. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia.** Trad. Luiz Diez-Picaso Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1964.

_____. **Tópica y filosofía del derecho.** Trad. Ernesto Garzón Valdés e Ruth Zimmerling. Barcelona: Gedisa, 1991.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo.** São Paulo: RT, EDUC, 1977.

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](#)