

IVAN GUÉRIOS CURI

DILEMAS DO DIREITO PENAL

REFLEXÃO A PARTIR DA HERMENÊUTICA DO SISTEMA

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito
Orientador: Professor Titular Doutor Luiz Alberto Machado

**CURITIBA
1999**

Ivan Guérios Curi

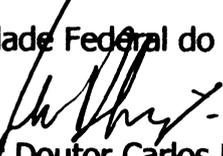
DILEMAS DO DIREITO PENAL
REFLEXÃO A PARTIR DA HERMENÊUTICA DO SISTEMA

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito das Relações Sociais, no Curso de Pós-graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador:


Professor Doutor Luiz Alberto Machado

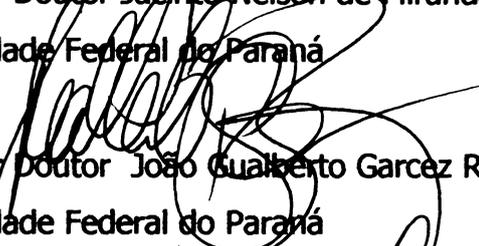
Universidade Federal do Paraná


Professor Doutor Carlos Roberto Motta Pellegrino

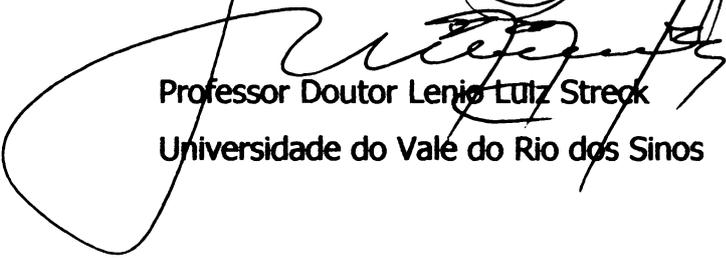
Universidade de Brasília


Professor Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Universidade Federal do Paraná


Professor Doutor João Gualberto Garcez Ramos

Universidade Federal do Paraná


Professor Doutor Lenio Luiz Streck

Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Curitiba, 8 de dezembro de 1999

IVAN GUÉRIOS CURI

DILEMAS DO DIREITO PENAL

REFLEXÃO A PARTIR DA HERMENÊUTICA DO SISTEMA

**CURITIBA
1999**

Para

**Circe, Maria Ligia, Marianna, Ivana,
Luiz Fernando e Peter**

**À memória de um homem digno e
jurista exemplar, Ivan Jorge Curi,
meu pai.**

Agradecimentos

Devo, aqui, em especial, reconhecer que este trabalho só se concretizou graças à atenção que me dispensou o Professor Luiz Alberto Machado, meu orientador, não apenas pelo tempo que dedicou a apontar os caminhos a serem seguidos nesta difícil tarefa a que me propus, mas também pelo rigor com que conduziu todo o processo de elaboração da tese. Portanto, a tese não é apenas minha. Os acertos devo ao professor e amigo. Os erros, estes só a mim devem ser tributados.

À minha família, em especial à minha mulher, devo outro tanto. Maria Lígia que dedicou muitas noites a revisar, formatar e adequar o trabalho; e muitas horas a discutir o tema, a auxiliar-me na pesquisa bibliográfica, dando-me valiosas sugestões, merece o carinho de um singelo agradecimento.

Finalmente, agradeço aos meus alunos de Filosofia do Direito, do 2º ano, pela paciência e compreensão que tiveram. Estou certo que a eles não dediquei, em virtude desta tese, a atenção que mereciam. Há que ser reconhecido que não é fácil dedicar-se à produção científica, sem que se tenha, da instituição de ensino, o esperado – mas nem sempre recebido – apoio, no sentido de que se não exija do professor o dom da ubiqüidade

SUMÁRIO

Resumo	007
Abstract	008
Para uma "Obra Aberta"	009
<i>Parte um</i>	
I Introdução	012
1. do Real Imaginário ao Real Concreto.	012
<i>Parte dois</i>	
A idéia de sistema no direito	027
1. Evolução do sistema jurídico	027
1.1. Antecedentes Históricos	027
2. Sistema	037
2.1. Conceito de Sistema	037
<i>Parte três</i>	
I Hermenêutica	057
1. Significado e história da palavra	057
2. A questão Hermenêutica - Origem	059
2.1 Hermenêutica e Interpretação	064
2.2 A Filosofia e a Hermenêutica	065
II Hermenêutica Jurídica	069
1. Delimitação Conceitual	069
2. As Escolas Hermenêuticas	072

3. O Critério da Compreensão	095
3.1. Interpretação Filológica	095
3.2. Interpretação Lógica	098
3.3. Interpretação Sistemática	106
3.4. Interpretação Histórica	108
4. O Critério da Extensão	110
5. O Critério do Agente	113
5.1. Interpretação Pública	113
5.2. Interpretação Privada	116
6. Hermenêutica Dogmática	120
6.1. Escola da Exegese	120
6.2. Escola da Jurisprudência dos Conceitos	125
6.3. Escola de Jurisprudência Analítica	145
7. Hermenêutica Zetética	149
7.1. Vertente Teleológica	149
7.1.1. Jurisprudência Teleológica	149
7.1.2. Jurisprudência de Interesses	159
8. Zetética Sociológica	163
8.1. Escola da Livre Investigação Científica	163
8.2. Escola do Direito Livre	171
8.3. Escola de Jurisprudência Sociológica	176
8.4. Realismo Jurídico	179
8.5. Realismo Psicológico	182

8.5.1. Psicologismo Jurídico	182
8.5.2. Realismo Jurídico Norte-Americano	185
8.5.3. Realismo Lingüístico	190
8.5.3.1. Realismo Jurídico Escandinavo	190
8.5.3.2. Hart e a Superação do Realismo	195
<i>Parte Quatro</i>	
I A Crise da Ciência criminal	200
1. Sintomas	200
2. Os Sintomas da Crise	201
3. (Re)visão do discurso da ciência criminal	239
3.1 Um diálogo entre a Filosofia e o Direito	239
4. Os dilemas	268
4.1. O Dilema do Método	268
4.2. O Dilema do Princípio	277
4.3. O Dilema de Sentido	296
Referências Bibliográficas	304

RESUMO

A presente tese propõe um diálogo entre a filosofia e o direito penal. As assertivas lançadas como a base do trabalho são o resultado da reflexão filosófica do autor, que denotam sua angústia face o direito e a vida, e à vida do direito.

A linha temática não é aleatória, à medida que pretende passar do *problema* ao *dilema*, perquirindo-se, desta forma, o *problema* pelo que se julga serem seus condicionantes e o *dilema*, como decorrência natural do *problema* que engendra a formação, a estrutura, a operacionalidade e a expressão do discurso da ciência jurídica em geral e do direito penal, em especial.

Daí a presente tese passa do estudo do Sistema e da Hermenêutica ao que se denomina crise da ciência criminal, analisa seus sintomas, pontua o diálogo com o direito em crise, e, retoma o discurso da filosofia para falar do direito penal, apontando algumas faces do dilema.

A fluência do diálogo está, justamente, na tentativa intermitente de se não partir nem da filosofia nem do direito, isoladamente.

O que se pretende, é revelar a angústia do direito face à impotência dos seus meios, a ilusão da filosofia face à sacralização de seus argumentos, e, por fim, apontar, ainda que não completamente, o que é possível para o direito – e para o direito penal – em face dos conflitos da vida, e o que é possível para a filosofia, face a angustia da vida, num diálogo, que identificando o problema, constata o dilema.

ABSTRACT

This present theses has the purpose of creating a dialog between philosophy and criminal law. The allegations used as the basis of this work are the results of the author's philosophical reflections that shows his anguish facing life and law as well as facing the life of the law

A pre-established line was set since the author intents to progress from problem to dilemma, questioning the problem and finding its conditions, and the dilemma as natural consequence from the problem that makes its formation, structure, operational ways and the expression of the speech from the science of law in general, and specifically from the criminal law.

For this reason this theses goes from a study of the system and the hermetic to what is called the crisis of the criminal science, analyses its symptoms, shows the dialog with the law in crisis, and takes back the speech of philosophy to talk about criminal law, showing some sides of the dilemma.

The fluency of speech, is precisely in the intermittent attempt to avoid taking neither the philosophy nor the law as isolated basis.

The intention is to reveal the anguish of law facing the powerlessness of its means, the illusion of the sanctity of the terms of philosophy, and finally to point out what is possible for the law - and the criminal law – facing the conflicts of life, and what is possible for philosophy facing the anguish of life, in a dialog that identifying the problem, establishes the dilemma.

Para uma "obra aberta"

Esta tese não apresenta conclusões; pelo menos, não ao estilo tradicional, ao final do texto, de caráter enumerativo e com natureza de fechamento e completude.

As razões pelas quais adoto esta metodologia, poderia resumi-las em um só argumento, que no entanto deve ser precedido de duas considerações: a primeira, está em que penso que o texto pretende essencialmente uma discussão – que se verá -; o que, em si, é incompatível com qualquer completude, já que toda completude é conclusiva. Ademais, estou convencido que é também, apenas pretensão de completude. A segunda, advém de sugestão do próprio orientador desta tese, Professor Titular Doutor Luiz Alberto Machado, já que ambos discordamos da linha adotada pela chamada "Didática Nova". O ilustre professor aconselhou-me a adotar a presente linha metodológica, de modo que as opiniões (não, conclusões) sejam vistas em seu *contexto*, e não, de forma isolada, no *lugar do texto* a elas tradicionalmente reservado, ao final do trabalho.

Feitas as considerações, passo ao argumento, que a meu ver, conta o sentido deste trabalho, fazendo minhas as palavras de Umberto Eco:

*Se alguma vez houve livro fiel ao seu próprio título, esse é o caso de **Obra Aberta**. Desde 1958, quando redigi o primeiro ensaio, nunca mais parei de reescrevê-lo. A edição francesa não é como a italiana, a espanhola é diferente da francesa, as várias traduções em andamento (alemã, romena, holandesa, tchecoslovaca) diferem todas entre si e a segunda edição italiana, sobre a qual foi feita a presente, é diferente de todas. E, na verdade, mesmo a edição brasileira não é exatamente igual à italiana. Poderíamos dizer que, confiando imodestamente na sobrevivência de meus escritos, diverti-me em oferecer aos estudiosos do futuro farto material de pesquisa filológica (colações,*

edições críticas, quebra-cabeças para teses universitárias): mas se continuo a reescrever este livro é justamente porque não pretendo que ele sobreviva. Ele foi e permanece a tentativa de explicar algo que vem acontecendo sob nossos olhos, e muda continuamente: quando não muda o objeto da indagação, mudam os métodos para interpretá-lo. Se este livro que não deverá sobreviver para dar lições aos pósteros, pode no entanto servir de lição a alguém, deverá então ensinar que vivemos em um período de evolução acelerada: e a única palavra que a cultura deve proferir para poder defini-lo será uma palavra de recusa das definições estáveis e catedráticas. Enquanto escrevo, os estudantes de meu país estão colocando em crise, definitivamente as estruturas de um poder cultural professoral, dogmático, administrador de verdades incontrovertíveis, e estão substituindo a lição pela discussão. Assim, no discurso que neste livro dirijo a mim mesmo, resolvi, faz tempo, jamais acreditar no que dissera na vez anterior. (...)

Se devêssemos sintetizar o objeto das presentes pesquisas, valer-nos-íamos de uma noção já adotada por muitas estéticas contemporâneas: a obra de arte é uma mensagem fundamentalmente ambígua, uma pluralidade de significados que convivem em um só significante.¹

¹ ECO, Umberto. **Obra Aberta**, 2ª ed. S. Paulo: Editora Perspectiva, 1991. p. 15-16 e 22.

Parte um

I INTRODUÇÃO

1. DO REAL IMAGINÁRIO AO REAL CONCRETO

A angústia da contradição e os falsos dilemas

Do direito que *deve ser* ao direito que *é*

É do direito que vive na sociedade que pretendo falar; não daquele que repousa nos conceitos. E não é difícil compreender que o direito consiste em uma atividade de construção sobre situações de uma dinâmica social e não em um projeto consubstanciado no que se chama de regra jurídica.

É verdade que inexistente crime e pena sem lei, e a lei é um projeto de direito. Tal ilação conduz a uma visão reducionista do direito como estrutura e, bem assim, à busca incessante das estruturas jurídicas do crime e da pena.

No entanto, são as condutas humanas que condicionam a norma, o que leva a concluir que o delito e a pena, enquanto instituições jurídicas não possuem nenhuma estrutura. A sociedade, por meio dos seus órgãos, produz as leis, que determinam as estruturas, porém, sob a óptica do real concreto, as coisas são bem mais complexas, uma vez que não existe apenas o legislador formal, mas, também, outras fontes do direito, que com ele travam uma espécie de embate pela produção do direito. A isso se chama de historicidade do direito.

Os fatos e os valores provocam, pois, uma espécie de vácuo no senso comum teórico dos juristas, à medida que interferem na concepção do direito penal como pura norma e na idéia de uma dogmática penal como simples teoria.

Esse descaso metodológico quanto às categorias teóricas que realmente formam o complexo do direito, consubstanciadas na lei, na ideologia, no intérprete, na ação, na vontade e na liberdade, pode assim levar ao desprezo de outras categorias que trabalham o inconsciente do jurista, quais sejam a forma e o conteúdo, a retórica e a dialética, o poder e a dominação.

A dogmática penal está, sem dúvida, fundada em premissas ontológicas, que nem podem ser predicadas de verdadeiras ou falsas, justamente porque tal visão assenta-se na idéia de que a essência precede à existência. Penso que não é bem assim que acontece no complexo social.

A existência do direito como fato histórico precede, certamente, qualquer perquirição sobre sua essência. Por outro lado, é possível, então, compreender que os conceitos puros devem dar lugar aos fatos concretos; e isso, porque simplesmente a vida é assim. E o direito é, sobretudo, uma forma de expressão da vida.

Para entender o direito não se pode prescindir de um certo rigor metodológico, afastado, é mister lembrar, dos paradigmas que a epistemologia conservadora construiu. Por isso, ao longo de toda a sedimentação do senso comum teórico dos juristas, disse-se e se repetiu, sem cessar, que o direito é a razão humana, ou que é a razão divina, ou, ainda, que é a lei, a doutrina, os costumes e a jurisprudência.

O que se nota é que todos os paradigmas levam inexoravelmente a um real imaginário, que se consubstancia na idéia de que o direito é mesmo um conceito,

nada mais. Daí, toda a realidade vem em sua cauda, como se fosse construída pelas puras idéias.

O direito não é nada disso. Não é o interior do jurista. É tudo o que acontece fora da sua mente, antes mesmo de qualquer juízo se formar. O direito não é o abstrato da *ratio*, mas o real concreto, a dimensão histórica do homem. Ou, se quisermos, simplesmente, a vida enquanto existência em relação.

A sociedade, enquanto *existir humano em relação*, é a realidade sobre a qual se formam os conceitos. Portanto, há que se romper com o tabu epistemológico de que o direito está no dever-ser. Os juristas pertencem ao mundo do ser, e é nele que reside a sua história, como de resto, a de todos os homens.

Pelo que já se percebe, pretendo ver o direito como é e não como deveria ser. E, por essa óptica, não é possível partir de nenhuma premissa ontológica, desde que o real, enquanto existência, precede qualquer essência.

Não quero, nem pretendo, porque não posso, definir o direito. Aliás, ninguém, em boa consciência, pode dizer do direito, mais do que recebeu como idéias preliminares, mais do que absorveu como produto da manipulação pedagógico-ideológica.

Sobretudo, se não pretendo defini-lo, devo, ao menos, localizá-lo. E aí reside o maior dilema. Se o localizo na história concreta do social, não estou a defini-lo, mas apenas a demonstrar que as normas que o homem cria e ordena pelo sistema, são apenas a expressão das condutas em relação.

Devo dizer, pois: o direito não existe. O que existe é a conduta em interferência intersubjetiva. O homem cria o direito para ordenar as condutas. Mas ele não

está a existir apenas porque foi criado como conceito. Não se dá vida a sinais, o que se lhes dá é sentido.

Nesse passo, o que se quer rejeitar são as abstrações como condicionantes do pensar do jurista, e, mais, como critérios a ensejar a edificação de sistemas que pretendem ser a expressão do real concreto.

Para simplificar o raciocínio, basta ver que não existe lei nenhuma que tenha vida própria no mundo social. Ela tem vida, sim, mas no mundo do direito, que é, substancialmente, um universo de normas, só. Na sociedade, a lei necessita do jurista, que ao interpretá-la está carregado de fatores de ordem subjetiva e objetiva, tais como a vontade, o desejo, o arbítrio, o juízo de valor, a ideologia.

Não é, pois, de questionar, ao menos, se esses fatores são precedentes à própria lei? Penso que não se pode entender que a lei vague pelo social como produto da razão universal, ou como subproduto de valores que ensejaram princípios a vincularem toda uma ordem jurídica.

Parece muito evidente que os conceitos jurídicos são expressões, e como tais, símbolos, de uma realidade subjacente. Ocorre que essa realidade é intrinsecamente dialética, de modo que os fatos normativos são sempre contraditórios.

O movimento é a principal característica do processo social e, como tal, constitui um devir que nem sempre é representado pelo ordenamento racional-conceitual.

Preocupa, e muito, o fato de que os juristas não tomem consciência dessa inversão que o mundo real apresenta em contraposição à ordem conceitual que criam.

Com efeito, é a sociedade que legisla, e, quando o faz, imprime ideologicamente no sistema de normas que constituem o Estado juridicizado, todos os valores que, em dado momento histórico, a expressam. E, se assim é, o direito não existe como fato social, mas apenas como conceitos sobre fatos. Os fatos são expressões de valores, cujo sentido é a conduta humana.

Daí exsurge um grande problema: no direito tudo é interpretação e não existe forma de interpretação sem que implique um ato de legislar. A decisão é o momento culminante da concretude do direito, vale dizer, da norma vista em dialeticidade.

O problema a que aludi está justamente no fato de que existem divergências interpretativas, inclusive em matéria penal, o que leva à conclusão da possibilidade de decisões contra a lei. Tal fato, sobre causar arrepio à dogmática tradicional, é uma realidade da qual nem mesmo os mais conservadores podem fugir.

É necessário que se leve em conta, nesse caso, o papel das chamadas fontes do direito, procurando sair da classificação tradicional, e aceitando, ainda que sob veementes protestos de muitos, que a ideologia e o sujeito (configuração do intérprete em relação à norma) também são fatores que conduzem à produção do próprio direito.

Mas muito desta polêmica poderia ser facilmente absorvida se a chamada ciência jurídica aceitasse a mutabilidade dos fatos e dos valores da sociedade. É muito evidente que a lei, como conceito, nunca poderá acompanhar a velocidade da história. O intérprete, contudo, pode, porque está na história. Porém, em assim sendo, não se pode admitir que o ato de interpretar deixe de ser ao mesmo tempo ato de construir. Ninguém consegue apenas descrever. Quando se descreve diz-se do ob-

jeto aquilo que se é, ou, o que seria a mesma coisa, imprimem-se nele os valores que compõem a subjetividade, como reflexo da ideologia social. Não há, portanto, objetividade no ato de interpretação.

Em verdade, todas essas questões exsurtem da existência de inevitáveis antinomias, que acabam por revelar uma face de contradição teórica, a constituir falsos dilemas que obstaculizam a compreensão da ciência do direito. A sua própria formulação teórica gira em torno dos seguintes dualismos: individualidade e universalidade; voluntarismo e objetividade; intelectualismo e intuição; estabilidade e mudança; positivismo e idealismo, entre outros.

Uma breve análise dos dualismos da teoria jurídica poderá tornar ainda mais clara a questão da polêmica. Friedman os expõe de forma magistral em sua *Legal Theory*, abordagem que de certa forma tomo como base, para estabelecer o contorno do que passo a chamar de *angústia da contradição* do pensamento jurídico.

Vejamos, pois:

a) individualidade e universalidade:

A teoria do direito reflete a controvérsia filosófica fundamental que consiste em determinar se a universalidade é uma criação do intelecto do sujeito, ou se o sujeito é uma parcela da ordem universal das coisas. Sabe-se que as teorias jusnaturalistas, de um modo geral, estabelecem uma ordem de coisas objetivas a condi-

onar ao indivíduo. Os primeiros a descobrirem uma ordem de coisas exterior ao indivíduo foram os gregos antigos, mas essa perspectiva apareceu também no direito natural escolástico e na chamada escola clássica do direito natural (racionalismo).

O predomínio intelectual do sujeito sobre o mundo só vai aparecer mesmo com Descartes (*Cogito, ergo sum*) e se desenvolve no pensamento kantiano, que colocou o indivíduo como criador do mundo inteligível dos fenômenos. Também o pensamento de Fichte aditou essa perspectiva, ao considerar que a apreensão da realidade é resultado da consciência do indivíduo. Apenas com Hegel é que surge o caminho para a supremacia da vontade, quando prega a projeção do indivíduo no universo.

b) Voluntarismo e objetividade:

A questão que aqui se põe é exatamente esta: a de saber se a vontade governa o conhecimento, ou o conhecimento comanda a vontade. E, conseqüentemente, esse dilema é determinante do seguinte que trata de estabelecer se os valores objetivos são possíveis ou se a vontade cria ela mesma suas próprias atribuições de valor.

Ambas as premissas representam extremos que aparecem em Tomás de Aquino e Nietzsche. Para Aquino, a vontade é necessariamente determinada pelo conhecimento do bem. Para Nietzsche, todo e qualquer conhecimento é uma técnica a serviço de quem a possui.

É óbvio que entre os dois extremos, guardadas as proporções, ambos os filósofos preocupam-se com o mesmo problema. Para a filosofia do direito, principal-

mente entre os neokantianos, a tentativa é de estabelecer uma ciência do direito sem nenhuma contaminação política. Assim é, por exemplo, em Kelsen, para quem toda ideologia jurídica é expressão da vontade subjetiva.

Mesmo em Kant, a questão aparece já cristalinamente definida, pois para ele o domínio da vontade é a razão prática, e o do conhecimento, a razão pura.

Hegel, contudo, tenta demonstrar que não existe tal dualismo. Porém, sua filosofia do direito estabelece, de fato, a supremacia da vontade do Estado.

De outro lado, o relativismo, tal como aparece em Jellinek e mais especificamente em Radbruch, reconhece o caráter subjetivo das ideologias jurídicas.

c) Intelectualismo e intuição:

O princípio que rege a polêmica está justamente na preferência do instinto sobre o intelecto, ou seja, a classificação interior das coisas à sua classificação intelectual.

Mais fácil fica de compreender a questão se analisarmos a antítese de Schopenhauer entre "vontade" e "percepção", a fenomenologia de Scheler e o vitalismo de Bergson, Klages.

Na teoria do direito o problema aparece de forma mais ou menos cíclica. Primeiro na criação de um direito carismático das comunidades primitivas que surgia da intuição. O rei-filósofo de Platão conhecia e aplicava a justiça porque o equilíbrio e a harmonia de sua personalidade lhe davam essa virtude.

A sistematização do direito vai, no entanto, trazer, como se demonstrará neste trabalho, uma atitude mais racional, prevalecendo o intelectualismo. Já a es-

cola do direito livre, no início do século XIX vai deixar de lado a interpretação puramente analítica e lógica dos códigos e das leis, invocando uma total liberdade de apreciação do juiz, seus sentimentos acerca do bem e do mal, para guiá-lo até a justiça. O russo Petrazhitzky opõe um direito "intuitivo" variável e subjetivo a um direito "positivo" e objetivo, intelectualmente verificável. Já Del Vecchio estabelece uma teoria segundo a qual um sentimento jurídico do bem é capaz de influenciar precisamente o conhecimento da verdade.

Porém, na teoria do direito, a aplicação mais profunda da discussão filosófica entre "instinto" e "razão" encontra-se em Gény. Discípulo de Bergson, atribui os princípios da razão como "dados" do direito. Esses dados são objeto de percepção intelectual, de maneira que a ação jurídica se faz segundo as necessidades da vida, graças a uma intuição criativa imbuída de técnica jurídica.

No entanto, reside nas correntes fenomenológicas a tentativa mais contundente de suplantar a antinomia existente entre o intelecto e o instinto. De maneira geral elas partem do pressuposto que a intuição e a intelecção estão ligadas em uma espécie de "apreensão" imediata do objeto. Os principais representantes desse movimento são Husserl, Scheler e Hartmann.

d) Estabilidade e mudança:

O senso comum dos juristas tem como inquestionável que o direito deve ser estável, mas, por outro lado, não pode ficar imóvel em relação à sociedade. Daí vai que todo o pensamento contemporâneo tem sido mesmo uma luta no sentido de

conciliar as exigências opostas de estabilidade e mudança, tal como expõe Roscoe Pound em *Interpretation of Legal History*.

Pound, inclusive, chega a refletir muito bem, a partir disso, uma outra contradição que gera perpétua e incessante tensão entre o direito e a vida, ao mencionar que a teoria do direito reflete, em si mesma, a luta entre a tradição e o progresso, entre a estabilidade e a mudança, entre a certeza e a suposição.

Apenas como curiosidade, mas também como prova de que a tensão entre o direito e a vida é um problema que transcende a óptica dos juristas, é de se recordar que em "Fausto", Goethe, fala do mesmo problema, ainda em termos muito mais contundentes².

Kelsen, de outro lado, procurou suprimir todas as teorias do direito natural, pretendendo, com isso, reforçar a autoridade do direito posto (e existente, então) e de, assim, suprimir as mudanças.

Max Weber, ao contrário, ressalta o aspecto revolucionário de certas ideologias do direito natural. Na verdade, os jusnaturalismos serviram sempre muito mais como reação, do que como revolução, daí porque discordo de Weber nesse sentido, pois o que mostra como revolucionário, de fato, nada mais é do que o papel que a crítica faz. E a crítica não faz revolução, pelo contrário, reforça o sistema que ataca.

² GOETHE. *Faust – Teil I Dialog*. in FRIEDMANN, W. *Théorie Générale du Droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1965. p. 35:

Es erben sich Gesetz und Rechte
Wie eine ewigw Krankheit fort
Sie schleppen von Geschlecht sich zu Geschlechte
Und ruecken sacht von Ort zu Ort.
Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage,
Weh' dir dass du ein Enkel bist,
Vom Rechte das mit uns geboren ist,
Von dem ist leider nie die Frage

A teoria do direito natural escolástica aparece, talvez, como a mais completa tentativa de estabelecer a ordem das coisas que estão no mundo de acordo com a ordem divina, impulsionadas pela concretude do direito natural. Os filósofos escolásticos modernos, como Le Fur e Cathrein, partem dos mesmos fundamentos para combater a revolução socialista.

Já de uma perspectiva bem diferente, mas atingindo os mesmos fins, a escola histórica do direito, principalmente com Savigny, opõe-se à mudança do direito. Para ele, a tarefa do jurista e do legislador está em prover e formular os usos jurídicos existentes, enquanto a tarefa do direito é, essencialmente, de estabelecer uma ordem e não de ser um agente do progresso.

O positivismo analítico, dada a importância que dá à lógica e à lei escrita, tende a considerar a estabilidade e a certeza como os objetos mais importantes, imprescindíveis mesmo, para a interpretação jurídica.

Do lado oposto, todas as teorias utilitaristas e sociológicas tendem a insistir em um conteúdo mutável do direito, dado que se fundamentam substancialmente no contexto social e na finalidade e função das necessidades vitais. Assim, o direito muda de acordo com as circunstâncias sociais. Daí a razão pela qual, em sua época, Bentham foi considerado um reformador do direito.

A "engenharia social" de Roscoe Pound³ mostra bem o espírito de mudança que se imprime ao direito, no sentido de que a lei posta deve criar um certo (justo)

³ POUND, Roscoe. **Law and Morals**. 2a. ed., 1926.

equilíbrio entre os interesses e os ideais sociais que prevalecem em determinado momento histórico.

Naturalmente, na *common law* a medida da construção social do direito está propriamente no espírito do tribunal que interpreta as disposições fundamentais da Constituição. Tecnicamente, uma constituição escrita está mais propensa a estabelecer o direito, ainda que existam mecanismos que facilitem as mudanças. Por óbvio que a técnica está subordinada ao pensamento que a maneja.

e) Positivismo e idealismo:

As teorias jurídicas sustentam outro dualismo oriundo do pensamento filosófico que gira em torno do positivismo e da metafísica.

As teorias idealistas do direito extraem os primeiros princípios sobre o homem, como um ser ético e racional. As teorias positivistas do direito o consideram como inexoravelmente determinado pela própria natureza do objeto que regulamenta.

Da teoria do direito podemos extrair duas espécies fundamentais de positivismo, quais sejam o "analítico" ou "funcional" e o "pragmático".

O positivismo analítico considera as normas jurídicas como fundamentais – da forma como o legislador as põe no ordenamento –, ou seja, como "dados" e concentram-se sobre a análise dos conceitos e das relações jurídicas, a partir de um paradigma que estabelece o "ser" e o "dever-ser". O positivismo pragmático considera que os fatos sociais são fatores determinantes dos conceitos jurídicos. Embora o pragmatismo não possa ser reduzido ao marxismo, é de se dizer que o marxismo

de maneira geral é uma forma de pragmatismo que vê o direito como uma "super-estrutura" determinada por um substrato econômico, ou seja, a posse dos meios de produção.

É bom observar, contudo, que algumas teorias ditas materialistas, na verdade, são idealistas, ou seja, aquelas mais propriamente que deduzem as regras jurídicas de princípios *a priori*. Nesse sentido, Duguit, que se professava materialista e empirista, na realidade foi um idealista, tendo em conta ter partido de uma filosofia apriorística. O seu conceito de "solidariedade social" é um *a priori*, em verdade uma espécie de direito natural. Nesse passo, também Spencer, que, com seu positivismo biológico, aplicou mesmo na sua teoria princípios metafísicos, baseados na crença da evolução do homem por meio de uma grande liberdade, graças à organização industrial.⁴

Pelo visto, a polêmica não tem fim. Jamais terminará a luta entre o concreto e o abstrato, entre os fatos positivos e a ação do poder.

Pois bem, as bases do meu trabalho estão lançadas. Sem a pretensão de acabamento, tentando resistir, o quanto posso, a conclusões definitivas, proponho um diálogo entre a filosofia e o direito penal. Nada mais.

A pontuação do diálogo é indefinida, à medida que seus argumentos subjazem à problemática do discurso da ciência criminal. Parte da filosofia, mas é sempre recorrente, por isso pretende ser diálogo.

⁴ FRIEDMANN, W. *Théorie Générale du Droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1965. p. 31 e segs.

As assertivas lançadas como a base desta tese são, na verdade, o resultado da reflexão filosófica do autor, que denotam sua angústia em face do direito e a vida, e, à vida do direito.

A linha temática não é aleatória, à medida que pretende passar do *problema* ao *dilema*, perquirindo-se, desta forma, o *problema* pelo que se julga serem seus condicionantes e o *dilema*, como decorrência natural do *problema* que engendra a formação, a estrutura, a operacionalidade e a expressão do discurso da ciência jurídica em geral e do direito penal, em especial.

Daí que a presente tese passa do estudo do Sistema e da Hermenêutica ao que se denomina crise do direito penal, analisa seus sintomas, pontua o diálogo da filosofia com o direito em crise, e retoma o discurso da filosofia para falar do direito penal, apontando algumas faces do dilema. A fluência do diálogo está, justamente, na tentativa intermitente de se não partir nem da filosofia, nem do direito, isoladamente.

Não se pretendeu, nem no plano do problema, nem no plano do dilema, a exaustão temática. O que se desejou foi revelar a angústia do direito em face da impotência dos seus meios, a ilusão da filosofia em face da sacralização dos seus argumentos e, por fim, apontar, ainda que não completamente, o que é possível para o direito (e para o direito penal) em face dos conflitos da vida, e o que é possível para a filosofia, em face da angústia da vida, em um diálogo que, identificando o problema, constata o dilema, sem resvalar para a saída sempre tentadora das fórmulas idealistas.

Parte dois

A IDÉIA DE SISTEMA NO DIREITO

1. EVOLUÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO

1.1 Antecedentes históricos

Para melhor compreender o tema, convém traçar um breve esboço sobre os antecedentes históricos da concepção sistemática do direito até o século XVII.

É ponto pacífico entre os estudiosos o fato de que somente a partir do século XVII a ciência do direito incorporou, sobretudo pela influência do chamado jusnaturalismo racionalista, o conceito de sistema, que há muito já havia sido utilizado em outros campos do conhecimento. Também é bastante aceita hoje a noção de que o sistema é, a grosso modo, uma totalidade cujas partes se relacionam de maneira hierarquicamente ordenada, segundo certas normas lógicas e com uma certa frequência. No entanto, o que não nos parece suficientemente explorado são as seguintes questões, a saber:

1. Será que antes do jusnaturalismo racionalista do século XVII já se concebia teoricamente o direito como um todo, em que as categorias abstratas aqui contidas se relacionassem logicamente entre si, obedecidos os limites da totalidade dessa concepção teórica?
2. Será que nesse mesmo período houve tentativas de interpretação de um método sistemático do direito?

3. Qual foi, se é que existiu, a influência do direito natural na formação dessas concepções teóricas?

Assim sendo, respeitados os limites deste trabalho, procuraremos abordar essas três questões, fixando-nos sobretudo na análise das mesmas em dois momentos históricos, ou seja, o Império Romano, por volta dos séculos I antes e depois de Cristo, e a Europa Cristã, mais precisamente a Europa dominada pela influência papal por volta do século XI. Em um e outro caso, resta lembrar ainda que as concepções teóricas e os métodos de atuação dos indivíduos diante da realidade variam segundo a organização social e não podem ser estudados separadamente delas, sob pena de se tornarem incompreensíveis em sua análise.

No caso de Roma, à época de Augusto, o Império havia atingido um extraordinário desenvolvimento econômico que se refletia nitidamente na complexidade da estrutura social do mundo romano. Criara-se, talvez até mesmo anteriormente a essa época, a necessidade de se buscar uma sistematização do comportamento daqueles que operavam com o direito. Existia no Império, aglutinando povos e interesses tão diversos, uma organização do poder político que carreava para Roma a competência da solução de todos os problemas jurídicos. A essa altura, as antigas formas processuais começaram a se mostrar insuficientes para solucionar tais problemas. A universalização do Império Romano refletia-se, gradativamente, na maneira de pensar a realidade jurídica (dos romanos). As guerras de conquista, o comércio, as relações entre os povos foram pouco a pouco vencendo o isolamento em que viviam as nações da Europa e o próximo Oriente, obrigando os romanos, com seu senso prático,

a criar saídas utilitárias para que o seu direito se tornasse aplicável a todas as questões, sob pena de que o império viesse a esfacelar-se pela inoperância e incapacidade de seus jurisconsultos. A esse respeito escreve Ernest Bloch “ O ponto através do qual o estoicismo penetra no direito romano não foi, indubitavelmente, nem o interesse filantrópico nem tampouco o interesse especulativo. As causas dessa penetração temos que buscá-las muito mais no esnobismo das classes altas romanas e também, sobretudo, na necessidade de dotar o direito pretoriano de uma formulação lógica e reduzi-lo a um sistema de conjunto que garantisse sua unidade”⁵. Observe-se que mesmo no direito romano já existia uma necessidade de sistematização, embora os romanistas não concordem. É interessante notar os esclarecimentos de Bloch:

“Toda essa formulação definitiva não tem, em princípio, nada a ver com o direito natural, herdando dele apenas a lógica grega, especialmente a lógica formal, elaborada pela primeira vez pelos estóicos. Uma aparência de direito natural só se faz necessária à medida que se estende cada vez mais o território do Império. Para que o direito pretoriano possuísse validade como *Jus Gentium*. O *Jus Gentium*, muito distinto do posterior Direito Internacional no sentido atribuído por Grócio, não se constitui desde logo em suas ramificações a partir do direito natural, mas foi muito mais o produto de um tráfico econômico-político que transpôs as fronteiras do direito local”.⁶

⁵ BLOCH, Ernest. *Derecho Natural y Dignidad Humana*. Madrid: Aguilar S. A. Ediciones, 1980. p. 21 e 22

⁶ _____. ____

Mais adiante, o mesmo autor faz notar que o direito da cidade de Roma e dos estrangeiros tinha que unir-se com outro direito – o Direito Comum. Para ele, oferecia-se como ajuda ideológica ao direito natural estóico – junto ao *utilitas* aparece o conceito estóico de *lex universalis*. Desse modo, parece-nos que a organização econômica, política e social do Império procurou uma forma correspondente no âmbito do direito. Se tal equivalência foi levada a cabo não se pode precisar; e mais discutível ainda, é a existência de uma sistematização no direito romano ou no modo de atuação do jurista romano, no sentido moderno dessa palavra.

Para Michel Villey,⁷ o *Corpus Juris Civilis* é muito diferente dos tratados do direito natural e códigos do fim do século XVII. Ele é feito de textos muito diversos nos quais as soluções estão longe de ser necessariamente convergentes. Os romanistas modernos se enganam atribuindo a Triboniano a responsabilidade dessa desordem. Tomemos esses textos tal qual eles se apresentam, isto é, freqüentemente contraditórios. Eles não possuem uma validade absoluta, mas cada um possui um grau maior ou menor de autoridade. Não existem fatos dos quais nós possamos deduzir automaticamente a sentença. Eles destinam-se somente a servir de *topoi*. *Topoi*, segundo ele, seriam trampolins para a argumentação na controvérsia dialética que renasce sem cessar. Villey também entende que o direito não é um sistema lógico, nem em sentido estrito, racional. O direito romano limitou-se a ser passavelmente razoável. Por razoável é preciso compreender aquilo que pode ser atingido pela ra-

⁷ VILLEY, Michel. *in*, *Les Archives de la Philosophie du Droit* n°6 – *La réforme des études de droit – Le droit naturel*. Paris: Sirey, 1961.

ção. E essa razão, que existe no seio da natureza das coisas, nós a conhecemos apenas parcialmente.

Como contra-argumento a essa idéia poderíamos dizer que o jurista romano possuía um método de atuação que, certamente, pressupunha uma certa hierarquia de princípios e estava delimitado por fundamentos lógicos. A longa tradição de que o direito romano constituía um *Corpus*, no sentido filosófico da palavra, nos foi passada por intermédio da escola histórica do direito, mas tal interpretação nos parece exagerada.

Por outro lado, como já afirmamos anteriormente, é indubitável que os jurisconsultos romanos, a par da intuição e do senso jurídico, foram elaborando passo a passo métodos sistemáticos operacionais. Nesse mesmo sentido, Michel Villey observa que o que se interroga aqui não é a lógica, tomada em sentido estrito, nem o método do jurista; mas a racionalidade do corpo do direito no seu todo. Se existe uma ordem global na ciência jurídica romana, ela não foi extraída dos esquemas matemáticos euclidianos, nem no modelo da técnica, nem das teorias axiomatizáveis. O *Digesto* e as *Institutas* não estão ligados por uma rede de raciocínios lineares, seja de dedução do princípio à regra, seja de proposições funcionais. A ciência jurídica dos romanos se esforça em prender-se no dado natural da cidade romana das totalidades, onde cada peça, pessoas, coisas, ações, cidadãos, escravo, propriedade, usufruto, ação civil e pretoriana, é vista na sua relação com os outros

Temos consciência que, tão amplo tema aqui é abordado de maneira sucinta, mas esse tópico do trabalho destina-se tão-somente a colocar certas questões sobre

a existência ou não de uma criação sistemática teórica, visando a interpretação e a aplicação do direito no Império Romano por volta dos séculos I antes de Cristo e depois de Cristo.

Isto posto, vamos verificar que, anteriormente ao século XVII, procurou-se no Ocidente organizar a totalidade do saber jurídico-teórico, em um sistema tal como entendemos nos dias de hoje. Na análise dessa questão, para procedermos com absoluto rigor científico, deveríamos antes de mais nada examinar a obra de Aristóteles, que é unanimemente apontada pelos autores como a precursora da organização sistemática da teoria jurídica. No entanto, por não dispormos de obras evidenciais suficientemente esclarecedoras e de autores, sobretudo pela limitação natural deste estudo, não abordaremos a concepção aristotélica do direito, mas de certa forma a comentaremos, de maneira indireta, ao cuidarmos da obra teórica de Santo Tomás de Aquino.

Para examinarmos essa segunda questão decidimos testar a obra de Santo Tomás de Aquino para verificarmos ao final se ela foi alcançada, ou ao menos tentada, como criação de um corpo teórico, sistemático, do saber. A escolha de Tomás de Aquino não foi aleatória, mas consciente de que sua doutrina consiste na síntese de toda metodologia da Igreja Católica, enquanto instituição dominante na Europa medieval por volta do século X, à luz da concepção aristotélica do direito.

Por outro lado, não poderíamos deixar de mencionar que antes de Santo Tomás e da escolástica, há muito vinha se desenvolvendo entre os pensadores da Igreja uma concepção do saber teórico-jurídico, cujo núcleo se encontrava na tenta-

tiva de manutenção e justificação da supremacia do poder papal sobre a sociedade laica de toda a Europa medieval.

O início dessa elaboração deu-se a partir do concílio de Nicéia em 325 d.C., quando a Igreja deixou de ser um agrupamento de caráter religioso para se configurar também como uma instituição de caráter político e econômico. A transformação na instituição levou, inevitavelmente, à transformação da concepção jurídica dos ideólogos dessa mesma instituição. No plano do Direito Canônico, as bulas papais e a formulação de documentos que reforçavam a autoridade do bispo de Roma eram sinais evidentes da mudança ocorrida no seio de uma doutrina religiosa que, nos seus primórdios, pouco se preocupava com problemas jurídicos concretos, pregando sobretudo a existência de um reino que não era desse mundo.

A transformação da doutrina católica cristã se esboça já na concepção de Santo Agostinho, na patrística, revelando-se na perseguição do ideal católico de organização político-social expresso, mormente, na utopia da *Civitas Dei*.

Assim, entende Ernest Boch: "Agora a Igreja, ela mesma, havia se convertido em um poder organizado e, se disputava com o imperador era apenas acerca da participação na exploração e na dominação, e não sobre o direito à exploração e à dominação".⁸

Deste direito já se havia apropriado, por si, o alto clero, e não podia, por isso, ser criticado em princípio. O que vale dizer, nem o decálogo, e muito menos o mandamento do amor ao cristianismo primitivo, podiam ser aceitos sem reservas ou con-

⁸ BLOCH, Ernest. **Derecho Natural y Dignidad Humana**. Madrid: Aguilar S. A. Ediciones, 1980. p.27.

dições pela Igreja. Longos caminhos mentais foram necessários para chegar aqui e, precisamente aqui, a formulação de direito natural que merecesse tal nome que fosse, apesar disso, elástico.

Os padres da igreja realizaram o trabalho prévio, enquanto Santo Tomás codificou de maneira mais acabada a forma do direito natural. Manteve-se a correlação estabelecida pelo estoicismo entre *lex naturae* e *lex divinae* e se conservou assim mesmo a equiparação estabelecida por Lactâncio entre *lex naturae* e Decálogo. Mas, em que pese toda essa criação formal, essa mediação escalonada de hierarquia arquetônica, Santo Tomás de Aquino não concebia o direito como um *Corpus*, pois sua vertente teórica era grego-aristotélica. Para ele, direito era o justo, a partir da análise da natureza das coisas.

Santo Tomás estabelece nuances a essa noção, utilizando o método indutivo aristotélico, surgindo daí um direito natural primário, com base na realidade do direito natural secundário, fundado na concepção ideológica abstrata. Se houve em Santo Tomás uma concepção sistemática, esta poderia ser de certa forma reduzida nessa relação hierarquizada, nessa gradação de consonância entre a norma positiva e a norma de direito natural.

Sem dúvida, o edifício conceitual de Santo Tomás representou um antecedente histórico dos mais importantes para a inclusão do conceito de sistema na Jurisprudência. O desejo de dotar a Igreja de um instrumento teórico, capaz de justificar ideologicamente a supremacia do direito canônico sobre o direito laico, resultou na brilhante universalidade dos temas abordados pela *Summa Theologica*. Esse grau de refinamento e de abstração existente na obra de Santo Tomás é evidenciado por

Ernest Bloch, ao demonstrar que não sustentou Santo Tomás desde logo uma contraposição formal entre o evangelho e o direito natural, nem tampouco entre o evangelho e o direito natural relativo do Decálogo. É que este dualismo sem mediação dificilmente teria sido combatível com a supremacia da Igreja sobre a ordem terrena. Toda supremacia exige um traço de união, por isso o Decálogo foi sempre referido como germe e semente do evangelho. Dessa forma é que Santo Tomás iria levá-lo à perfeição na forma de mediação escalonada, hierarquia arquitetônica. Desse modo, é uno o mesmo *logus* que governa o mundo e o que se manifesta no modo próprio dos fenômenos e as esferas (*qui operatur in unoquoque secundum eius proprietatem*).

Lex divinae e lex naturae não são idênticas como no estoicismo e sua teologia imanente, senão encontram-se mais separadas, como o transcendental e o terreno, porém, o além se encontra em mediação com o terreno, também na esfera jurídica, por uma série de transições harmonicamente escalonadas.

Concluindo essa primeira parte, histórica, poderíamos nos questionar se houve ou não uma sistematização ou pelo menos uma tentativa de sistematização do saber jurídico-teórico em Roma. No entanto, o que parece ficar evidente é que Santo Tomás de Aquino se não conseguiu, ao menos ensaiou a criação de um sistema procurando dar legitimação social a uma ordem religiosa, quando essa já ameaçava entrar em declínio com a laicização da sociedade, o que irá culminar com a formação do Estado burguês moderno.

A partir daí, a nova ordem social que se instaurava abandona a cada passo os fundamentos teológicos utilizados pela Igreja e exacerba a vontade e a razão como postulados absolutos. Até 1300, Duns Scotus ensinou que o bem só é bem porque

Deus assim o quis e mandou, mas Deus poderia ter mandado também o decálogo, o assassinato, o roubo, o adultério, então seria pecado o não matar, o não roubar, o não cometer adultério, e assim por diante. Em suma, o bem não é nenhuma idéia pré-ordenada de acordo com a vontade absoluta.⁹

Distante dessa concepção, na qual a vontade de Deus é absoluta, encontramos a vontade do homem, nos primeiros trabalhos dos pensadores que, na esteira de Hobbes, pregam o contrato social. É, porém, com Althusius e Grócio e, mais tarde, com os iluministas e ainda com Spinoza, Puffendorf, Christian Wolf, que serão formulados sistemas lógicos que seriam na verdade o espelho da razão.

⁹ BLOCH, Ernest. **Derecho Natural y Dignidad Humana**. Madrid: Aguilar S.A. Ediciones, 1980, p.29 e seg.

2. SISTEMA

2.1. CONCEITO DE SISTEMA

Não obstante a longa tradição da palavra sistema no direito, e, embora na história do direito ela exista desde que existe o direito, é interessante observar que ela só foi introduzida na linguagem jurídica e na própria ciência por Christian Wolf, por volta do século XVI.

A palavra, de origem grega, significa *aquilo que é posto conjuntamente*, mas, embora se mencione essa origem, há que se ver que os gregos não tinham dela um uso escolar. Apareceu esporadicamente em Platão e Aristóteles e entre os estóicos, mas sem o sentido que veio tomar depois.

Assim é possível dizer que a teoria da música assimilou a palavra no século XVI, passando diretamente, quase de forma imediata para a teologia, daí falar-se em *Summa Theologica*. Mas o direito só a assimilou em linguagem e em sentido atual no século XVII, por meio da escola clássica do direito natural. A palavra aparece de forma constante em nossa teoria do direito.

Assim, por exemplo, Clóvis Beviláqua a utiliza para definir a por ele chamada Ciência Geral do Direito, visão sistematizada de todos os fenômenos da vida jurídica e da determinação das suas causas.

Na Hermenêutica, a interpretação sistemática também é uma inegável referência ao termo e à sua constância. A noção de processo está muito ligada à noção

de sistema e o próprio direito penal, enquanto dogmática, busca uma elucidação sistemática de normas. Nesse sentido, a dogmática do direito penal tem por objetivo as normas do dever-ser.

Como se pode ver, a palavra, como seu uso, a noção que ganha importância freqüente merece um estudo particular. No jusnaturalismo já havia, pois, um conceito de sistema, baseado na adoção de um conjunto de elementos ligados entre si pelas regras da dedução. Assim falava-se juridicamente de sistema das ordens da razão ou sistema das normas racionais, entendendo com isso a unidade das normas a partir de princípios dos quais elas eram deduzidas. Interpretar o direito significava inserir a norma em questão na totalidade do sistema.

A ligação entre o conceito de sistema e o de totalidade colocou, contudo, a questão geral do sentido da unidade do todo. Aparecem os modelos mecânico e orgânico. No modelo mecânico, a unidade era dada pela integração das partes segundo o princípio de não-contradição e de fidelidade. No modelo orgânico, a unidade era um *plus* em relação às partes, algo que não se reduzia à simples soma das partes, mas garantia a unidade de seu sentido.

Para compreender a noção de sistema não é contudo suficiente buscar as suas origens, uma vez que o próprio sentido da palavra adquiriu uma evolução teórica muito grande, principalmente nos últimos anos. Quando falamos em sistema, pensamos imediatamente em conjunto, em ordem; pensamos portanto em *nexo* e em *método*.

Na doutrina jurídica, a palavra multiplica-se em confusões de ordem conceitual, nos dá a idéia de um todo ordenado, sem que no momento seja necessário falar

sobre espécies e categorias de sistemas. Com isso é possível entender, e ao mesmo tempo questionar, o sentido dessa idéia de conjunto. Entender porque é perfeitamente explicável aquela tendência que todos têm em ver as coisas como estrutura, classificações, explicações lógicas. Questionar, porque em verdade confunde-se geralmente a realidade com a análise da realidade.

Dessa forma, a palavra sistema pode ser entendida preliminarmente como instrumento teórico para analisar um objeto (a sociedade, o direito, por exemplo). Assim, desfaz-se, a nosso ver, a primeira difusão contraditória do conceito, uma vez que, sendo instrumento, não é por consequência objeto e não se cindindo com o objeto, não se traduz com a idéia em si do objeto, mas como forma de representá-lo.

Assim podemos ver o direito como um sistema, mas não podemos dizer que o direito é um sistema. São coisas diferentes, portanto. Essa óptica do sistema que se pretende seja elucidada é contudo a forma tradicional de se explicar o uso da palavra.

O sentido teórico da expressão está de alguma forma ligado ao sentido teórico de sua expressão oposta, que é o de lacuna. Deixando-se de lado a discussão sobre a existência ou não de lacunas e supondo por hipótese teórica de trabalho que elas existem, podemos ter uma outra visão do sentido de sistema como um todo, já que necessariamente teremos de considerar as falhas desse conjunto.

Utilizando a explicação de Karl Engisch,¹⁰ lacuna é uma imperfeição insatisfatória dentro de um todo e no direito é uma imperfeição insatisfatória dentro da totalidade do direito. Veremos que, ao invés de nos preocupar com a noção de totalidade, podemos perfeitamente fazer o mesmo verificando as falhas dentro da totalidade; o contrário, portanto.

A totalidade em si não precisa ser delimitada para que se possa ter o seu sentido, basta que se tenha em mente que há algo como real delimitando, classificando, apresentando, retirando, a partir de recursos, os espaços temporais. Ao dizermos que a lacuna é uma imperfeição insatisfatória, somos obrigados a explicar no que consiste uma imperfeição insatisfatória. Inicialmente é válido dizer que a imperfeição é a negação da perfeição. Perfeição é aquilo que tem tudo que é necessário para compor o seu tipo ou, em outras palavras, perfeito é aquilo que tem tudo que lhe é próprio dentro de um limite. Conseqüentemente, imperfeição é a negação disso.

Engisch, contudo, entende que a mera existência de imperfeição no todo jurídico não é argumento suficiente para se afirmar que existem lacunas, algo mais deve decidir: a insatisfação. Disso deduz que nem toda imperfeição existente é insatisfatória. Como exemplo podemos tomar o Sistema de Arte, a *Obra Aberta* de Humberto Eco, que é um tipo de obra que não é acabada propositalmente para que aquele que a observa tenha a possibilidade de dar sua contribuição, impondo seu traço pessoal. Dessa forma parece-nos estar caracterizado o fato de que o sistema jurídico, que

¹⁰ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 2ª ed. Trad. de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968.

possui uma não-completude, é um sistema que se caracteriza por imperfeições que não devem existir, porque são insatisfatórias.

Agora é necessário verificar quando se coloca a questão da ausência de completude no sistema jurídico. O problema pode ser colocado da seguinte forma: as lacunas não devem, mas podem existir. Assim, admitindo-se a possibilidade das lacunas é possível trazer como exemplo da sua existência o artigo 4º do Código Civil Francês, que proíbe o juiz de se recusar a julgar sob alegação de obscuridade ou insuficiência da lei.

Tal disposição demonstra que o famoso argumento, segundo o qual a obrigatoriedade da decisão judicial é uma demonstração da inexistência de lacunas, é uma forma de camuflar o fato de que, quando a lei obriga a decisão, está expressamente admitindo que podem eventualmente no sistema de direito existir falhas.

Tal questão (das imperfeições insatisfatórias) mostra-nos igualmente que os ordenamentos jurídicos contêm uma carga de intencionalidade. Basta que utilizemos a classificação de Zitelmann sobre as lacunas para compreender: ele as chama de *autênticas* e *inautênticas*. São autênticas aquelas lacunas que aparecem quando pela análise da lei não há resposta possível a um caso particular. As inautênticas aparecem quando qualquer fato típico é previsto pela lei, mas a solução é considerada indesejável ou falsa. As lacunas do segundo tipo, na verdade, não são ausência do sistema, mas lacunas *ideológicas*, ou seja, aquelas que resultam de uma visão diferente que determinada pessoa tem do plano jurídico.

Assim essa classificação no plano da intencionalidade leva-nos a uma outra: as lacunas *intencionais* e *não-intencionais*. Intencionais são aquelas aberturas do sistema deixadas propositalmente pela pessoa que legisla. As não intencionais podem surgir do erro ou de uma inexistência circunstancial. Desse modo, pode haver lacuna indesculpável, o erro, ou lacuna não desculpável e não intencional (como é o caso, em determinada época, de dizer-se que não havia legislação sobre roubo de energia elétrica, quando na época em questão não havia energia elétrica, e querer considerar esse caso como lacuna).

A classificação no plano da intencionalidade nos leva de forma direta ao entendimento de direito como totalidade ou como algo sistemático. Nota-se que o próprio direito forma um plano de integração, sendo uma exigência em si de completude. É, pois, por intermédio do estudo das lacunas que podemos compreender o direito como um conjunto de normas (e assim compreender o direito como um sistema, estudando a sua contradição, que é a lacuna).

É preciso verificar agora se essa totalidade é estática ou dinâmica. Podemos também recorrer às lacunas e notar que a possibilidade de lacunas *primárias* e *posteriores* mostra-nos claramente a dinamicidade do direito. Esta conclusão no plano da temporalidade vem, então, do fato de que alguma coisa *a posteriori* pode aparecer após a promulgação da lei.

Essa lacuna posterior tem sido considerada por diversos autores como a confirmação possível dos valores jurídicos, como categorias internas do sistema ou da existência de um subsistema de normas jurídicas. É, pois, a alteração dos valores

que torna possível interpretar a norma; e isso nos leva a admitir que os valores estão no sistema como uma totalidade.

Também os fatos formam um subsistema, bastando para tanto compreender que a realidade social pode provocar uma lacuna *a posteriori*. Essa lacuna posterior ocorre justamente quando se quebra a isomorfia entre os três tipos de subsistema, como diz Miguel Reale: o de *normas*, o de *fatos* e o de *valores*¹¹.

A esse caráter de o direito ser dinâmico (o da historicidade do direito) é que se chama de *provisoriedade*, ou seja, ele admite que toda lacuna no direito é provisória, porque na passagem de um subsistema para outro pode ocorrer a integração (integrar é preencher a lacuna).

Isso nos leva a concluir que o sistema jurídico é em si mesmo completo, ou que é provisoriamente incompleto, podendo por meios vários, como a passagem dos subsistemas ou, pelo critério funcionalista de auto-referência, como Luhmann¹² pretende, suprir essas lacunas sem recorrer ao exterior.

Dentro desse plano, podemos também tomar como exemplo a teoria de Lourival Vilanova, quando ele fala sobre *fechamento* e *completude*,¹³ propondo que se tome por analogia a potenciação x^n , sendo x o número natural e n expoente inteiro e positivo. Qualquer que seja o valor da base, qualquer que seja o valor do expoente, com a limitação acima referida, o resultado da operação é sempre um número

¹¹ REALE, Miguel. *Direito como Experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.

¹² LUHMANN, N. *Sistema Jurídico y Dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

¹³ VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977. p. 176.

natural. Há fechamento para a operação potencial dentro do universo dos números naturais.

Com o sistema de proposições jurídicas ocorre algo análogo: qualquer proposição normativa provém de proposição normativa, com a interpolação de *ato*, cujo sentido objetivo é a norma (Kelsen). Proposição normativa vem de proposição normativa, não de proposição factual. Um fato é constitutivo ou desconstitutivo de norma, porque está qualificado por outra norma do sistema como fato constitutivo ou desconstitutivo. O jurista, como jurista colocado no interior do sistema, que o interpreta para aplicar, tem de pressupor uma última proposição normativa que qualifique o primeiro fato constituinte da norma, o *Grundfaktum* ou o *Urfaktum*, que será a hipótese limite do fechamento normativo do sistema do direito positivo, a norma fundamental. Não se encontrando a norma fundamental ao lado das normas positivas, temos que as normas fundamentais são pressupostas na linguagem da ciência do direito.

Relativamente à linguagem do direito positivo, é proposição de metalinguagem material, que pode ser formalizada ao nível de metalinguagem lógica. A rigor, a norma fundamental, o pressuposto gnoseológico, localiza-se na filosofia da ciência do direito, ou seja, no âmbito da lógica e da epistemologia. O fechamento tão-somente exprime a continuidade normativa, a sucessividade dos níveis de proposições deônticas do sistema, apenas expressa que dever-ser vem do dever-ser e não do ser (porque proposição jurídica só vem de proposição jurídica e não de proposição factual), não que seja completo por sua referência o universo da conduta humana.

O fechamento deixa aberta a possibilidade de pelo menos uma conduta nesse universo de referência nem estar vedada, nem obrigada, nem permitida, nem se achar prevista na norma primária, nem na norma secundária. Empiricamente é a sociologia, filosoficamente é a ontologia da conduta que dá a solução positiva ou negativa, não a lógica.

O fechamento também não importa em afirmar que o processo de autoprodução normativa nada tem a ver com os fatos sociais. Os fatos são intercalares de norma a norma, os fatos são jurígenos em virtude de normas que lhes atribuem efeitos normativos. Observância, criação, aplicação de normas são fatos qualificados deonticamente, como último critério de qualificação deôntica, para reconstruir gnoseologicamente o sistema jurídico positivo, formulando-se a proposição jurídica fundamental.

Sob a óptica da teoria de Vilanova, é possível constatar que a questão da completude depende, em princípio, da idéia que se tem de direito ou de como cada um coloca o problema do fechamento do sistema. Tanto no modelo dos subsistemas de valores, normas e fatos, quanto no modelo das proposições normativas, em que a realidade é concebida como categoria intercalar normativa, o que sucede é uma idéia de sistema fechado, com uma pauta interna de soluções, não meramente normativas, porque pode haver lacunas, mas categorias, isto é, como fatores de efeitos normativos inerentes à própria concepção sistemática do direito.

O direito natural, assim concebido, como um dado dedutível de outro dado, portanto construído a partir de uma idéia geral, por meio da razão, pode ser colocado fora do sistema e dentro do sistema. Fora do sistema, se entendermos que o di-

reito natural é uma categoria metajurídica, no sentido de suprapositiva, da qual é possível deduzir o conteúdo de normas jurídicas. Dentro do sistema se, tal qual a norma fundamental de Kelsen, for concebida como categoria gnoseológica do direito, portanto instrumento da ciência jurídica e não do direito. E ainda dentro do sistema, se for concebido como um subsistema, nos mesmos moldes dos subsistemas de valores, tal qual expõe a teoria de Miguel Reale.

A idéia de um direito natural racionalista, contudo, leva-nos a uma outra concepção possível de sistema, o qual só se formaria a partir da dedução. O sistema jurídico estaria assim na coerência entre o direito natural e o direito positivo. Nesse sentido, o de coerência, o direito natural não será uma categoria metajurídica, uma categoria jurídica abstrata; é ainda nesse sentido que o sistema jurídico passa a incluir o direito natural.

Necessário é observar, contudo, que essa idéia deixa muito a desejar, porque é preciso para considerá-la aceitar primeiro que o direito natural, ou da natureza, é uma categoria originária. É nesse particular que pode ser colocada a questão sobre o problema central da teoria do sistema aplicada ao direito, ou seja, interrogar se a completude e o fechamento são necessariamente elementos que designam o sistema ou, em outras palavras, que nos permitem identificar o sistema e utilizá-lo sobre o real concreto, ou se a completude não é antônimo de incoerência, mas sinal de que o sistema nunca é pleno e que a abertura permite a real calibração por meio de dados tanto jurídicos quanto não jurídicos, em sentido estrito.

O fechamento do sistema colocado como coerência necessária leva, a nosso ver, o jurista a colocar a própria questão do direito como realidade, ora apenas nor-

mativa, ora apenas paranormativa, sem considerar a possibilidade de influências externas que, não sendo normativas e que nem necessariamente passem a ter efeitos normativos, possam influenciar a experiência jurídica, tanto na criação quanto na interpretação do direito.

A abertura não é a negação da normatividade do direito, o que seria um absurdo, mas uma necessária aceitação de que a óptica jurisdicista da realidade nem sempre expressa essa realidade. Assim, o direito natural, bem como os valores e os fatos, não deve ser visto como subsistema necessariamente, porque isso implicaria ter que lhe atribuir imputação normativa para aceitar que sua presença tenha efeitos no chamado sistema jurídico.

A idéia de sistema não exclui a idéia de dinamicidade e de movimento, de dentro para fora, e, de fora para dentro dos limites do próprio sistema. Tais comentários são importantes para colocar desde já a questão em suas devidas proporções conceituais. A questão sistemática parece, assim, ir adquirindo devagar contornos nítidos. De um lado coloca o sistema como fechado e de outro como aberto.

Mas o que é um sistema fechado, no sentido jurídico? É um conjunto de normas que delimitam o campo da experiência, um sistema de normas que condicionam a experiência jurídica de tal forma que a reduz a esse conjunto de normas.

Duas noções parecem-nos fundamentais para explicar esse sistema: conjunto de elementos e relação. Essas noções levam a uma outra, a de repertório do sistema e a de estrutura do sistema, respectivamente.

Existem assim uma série de regras que unem os elementos entre si; a introdução de um novo elemento obriga a alteração do conjunto de regras. Como se vê, o

sistema fechado é aquele em que tudo deve ocorrer internamente, como em um jogo de xadrez, em que o introduzir simplesmente uma peça nova implica ressarcimento na alteração das regras e até na destruição do próprio sistema. É evidente, contudo, que existem sistemas que não são rigorosamente fechados.

E o sistema aberto? É aquele que permite a introdução de elementos estranhos, sem que sua estrutura seja alterada. A língua portuguesa é um exemplo. Se, em determinado momento, usamos um termo estrangeiro ou algo parecido, podemos, apesar disso, manter as mesmas regras.

Evidentemente, mesmo o sistema aberto tem limites pois, por exemplo, se em uma frase de dez palavras utilizamos nove palavras estrangeiras, aí modificamos a estrutura ou passamos a um outro sistema. O sistema fechado é quase sempre retrospectivo, pois se refere geralmente a fatos que ele mesmo delimitou.

Ocorre, contudo, que a breve menção ao problema das lacunas nos mostrou que o direito não é somente um conjunto de normas, mas que pode ser também um critério de avaliação. Os valores, por exemplo, mesmo que considerados em um plano subsistêmico, são também critérios de avaliação dessa realidade dentro de certos limites. Por exemplo, as prescrições do Código Civil descrevem um âmbito e fecham um círculo; ocorre que o Código Civil nesse sentido de critério de avaliação não é mais o mesmo do momento estático de 1916, mas o de hoje, e nessa medida vai até um certo limite, quando se sente a necessidade de mudá-lo.

A mudança significa que, sob o ponto de vista de conjunto fechado, para mudá-lo é necessário transformá-lo, alterando as regras. Assim a alteração das regras torna-se necessária quando o Código Civil, por exemplo, não serve mais como crité-

rio de avaliação. Sob um ponto de vista então, não será necessário alterar as regras, já que o que não é proibido é permitido. Tal assertiva conduz à idéia de completude.

Ocorre que, como critério de avaliação, o sistema não é completo, e nem é fechado porque admite sempre novos avaliados. Porém, o direito não é um sistema de critérios de avaliações somente, é também um sistema de decisões, vale dizer, é um sistema do momento dinâmico da aplicação da norma.

Como se vê, já existem três dimensões sistemáticas: a *dimensão normativa*, o direito como conjunto de normas, com sentido retrospectivo; a *dimensão avaliativa*, o direito como conjunto de avaliações, com sentido prospectivo; e a *dimensão decisional*, o direito como um conjunto de decisões, em um sentido atual. Essa terceira dimensão sugere uma confusão dentro do que até agora foi colocado, pois levando-a em conta, o sistema é aberto, porém completo.

Tínhamos visto que a completude é uma característica dos sistemas fechados – é completo porque exige sempre a decisão. Essa confusão, todavia, não pode ser desfeita com muita facilidade, uma vez que o sistema jurídico é, efetivamente, ao mesmo tempo, um nexos aberto e fechado, completo e incompleto, que admite a lacuna; mas que prevê sempre a possibilidade de supri-la e que esta possibilidade de suprir a lacuna, ao mesmo tempo que permite a sua existência, é dada pela regra fundamental ou pela estrutura básica do direito, que tem sempre um sentido analógico. É a analogia que permite completar o sistema.

Ocorre que os juízos analógicos são, até certo ponto, subjetivos e escapam ao controle; valem-se, portanto, de elementos que não nos permitem um efetivo controle para a efetuação da completude, uma vez que o critério da *semelhança*, ou

seja, o processo conclusivo do particular para o particular e do geral para o geral, com a combinação de induções e deduções não permite uma demonstração lógica, mas uma avaliação axiológica.

Assim os conceitos de sistema, ora como conjunto de normas, ora como conjunto de avaliações, ora como conjunto de decisões, nos levam a um distanciamento da possibilidade da unidade sistemática do direito; ao ponto de Karl Larenz concluir que a palavra sistema não pertence à ciência, mas à filosofia, porque no plano da ciência do direito, não há como chegar a entender o direito sequer sob o ponto de vista de uma estrutura.

Existem, na verdade, muitas tentativas de se construir esse instrumento teórico que é o sistema, eliminando as antinomias que impedem a unicidade do direito. Todas elas acabam por esbarrar em um problema fundamental que é a dialeticidade do direito. A dialeticidade, de certa forma, afasta a concepção sistêmica, porque afasta a idéia de que existe uma estrutura social no sentido de um corpo orgânico fechado.

O sistema aberto e incompleto pode ser considerado como o tipo ideal de sistema, mas desde o momento em que o direito tem que ser considerado como um conjunto de normas, entra em tela a retrospectiva inerente ao caráter normativo. A avaliação é a saída para evitar o hermetismo do sistema, mas esbarra no caráter decisional, que é sinal de completude necessária e, por si, em sistema de fechamento.

Dessa forma, desde o surgimento do conceito de sistema com o surgimento da idéia de deduções racionais de uma norma de direito natural para norma de direito positivo, até o desenvolvimento da idéia de sistema como uma forma de ver o

direito em todos os seus momentos, o que ocorre é que se tenta levar em conta que não é importante ter o direito como estrutura, porque pensamos que ficou até certo ponto demonstrado, que essa estrutura nunca é verdadeiramente una, ela tem facetas contraditórias que a destróem à medida que se tenta construir uma visão da própria estrutura.

A crítica do pensamento jurídico, dos glosadores, que dominou a ciência jurídica até o século XVI, consistia na falta de sistematicidade. Theodor Viehweg, em *Tópica e Jurisprudência*¹⁴¹⁵, entende ser o empenho sistemático da matéria jurídica muito tênue para configurar-se em um sistema. No século XVII, deu-se o empenho real para a ligação entre ciência e sistema. De Christian Wolf retomamos a noção sistêmica como *nexus veritatem*, ou seja, a correção moral da dedução entre verdades.

As ciências dos séculos XVII e XVIII, observa Michel Foucault, trazem sempre consigo um projeto, ainda que longínquo, de uma ordenação exaustiva. Elas apontam sempre também na direção da descoberta dos elementos simples e de sua composição progressiva.

Para tanto, as ciências utilizavam o *systeme* (conjunto finito e relativamente limitado de traços, cuja constância e variação eram estudados em todos os indivíduos que se apresentassem) e a *méthode* (processo de comparações totais, no interior de grupos constituídos de forma empírica, em que o número de semelhanças é ma-

¹⁴ VIEHWEG, Theodor. *Topik und Jurisprudenz*. München: Beck Verlag, 1974.

¹⁵ Sobre a tópica e o direito penal, veja-se a peculiar abordagem de RAMOS, João Gualberto Garcez. *A inconstitucionalidade do Direito Penal do Terror*. Curitiba: Juruá, 1991.

nifestamente tão elevado, que a enumeração das diferenças não será passível de acabamento. O estabelecimento das identidades e das decisões era assegurado por aproximações contínuas). Assim, a *méthode* era sempre única e o *systeme* podia ser múltiplo.

Esses recursos tinham acentuada importância no pensamento clássico em função da idéia de que o conhecimento empírico só podia ser adquirido em função de um quadro universal, ordenado e contínuo, de todas as diferenças possíveis.¹⁶

Assim foi peculiar a dignidade metodológica que o direito conseguiu, pois consistia em um método lógico, demonstrado em um sistema fechado, em oposição à ciência exegética e interpretativa de textos específicos do direito europeu anterior, como foi o caso de Savigny e Ihering. A legitimação do direito perante a razão matemática consistia pois em uma redução das proposições e relações lógicas com o pressuposto da formulação de leis naturais, com validade universal.

O homem não era nem cidadão de Deus e nem do mundo histórico, mas um elemento concebível segundo leis naturais. Esse era o agregado antropológico da escola clássica do direito natural.

Do rigor lógico da dedução, característica do método sistemático do jusracionalismo, à revisão desse racionalismo histórico, com a proposta de receber o direito positivo como fenômeno histórico, uma concepção crítica do direito natural mediou

¹⁶ FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**. Trad. S. Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes Editora, 1981.

um grande espaço de tempo, até que foi possível um juízo crítico do fato histórico, cujos critérios repetiam o desenvolvimento de uma antropologia jurídica.

O caráter de racionalidade lógico-indutiva desapareceu pelo menos aparentemente na obra de Savigny e foi-se desenvolvendo em uma concepção sistêmica diferente, em que o relacionamento social do direito é intuitivo e sensitivo quando em direção às relações vitais que se expressavam no organismo, um conjunto vivo de eventos, por movimentação constante. A historicidade dinâmica desses organismos ou institutos era racional, no sentido de existir conexão espiritual com a tradição.

Com o advento do positivismo, cujo sentido é equívoco e difuso, o construcionismo e o dogma da subsunção impuseram uma ditadura dos conceitos no mundo jurídico e permitiram a elaboração teórica de um sistema fechado com exigência de plenitude.

No século XX é que se faz notar melhor o dualismo metodológico da oposição entre o sentido formalista e conceitual da teoria do direito, de um lado; e as tentativas epistêmicas de solucionar a dialética da norma e da realidade social, mas sempre dentro de uma concepção sistêmica, tal o prestígio dos paradigmas científicos tradicionais surgidos da oposição entre racionalismo e empirismo. É que nem mesmo o empirismo de Bacon e Hume conseguiu eliminar o pressuposto ideológico da racionalidade, que o direito considera como algo imanente, a condicionar teoria e experiência jurídica.

O positivismo lógico do Círculo de Viena veio finalmente legitimar esse sistema como a única via para a descoberta da verdade. Daí que as mais expressivas concepções filosófico-jurídicas, ainda que enfatizem a intuição e a dialética, fazem-no

no contexto dos paradigmas legitimados pelo Círculo de Viena, o *modelo empírico das ciências sociais* e o *modelo analítico das matemáticas*.

Escapa a esse saber acumulado e ao senso comum teórico, que a realidade é muito mais complexa que sua representação conceitual, e que o sistema é somente uma categoria formal, uma forma de representação cognoscitiva daquela realidade.

Mas a ideologia projeta a categoria para fora do sujeito e a transforma em estrutura, *a priori* material, a impor-se ao conhecimento. Com isso, a realidade é legitimada pela noção de que as coisas são assim porque a natureza é assim.

Essa hipostasiação da idéia de sistema foi realizada em pleno século XX pelos filósofos existencialistas, engendrando a noção de direito natural existencial, com o qual se superaria o desprestígio em que caíra a tese do direito natural racionalista. Mas o que esse novo jusnaturalismo obteve foi somente a ontologização de uma categoria que é em si apenas um *a priori* no sentido kantiano e, com isso, transformar a idéia de sistema em um *topos* a mais de legitimação da ordem social. Outra consequência da hipostasiação do sistema foi o deslocamento da questão da legitimidade.

Na escola clássica do direito natural, considerava-se *validade normativa* como expressão de uma coerência intrasistemática e a *legitimidade*, como coerência meta-sistemática, com princípios suprapositivos e logicamente anteriores que seriam descobertos pela razão. Nas modernas teorias jurídicas, como as surgidas da filosofia da linguagem e as da vertente culturalista, a legitimidade é também intra-sistemática, pois o sistema jurídico internaliza seus princípios que se constituem em fonte de legitimidade, como em Kelsen, Alf Ross, Olivecrona, por exemplo, ou então identifica o

critério axiológico da legitimidade com a própria realidade que se pretende conceitualizar como sistema científico, por exemplo, em Miguel Reale.

Em um e em outro caso o resultado é a legitimação da ordem social. Se com Max Weber aprendemos que o direito moderno veio substituir as formas diretas de dominação, a tradicional e a carismática, concluímos que a noção de sistema é o maior instrumento de ocultação de dominação legal-razional. E, à medida que a Ciência e a Filosofia do direito atribuem *status* ontológico ao sistema, estão cumprindo o papel que a ideologia lhes atribui: fornecer os argumentos para que se aceite a dominação legal, qualquer que ela seja, como legítima.

Parte três

I Hermenêutica

1. Significado e história da palavra

A palavra hermenêutica tem vários sentidos conexos: exprimir, proclamar, interpretar e traduzir. De maneira geral querem significar “induzir à compreensão”, “fazer compreender” por meio de palavras, de passar o significado da palavra de uma língua para outra.

A origem do sentido lingüístico do termo é grega e situa-se em um âmbito religioso; aliás, a crença de que a língua dos deuses não é acessível aos homens é antiga. Moisés era capaz de falar com Deus, mas para isso necessitava de Aarão para se comunicar com o povo. Hermes, na mitologia grega, era uma espécie de intermediário entre os deuses e os homens, de onde também vem o sentido da palavra. Como veremos no decorrer deste trabalho, a dogmática hermenêutica faz a lei falar.

Mais tarde, na linguagem grega, a palavra também tomou o sentido de “interpretação douta” e “intérprete” e “tradutor”, embora o sentido da passagem dos significados estivesse já implícito em Platão.

O uso lingüístico do termo continua se fazendo mediante a teologia cristã, vinculando-se ao sentido sacro. Na primitiva igreja, tomava o sentido de “comentário” à Escritura, como conceito similar ao de exegese. A exegese incluía, destarte, toda a atividade de “interpretação” e da “retórica”, que muda a compreensão da expressão no sentido lingüístico.

A hermenêutica, no sentido que hoje tomamos, foi construída já na modernidade. Dividiu-se em filológico-teológica e jurídica. A expressão foi usada no sec. XIX, por Schleimacher no sentido filosófico, para constituir uma teoria geral da interpretação.

M. Heidegger, H. G. Gadamer e P. Ricoeur, por meio do uso de categorias diversas, conceitualizaram, a partir de W. Dilthey, a proposta que fora preconizada por Schleimacher, e lançaram as bases das questões fundamentais para a polêmica epistemológica e para a teoria da ciência.

2. A questão hermenêutica

Origem

A hermenêutica não tem um significado preciso – isso ficou demonstrado – muito recentemente o termo passa a adquirir delimitações mais precisas; isto em razão de que algumas atividades que, na compreensão atual, se inserem no seu âmbito têm origem no mundo grego e na teologia judaica e cristã.

Na hermenêutica antiga (grega), o método é o alegórico, que já aparecia entre os sofistas. A alegorese foi, todavia, usada, mormente, na interpretação homérica feita pela *Stoa*, que na verdade resgatou a interpretação dos mitos e da iconografia, sob o sentido ético e racional. Paralelamente, desenvolveu-se no mundo grego, como o estudo da linguagem e a interpretação gramatical.

A hermenêutica foi igualmente usada para a interpretação da Bíblia, no Judaísmo e no Cristianismo, no sentido de investigação dos textos da Escritura, por meio da interpretação literal e alegórica, principalmente. Entre os fariseus, os rabinos e os primeiros cristãos, era usual a busca de sentidos que não só o literal.

Na patrística, principalmente com Orígenes e Agostinho, desenvolveu-se com particular relevo a busca do significado alegórico e espiritual. Todavia, a investigação do sentido literal ocorreu de forma variável com a do sentido não literal.

Foi com o surgimento do Cristianismo que a hermenêutica adquiriu enorme progresso; isto porque era necessário interpretar o antigo testamento e também empreender a tarefa de traduzir as categorias hebraicas ubicando-as no pensamento helênico com todas as conseqüências daí advindas, como os problemas de guardar

fidelidade, de possível desvio de sentido. O lugar histórico do texto e da interpretação passa então a ter especial relevo.

No período medieval, a hermenêutica é teorizada por Cassiano, que procurou construir um sistema, utilizando as categorias da patrística. Passou, então a demonstrar a diferença entre os quatro significados da Escritura: o histórico, o alegórico, o moral, o analógico.

A Reforma amplia ainda mais o sentido e o alcance da hermenêutica. Retorna-se à investigação da letra da Escritura, só que em sentido polêmico, voltado contra a doutrina tradicional da Igreja e contra seus métodos exegéticos, principalmente o alegórico.

A ruptura ocorre não apenas com a história da Igreja como também com a história do espírito. Lutero revoluciona a teologia e a teoria da compreensão: o "princípio da tradição" substitui pelo "princípio da Escritura"; o que significa que a tradição deve deixar de ser regra de interpretação.

A interpretação centraliza-se no sentido literal, que não se considerava ambíguo; critica-se o método escolástico e adquire relevo uma teologia centrada em Cristo e na Escritura.

Paralelamente ao surgimento de uma mentalidade metodológica mais centrada ao texto - a hermenêutica teológica da modernidade- ocorre uma valorização do singular no renascimento e no iluminismo, o que dá origem a uma diferente visão da história, com o sentido de unicidade e isolamento, o que ampliou o sentido da hermenêutica.

Com essa mudança de mentalidade, a hermenêutica passa a ser aplicada com ênfase na interpretação do *Corpus Juris*, na jurisprudência. Com o ocaso da "tradição" como regra, a hermenêutica lançou mão de outros parâmetros, mais teóricos, como os do humanismo e da Reforma, buscando a exegese nos textos que eram transmitidos, no caso os textos bíblicos. A consequência foi uma espécie de ilha-mento da hermenêutica na teologia. De outro lado, também penetrou no universo das disciplinas consideradas profanas, como, por exemplo a filologia, a historiografia, a filosofia, a partir de uma nova visão mundo.

O pensamento teológico contemporâneo modificou-se sobremaneira em razão da história como disciplina, e da consequente utilização de outras formas de investigação, o que deu origem a uma hermenêutica bíblica mais rigorosa, com profundos reflexos na teologia, sob as suas mais diversas matizes. O mesmo ocorre com a literatura que passou a dar mais ênfase hermenêutico ao texto literário, seu objeto.

A hermenêutica afasta-se do campo teológico, mas não o abandona, para penetrar nos da literatura, da história, das ciências humanas, da filosofia; acentuando, todavia, o dualismo entre ciências da natureza e ciências do espírito, e, por fim, para adentrar na chamada teoria da ciência, mas não resolve o impasse da compreensão una do sujeito epistemológico, à medida que acentua a oposição entre a metodologia explicativa, de natureza monista, e as metodologias causal-mecanicista e teológica.

A hermenêutica permanece ainda com relevo no campo teológico; principalmente pela crise das linguagens, consubstanciada no desaparecimento da unidade do falar humano, da distancia abissal entre os textos bíblicos e a sua linguagem mís-

tica e, ademais, pelo fato da compreensão racionalista da realidade. De outro lado, pelo evidente conflito de interpretações que se estabeleceu com relação ao homem e ao mundo ao qual pertence, mormente no que diz respeito ao dilema da fé.

Os teólogos da *Nova Hermenêutica* (G. Ebeling, E. Fuch) mudam completamente o enfoque hermenêutico; propondo que a participação pessoal fique subordinada ao entendimento verdadeiro e último da exegese, ou seja, a interpretação do texto. O sentido está em que é o texto que interpreta o sujeito, e a pré-compreensão do sujeito, além de cumprir sua função de guia para a interpretação do texto, é levada a questionar a sua autocompreensão com fundamento na outra autocompreensão, que é a que o texto propõe.

Já, na literatura, depois de ultrapassado o enfoque positivista que atribuía à ciência literária a tarefa de empreender uma simples uma coletânea enciclopédica de fatos, a partir de métodos descritivos e estatísticos, com vistas a garantir a objetividade, apareceram depois de Dilthey e no início do século XX, uma variedade de métodos que, embora contraditórios, relacionavam-se à questão hermenêutica.

São eles, *a interpretação autônoma*, *a interpretação simbólica*, *a interpretação exegética ou objetiva* (E. Betti¹⁷ e E.D. Hirsch), *a interpretação estruturalista* (R. Barthes e T. Todorov). De modo geral a crítica se estabelece pela *interpretação fenomenológico-existencial*, porque a experiência lingüística e cultural que se introduz em um texto constitui o verdadeiro ser e compreensão, não tendo nenhum sen-

¹⁷ BETTI, Emilio. *Teoria Generale della Interpretazione*. vol 1 e 2. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1955.

tido falar de interpretação independentemente da existência histórica do homem, ou seja interpretação objetiva é impossível.

2.1. Hermenêutica e Interpretação

O fenômeno e o ato da interpretação aparecem, destarte, com multiplicidade e contradição, mesmo quando visam a objetos idênticos. A natureza do fenômeno e do ato de interpretação é ambígua quando relacionada à reflexão filosófica e às ciências humanas, em razão de sua dimensão que não é única, à sua linguagem, que tem vários sentidos, principalmente quanto à ambigüidade dos signos da cultura humana.

A interpretação, na verdade, tem um amplo espectro; todo o simbólico, como entende Ricoeur, tem como finalidade a intermediação universal do espírito entre nós e o real, daí que seu campo estende-se ao problema da linguagem e ao do texto; aquele é vasto, este é específico.

Tendo em conta que a própria noção de interpretação não é una, sua metodologia está difusa nos mais diversos pressupostos e se encontra presa na contradição intrínseca do "círculo hermenêutico", para não dizer na historicidade de todo o ato de compreender e de interpretar, é importante procurar uma teoria global da interpretação, que revele as categorias epistemológicas que levam o sujeito a atuar perante o texto. Essa teoria geral é a hermenêutica, que pretende, mais enfaticamente, construir uma ciência do texto.

2.2. A Filosofia e a Hermenêutica

A obra de Schleiermacher, que visou subordinar as regras particulares da exegese e da filosofia à problemática geral da compreensão e relacionar as regras de interpretação, não com a diversidade dos textos e as coisas nos textos, mas com a operação central que unifica a diversidade da interpretação, foi a primeira tentativa para construir uma teoria da interpretação. Ele admite dois tipos de interpretação: *gramatical*, que se preocupa com as características do discurso comum a uma cultura; *psicológica*, que atende à singularidade da mensagem do autor.

W. Dilthey, inspirado na concepção de hermenêutica universal e sob a influência da lógica indutiva da *moral sciences* de J. St. Mill, pretendeu o entendimento da hermenêutica, como conceito básico de uma epistemologia das ciências do espírito ou Crítica da Razão histórica – em contraposição à *explicação*, a partir das hipóteses-leis das ciências da natureza. O fundamental em sua proposta é a possibilidade do conhecimento histórico. Se a *explicação da natureza*, com as suas leis causais, se opõe à *compreensão da história*, o método desta deve buscar-se na psicologia.

Assim a possibilidade da ciência do espírito está na pressuposição de uma capacidade para se penetrar pela vida psíquica dos outros. Sua teoria permanece, no entanto, presa ao psicologismo, sendo que a função da interpretação é reprodutiva.

Tanto quanto Dilthey, estendendo o significado da hermenêutica a todas as formas de expressão, e da existência, Husserl também contribuiu de forma relevante. Os dois acentuaram a questão central do sentido de todas as obras: multiplici-

dade horizontal dos sentidos de um mesmo texto, multiplicidade vertical das interpretações sucessivas deste texto no decurso da história.

O que se denota é que a fenomenologia aprofunda a questão hermenêutica, à medida que os sentidos são múltiplos, o que leva à conclusão de que será possível tantas hermenêuticas quantos forem os sentidos; daí o problema de uma hermenêutica das hermenêuticas. A idéia central, e muito importante, é que não existe *uma* verdade, mas verdades, sendo cada uma delas a expressão de uma maneira de ser no mundo e apreendida por uma certa atitude intencional.

A crítica de P. Ricoeur está em que a hermenêutica levou à ruína a interpretação *idealista* da fenomenologia efetuada pelo próprio Husserl, e que sobreleva o seu ideal de cientificidade, a sua fundamentação intuitiva, a sua subjetividade transcendental. Mas, em verdade, pretendeu demonstrar a interação entre o idealismo e a fenomenologia.

O sentido epistemológico predominante em Dilthey passa com Heidegger para uma esfera ontológica. Não se investiga o modo de conhecimento, mas o modo de ser do homem, que só existe pela compreensão. Ocorre que a compreensão possui uma estrutura antecipatória, que sujeita a interpretação a uma concepção prévia (um ter, um ver, um conhecer), ou seja, a exegese de um texto é determinada pela pré-compreensão da vida e do mundo. A linguagem só aparece em um segundo nível de articulação, com a função puramente remissiva as estruturas ontológicas que já existem. Opera-se, destarte, um divórcio entre a ontologia e a epistemologia, o que, de certa forma mexe com os fundamentos das ciências humanas.

Com a obra *Wahrheit und Methode* (1962), H. G. Gadamer pretende estabelecer uma relação entre os pólos epistemológico e ontológico da compreensão e elaborar a síntese entre a epistemologia das ciências humanas e a ontologia (entre Dilthey e Heidegger). Parte de uma experiência fundamental, que lhe surge como o pressuposto ontológico das ciências humanas, o distanciamento alienante, e entende a partir daí que a metodologia destas ciências implica um distanciar-se, que vai contra a relação primordial da participação, sem a qual não existe relação ao histórico.

Gadamer procurar fundar uma hermenêutica filosófica, segundo a qual o entender só se realiza à medida que o sujeito do entendimento põe em jogo os seus próprios pressupostos. Abandona, pois, o fundamento psicológico da hermenêutica romântica (Schleiermacher e, em parte Dilthey), para a qual o sentido de um texto se esgotava no sentido "intentado" (*mens auctoris*).

Gadamer aceita a dimensão histórica (aos moldes de Heidegger) enquanto antecedente da reflexão e do sujeito. Aparece, assim, a categoria do "pré-juízo" como categoria estrutural antecipativa da experiência humana. Ao mesmo tempo, Gadamer formula o conceito de um saber exposto à história e à sua ação, em que a ação não se objetiva e o saber não se contrapõe totalmente ao passado.

Daí formula também a idéia de uma dialética de participação e distanciação, com base no conceito de "fusão de horizontes" entre o intérprete e o interpretado. A tarefa de compreender algo não consiste em uma identidade subjetiva do autor do texto, mas mediante este, compreendido na sua materialidade por meio dos instrumentos da ciência, na descoberta da verdade do sujeito mesmo da compreensão.

Em P. Ricoeur a hermenêutica adquire nova perspectiva ao constatar a ambigüidade do *cogito* cartesiano, que se constitui na base de toda a filosofia moderna. O *cogito* perdera a sua apoditicidade; e é impossível que se circunscreva na imanência. Daí que, uma filosofia da simples consciência também não tem possibilidade. É fundamental formular um *filosofia reflexiva*, baseada na fenomenologia e no existencialismo. O caminho seguido por Ricoeur é o da reflexão voltada à objetividade do vivido, enquanto pensado.

A reflexão não é a intuição de si mesmo por si mesmo, mas deve ser mediada pelas obras, pela cultura, pelas instituições políticas e pela história, até criar uma "subjetividade instruída" pelo mundo da obra e da instituição, pelo mundo "mediatizado" através do "sentido". Aqui se situa a interpretação. O seu objeto será principalmente o "símbolo", tal como ele existe na fenomenologia da religião ou na linguagem do sagrado, no plano onírico, na imaginação poética.

É possível dizer que o pensamento de Ricoeur passou pela psicanálise freudiana e pela investigação da simbologia das religiões, até a busca de outros modelos, como, principalmente Dilthey, Heidegger, Gadamer, adentrando aos campos da semiologia e estruturalismo. O seu objetivo é o de construir uma hermenêutica que resgate o sentido, na perspectiva da essencialidade das categorias de sua apropriação, do texto como algo autônomo e da autocompreensão. A sua hermenêutica tem, também, pretensão epistemológica, que se assenta na não-separação entre a compreensão e a explicação.¹⁸

¹⁸ LOGOS, *Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia*, 5 volumes. Lisboa-São Paulo: Ed. Verbo, 1989.p. 1096 a 1109.

II - HERMENÊUTICA JURÍDICA

1. Delimitação conceitual.

A hermenêutica jurídica é tradicionalmente conceituada como a parte da ciência jurídica que estuda os processos de interpretação da lei, *em sentido amplo*. Este é o entendimento de Carlos Maximiliano¹⁹, Hermes Lima²⁰ e Vicente Ráo.²¹

Machado Neto²², vê a hermenêutica, em sentido estrito, como sinônimo de interpretação; compreendendo-a como uma teoria da técnica jurídica enquanto parte específica da teoria geral do direito.

Existe, assim, imensa preocupação dos juristas quanto ao sentido e abrangência da expressão; enquanto sob uma óptica corresponde à lógica jurídica transcendental do culturalismo egológico, e a entende como uma interpretação da conduta mediante a lei; sob outra, a da lógica jurídica formal, vê nela a compreensão do jurídico

¹⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 6ª ed. Rio: Freitas Bastos, p. 13.

²⁰ LIMA, Hermes. *Introdução à Ciência do Direito*, 8ª ed. Rio: Freitas Bastos, 1955. p. 110.

²¹ RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 542.

²² MACHADO NETO A. L. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 2ª ed. S. Paulo: Saraiva, 1973. p. 216.

como forma do pensamento.

Já, na perspectiva da doutrina tradicional; ao modo, por exemplo, de Vicente Ráo, o que estabelece a diferença entre a hermenêutica da interpretação e da aplicação é a distinção que existe entre a teoria científica e a sua prática. Assim, a hermenêutica tem por meta os princípios científicos que possibilitam a investigação do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a recuperação do conceito orgânico do direito, para que seja possível a sua aplicação; a interpretação, por meio de regras e procedimentos especiais, tende a realizar esses princípios; e a aplicação, adaptar os preceitos, contidos na norma jurídica e interpretados, às situações fáticas correspondentes. A integração, isto é, o preenchimento das lacunas da lei, seria o que ele designa por recuperação ou restauração do conceito orgânico do direito. Assim, além da aplicação e interpretação, é função da hermenêutica sistematizar os meios pelos quais se recupera o ordenamento jurídico, materializando-se a plenitude orgânica.

A hermenêutica não se refere apenas à lei, mas ao direito que ela contém; o seu fim é descobrir o direito, isto é, o conteúdo normativo contido nas formas de expressão do direito. Destarte é possível ubicar epistemologicamente a hermenêutica como parte da ciência do direito, cujo objeto é o estudo e a sistematização dos processos lógicos de interpretação, integração e aplicação do direito, correspondendo particularmente à dimensão dogmática do conhecimento jurídico.²³

²³ COELHO, L. Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis* 2ª ed. Rio: Forense, 1981. p. 177 e segs.

Na perspectiva deste trabalho, a hermenêutica jurídica adquire significado e alcance mais amplo, ultrapassando a dimensão dogmática, como se verá, adiante, à medida que o esclarecimento do significado da lei depende essencialmente da ideologia do interprete e da ideologia que a lei espelha; enquanto ciência, a hermenêutica pode, desta forma, trazer à tona os pressupostos ideológicos das proposições normativas, para o fim de questioná-los em face do interesse social, em dado momento histórico.

A chamada "ultrapassagem da dimensão dogmática", todavia, significa mais a possibilidade de dar um enfoque prospectivo à própria dimensão, antes que tentar, pura e simplesmente, eliminá-la. Esse enfoque, a meu ver, se dá no plano efetivo do direito, que é o da decidibilidade, porque o prisma do jurista é diferente, neste particular, do prisma do literato, ou do historiador, à medida que deve passar da compreensão à decisão, ou pelo menos, às condições de decidibilidade.

Desta forma, vejo na hermenêutica a conjunção de seu aspecto *crítico* de conscientização e revelação dos aludidos pressupostos ideológicos com seu aspecto *funcional* de investigar o texto – no contexto – para viabilizar a decisão, ou, permitir que se estabeleçam condições de decidibilidade, de modo a neutralizar os conflitos sociais, revelados pela *crítica*.

Esta concepção, penso, ultrapassa a idéia puramente estrutural e linear da hermenêutica, seja no sentido da lógica jurídica transcendental, ou no da lógica jurídica formal, ou ainda no das doutrinas tradicionais.

2. AS ESCOLAS HERMENÊUTICAS

Na antigüidade, os legisladores assumiram, de certa forma, uma posição contrária à hermenêutica. Pelo menos duas explicações são possíveis a justificar esse espírito avesso à investigação dos textos jurídicos. A mais comum está simplesmente no fato de que as formas de produção do direito antigo identificavam-se com a divindade, restando ser um sacrilégio qualquer ato que objetivasse a interpretar os textos divinos, que na verdade deram origem ao direito, na época.

Não se pode, contudo, olvidar que não foi apenas esse o motivo que levou o legislador a assumir uma atitude contrária ao espírito hermenêutico. Também razões de ordem política e pessoal contribuíram. Justiniano, no terceiro prefácio do *Digesto*, determinou que as obras de quem tecesse comentários ao seu *Corpus* fossem apreendidas e destruídas.²⁴

No entanto, é possível identificar um primeiro movimento no sentido de interpretar o direito, justamente no trabalho dos glosadores, uma escola medieval, que segundo Aftalión esboçou uma sistemática, com suas *continuationes titulorum*, *summas* e *apparatus*, ou seja, utilizando-se de glosas marginais e interlineares, restritas ao método puramente gramatical, procurou, por meio dos recursos técnicos supra-referidos vincular os títulos sucessivos de uma recompilação legal, resumindo suas disposições. Com efeito, os glosadores foram também um pouco além da orga-

²⁴ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Formas e Aplicação do Direito Positivo* citando *De Confirmatione Digestorum*, par. 21, in fine. São Paulo: Editora RT, 1969. p. 42.

nização sistemática do *Corpus Juris Civilis* e tentaram levar a efeito algumas construções doutrinárias em relação a determinadas instituições²⁵

Não obstante, foi mesmo só após a codificação napoleônica que a questão hermenêutica adquiriu corpo, surgindo daí os modernos sistemas de interpretação. Nesse sentido, os autores têm procurado classificar os chamados sistemas hermenêuticos ligando-os, de maneira geral, à questão metodológica. Essa é a tendência que aparece em Vicente Ráo, Washington de Barros Monteiro, Paulo Dourado de Gusmão, entre outros.

Barros Monteiro sugere uma classificação baseada em sistemas, que, de certa forma, têm como supedâneo a questão do método, assim os designando por sistema jurídico tradicional, teleológico, histórico-evolutivo e da livre investigação do Direito²⁶. Ráo segue a mesma trilha e classifica as teorias da interpretação com base nos métodos que utilizam, ou seja, o método lógico-tradicional, o teleológico, o histórico-evolutivo e o da livre investigação científica.²⁷

Dourado de Gusmão, da mesma forma, toma como base a questão dos métodos para ensaiar sua classificação, só que os reduz a três, vale dizer, o método dogmático-jurídico (Escola da Exegese), o histórico-evolutivo, que entende ser caracte-

²⁵ AFTALIÓN, Enrique R., OLANO, Fernando García e VILANOVA, José. *Introducción al Derecho*. 6ª edição. Buenos Aires: El Ateneo ed., 1960, p. 431.

²⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Da Interpretação das Leis*. in *Revista da Faculdade de Direito da USP*, vol. 57. n. 4.1962,

²⁷ RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 609.

rística das escolas que representam a evolução do direito e o método da livre interpretação (Escola do Direito Livre).²⁸

De Limongi França, exsurge outra classificação que não se distancia das demais, pois toma como base o problema do método e delimita-se nas principais escolas dos oitocentos. Ele propõe que sejam três os sistemas de interpretação, a saber, o dogmático (correspondente ao método tradicional, gramatical, da Escola da Exegese), o histórico-evolutivo (que corresponde ao historicismo, principalmente identificado com Savigny) e o da livre criação do direito, que não aparece muito definido em sua obra, mas que ele pretende seja um método flexível, com orientações opostas que vão do puro romantismo na interpretação do direito a uma atitude mais objetiva, que ele chama de científica, mais propriamente²⁹.

A classificação de Werner Goldschmidt, contudo, é *sui generis*, pois, ele parte das chamadas fontes de conhecimento do direito para identificar as escolas. São três as fontes e três as escolas.

Goldschmidt propõe que a classificação abranja três grupos de doutrinas: as unidimensionais, que se subdividem em "normológicas", ligadas à norma; "dicológicas", ligadas à política do direito, e "sociológicas", ligadas aos fatos sociais. As bidimensionais, que designa por normo-sociológicas, que têm como paradigma o historicismo jurídico, mormente em Savigny e, finalmente, as tridimensionais, que procuram unir a norma, com os fatos sociais e a idéia de justiça. Convém observar que

²⁸ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à Ciência do Direito*. 2ª ed. Rio: Forense, 1960, p. 134.

²⁹ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Formas e Aplicação do Direito Positivo*, São Paulo: Editora RT, 1969. p. 50.

seu tridimensionalismo é muito diferente da teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale. Em Goldschmidt não aparece a dialética da implicação-complementaridade.

O que parece incontroverso em todos os autores é que a idéia do direito como norma tem uma dimensão gnoseológica, que é, na verdade o objetivo das chamadas escolas hermenêuticas. Compreender, pois, o direito como norma, mesmo que não apenas em uma dimensão normativa, é o escopo da teoria da interpretação.

Talvez, posição um pouco destoante do todo esteja justamente em Kelsen, que sobre ser formalista, faz uma crítica da ciência jurídica tradicional e ao dogma da subsunção como única forma de solução de casos concretos. Kelsen entende que nem sempre a lei aplicada ao caso concreto pode fornecer, em todas as situações, uma única solução justa. Ele ressalta o papel do órgão aplicador do direito, desenvolvendo a idéia de que só existe a interpretação "autêntica", à medida que toda interpretação cria o direito, por meio de um ato de vontade. É bem verdade que ele diz que esse ato de vontade está condicionado (e, portanto, limitado) pela moldura que a norma, objeto do ato de interpretação, representa.

No último capítulo da sua Teoria Pura do Direito, Kelsen fornece de certa forma um critério para a classificação das escolas hermenêuticas, tendo como base o ato interpretativo, que pode ser intelectualivo ou volitivo. Como ato de intelectualção, ele esclarece o direito posto; como ato volitivo, ele cria um direito novo.

A partir do suposto kelseniano, Luiz Fernando Coelho esboça uma classificação das escolas em intelectualistas e voluntaristas, afirmando que:

Para citar somente as escolas de características bem definidas, são intelectualistas a escola da exegese, a jurisprudência analítica, de Austin, a escola histórica, de Savigny e, bem assim, a jurisprudência conceitual dos pandectistas e germanistas. Caracterizando certa transição, situam-se a jurisprudência teleológica, de Ihering, a jurisprudência de interesses, de Heck, e a escola da livre investigação científica de Gény. As escolas voluntaristas mais importantes são a escola do direito livre, de Ehrlich e Kantorowicz, a escola do direito justo de Fuchs e Stammler, a Teoria Pura do Direito, de Kelsen, a jurisprudência sociológica dos juristas norte-americanos, a escola do realismo jurídico, norte-americana e escandinava, o intuicionismo jurídico de F. Dualde, o racionalismo jurídico de Recaséns Siches, o culturalismo egológico, de Cossio e as demais escolas tridimensionalistas.³⁰

Coelho, contudo, traz outra proposta para uma classificação das escolas hermenêuticas, que a despeito de não representar seu pensamento atual, depois da *Teoria Crítica do Direito*, ainda me parece muito coerente com a tentativa de abarcar a questão de forma didática.

Ele procura fugir dos parâmetros tradicionais e lança mão de critérios que, para a época em que surgiu a segunda edição de sua *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, foram bastante controversos. Hoje, estabeleceram-se no senso comum teórico.

Sua classificação toma por base os planos do conhecimento jurídico em sentido próprio, considerando que as escolas hermenêuticas, ou enfatizam o princípio jurídico, consubstanciado nas formas normativas de expressão, ou o conteúdo destas, vale dizer, a matéria social e axiológica que tem por referencial as normas objeto da interpretação.

Assim ele propõe a divisão em dois grandes grupos de escolas, "a que denomina *dogmáticas* e *zetéticas*, mas que, seguindo os paradigmas epistêmicos descritti-

³⁰ COELHO, L.Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. 2ª ed. Rio: Forense, 1981. p91.

vos do pensamento jurídico tradicional, podem ser ultrapassadas por uma hermenêutica de orientação crítica, fundada em uma epistemologia construtiva".³¹

Ao tratar mais especificamente das que denomina Escolas dogmáticas e zetéticas de interpretação jurídica, Coelho denuncia que as diversas classificações, na realidade, refletem um dualismo metodológico, que tem como referência, ou a atitude racionalista ou empirista em face do direito:

o que repercute em atitudes opostas quanto à norma jurídica: de um lado a idéia de que o direito encerra certos princípios de validade apriorística a serem preservados, cabendo ao intérprete descobri-los nos enunciados normativos e aplicá-los às situações cambiantes da vida; de outro lado, a idéia de que o direito é instrumento para a consecução de certos fins, os quais estão intimamente relacionados com os dados fáticos, tais como a história, a religião, a raça, o clima, as ideologias, etc.

Ou o intérprete procura então descobrir os princípios gerais e preservá-los a despeito das mudanças sociais, ou procura adaptá-los e, de certa forma, subordiná-los àqueles dados da experiência histórica. Esse dualismo possibilita o agrupamento das escolas hermenêuticas segundo duas orientações fundamentais, a dogmática e a zetética. A orientação dogmática decorre da concepção tradicional de que o direito está, todo ele, contido nas leis; assim, a função do intérprete passa a ser unicamente a de adequar o fato à lei, mediante o procedimento lógico da subsunção, o qual tem o método racional-dedutivo por basilar; essa orientação experimentou sempre considerável recrudescimento nas épocas das grandes codificações e compilações, quando os juristas tendem a crer que a função do intérprete não é senão a de subsumir os casos concretos à lei, isto é, de colocar os fatos da vida sob a regência das leis vigentes. O pensamento jurídico fica dominado pela idéia de omnicompreensão da lei, a idéia de que a lei resolve tudo - o fetichismo da lei. A história do direito o comprova.³²

Após breve apanhado histórico, Coelho, afirma que:

³¹ COELHO, L. Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. 2ª ed. Rio: Forense, 1981. p. 191

³² _____. p. 192

“As escolas hermenêuticas de orientação dogmática podem ser classificadas segundo o modo como concebem o princípio e, assim, temos uma dogmática legalista, para a qual o princípio dogmático é a *lei*; uma dogmática conceitualista, onde é identificado no *conceito jurídico universal*, racionalmente inferido das normas positivas de toda espécie; e uma dogmática analítica, onde o princípio se identifica com algo metafísico como *a vontade do soberano*, ou no postulado lógico-formal.

Essas três orientações são representadas, respectivamente, na França, pela escola da exegese, no mundo germânico pela escola de Jurisprudência conceitual e, no sistema da *common law*, pela escola da Jurisprudência analítica.”³³

Coelho aponta, todavia, a zetética como uma orientação oposta, afirmando que ela agrupa as escolas que reagiram aos exageros do dogmatismo exegético, conceitualista e analítico, tentando superá-los por meio de uma oposição a qualquer forma de apriorismo no direito. De outro lado, mostra a orientação zetética como uma forma de teleologismo, ou seja:

os enunciados normativos, a linguagem do direito, jamais devem fundamentar decisões que não se coadunem com esses fins, os quais se inserem no contexto da vida social. Ficava destarte proscrito o princípio dura *lex, sed lex*; em lugar de extrair do texto frio da lei os mandamentos que nela se contêm, os juristas que se opuseram ao dogmatismo se firmaram na idéia de que a lei é um instrumento a serviço do homem. Se é verdade que o homem deve submeter-se à lei, não deve ela ser um estorvo, um entrave na sua vida e na vida da comunidade, mas deve constituir algo que contribua para a consecução dos objetivos visados pelo ser humano. Mais ainda, o direito existe para a sociedade e não esta para o direito. O fim é um princípio valorativo do ponto de vista prático, sem a preocupação ética, ensina Max Ernst Mayer; implicando uma referência à vontade, o fim só pode ser situado como tal para alcançar ou evitar uma vontade. Em relação ao fim, ao mesmo tempo que não é possível prescindir-se das idéias, não se evidencia necessário a realização destas, eis que a idéia, como tal, não se dirige à vontade, não induz a vontade à realização de atos. Já os ideais resultam da união entre uma idéia e um fim. O ideal tem por conseguinte para o direito o papel de uma ideologia, isto é, a ordem jurídica tende à realização de um ideal, vale dizer, um fim, compreendido em uma idéia. Todos os ordenamentos jurídicos históricos tiveram o sen-

³³ COELHO, L. Fernando. “Lógica Jurídica e Interpretação das Leis” Rio, Forense, 1981 2ª ed. p. 194 e 195

tido de satisfazer determinados fins, como exigências do bem comum. O próprio Kelsen, cujo purismo epistemológico repelia qualquer referência ideológica ao direito, admitia a possibilidade de considerar o direito um meio para um fim. Se o direito, na perspectiva da teoria pura, é resultante de atos de coerção, tendo por função regulamentar o emprego da força nas relações mútuas entre os homens, infere-se que o direito existe em função de uma diretriz, qual seja, a paz.³⁴

Aparece muito nítida a perspectiva teleológica da abordagem formulada por Coelho, e vale ressaltar que realmente o finalismo é uma corrente difusa em toda a teoria do direito. Não aparece formulado de maneira integral em nenhuma das escolas hermenêuticas, a contrário das orientações puramente dogmáticas.

É possível afirmar que apenas com o sociologismo no século XIX é que a orientação teleológica adquire pleno desenvolvimento. Tem-se, contudo, como pacífica a idéia de que foi Ihering seu precursor, mas o exegetismo só foi abandonado pelo teleologismo na obra de François Géný.

Coelho chega a comparar o dualismo metodológico manifestado na orientação dogmática e zetética com a referência kelseniana aos sistemas intelectualistas e voluntaristas. Observa, contudo, que muitas escolas configuram o meio termo, consagrando em alguns aspectos, as duas orientações. Importante, ademais, é a observação que faz quanto à ressalva que deve ser feita ao radicalismo metodológico da escola da exegese, tendo seu oposto em versão extrema na escola do direito livre. Tal ressalva presta-se a enfatizar que em quase todas as outras orientações a atitude de enfatizar o direito expresso nas suas fontes tradicionais, como fator de certeza e segurança nas relações jurídicas está subordinada às exigências históricas de justiça.

³⁴ COELHO, L. F. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. 2ª ed. Rio: Forense, 1981. p.195-6.

Sua classificação toma corpo, assim, em uma preocupação que demonstra em discernir o que chama de certa orientação prevalecente em cada uma das escolas a que atribui orientação zetética. Isso possibilitou dar ênfase, além da hermenêutica teleológica, em sentido estrito, a mais dois grupos gerais, quais sejam o que designa por escolas sociológicas, nas quais prepondera o meio social como fonte do direito, e o grupo das escolas realistas, com preponderância do chamado "direito efetivo", ou seja, aquele direito que se revela nas decisões judiciais, também designado por "direito em concreção".

A partir disso elabora a seguinte classificação: escolas de orientação dogmática, teleológica, sociológica e realista.

A dogmática está presente principalmente na escola da exegese, mas também no chamado conceitualismo, tanto pandectista, quanto germanista, e, ainda, na escola de Jurisprudência analítica.

A teleológica caracteriza um espécie de transição, abrangendo a Jurisprudência teleológica (Ihering) e a Jurisprudência de interesses (Heck).

A sociológica começa mais propriamente na escola da livre investigação científica, mas tem sua mais veemente manifestação na escola do direito livre e na Jurisprudência sociológica nos Estados Unidos da América.

O realismo, que segundo Coelho parece catalisar a ciência jurídica contemporânea, aparece de forma mais expressiva nas escolas norte-americana e escandinava. Contudo, a orientação realista também pode ser encontrada no pensamento inglês, espanhol, italiano e latino-americano. O autor chega a falar em um "realismo

culturalista”, no qual a preocupação hermenêutica, segundo ele, é particularmente o centro das investigações de Recaséns Siches, com a chamada “lógica do razoável”.

É de se concordar com Coelho nesse sentido. Acrescentaria, contudo, ao chamado realismo culturalista latino-americano, também Miguel Reale, sobretudo a partir da sua obra *Fontes e Modelos do Direito. Para um novo paradigma hermenêutico*, quando demonstra como se deve compreender a estrutura do processo hermenêutico. Diz, Reale, que no fundo:

é corolário de novo conceito de *racional*, quer se fale em *Lógica do razoável*, à maneira de Recaséns Siches, Luigi Bagolini ou Chaim Perelman, quer se considere, consoante *me* parece mais plausível, que o *razoável* é uma *das* formas do *racional*, podendo ser melhor compreendido como *conjetural*, tal como exponho em meu livro *Verdade e Conjetura*. Não se trata de voltar, evidentemente, à *razão histórica absoluta*, predeterminadamente englobante, nos estilos da Filosofia hegeliana, mas sim de admitir que o mundo histórico é uma *totalidade de sentido*, cujas objetivações intencionais, ou cujas intencionalidades objetivadas continuam, porém, sempre na dependência das fontes individuais *outorgadoras de sentido*, as quais continuamente renovam o quadro das criações humanas. Assim sendo, a *razão histórica*, de que falo, é uma *razão problemática e conjetural*: ao *historicismo lógico-unitário* de Hegel sobrevem um *historicismo axiológico-plural*, cuja unidade dinâmica é dada pela referência à fonte projetante ou instituidora de valores que é a *pessoa humana*. Nesse contexto, a tarefa interpretativa deixa de ser um jogo formal de esquemas e figuras, para tornar-se um empenho fundamentalmente ético, graças aos ‘modelos hermenêuticos’ exigidos pela Ciência Jurídica em sua tarefa de modelagem ética da experiência.³⁵

O que Reale designa por “modelagem ética da experiência” parece-me caber inteiramente na idéia de um realismo culturalista.

³⁵ REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito. Para um novo paradigma hermenêutico*, S. Paulo: Saraiva, 1994. p. 110 –111.

Porém, é de fundamental importância anotar que a concepção realiana está fundada no conceito de *interpretação estrutural*, que deve ser compreendido, tal e qual o autor o formula. E é interessante que na recente obra citada, Reale consegue de forma abrangente construir dez modelos hermenêuticos do Direito, do tipo metodológico, a partir do conceito de estrutura, mas só compreensíveis em função e em razão da experiência jurídica.

As diretrizes desses modelos são as seguintes:

a) A interpretação das normas jurídicas tem sempre caráter *unitário*, devendo suas diversas formas ser consideradas momentos necessários de uma unidade de compreensão (*Unidade do processo hermenêutico*).

b) Toda *interpretação jurídica* é de natureza axiológica, isto é, pressupõe a valoração objetivada nas proposições normativas (*Natureza axiológica do ato interpretativo*).

c) Toda interpretação jurídica dá-se necessariamente em um contexto, isto é, em função da estrutura global do ordenamento (*Natureza integrada do ato interpretativo*).

d) Nenhuma interpretação jurídica pode extrapolar a estrutura objetiva resultante da significação unitária e congruente dos modelos jurídicos positivos (*Limites objetivos do processo hermenêutico*).

e) Toda interpretação é condicionada pelas mutações históricas dos sistemas, implicando tanto a intencionalidade originária do legislador quanto as exigências fáticas e axiológicas supervenientes, em uma compreensão global, ao mesmo tempo retrospectiva e prospectiva (*Natureza histórico-concreta do ato interpretativo*).

f) A interpretação jurídica tem como pressuposto a recepção dos modelos jurídicos como *entidades lógicas e axiológicas*, isto é, válidos segundo exigências racionais, ainda que sua gênese possa revelar a presença de fatores alógicos (*Natureza racional do ato interpretativo*).

g) A interpretação dos modelos jurídicos não pode obedecer a puros critérios da Lógica formal, nem se reduz a uma análise lingüística, devendo desenvolver-se segundo exigências da *razão histórica* entendida como razão problemática ou conjetural (*Problematicismo e razoabilidade do processo hermenêutico*).

h) Sempre que for possível conciliá-lo com as normas superiores do ordenamento, deve preservar-se a existência do modelo jurídico (*Natureza econômica do processo hermenêutico*).

i) Entre várias interpretações possíveis, optar por aquela que mais corresponde aos valores éticos da pessoa e da convivência social (*Destinação ética do processo interpretativo*).

j) Compreensão da interpretação como elemento constitutivo da visão global do mundo e da vida, em cujas coordenadas se situa o *quadro normativo* objeto da exegese (*Globalidade de sentido do processo hermenêutico*).³⁶

O posicionamento de Reale, no sentido de uma "dialecicidade axiológica da experiência jurídica" não é, por óbvio recente, e esteve sempre presente na sua obra, principalmente, no contexto de uma normaticidade dialética do direito. Interessante, todavia, que ele dá à dialética um cunho axiológico e ao mesmo tempo afirma categoricamente que tal dialeticidade axiológica está na experiência jurídica.

Fica bem mais nítida sua postura, ainda, quando afirma que os paradigmas axiológicos representam a alma vivificadora das normas jurídicas.³⁷

Ainda sob a perspectiva de um realismo jurídico culturalista, no Brasil, é importante a obra de Nelson Saldanha, que se posiciona de forma absolutamente contrária a qualquer teoria que abstraia o conteúdo axiológico e histórico do Direito.^{38 39}

Saldanha ressalta que:

o plano em que se situam as questões hermenêuticas corresponde basicamente ao campo da epistemologia – embora o surgimento de uma 'filosofia hermenêutica' tenha constituído em vários pontos uma contraposição à epistemologia tradicional.

O enfoque hermenêutico, na realidade, implica sempre ou quase sempre uma perspectiva histórica; ao mesmo tempo conota problemas axiológi-

³⁶ REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do Direito. Para um novo paradigma hermenêutico**, S. Paulo: Saraiva ed., 1994. p.115 – 116.

³⁷ _____. p. 115 - 116.

³⁸ SALDANHA, Nelson. **Da Teologia à Metodologia**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993.

³⁹ _____. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

cos... Entretanto, cabe acentuar que é no 'momento' interpretativo que se coloca o problema da chamada *verdade jurídica*... Como em toda a hermenêutica moderna persiste um componente de relativismo, a filosofia hermenêutica favorece a idéia de que a verdade jurídica é sempre algo aproximativo, algo sempre passível de contestação ou de revisão – quer em termo de reexames oficiais dentro de 'instâncias' superpostas, quer em termos doutrinários dentro do processo normal de repensar teorias e conceitos.

A hermenêutica (recordemos o caráter hermenêutico que alguns atribuem ao pensamento de Nietzsche) não se pende a uma verdade inconcussa nem definitiva; sim à busca de significações que são correlato de expressões e que em princípio esclarecem a relação entre o homem e as coisas, entre o homem e as normas, entre normas e valores.⁴⁰

Outra observação relevante de Saldanha está no fato de que ele relativiza o momento hermenêutico, trazendo a questão para limites realistas. Entende que é de se ponderar que não se pode levar ao extremo a idéia de que a norma não existe senão a partir da sua aplicação. Para ele, a norma existe mesmo antes do momento hermenêutico e observa:

(outra coisa será dizer-se que sua elaboração envolveu uma hermenêutica). Ela, como norma, não resulta da hermenêutica. Mesmo distinguindo entre a lei como expressão formal e a 'norma' como seu conteúdo, não se pode negar que esta se encontra dentro da vigência daquela. Mas existe na norma uma espécie de solicitação hermenêutica. Ela possui aplicabilidade, ou seja: ela é em potencial uma referência para os casos a que pretende aplicar-se (este fato óbvio vem antes do problema da existência de uma *voluntas legis*).⁴¹

⁴⁰ SALDANHA, Nelson, "Filosofia do Direito", Renovar, RJ, 1998.p.197-198

⁴¹ _____, p.199.

Discordo, parcialmente, de Saldanha nesse particular, pois que a chamada existência da norma a que alude é puramente abstrata, e, é por aí que, a meu ver, a sua teoria não se liberta da tendência formalista (que, aliás, paradoxalmente, é tema de suas maiores críticas), atribuindo à norma uma espécie de realidade técnica. Também é possível deduzir da sua concepção limitativa do momento hermenêutico que, apesar de formular uma teoria historicista-axiológica, não consegue afastar de seus pressupostos o *a priori* formal.

É de questionar, pois, se não existe uma certa contradição na postura adotada por Saldanha, pelo menos se feita uma análise de sua obra, em sentido amplo, e uma consideração específica de sua *Filosofia do Direito*.

Acredito que sim, mesmo porque, de certa forma toda a perspectiva culturalista, ainda que classificada como uma espécie de realismo, não escapa ao paradigma kantiano.

Todavia, a crítica que se pode fazer está muito limitada às próprias circunstâncias em que o próprio culturalismo se insere. Na verdade, a perspectiva axiológica, histórica ou experiencial do direito, em-si, não afasta o paradigma sistemático, e, este, pressupõe, a aceitação de pontos de partida inquestionáveis. A inquestionabilidade dos princípios ou normas é um dogma do direito. Mas é um dogma de qualquer sistema, sem o qual não se tem sistema algum.

Daí vai que não basta ubicar o direito na história, ou considerá-lo um fenômeno social, ou mesmo, uma construção sujeita a valores. De qualquer maneira, a norma jurídica não é um fenômeno social, mas sempre uma construção conceitual, ou sobre fatos e valores, ou produto de uma pura abstração. É, pois, um conceito e,

como tal, em qualquer medida só tem sentido enquanto e quando aplicada. Se possui vida, antes, parece-me despiciendo investigar, já que a existência precede a essência e, assim considerando, o existir da norma, a meu ver, só se configura em uma perspectiva de concreção.

O jurista deve resistir à sedução ontológica. Mas as teorias progridem sempre até o ponto em que encontram a *barreira do ser*. É preciso romper essa barreira e tentar alcançar o *sentido da existência*.

O dilema que se apresenta é sempre muito complexo. Até mesmo porque a hermenêutica como processo deve ser objeto mesmo de uma discussão paradigmática, que na história do direito não está apenas na eterna discussão sobre onde colocá-lo: no *ser* ou no *dever-ser*? Está, mesmo, além dessa polêmica, pois, creio, mais entre se descobrir o *ser* do direito ou o seu *existir*.

Não tenho dúvidas que a existência do direito, ou o direito enquanto fenômeno, são questões muito difíceis de se abordar em qualquer círculo jurídico, já que, antes é preciso "tirar o véu" do direito, e tentar ver que, como disse antes, ele não existe. O que existem são significados (normas) que representam uma ideologia. Mesmo os valores, em verdade, são significados que representam uma ideologia.

Então, o que existe? Já se disse neste trabalho. A vida humana em relação, que se projeta nas estruturas da sociedade, representadas pela família, pela igreja, pelos partidos políticos, pelos sindicatos, pelas associações, enfim por todas as instâncias de manipulação que, dotadas de certo poder, exercem um saber e, bem assim, constituem, por meio de um ritual simbólico, os códigos da própria vida não-

selvagem, estabelecendo o significado do bem e do mal, do certo e do errado, do belo e do feio.

Nesse passo, o direito, mas, não só o direito, também os valores de uma sociedade em dado momento histórico, e, em particular, de uma pessoa, no âmbito da vida privada, formam o conjunto de uma representação simbólica do sentido da vida, dando a falsa impressão que são dotados de um *ser próprio*, quando não é o que ocorre.

Por isso, as teorias jurídicas, de forma geral, sustentam que a norma existe. Melhor seria então dizer que a norma *está no mundo*, porque o poder ali as colocou, como representações ou decodificações de um determinado querer-ideológico.

De maneira parecida, os algarismos representam idéias. São formas de se decodificá-las ou pô-las no mundo. Mas, certamente, não existem.

Não se questiona, é bom deixar muito claro, a necessidade das normas. O que se põe em debate é justamente o seu real sentido. Se atribuo vida a uma simples representação, corro o risco de inverter o processo de conhecimento e acabar por acreditar mesmo que o que existe é o símbolo e não o que ele verdadeiramente representa.

O processo hermenêutico, quando ressalta o caráter histórico e axiológico do direito, deve assumir o papel mesmo de dar vida às normas, e isso só é possível se não se cair na tentação ontológica.

Nesse compasso, as teorias hermenêuticas que atribuem relevância ao conteúdo ideológico e social do direito, são zetéticas, e o são, à medida que não aceitam

de forma neutra a idéia de princípio jurídico. As teorias zetéticas estão embasadas na idéia de movimento e conteúdo do direito.

Mas, mesmo no plano da orientação zetética, existe uma grande divergência no que se refere ao conteúdo do direito. A sua mutabilidade, acredito, é ponto comum em todas as orientações.

No que se refere ao conteúdo, a discussão vai girar sempre em torno do conceito de direito como experiência (por óbvio, do que realmente é experiência), do conceito de valores, de sociedade, de fatores psicológicos e lingüísticos.

Assim é que Coelho chega a classificar a interpretação zetética em três orientações: a teleológica, a sociológica e a realista.

Mas o próprio Coelho ressalta que tanto as escolas dogmáticas como as zetéticas, são questionadas pela *Teoria Crítica do Direito*, que:

colocando-se sob o ângulo de um saber ao mesmo tempo crítico e prospectivo, pretende introduzir uma terceira orientação que denomina *crítica*, mas que pretende ser transformadora, em seus resultados operacionais relativos à ordem jurídica e social. No que tange às escolas de orientação dogmática, esta hermenêutica crítica revela que, deixando de considerar os aspectos éticos da ordem social e jurídica, garantida e legitimada pelo princípio jurídico, elas na verdade colocam o direito e a Jurisprudência a serviço, não da paz, da ordem, da segurança, da liberdade e da justiça, dos valores jurídicos enfim, mas das pessoas que se beneficiam da ordem social que deve ser mantida e a cujos interesses convém que permaneça inalterada; e em detrimento das grandes massas de pessoas alijadas dos benefícios da cultura e da civilização, as quais têm interesse, não na manutenção do *status quo*, mas na sua transformação no sentido de uma distribuição mais equânime dos bens, pelo menos desses bens considerados essenciais à sobrevivência e à dignidade.

Quanto à hermenêutica de orientação zetética, a teoria crítica revela que suas diversas escolas, embora subordinem declaradamente o princípio dogmático a considerações político-sociais, acabam por reduzir-se a um dogmatismo encoberto; em outras palavras, seus pressupostos são dogmáticos, pois, nenhuma dessas escolas consegue desligar o direito da idéia de ordem vinculada à estaticização da sociedade, e nem da noção idealista, anacrônica e

evidentemente falsa, do estado como entidade situada acima da ordem social e neutramente responsável por ela.[...]

A crítica do direito constata que as escolas tradicionais de hermenêutica jurídica servem na realidade para legitimar a ordem real, qualquer que ela seja; o recurso à equidade, à justiça e ao direito natural, reduz-se a mero instrumento retórico para impor uma ideologia e ocultar a realidade, que deve permanecer inalterada. E isto a história comprova, pois nenhuma doutrina jurídica conseguiu até agora fazer com que os fracos e oprimidos deixassem de sê-lo; e o mundo está aí, com suas guerras, com o subdesenvolvimento e a fome, com a exploração dos pobres, indivíduos e povos, com a dominação de uma parte do mundo por alguns estados, isso tudo em nome da liberdade, da dignidade e do respeito pela pessoa humana. E o alheamento do jurista em relação a esse quadro faz parte da ideologia da manutenção da ordem social, pois o jurista é homem que pensa, que tem as melhores condições de enxergar um palmo diante do nariz, mas a divisão do saber, excluindo do pensamento jurídico a preocupação ética, faz com ele deixe esta tarefa de pensar a ordem real de que o direito é a ordem conceitual, para os políticos e politistas, senão para os tecnocracias.

O plano crítico do conhecimento jurídico pretende justamente integrar o jurista neste processo de pensar criticamente o direito e a sociedade.⁴²

Tendo, assim, colocado a questão da hermenêutica de forma a demonstrar a possibilidade de uma classificação não tradicional das chamadas escolas, entendo que é necessário, antes de traçar uma retrospectiva das escolas de modo a proporcionar uma compreensão mais abrangente do problema, verificar como se processa a interpretação no direito, a partir do estudo dos seus procedimentos.

A idéia central deste trabalho não é trazer a polêmica que se trava sobre a própria classificação dos procedimentos, dado que, a meu ver, esse caminho seria tortuoso e infértil, uma vez que a postura que desde o início adotou-se foi a de abandonar a perspectiva estática do direito, procurando trazer à tona sua dimensão dialética e crítica.

⁴² COELHO, L. Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. 2ª ed Rio: Forense, 1981. p. 197/198.

No entanto, sempre é interessante observar que tradicionalmente a hermenêutica jurídica tem a questão dos chamados procedimentos como o objeto mais relevante da sua investigação.

Assim é possível dizer que a óptica sobre os procedimentos tem variado no curso da história conforme a predominância dos sistemas de interpretação. Vou ainda mais longe: parece-me que esteve sempre condicionada aos próprios paradigmas da ciência jurídica.

Observo, ainda, que um grande número de procedimentos chegou a ser objeto das mais variadas e controversas classificações, quase sempre a partir de uma visão linear do direito e sua história.

Uma perspectiva do fenômeno jurídico em sua totalidade e movimento nos leva a considerar ultrapassada a questão, que no senso comum teórico dos juristas permaneceu sempre como uma pura questão de método.

Este trabalho pretende atribuir validade a todos os procedimentos construídos pela hermenêutica, porém rejeita-os como simples métodos, entre os quais o jurista deve optar no momento da interpretação. A escolha de um, excluiria o outro, por consequência lógica.

Na prática as coisas não sucedem dessa maneira. O jurista vale-se dos procedimentos em sua totalidade, sem prévia exclusão, e atribuem maior relevância a um ou outro, conforme a localização da norma jurídica interpretada no chamado ordenamento.

A questão dos procedimentos é importante só e apenas à medida que pode facilitar a compreensão do sentido das chamadas escolas hermenêuticas. Fora disso, apresenta-se como um simples roteiro metodológico, que, sabe-se, não representa a *praxis* do direito em concreção.

Não me parece que haja qualquer dúvida quanto ao fato que a interpretação objetiva a norma jurídica. Daí porque disse antes que a questão dos procedimentos é, acima de tudo, paradigmática. Não basta que o jurista tenha o repertório dos métodos, é muito importante que tenha a consciência de que toda interpretação, por um lado, investiga a intenção da expressão normativa que afeta aqueles a quem ela se destina; e, por outro, procura efetuar a aplicação da norma de forma correta à coletividade.

Daí vai que existem critérios para classificar os métodos de interpretação no direito. Neste aspecto é bom recorrer à lógica e seus princípios como a compreensão e extensão dos conceitos. Saliento que não pretendo reduzir o direito à sua dimensão lógica. Mas, também, não dispenso, aqui, a contribuição da lógica, uma vez que, desde o início sempre reduzi a norma em-si a um conceito. E, se assim é, também é coerente que o estudo da norma se faça tal e qual o estudo dos conceitos em geral.

Coelho observa com propriedade que:

“Em um conceito, a compreensão diz respeito aos elementos significativos que lhe formam o conteúdo e a extensão ao número de objetos aos quais se aplica. A lógica de Port-Royal define a compreensão de um termo geral como o conjunto de atributos que esse termo encerra, ou – como expressam os autores – o conjunto de atributos que não poderiam ser removidos sem comportar a destruição da idéia... A extensão de um termo, por outro lado, é o

conjunto de coisas às quais é aplicável o dito termo, ou – como expressaram os lógicos a um par de séculos – o conjunto de seus inferiores”⁴³

Na atualidade tem se recuperado o sentido lógico da compreensão e da extensão como uma relação lógica que se verifica entre o significado de um termo e a sua abrangência em função desse significado. Assim é que o conceito que seja pobre em conteúdo aplica-se a um número infinito de objetos. A consequência disso é que vai ocorrer um espécie de agregação de elementos novos, diminuindo o número de objetos em condições de integrarem o conceito.

Dessa forma, um conceito que só se aplica a um objeto acabará por ter uma compreensão extensa, possível de representar detalhes daquele objeto a que se aplicou, revelando suas características. Neste fato está a regra lógica da proporcionalidade inversa da compreensão e da extensão que afirma: *a compreensão de um conceito é inversamente proporcional à sua extensão.*

Assim, quanto mais pobre for o significado intrínseco de um conceito – a compreensão – tanto mais ampla será sua extensão. Analogamente, podemos ter como princípio que as normas jurídicas de caráter mais geral (as constitucionais, por exemplo), são mais pobres de conteúdo do que as regras do direito civil, e por isso, têm aplicabilidade muito mais ampla do que estas.

Mas se considerarmos a totalidade do direito privado, notaremos que o direito comercial e o direito do trabalho, que se referem a categorias específicas de relações jurídicas, são bem mais complexos do que o direito civil (*jus commune* por excelên-

⁴³ COELHO, L. Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis* 2ª ed Rio: Forense, 1981. p. 177 e segs p. 205, citando William y Martha Kneale, *El Desarrollo de la Lógica*.

cia) que se aplica subsidiariamente às relações de comércio e de emprego não previstas pelo legislador.⁴⁴

Tais considerações são importantes para que se possa entender uma das diversas regras básicas da interpretação no direito: *exceptiones sunt strictissimae interpretatione*.

A aplicação dessa regra implica que as leis gerais devem ser interpretadas extensivamente, enquanto as leis especiais e também as excepcionais, de forma restritiva. A mesma regra lógica que se fundamenta na relação entre a compreensão e a extensão fundamenta outra regra da interpretação no direito, que enuncia que as disposições derogatórias do direito comum devem ser interpretadas de maneira restritiva.

Tendo, a meu ver, por demonstrado a importância do recurso à relação lógica entre a compreensão e a extensão para a interpretação no direito, entendo que os conceitos lógicos referidos podem servir de base a uma classificação dos procedimentos.

Assim, quanto à compreensão (que objetiva discernir na norma o seu sentido intencional) temos a interpretação *filológica, lógica, histórica e sistemática*.

Coelho acrescenta aos critérios lógicos, o que ele chama de *critério do fundamento*, que, segundo ele, refere novamente ao problema das escolas hermenêuticas. Daí que formula a classificação, que ora adoto, por entender que possibilita, tanto uma visão didática da interpretação quanto uma postura consciente de que os para-

⁴⁴ COELHO, L. Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. 2ª ed. Rio: Forense, 1981. p. 205 - 206.

dogmas da ciência jurídica determinam a visão que se tem do processo interpretativo e, por conseqüência, do direito como um todo.

Agrupam-se, pois, os procedimentos, a partir da óptica sobre os planos do conhecimento do direito, de acordo com as orientações *dogmática, zetética e crítica*.

A presente postura não exclui, por óbvio, a possibilidade de que outros procedimentos possam ser estabelecidos, mas de maneira geral pode-se aceitar as três orientações propostas como suficientes, dentro dos objetivos e, principalmente, da filosofia que inspira este trabalho.

Falou-se da compreensão e do fundamento, que extrapola a lógica. É necessário ainda esclarecer que segundo o critério da extensão os procedimentos podem tipificar a interpretação como *declarativa, restritiva e extensiva*.

É possível, ainda, no afã de dar maior abrangência à classificação, falar de uma interpretação segundo o *sujeito*. Nesse sentido, pode ser operada por um órgão público (autorizado pela ordem jurídica) e pelas pessoas, em particular, aptas juridicamente a interpretar a norma. Daí se pode falar em uma interpretação *pública e privada*. A interpretação pública pode ser subdividida em autêntica ou legislativa (judicial e administrativa) e a interpretação privada, pode ser própria ou imprópria, segundo o agente. Assim, será imprópria aquela levada a efeito pelo jurista não autorizado, e própria, por aquele autorizado. A interpretação própria comporta ainda uma outra subdivisão, aquela de natureza doutrinária e a de natureza casuística.

Ultrapassada a questão do enfoque classificatório, vamos esboçar os chamados métodos da interpretação, segundo os critérios propostos.

3. O critério da compreensão

3.1. Interpretação filológica

A interpretação filológica tem por escopo descobrir e fixar o sentido da norma interpretanda, sempre tendo como referência as palavras que formam sua expressão. Essa espécie de interpretação também é conhecida como literal e gramatical.

A interpretação filológica, levando em consideração que toda norma jurídica é construída de acordo com certos usos da linguagem social, que formam o que se designa por linguagem natural, pretende fazer com que o sentido da lei e os usos da linguagem guardem coerência.

Esses usos e o próprio sentido da norma são levados em conta pela interpretação, tanto no aspecto histórico, atendendo à vontade do legislador (*mens legislatoris*), quanto no aspecto do próprio sentido da linguagem, para tornar possível a compreensão do sentido da própria lei (*mens legis*).

Essa espécie de interpretação trabalha com os elementos gramaticais da linguagem (daí o seu nome), procurando extrair, no plano da semântica, o significado da expressão normativa. Aparece já na interpretação literal o uso de elementos lógicos, com vistas a descobrir o contexto das palavras em relação aos usos da linguagem social.

O procedimento filológico, embora surgido antes, atingiu seu ápice no século XI, na escola de Bolonha, com os glosadores e os pós-glosadores. Os comentários dos glosadores (Irnério, Búlgaro, Martinho, entre outros) de natureza interpretativa

sobre textos jurídicos romanos, que depois do século XVI foram reunidos com o nome de *Corpus Juris Civilis* tinham um sentido nimamente gramatical (as glosas, interlineares ou marginais).

Já, foi somente com os pós-glosadores (Bártolo, Baldo, entre outros) que se formou o *jus commune*, espécie de composição sintética do direito romano, do direito canônico, com os costumes, de modo que as regras interpretadas pelos glosadores pudessem ter aplicação.

A ciência do direito abandonou o método literal, à medida que se desenvolveu e que surgiu a necessidade de aplicação prática do direito romano, tarefa não levada a cabo pelos pós-glosadores, embora tenham contribuído para uma espécie de construção sistemática do direito comum.

Os pandectistas, dado o ambiente propício a recuperar o direito romano em sua "pureza original", trouxeram de volta o método. Atualmente, a interpretação filológica está relativizada, dado que o pensamento jurídico já ultrapassou o puro dogmatismo da escola da exegese. Outros elementos ganharam importância, levando em conta fatores históricos, sociológicos, ideológicos e filosóficos.

Na realidade, a interpretação filológica revela apenas o sentido aparente da norma. Na Jurisprudência tradicional existe uma preocupação mormente semântica com a interpretação filológica, conseqüência do que se chama de "mito da realidade experiencial do direito". O jurista parte da falsa noção de que o direito existe como um dado da experiência, que a interpretação pode identificar; diz o que é o direito à luz de sua expressão semiológica, e, vai além, procurando identificar a realidade imaginada do direito, ou seja, a sua ideologia, com dados empíricos, por exemplo, a

vontade do legislador, a intenção da lei, a vontade do estado, como se fosse possível reconstituir a vontade real de um legislador que já morreu, ou a intenção de uma realidade abstrata hipostasiada, ou mesmo a vontade de uma ficção.⁴⁵

Esse posicionamento aparece na linha do pensamento crítico, que parte da realidade, atribuindo ao elemento pragmático da interpretação filológica o plano de destaque, e deixando em lugar de menor importância a semântica das palavras da lei. Nessa óptica, a interpretação literal assume o papel de interpretação lingüística, com base na semiologia, buscando os efeitos da norma jurídica na sociedade, antes de perquirir sobre seu sentido, que é aparente. Quando a *Teoria Crítica* utiliza o recurso semiológico, afasta-se também das posições teleológicas, tendo em conta que não busca apenas os fins das expressões normativas, mas pretende atribuir ao intérprete o papel de agente transformador do direito.

Na verdade, a interpretação chamada pela *Teoria Crítica* de lingüística é também uma forma de resgatar a investigação filológica, atribuindo-lhe um sentido mais condizente com a *praxis*.

⁴⁵ COELHO, L. Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. 2ª ed. Rio: Forense, 1981. p. 209.

3.2. Interpretação lógica

Ultrapassar as palavras, esta foi a pretensão de Ihering, quando formulou seu conceito sobre a interpretação lógica, mas mantendo sempre o sentido hermenêutico comum na época, ou seja, buscar o pensamento da lei.

Na verdade, quando os autores, em geral, falam dessa espécie de interpretação, freqüentemente confundem-na com o elemento lógico da interpretação gramatical. Esse elemento (lógico) somente complementa o significado gramatical da norma, no campo da sintaxe.

Naturalmente, a interpretação lógica vale-se desse elemento lógico, mas não se reduz a ele; vai mais longe, à medida que se vale dos princípios da lógica, tanto formal quanto material.

A interpretação dessa espécie, quando se situa no âmbito na lógica formal, vale-se das regras sistematizadas pela ciência da lógica, que são o *princípio da identidade*, o *princípio de contradição*, o *princípio do terceiro excluído* e o *princípio da razão suficiente*.

Esses princípios podem ser explicados, de forma sintética, dada a natureza deste trabalho, da seguinte forma:

a) *Princípio da identidade*

Enunciado: "O que é, é, o que não é, não é", ou, utilizando a notação simbólica da lógica contemporânea: $A = A$. É um juízo analítico, dado que o atributo não está apenas contido no sujeito, mas também se identifica com ele.

b) *Princípio de contradição*

Enunciado: "O contrário do que é verdadeiro é falso". Também é possível enunciá-lo assim: "A mesma coisa não pode, ao mesmo tempo, ser e não ser". Esse princípio constitui a formulação contrária do princípio da identidade.

c) *Princípio do terceiro excluído*

Enunciado: "Entre duas proposições contraditórias, não há outra opção entre a verdadeira e a falsa'.

Utilizando-se a notação simbólica da lógica contemporânea: $A \vee \sim A$; onde \vee lê-se *ou*. Na notação polonesa: $ApNp$.

d) *Princípio da razão suficiente*

Enunciado: "Nada ocorre sem que exista uma causa (ou razão determinante)". Em outras palavras, seu enunciado significa que tudo que existe tem sua razão de ser; que todo o real é racional.

Nota-se que os princípios se implicam, sendo que acabam por se reduzir mesmo a dois, o de *identidade* e o da *razão suficiente*.

É importante lembrar que a metodologia científica fundamenta seus princípios de *causalidade*, do *determinismo natural* e de *finalidade* na regra lógica da *razão suficiente*.

O princípio de causalidade enuncia que toda mudança pressupõe uma causa. O princípio do determinismo natural enuncia que sob idênticas circunstâncias, as

mesmas causas produzem os mesmos efeitos, e o de finalidade, que toda atividade é dirigida a um fim.

Ainda convém notar que existem autores, entre eles Lalande, que discordam da classificação acima proposta para as regras da lógica formal. Ele exclui o princípio da razão suficiente, para formular o que denomina de princípio do *silogismo*, que se enuncia assim: Se *A* é *B* e *B* é *C*, então *C* é *A*.

As regras da lógica, de qualquer forma, constituem o fundamento de toda a interpretação realizada com base nos argumentos lógicos (de caráter apodítico) denominados *a fortiori*, *a maiori*, *a contrario* e *a simili*.

Esses argumentos, pelo interesse na matéria em exame, devem ser mais minuciosamente explicados. Assim, vejamos o que significam:

a) Argumento *a fortiori ratione*

Esse argumento tem duas aplicações. Uma, quando a norma autoriza algo muito importante, vale dizer, algo que tem abrangência sobre coisas menos importantes, dado que estão implícitas naquela. A consequência é que esse argumento autoriza uma interpretação da lei no que diz respeito a referir-se a coisas reputadas, pelo intérprete, como menos importantes. Em verdade, é uma aplicação do princípio latino *qui potest plus, potest minus*.

Outra aplicação do argumento vem da abrangência das proibições que a norma impõe. Significa que, se a norma proíbe uma conduta, aquelas outras menos importantes estão implícitas na *proibição* expressa.

Já se notou que o estudo do argumento *a fortiori* é muito importante para o tema deste trabalho, que se propõe a verificar a norma penal, e, por consequência o sistema penal, sob o prisma da interpretação. Veja-se que o argumento encontra limites no *princípio da legalidade*, que determina que as ações proibidas – à medida que a ordem jurídica as considera como delito – estejam tipificadas na lei (*nullum crimen sine lege*).

b) Argumentos *a maiori ad minus* e *a minori ad maius*.

As duas formas de se exprimir (ou aplicar) o argumento *a fortiori ratione* configuram os argumentos *a maiori ad minus* e *a minori ad maius*, respectivamente.

A expressão *a fortiori* é derivada do característica apodítica dos raciocínios que lhe embasam, a partir das regras lógicas da identidade e da contradição.

c) Argumento *a contrario sensu*

Esse argumento tem, também, caráter apodítico e é usado na interpretação daquelas normas que estabelecem restrições a determinadas ações, geralmente com o uso da expressão *somente* ou outra que lhe seja sinônimo. Assim, essas normas são interpretadas de modo que todas as ações que não se relacionem à palavra *somente* sejam excluídas.

O princípio da plenitude orgânica da ordem jurídica deriva desse argumento, à medida que enuncia que o ordenamento do direito é um contínuo de licitudes e um descontínuo de ilicitudes. Em outras palavras, tudo o que não está expressamente proibido na ordem jurídica, está permitido pelo direito.

Também o princípio que se deduz do adágio latino *inclusius unius, exclusius alterius* fundamenta-se nesse argumento.

d) Argumento *a simili*

Também chamado de *a simili ad simili, a pari, a pari ratione* e *per analogiam* é um raciocínio lógico que se destina a possibilitar a aplicação da lei a situações não previstas, em razão da semelhança que elas guardam com aquelas que estão previstas de forma expressa.

Esse argumento, também, no presente trabalho, merece especial atenção, à medida que a analogia é de uso muito polêmico no âmbito do direito penal.

Quando tratarmos da sua aplicação, abordaremos mais detalhadamente o tema, limitando-nos, neste capítulo a dar o sentido do argumento.

Outros argumentos, de caráter não-apodítico, utilizados na interpretação jurídica e que se valem de princípios da lógica formal, também, pela sua importância devem ser mencionados. Desde logo, contudo, é mister que se observe que normalmente se os denomina de procedimentos *paralógicos*, porque guardam mera semelhança formal com os procedimentos da lógica.

Esses procedimentos paralógicos são aqueles formados pelos argumentos *a rubrica, ab auctoritate, pro subjecta materia, ratione legis stricta* e *a generali sensu*.

a) Argumento *a rubrica*

Esse argumento nada mais é do que descobrir o significado da norma com base no título ou na súmula.

b) Argumento *ab auctoritate*

O argumento é uma referência à doutrina dos juristas e carrega o sentido de autoridade da jurisprudência.

c) Argumento *pro subjecta materia*

Está ligado à interpretação denominada de "sistemática", consistindo na descoberta da intenção do legislador, que normalmente está revelada na fase de elaboração da lei.

É utilizado, também, com o objetivo de descobrir o sentido oculto da norma, que deriva do sistema jurídico; vale dizer, o sentido da situação da lei no contexto da lei superior em que se enquadra ou do sistema de direito com um todo.

d) Argumento *ratione legis stricta*

É o argumento característico das escolas dogmáticas, tem o sentido de "argumento em razão da lei", sendo que por meio dele se dá relevância ao princípio *in claris non fit interpretatio*.

e) Argumento *a generali sensu*

Característica da interpretação extensiva, esse argumento destina-se a ampliar a aplicação da lei, em relação às situações concretas que, normalmente, poderia ser aplicada.

A interpretação lógica, contudo, visa também ao conteúdo das normas jurídicas, só aqui já estamos a falar da lógica material; não mais da lógica formal. O procedimento que visa ao conteúdo da lei é normalmente chamado de lógico-jurídico.

Os fundamentos desse procedimento não estão, é óbvio, nas regras da lógica formal, mas, normalmente nos brocardos, que têm a natureza de axiomas. Esse procedimento, que Vicente Ráo designa por processo lógico jurídico ou científico, parte do texto que examina, mas vai além dos elementos materiais que o texto lhe proporciona, quando, por processos lógicos, investiga a *ratio legis* (ou razão que justifica e fundamenta o preceito), a *vis* (ou virtude normativa do preceito, que lhe advém não da vontade subjetiva de quem o elaborou, mas da eficácia intrínseca e objetiva adquirida ao se destacar de seu autor) e a *occasio legis* (ou particular circunstância do momento histórico, que determinou a criação do preceito).⁴⁶

Para Kalinowski:

todo sistema jurídico comporta seus 'axiomas', princípios fundamentais de interpretação, por exemplo, a exigência de uma interpretação de acordo com a vontade expressa ou tácita do legislador ou com o interesse social, ou com os interesses legítimos das partes, com o justo natural, etc. Tais axiomas são completados por regras mais particulares adaptadas às características do ramo do direito que lhes concerne e transmitidos ao sistema da ciência do direito ou da prática que os tenha elaborado...Eles refletem (ou pelo menos deveriam refletir), além dos princípios supremos da interpretação do direito, a *prudência* (também chamada a justo título – "sabedoria prática") do legislador e dos que, teóricos ou práticos, o assistem ou prolongam a sua obra.⁴⁷

⁴⁶ RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 581.

⁴⁷ KALINOWSKI, George. *Introduction à la Logique Juridique* p. 161, in COELHO, L. Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis* 2ª ed. Rio: Forense, 1981. p. 214.

De toda forma, a interpretação que se fundamenta na lógica material está baseada em três elementos, derivados que são das idéias de justiça e equidade, a saber:

a) *Ractio legis*

Que significa a razão que fundamenta o preceito, justificando.

b) *Vis legis*

Elemento que diz respeito à chamada eficácia objetiva da norma que se interpreta.

c) *Occasio legis*

Elemento que representa a totalidade das causas condicionantes do preceito (circunstância histórica da norma).

A interpretação sistemática, que será objeto do próximo tópico, deriva dos procedimentos lógicos e é, inclusive, considerada como uma variante da interpretação lógica.

3.3 Interpretação sistemática

A idéia de interpretação sistemática, como mesmo a de uma interpretação lógica, vem do conceito de sistema no direito, tema já abordado anteriormente. A interpretação sistemática, então, consiste em tratar o preceito que se interpreta como elemento do sistema de normas que, por ser mais amplo, o envolve.

Não obstante muitos autores, como Vicente Ráo, Machado Neto, entre outros entenderem que a interpretação sistemática é mera derivação da lógica, a ponto de a denominarem de lógico-sistemática, é bom notar que nem sempre o simples fato dessa espécie de interpretação levar em conta o contexto da norma significa que sua natureza seja puramente lógica.

A idéia de contexto normativo pode engendrar uma perspectiva histórica e mesmo axiológica, tal como vimos nas alusões feitas ao realismo jurídico e, em especial, ao realismo culturalista.

No entanto, a meu ver o sentido que se dá à interpretação sistemática não permite que se abra o leque teórico a tal limite, um vez que, como já anotei, a idéia de sistema preside esse procedimento, ou melhor, ele só tem sentido e só existe, à medida que se vê o direito em uma perspectiva sistemática.

Mesmo que se abandone a idéia de um sistema absolutamente fechado, penso que o paradigma da lógica-analítica acaba por enfeixar essa concepção, visto que, apesar de aberto, o sistema para existir deve ter como inquestionável ao menos o seu ponto de partida.

Por fim, desde o momento em que a lógica material passa a constituir também em procedimento jurídico de interpretação, é possível enquadrar algumas concepções histórico-axiológicas como sistemáticas.

De qualquer forma, o que parece plausível é que as duas lógicas convivem em uma mesma concepção de sistema, que só pode ser substituída por outra, desde que se abandone o paradigma segundo o qual o direito está inserido em um sistema logicamente ordenado (mesmo que não pelos princípios puramente analíticos), por outro que aceite o fato de que o direito é mesmo uma estrutura conceitual de uma ordem política (aqui emprego o termo "política " em um sentido amplo, pretendendo que signifique o econômico, o ideológico, enfim toda a estrutura simbólica do saber manipulado pelo poder).

3.4. Interpretação histórica

Trata-se de um procedimento de reconstrução do conteúdo da norma com pretensão de esclarecer seu sentido. É uma espécie de reconstituição histórica da lei, por meio da análise das circunstâncias que envolveram o legislador (*mens legislatoris*)

Essa espécie de interpretação baseia-se, assim, nas chamadas fontes históricas do direito, ou seja, aquelas que formam a sua história interna e externa. No que diz respeito à história interna, as fontes são as instituições, o saber, a família, o Estado, a propriedade. O objetivo é verificar a evolução do instituto. A história externa procura denotar a evolução do direito por meio das suas fontes; tradicionalmente, a mais importante é a legislação.

A idéia de uma interpretação histórica pode engendrar dois sentidos que se contradizem. Tradicionalmente, ela se presta a verificar a *occasio legis*, ou seja as condições históricas da norma que se interpreta, de modo a permitir a compreensão do seu sentido original, a ser adaptado às situações mutantes da vida social.

Em uma perspectiva crítica, tem-se lançado mão da idéia de interdisciplinariedade para propor uma interpretação, por assim dizer, histórico-realista, que se afaste da influência da interpretação filológica-semântica, para uma filologia-lingüística. E mais, que abandone o conceito vetusto de história como relatório do que passou, para adotar um conceito mais concreto de um construir-em-devir dos chamados sistemas jurídicos históricos.

Esse devir da história implica necessariamente a inserção do direito no plano das estruturas que a ideologia permeia.

4. O Critério da extensão

O critério chamado de "extensão da lei" envolve o problema da aplicação do preceito normativo em maior ou menor amplitude. Em palavras mais simples, trata-se do problema de restringir a lei a situações declaradas de forma expressa, ou de ampliá-la a situações que não estão previstas.

O problema da extensão está condicionado a dois critérios: o critério da *mens legislatoris* e o critério da *mens legis*.

No que diz respeito a *mens legislatoris* o preceito da norma é tido como declarado, restringido ou ampliado conforme o que se chama de vontade originária do legislador. Nesse compasso, é declarativa a interpretação que se limita a revelar o conteúdo normativo de acordo com a investigação histórica.

Já, no que diz respeito à interpretação extensiva e restritiva, a situação é bem diferente. Na extensiva, atribui-se como efeito do ato interpretativo um conteúdo mais abrangente, sendo que, na restritiva, menos abrangente.

Levando em consideração o critério da *mens legis*, o preceito normativo é tido como independente da vontade do legislador; vale dizer, desde que posto na ordem jurídica, automaticamente perde qualquer liame com seu agente, assumindo seu próprio sentido.

Forçoso é reconhecer que, segundo esse critério, perde sentido a chamada interpretação histórica, já que a simples união dos métodos literal, lógico e sistemáti-

co permitiria revelar o significado – ainda que aparente – da lei. Depois, ampliá-lo ou restringi-lo, seria mera operação lógica.

Considerando, ainda, esse segundo critério, a interpretação declarativa consiste naquela em que o efeitos coincidem com o significado (aparente) denotado pela sua expressão. E a extensiva acontece quando o preceito normativo é aplicado – em consequência da interpretação – potencialmente ou atualmente a situações que não estão expressamente previstas.

Quanto à interpretação restritiva, duas situações aparecem como importantes e de consequências diferentes. Primeiro, quando a aplicação da norma, como resultado do procedimento hermenêutico, incide apenas sobre as situações que estão previstas de forma expressa (aqui, confunde-se com a interpretação declarativa). Segundo, pode ocorrer que as situações objeto do preceito sejam inferiores numericamente às que ele declara; isto ocorre pela evolução rápida dos fatos em relação à norma, o que faz com que previsões contidas no preceito, dele acabem por ser excluídas em virtude do trabalho interpretativo. Restringe-se, como consequência, o preceito.

É conveniente esclarecer que o intérprete não escolhe livremente entre a interpretação ampliativa ou restritiva. É a regra que se interpreta que condiciona a espécie de interpretação, neste caso. Alguns ramos do direito estão vinculados à interpretação extensiva, como regra geral; assim, como, por exemplo, as normas dispositivas, aquelas regras do direito civil, que por razões de ordem histórica de formação do sistema jurídico, têm o caráter supletivo no direito privado.

Já, no direito penal, a situação é diferente. Os tipos de infrações devem estar previstos no texto legal, não se podendo punir ninguém com base no critério da semelhança por extensão de seus atos com outros, definidos como delito. É o caso do princípio da legalidade; que tem a mesma aplicabilidade na esfera do direito tributário, no que diz respeito à criação dos tributos.

O direito administrativo admite a interpretação extensiva, em face do que se designa por discricionariedade⁴⁸. Contudo, a aplicação desse princípio tem limites, como por exemplo, as regras que definem o Estado de Direito.

⁴⁸ A discricionariedade administrativa é analisada sob a óptica filosófica em RÉGNIER, João Roberto Santos. **Discricionariedade Administrativa, Significação, efeitos e controle**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

5. O critério do agente

5.1. Interpretação pública

É chamada de pública aquela interpretação realizada por agentes do poder Público. A doutrina costuma subdividi-la em autêntica, judicial e administrativa.

A interpretação autêntica é denominada, também, legislativa e é aquela que é realizada pelo órgão criador da norma. Nessa espécie de interpretação, intérprete e autor da lei se identificam. Existe um subtipo dessa espécie de interpretação, que se denomina semi-autêntica. É o caso em que o agente da interpretação, mesmo que tenha a mesma autoridade do criador da norma, não é a mesma pessoa. Há, contudo, quem discorde desta classificação, entendendo que a interpretação semi-autêntica é somente aquela levada a cabo pelas partes nos negócios jurídicos ou nos convênios internacionais; no caso de inexistir consenso acerca da interpretação desses instrumentos, cabendo a cada parte atribuir ênfase ao que deseja estipular.

Coelho enfatiza com propriedade que:

Este sentido amplo da interpretação autêntica corresponde ao sistema justinianeu – que não admitia outra interpretação que não a do próprio imperador romano – e ao francês do tribunal de cassação – sistema em que o próprio legislativo institui um órgão a ele subordinado, dotado de poder jurisdicional limitado à interpretação das leis. O consenso comum dos juristas restringe o significado da interpretação autêntica àquela dimanada do legislador, mediante outra lei. Machado Neto chama à lei interpretativa, “secundária” em relação à lei interpretanda, que denomina “primária”. Assim a lei secundária estabelece normativamente o sentido da lei primária. Nesta acepção discute-se o caráter de procedimento interpretativo atribuído à interpretação autêntica, pois o sentido normativo dimanado da lei secundária vale como lei nova. Se a lei nova revoga a anterior, não ocorre interpretação, pois revogar não é interpretar; se a lei primária permanece em vigência, a teoria hermenêutica não exclui a

possibilidade de realizar-se a interpretação da norma primária em sentido divergente do contido na secundária⁴⁹.

Mais coerente é o sentido amplo que se atribui a esse tipo de interpretação. Assim é autêntica a interpretação à medida que coincidem o sujeito da interpretação e o autor da norma interpretanda.

Essa coincidência pode aparecer de três maneiras. Primeiro, quando se refere à pessoa do agente; segundo, quando se refere à autoridade do agente; e, terceiro, quando não há coincidência nem de pessoas e nem de autoridade, porém o agente da interpretação é hierarquicamente superior ao criador da norma. Nota-se, assim, que se elimina a controversa classificação de uma interpretação de subtipo neste caso, a semi-autêntica.

Já o conceito de interpretação judiciária não oferece dificuldade; uma vez que significa que o agente da interpretação tem poder jurisdicional.

A interpretação administrativa, terceira espécie de interpretação pública, é aquela levada a efeito pela autoridade que interpreta as normas que lhe cabe executar. Ela ocorre no âmbito tanto do poder Executivo, quanto no do Legislativo e Judiciário.

Coelho acrescenta ainda uma quarta espécie à interpretação pública, dizendo que na verdade se constitui em um *tertium genus*. Seria a interpretação costumeira, uma vez que se admite o costume *secundum legem* e *proeter legem* como interpretativo. Ele explica o procedimento afirmando que:

⁴⁹ COELHO, L. Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis* 2ª ed. Rio: Forense, 1981 p.221.

é privado à medida que o particular adere ao costume e participa espontânea e inconscientemente da formação da regra jurídica correspondente; mas é público, sobretudo, porque a sua normatividade só se configura em função do todo social. Define-se pois o procedimento interpretativo costumeiro como o dimanado da coletividade como um todo mediante o costume jurídico, tendo como resultado a fixação do sentido de uma norma jurídica legislativa, jurisprudencial ou doutrinária ⁵⁰

⁵⁰ COELHO, L. Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2ª ed. Rio: Forense, 1981. p.222 - 223.

5.2. Interpretação privada

Falou-se, neste trabalho, na interpretação imprópria, porém, convém esclarecer que ela não pertence à hermenêutica; é, mais, uma referência ao cotidiano, dado que qualquer um, embora não seja jurista, pode interpretar normas, e, de alguma forma, essa interpretação assume certa importância na sociedade, à medida que pode provocar atitudes em face do próprio direito, enquanto fato, e da autoridade, de maneira geral.

Na realidade, pois, só interessa ao âmbito deste trabalho a interpretação privada própria, que é a levada a efeito pelo jurista, na condição de pessoa privada.

A interpretação própria pode ser doutrinária e casuística. A doutrinária é também denominada de científica, e é obra do jurista como cientista do direito, normalmente materializada nas obras jurídicas e em pareceres.

A interpretação doutrinária exerceu papel importante na história do direito, principalmente a partir da atribuição que tinha o imperador romano de exercer o *jus respondendi* a certos jurisconsultos, para o fim de atribuir força de lei a suas opiniões (doutrina).

Já a interpretação casuística é aquela espécie de interpretação privada que diz respeito à atividade dos profissionais do direito em geral (advogados, juízes, promotores, juristas) no sentido de verificar e estabelecer o sentido dos preceitos com vistas a aplicá-lo ao caso concreto.

Penso ter traçado um esboço dos chamados procedimentos de interpretação do direito, que, ainda que breve, serve de base ao estudo e melhor compreensão dos problemas que se apresentam com a formação e o desenvolvimento da chamada ciência do direito.

No próximo capítulo a abordagem das escolas hermenêuticas, segundo a classificação aqui adotada, pretende, por um lado, traçar o perfil teórico da ciência jurídica que, de uma forma ou de outra, serviu de base à formação e consolidação do senso comum teórico dos juristas, em todos os ramos do direito.

Digo isso, aqui, e principalmente neste momento do trabalho, porque o fato de ter escolhido o direito penal como hipótese de trabalho para a crítica hermenêutica, não dá – ao direito penal – estatuto de autonomia em face da ciência jurídica tal e qual atualmente se a pode conceber. Nem mesmo a ciência do direito – a meu ver – tem esse estatuto. Nada, no mundo, é auto-suficiente.

Quero significar que insiro o direito penal no mundo da ciência do direito, da mesma forma que a insiro no mundo, a partir de uma perspectiva epistemológica. Não pretendo que se abdique das peculiaridades de cada ramo do direito, nem de cada ciência, mas que se busque na generalidade e na totalidade do saber humano a solução para os dilemas deste final de milênio.

Assim é que se a ciência do direito já esteve sob o estatuto da sociologia, e depois, sob a império dos conceitos abstratos, até ser definida como uma ciência de normas, e, hoje, sofre a crítica a partir de um enfoque interdisciplinar, o próprio direito penal que, sobre ser um ramo próprio e peculiar – como, aliás, de maneira geral, todos são – é, antes de tudo “direito” e como tal deve ser encarado.

Na perspectiva de uma teoria geral do direito, sempre voltada para uma espécie de teoria geral do saber, é que pretendo inserir a crítica à dogmática e ao discurso da dogmática no direito penal; sempre voltando os olhos, quando necessário, ao que ele tem de peculiar.

Uma história crítica das escolas hermenêuticas é, assim, imprescindível para a devida compreensão de como pensa quem *diz-o-curso* do direito penal, assim como para quem formula o *discurso* do direito em geral.

Já se explicou, até certo ponto, de forma exaustiva, porque a hermenêutica adquiriu esse estatuto metodológico só no século XIX, apesar das manifestações anteriores. Mas, ao analisar a possibilidade de uma ciência do direito, a partir de um enfoque metodológico, Karl Larenz faz uma opção intrigante e esclarecedora, ao dizer que:

Só para uma compreensão completa da problemática, necessita-se do recurso à história do pensamento dos últimos 150 anos. Nomes como SAVIGNY, JHERING, e HECK, mas também OSKAR BULOW e EUGEN EHRLICH, KELSEN, BINDER e RADBRUCH são expoentes de posições que, as mais das vezes com ligeiras alterações, gozam ainda hoje de largo curso. Na diversidade de todas estas posições pode descortinar-se uma identidade problemática. Tal problemática gravita em torno de conceitos como os de validade e positividade do Direito, de normatividade e determinação ontológica do Direito, de participação das atividades legislativas e jurisprudencial, bem como da doutrina na conformação do Direito, do conceito de ciência. Bem entendido, que se têm deparado novos problemas e que as perspectivas se têm modificado com freqüência. Mas em uma perspectiva global, é esta continuidade problemática, subjazendo freqüentemente de modo latente e imperceptível, surpreendentemente grande. Decorre do próprio objeto da análise e não deverá portanto deixar de ser revelada ao leitor. Também não é por mero acaso que começo por SAVIGNY. Não que antes dele não tenham existido métodos na ciência do Direito ou até mesmo o seu tratamento científico. Mas a metodologia de SAVIGNY é a primeira após o ocaso do Direito Natural (moderno); ele não se limitou a expô-la reiteradamente, mas empreendeu a sua própria aplicação. A

sua metodologia influenciou duradouramente a literatura jurídico-científica do século XIX, mesmo onde se empreendia a sua refutação.⁵¹

A posição de Larenz é de certa forma a mesma de Wieacker, que ele referencia predicando-a de acertada quando vê o cerne da escola histórica do direito fundada por Savigny no "fundamentar de novo uma ciência do Direito sistemática e consciente do método"⁵²

⁵¹ LARENZ, Karl, **Metodologia da Ciência do Direito**, 2ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 4 - 5.

⁵² WIEACKER, Franz. **Privatrechtsgeschichte der Neuzeit**. 2ª ed., p. 367, in LARENZ, Karl, **Metodologia da Ciência do Direito**. 2ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 5.

6. HERMENÊUTICA DOGMÁTICA

6.1. A escola da exegese

Talvez a observação de Larenz seja exatamente a chave para entender o papel desempenhado pelo historicismo de Savigny em face da escola da exegese. É que, na verdade, o ocaso do direito natural moderno, que permitiu uma nova perspectiva metodológica no historicismo, não aconteceu na França. A revolução francesa absorveu e consagrou os princípios do jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII.

O jusnaturalismo escolástico sim, para a revolução, desaparecera, mas a herança da chamada escola clássica do direito natural, com a compreensão do direito em sua universalidade e racionalidade, dimanadas da natureza (sociedade) atribuindo-lhe uma objetividade, incorporou-se ao pensamento da época em França, mormente as idéias de um direito eterno, imutável e imprescritível.

Posso polemizar, mas na realidade, penso que a revolução francesa absorveu o ideário do jusnaturalismo racionalista, tentando concretizá-lo. Nesse passo, não fica difícil de compreender a pretensão de a mesma revolução estabelecer um sistema jurídico fundado na natureza, sob a bandeira de defesa dos direitos humanos fundamentais.

Para Ortega y Gasset, "o que a revolução francesa queria era matar o príncipe e substituir o seu reinado pelo império do princípio"⁵³

⁵³ ORTEGA Y GASSET, *O tema de Nosso tempo*. in COELHO, L. Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. 2ª ed. Rio: Forense, 1981. p. 225.

O jusnaturalismo racionalista acabou por se concretizar no código civil, obra de juristas sob o comando de Napoleão Bonaparte, e ficou conhecido como o “código do universo civilizado”, segundo Tiers. Pensava-se que ele continha a síntese da moralidade universal – imutável – a servir de parâmetro a qualquer Estado civilizado. Como o direito natural da escola clássica, pretendia a imortalidade.

Nesse ambiente e influenciado pelo ideário revolucionário surgiu a chamada escola da exegese, cujo fundamento estava na consideração da lei como única fonte do direito.

A explicação para essa perspectiva exegética está no racionalismo e sua pretensão de codificar o próprio direito natural, dado que se sustentava serem esses códigos criações da razão humana universal e expressões de uma natureza imortal.

Como ao tempo do jusnaturalismo pós-escolástico, a escola da exegese adotava uma espécie de interpretação, cujo procedimento era *more geometrico*, e seu objetivo declarado era o de revelar, por dedução, o significado oculto da lei, com base na filologia e na lógica.

É evidente e indiscutível que a razão política determinou o paradigma exegético, à medida que muitos juristas da escola, apesar de defenderem a necessidade da interpretação, paradoxalmente não aceitavam contradição entre a vontade do intérprete e a do legislador. O intérprete deveria limitar-se a explicar a lei (Laurent, Bugnet e Murlon).

Nem todos os juristas porém seguiram essa trilha ortodoxa. Alguns chegaram a recomendar a pesquisa nas fontes dos textos de lei, aos trabalhos pré-legislativos e ainda o recurso à interpretação sistemática (Baudry-Lacantinerie, Aubry e Rau).

Coelho observa que:

a origem da palavra 'exegese' nos revela o significado de 'conduzir para fora'; é formada pelo grego *gestain*, conduzir, e o prefixo *ex*, fora. Exegese era o nome que se dava à interpretação das Sagradas Escrituras. Nos primeiros tempos da Igreja de Jesus Cristo, predominava a tese de Tertuliano, de que os textos das escrituras constituíam a fala do Espírito Santo e, por isso, deveriam ser entendidas literalmente pois não competia ao homem introduzir nessa fala sagrada quaisquer palavras que pudessem alterar-lhe o sentido. Esse tipo de interpretação produziu conseqüências nem sempre desejáveis para a Igreja, pois, em muitos casos, o mero sentido da palavra escrita conduziu ao materialismo mais grosseiro. Em face dessa situação, o grande doutor da Igreja, Origenes, preconizou uma nova orientação, consubstanciada na interpretação chamada *alegórica*: sob o sentido aparente das palavras dos textos sagrados, era preciso que o intérprete descobrisse o sentido mais profundo, somente revelado aos autênticos fiéis. Isto explicava as palavras de São Paulo: *littera occidit, spiritus autem vivificat*. A expressão 'exegese' foi aplicada à interpretação alegórica, pois de acordo com ela, era preciso extrair do fundo do texto escrito o sentido, muitas vezes encoberto, mas proclamado verdadeiro, das sagradas escrituras. A exegese, interpretação alegórica, levou a abusos de todo gênero, pois começaram a surgir intérpretes exegetas que se diziam iluminados e que iam buscar no fundo dos textos quaisquer sentidos que pudessem servir às suas idéias pessoais e aos próprios interesses. A moderna exegese dos textos sagrados não mais se reduz à interpretação alegórica e arbitrária, mas é feita à luz do sentido rigoroso das palavras e dos fatos históricos, que condicionam os acontecimentos a que os textos se referem e levando em conta os costumes e crenças que acompanham e justificam tais acontecimentos.⁵⁴

Em resumo, pode-se dizer que a escola da exegese tem dois postulados fundamentais. Primeiramente, o culto ao texto da lei; em segundo, caso seja necessário, a investigação da intenção do legislador. Assim, segundo a perspectiva da escola, o intérprete, uma vez frente a um caso concreto, poderia encontrar-se em três situações diferentes: - existe uma lei clara e expressa; existe uma lei, mas seu texto é obscuro e duvidoso; não existe lei expressa.

⁵⁴ COELHO, L. Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. 2ª ed. Rio: Forense, 1981. p. 227.

As três situações devem ser analisadas com mais cuidado.

Na primeira situação não existe qualquer dificuldade, ou seja, o juiz deve deixar de lado qualquer ilação axiológica sobre a norma, aplicando-a de forma rigorosamente estrita.

Na segunda situação, quando o texto aparece como obscuro ou gera dúvidas, o intérprete recorrerá à interpretação filológica ou lógica, de modo a estabelecer seu sentido e alcance.

Maiores problemas ocorrerão na terceira situação apontada, quando inexistente previsão legislativa. No entanto, o fetichismo da lei que fundava as bases da escola exegética e seus juristas criou uma espécie de ilusão quanto ao poder da norma, oriundo de uma espécie de razão onipotente do legislador, impedindo-a de ir mais a fundo no problema, e, resolvê-lo.

Porém, de qualquer forma, a escola da exegese traçou algumas linhas para atingir a questão, aplicando leis análogas, recorrendo aos princípios gerais do direito. É bom notar, contudo, que a analogia dos exegetas baseava-se na vontade presumida do legislador (*Ubi eadem est legis ratio, ibi eadem est legis dispositio*).

Nos dois casos – leis análogas e princípios gerais – aparece, a meu ver, a fragilidade da escola, e desmorona seu edifício conceitual, dado que com esses recursos traz à tona a quebra da lógica interna do sistema jurídico.

De qualquer maneira, na metodologia da escola fica patente a influência, também, da escola clássica do direito natural, justamente na peculiaridade da escola: *a crença na onipotência da razão legislativa*.

A escola da exegese, sob a égide desses princípios e sustentando, de forma geral, a idéia de uma razão natural imutável e criadora, surgiu, de fato, logo após a promulgação do Código Civil, mas o processo de adaptação dos juristas franceses foi muito longo. Muitos permaneceram, de início, fiéis ao direito antigo – afinal, tinham sido formados nele.

A mais importante consequência da escola da exegese para a prática jurídica foi a idéia de que a decisão judicial seria um silogismo, tendo a lei como premissa maior e o enunciado do caso concreto, como premissa menor. Surge, na *praxis*, o dogma da subsunção.

6.2. A Escola da Jurisprudência dos Conceitos

Por entender a "jurisprudência dos conceitos" como uma espécie de ponte entre a escola histórica e a escola da exegese, de certa forma, conciliando-as, abordo o historicismo neste item, antes do conceitualismo, de forma a tornar bem nítida a ligação entre os pensamentos hermenêuticos esboçados e demonstrar como se processou a superação do dogmatismo francês.

Em verdade, o pensamento dogmático exerceu pleno domínio na Europa, até mesmo em países onde nem se cogitava de compilação de leis ou códigos. Predominava, nesses países, o historicismo jurídico, inicialmente contrário a qualquer forma de codificação.

Para desde logo compreender a tese fundamental dos historicistas, é importante notar que eles entendiam que o direito não é criação racional do legislador, mas criação espontânea do espírito do povo, por meio do costume. Para Savigny, a autêntica fonte do direito estava no costume, à medida que a intervenção do legislador na elaboração do direito tinha o condão apenas de dar forma ao que já estava latente na sociedade, reconhecendo e declarando, assim, o direito.

Savigny teve o mérito de, ao lançar as bases da escola histórica, demonstrar que as leis não são fatos, mas significações lógicas que, em sua coordenação e subordinação sistemática com outras, integram um ordenamento em sua totalidade, de modo a abranger – com suas propriedades lógicas – todas as possibilidades que se apresentem de forma concreta no mundo do direito.

Já o *Volksgeist* (o direito como produto do espírito do povo), para Savigny, evolui e se transforma incessantemente. Todavia, mesmo que os materiais da ciência do direito sejam empíricos, isto não implica que devam ser elaborados de forma empírica. Exsurge aqui a questão metodológica, dado que a elaboração do direito – na perspectiva da escola – deveria ser científica e, para tanto, racional, lógica e sistemática.

Levando em conta o problema do método, alguns juristas denominam o historicismo de escola dogmática, à medida que vislumbram que a intenção do legislador está sempre centrada no trabalho de considerar o ordenamento jurídico enquanto totalidade sistemática estruturada, cujas partes – as normas isoladas – estão vinculadas entre si, recebendo o sentido do todo a que pertencem.

Isso também justifica o surgimento, com a escola histórica, das primeiras grandes teorias jurídicas – e demonstra o acerto da observação de Larenz, antes mencionada -, como as da posse, as da natureza das pessoas coletivas, como construções “maravilhosas” que procuravam levar em conta a realidade jurídica em termos conceituais, por meio de processo de abstração, comparação, classificação e generalização, com o objetivo de desenvolver de forma coerente e lógica os princípios jurídicos, insertos nas regras de direito.

A escola histórica do direito, de maneira geral, opôs-se às escolas filosóficas do jusnaturalismo tardio, porém, surpreende o posicionamento de Savigny, quando ao designar a ciência do direito por ciência da legislação, diz que ela é primeiro uma ciência histórica e depois, também, uma ciência filosófica, e que as duas concepções precisam ser unificadas, dado que a ciência do direito deve ser a um tempo, inte-

gralmente, histórica e filosófica. Larenz questiona se isso seria um resíduo jusnaturalístico no pensamento de Savigny, talvez não superado. E observa que o que chama a atenção é que ele usa o termo "filosófico" como sinônimo de "sistemático"; ressaltando, contudo, que o elemento "sistemático" também tem um papel relevante na teoria do método do autor. Cita como exemplo do sentido da equiparação nas palavras do próprio Savigny: *Todo sistema conduz à filosofia. A exposição de um simples sistema histórico conduz a uma unidade, a um ideal, em que aquela se baseia – e isto é filosofia.* Nota, contudo, que Savigny vem a distinguir a teoria filosófica do direito em si mesma, ou o direito natural do elemento filosófico ou sistemático da ciência (positiva) do direito: a última pode ser estudada, tanto com o direito natural como sem ele. A observação de Larenz, quanto ao sentido da filosofia em Savigny é esclarecedora:

No elemento 'filosófico' da ciência do Direito não deve, pois, subtender-se a aceitação de quaisquer princípios jusnaturalistas, mas apenas a direção, característica da própria ciência do Direito, no sentido de uma unidade imanente pressuposta por esta última, direção que, segundo Savigny, é comum à ciência do Direito e à filosofia. Neste sentido se diz também no Sistema que a forma científica que se dá à matéria aspira ` a revelar e a aperfeiçoar a sua unidade interior `e que, nessa aspiração, ou seja, enquanto progride de modo sistemático, se aparenta à filosofia do Direito.⁵⁵

O primado do costume Savigny virá a sustentar depois. Porém, antes, e de forma contrária, ele equipara o direito positivo ao direito legal. Todavia, como observa Larenz, a legislação acontece no tempo e isto conduz a uma concepção de uma história do direito que se conjuga, de forma estreita, com a história do Estado e a

⁵⁵ LARENZ, Karl, **Metodologia da Ciência do Direito**. 2ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 9-10.

história. Savigny ainda distingue uma elaboração interpretativa de uma elaboração histórica e de uma elaboração filosófica (que identifica com a sistemática) do direito.

Para ele, o objeto da interpretação é a reconstrução do pensamento que é expresso na lei, à medida que seja cognoscível a partir da lei. Com base nisso ele constrói uma teoria da interpretação, dizendo que o intérprete necessita de três elementos, um lógico, outro gramatical e ainda um outro histórico. Justifica-se a posição adotada por Savigny, considerando-se que ele entende que o pensamento da lei só pode ser alcançado se forem tomadas em conta as circunstâncias históricas do seu surgimento. Mas entende também que é necessário ao intérprete conhecer as particularidades e o significado do texto em relação ao conjunto, uma vez que sua concepção de legislação funda-se na idéia de que ela só se exprime no sentido de sua totalidade. Totalidade, ou "todo", para ele, em direito, só pode ser apreendido em uma perspectiva sistemática.

Depreende-se daí que, na perspectiva inicial da obra de Savigny, tanto o elemento histórico quanto o sistemático têm sua importância na interpretação da lei. Da mesma forma, cada um desses elementos é a base para a criação da ciência jurídica. A elaboração histórica parte do "sistema" no seu sentido de totalidade e o pensa no sentido progressivo. Já a elaboração sistemática vê o desenvolvimento dos conceitos, tanto pela exposição das normas jurídicas de acordo com seu sentido (nexo) interno quanto em seu sentido externo, de modo a permitir o preenchimento da lei, com a

analogia. Larenz observa que a expressão “lacunas da lei” nesse período ainda não se encontra na obra de Savigny.⁵⁶

Esse legalismo sofre uma mudança radical na obra de Savigny, quando em seu escrito *Vom Beruf unserer Zeit* considera de forma inédita que a lei não é mais a fonte originária do direito, mas o “espírito do povo”. Nesse ponto, abandona o método lógico da dedução, para atribuir ao sentimento e intuição os meios de se constituir a convicção jurídica do povo.

Assim, não é mais possível conceber a norma como origem do direito, à medida que a intuição a ela não se pode referir, dado que as regras só são concebíveis como resultado de um pensamento racional (geral e abstrato). O fundamento da evolução do direito passa a residir nos *institutos jurídicos*, que são formas de conduta observadas pela sociedade, dada sua necessidade intrínseca; vale dizer, as relações sociais reconhecem-nas como típicas sob a óptica do direito. As relações da vida em sociedade (casamento, negócio jurídico) quando pensadas e organizadas na forma de um ordenamento vinculante, formam os chamados institutos do direito. Para Savigny, o *instituto* possui uma natureza orgânica, dado o nexos vital dos elementos que o formam e a sua evolução que é sempre progressiva.

Nesse ponto é interessante o extrato de Larenz a respeito do conceito de instituto em Savigny:

O instituto jurídico é pois um todo, pleno de sentido e que se transforma no tempo, de relações humanas consideradas como típicas, nunca logrando, por isso, ser exposto inteiramente pelo somatório das normas que lhe di-

⁵⁶ LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*. 2ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 11

zem respeito. Não são as regras jurídicas que, no seu complexo, produzem os institutos jurídicos, antes – acentua Savigny – são essas regras que, por 'abstração', se extraem 'artificialmente' da intuição global 'dos mesmos institutos (considerados 'no seu nexó orgânico'). 'Sem prejuízo de toda a conformação e elaboração conceptual', é, pois, 'na intuição do instituto jurídico' que as regras encontram seu último fundamento'.⁵⁷

A escola histórica do direito, contudo, não surgiu com Savigny, e à sua obra não se reduz. Seu precursor foi Montesquieu, que na primeira metade do século XVIII já afirmava que as leis devem ser relativas à situação física do país; ao clima frio, quente ou temperado; à qualidade do terreno, à sua situação ou extensão; ao gênero de vida dos povos, lavradores, caçadores ou pastores; devem vincular-se ao grau de liberdade que a constituição comporta, à religião dos habitantes, às suas inclinações, a seu número, a seu comércio, a seus costumes e a seus hábitos.

A perspectiva relativista em face da lei foi retomada por Von Hugo, cujo objetivo foi assentar a validade dos princípios filosóficos nos fatos da história. O historicismo exerceu influência também na *common law*, mas teve mesmo sua grande expressão na Alemanha, com Adam Muller, Savigny, Puchta (com sua genealogia dos conceitos), Stahl e Hugo.

A importância do historicismo está, também, nas consequências que gerou na época, tendo repercutido em vertentes definidas, e de certa forma, opostas: por um lado, os juristas apegados ao direito alemão, buscando as origens dos institutos na alma da nação alemã, em um purismo romântico. Os principais representantes dessa vertente foram Karl Friedrich, Eichhorn, Jacob Grimm e Otto Von Gierke.

⁵⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 13.

Outra vertente foi a chamada escola romanista que, de certa maneira, na tri-
lha de Savigny, foi buscar as origens dos institutos no direito romano, por meio de
uma espécie de idolatria da própria história do direito romano conjugada com a in-
terpretação dos textos compilados por Justiniano. Também se lhes atribui o nome de
escola dos pandectistas.

O conceitualismo, ou escola da jurisprudência conceitual, como já afirmei, vai
se tornar o ponto de convergência entre as orientações expostas, o historicismo e o
exegetismo. Não foi uma convergência estranha, uma vez que a oposição entre as
duas vertentes constituía mera aparência.

O conceitualismo, de certa maneira, superou o dogmatismo francês, con-
substanciado em uma atitude empirista, ou seja, na intenção do legislador, nas pala-
vras da lei e em dados empíricos. Esse positivismo empirista é abandonado pelo con-
ceitualismo, à medida que busca nos fundamentos do racionalismo uma explicação
para as normas jurídicas, considerando-as o repositório de significações objetivas
originadas na figura do legislador e dotadas da capacidade de apontar soluções no-
vas, segundo as circunstâncias. De um positivismo empirista, passa-se a um positi-
vismo racionalista.

No entanto, o conceitualismo absorveu o elemento histórico, que conduziria a
interpretação a um posicionamento circunstancial. Contudo, esse elemento passa a
ser apenas um dado a mais no processo de interpretação; o que equivale dizer que a
atitude permanece dogmática, porque racional.

Os seguidores de Savigny, de uma ou outra forma, acabaram por abandonar o
dado histórico e, bem assim, a vida do direito em relação à sua história, para absor-

ver os elementos lógicos, a-históricos como relevantes, de modo a considerá-los capazes de se manter fora das circunstâncias. Daí, infere-se que o próprio historicismo acabou por se constituir, ao final, em uma espécie de idolatria dos conceitos, por tudo dogmática, que se tornou muito mais forte nas concepções de Ihering e Heck.

A Jurisprudência dos conceitos, enquanto orientação, aparece nos diversos autores com abrangência distinta da que aqui se coloca. Apenas para exemplificar, sob o título de "a Jurisprudência dos Conceitos do Século XIX", Karl Larenz apresenta a seguinte classificação: 1. A genealogia dos conceitos de PUCHTA; 2. O método histórico-natural de JHERING; 3. O positivismo legal racionalista de WINDSCHEID e 4. A teoria 'objetivista' da interpretação.

Essa classificação, na obra de Larenz, parte da orientação metodológica que propôs ao trabalho, muito mais do que expressa uma forma de exaurir ou limitar a questão do conceitualismo.

Demonstrou-se aqui a pretensão de ubicar tal escola como uma espécie de ponto de convergência, além do que, partiu-se, neste trabalho de uma outra óptica paradigmática, o que, de forma alguma exclui classificações divergentes, e, pode-se crer, são muitas.

De todo modo, de Larenz, tomo algumas considerações bastante relevantes no que diz respeito ao que chama de "genealogia dos conceitos" de Puchta, pois que demonstra em sua análise, com propriedade singular o espírito mesmo do conceitualismo dos oitocentos.

Interessa-me, sobremaneira, a abordagem que faz da idéia de sistema -tema abordado por mim em capítulo próprio, mas que aqui pode ser retomado, em uma

ou outra perspectiva- a fundar a vereda do conceitualismo; dado que o império dos conceitos não foi produto somente da geração do jusnaturalismo clássico dos seiscentos e setecentos, mas que exsurgiu do idealismo alemão; se bem que esse idealismo procurou uma apreensão do mundo no último ponto da transcendência do ser (Fichte e Schelling). Já em Hegel, o idealismo aparece na busca de mostrar o verdadeiro como o todo, vale notar, como o movimento do conceito concreto, girando sobre si próprio e não apenas englobando, como também em si superando o respectivo contrário.

Interessante é que Hegel na sua *Filosofia do Direito* alude a uma arquitetura da racionalidade do Estado, em uma referência à complexa organização da moralidade em si mesma. Com efeito, Larenz vê aí significar o "sistema" muito mais do que simples clareza e facilidade de domínio de uma certa matéria; significa a única maneira possível por que o espírito cognoscente consegue ficar seguro da verdade, a que ele chama de *critério da 'racionalidade' intrínseca, preocupação imprescindível de verdadeira cientificidade*. E observa:

por isso que Savigny (que nesta medida não foi insensível à filosofia da sua época) acentuou desde o começo, ao lado do caráter 'histórico' e com idêntica importância, o caráter 'filosófico' ou sistemático da ciência do Direito – vindo a segui-lo, de resto, nesta alta valorização do sistema científico, quase todos os juristas representativos da Alemanha do século XIX. E a matéria que buscaram foi a matéria-prima das fontes de Direito romanas, fontes cuja sistematização foi a principal tarefa e o principal contributo da 'pandectística' do século XIX[...]

A idéia de 'sistema' significa o desabrochar de uma unidade em uma diversidade que desse modo se reconhece como algo coeso do ponto de vista do sentido. Entretanto, essa unidade que o sistema há de exprimir pode pensar-se de duas maneiras diferentes e alcançar-se, por conseguinte por caminhos diferentes. Pode pensar-se, antes de tudo, à maneira de unidade de um 'organismo'- como uma totalidade significativa que habita a diversidade e que só

nela e com ela se manifesta. É desta espécie a unidade do 'conceito concreto' de HEGEL, sendo ainda nesta acepção que SCHELLING usa o conceito de 'organismo', como uma categoria geral e não simplesmente biológica. O caráter 'orgânico' do instituto jurídico e da sua unidade, de que SAVIGNY fala no *Sistema*, também só assim pode ser compreendido. O caminho por que se chega a uma tal unidade é para SCHELLING o de uma *intuição* 'interna', espiritual, 'intelectual'; para HEGEL o do pensamento 'especulativo'. A outra maneira em que a unidade pode pensar-se é a do conceito geral 'abstrato', 'limpo' de tudo o que haja de particular, sendo a este tipo de unidade que conduz à lógica formal. Em um sistema 'orgânico' como o que pretendiam os filósofos idealistas, os elementos constitutivos do sistema congregam-se, todos eles, em volta de um centro. A 'unidade' do sistema repousa na irredutível relação de todos os elementos constitutivos com esse centro fundado em si próprio (como a deste último repousa nos elementos constitutivos, que se definem, justamente, pela posição que ocupam em face dele). Trata-se, portanto, de alguma coisa comparável a um círculo, ao passo que, ao invés, o sistema de conceitos que se determina pelos princípios da lógica formal se assemelha, digamos, a uma pirâmide.

O conceito 'supremo', que ocupa o vértice da pirâmide, paira muito acima da base, embora seja isso que lhe permite – imaginemos a pirâmide transparente – uma extensão de perspectiva maior. À medida que subimos da base para o vértice, vai-se estreitando a largura dos estratos; de estrato para estrato, perde a pirâmide em largura o que ganha em altura. Quanto maior a largura, ou seja, a abundância da matéria, tanto menor a altura, ou seja a capacidade de perspectiva – e vice-versa. À largura corresponde a compreensão e à altura a extensão (o âmbito de aplicação) do conceito 'abstrato'. O ideal do sistema lógico é atingido quando no vértice se coloca o conceito mais geral possível, em que se venham a subsumir, como espécies e subespécies, os outros conceitos, de sorte a que de cada ponto da base possamos subir até ele, através de uma série de termos médios e sempre pelo caminho da eliminação do particular.⁵⁸

Posta a termo a questão, fica mais fácil entender a genealogia conceitual tal como propugnou Puchta. Na verdade, propôs que a ciência jurídica adotasse o paradigma do sistema lógico, ao modo de uma pirâmide de conceitos, assumindo o caráter de uma verdadeira "Jurisprudência formal dos conceitos".

⁵⁸ LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*. 2ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 198. p. 19-21

A influência de Savigny foi notória, mormente quanto à teoria das fontes do direito. Mas também o romantismo alemão teve lugar na construção teórica de Puchta, à medida que usou uma linguagem que correspondia à idéia organológica de Schelling. Mas também este influenciou Savigny.

No método de Puchta aparece com traços predominantes uma orientação racionalista. Já Savigny deu o mesmo peso aos elementos da lógica e aos elementos orgânicos do direito, no que diz respeito à sua concepção de sistema jurídico. No fundo tinha uma certa desconfiança da chamada "certeza lógica"; considerava-a aparente.

Em Puchta a lógica aparece como perspectiva dominante (pensamento conceitualista formal). Basta verificar a sua abordagem sobre a situação das proposições normativas na perspectiva de um sistema:

As proposições jurídicas que constituem o direito de um povo encontram-se umas em relação a outras, em um nexó orgânico que se ilumina, antes de tudo, através da sua decorrência do espírito do povo, enquanto a unidade desta fonte se projeta naquilo que essas proposições estatuem. Porém, de modo imediato e como se tal fora evidente, esse nexó 'orgânico' das *proposições* jurídicas (e não, como em SAVIGNY dos institutos jurídicos) transmuda-se em um nexó *lógico* entre *conceitos*, vendo-se além disso, esse nexó lógico como fonte de conhecimento de proposições não inteligidas.

É missão agora da ciência reconhecer as proposições jurídicas no seu nexó sistemático, como sendo entre si condicionantes e derivantes, a fim de poder seguir-se a sua genealogia desde cada uma delas até o princípio comum e, do mesmo modo, descer do princípio até o mais baixo dos escalões. Neste empreendimento, vêm a trazer-se à consciência e à luz do dia proposições jurídicas que, ocultas no espírito do Direito nacional, não se tinham ainda exprimido, nem na imediata convicção e na atuação dos elementos do povo, nem nos ditames da própria lei escrita, ou seja, que patentemente só se vêm a revelar enquanto produto de uma dedução da ciência. E eis como a ciência vem a entrar como a terceira fonte do Direito, ao lado das outras duas, sendo

o Direito, que mediante ela surge, o Direito da ciência, ou porque é trazido à luz pela actividade dos juristas, o Direito dos juristas.⁵⁹

A genealogia dos conceitos, tal como Puchta a concebe, é, na verdade, a pirâmide de conceitos do sistema de acordo com as regras estabelecidas pela lógica formal. Tal genealogia consiste na ideia de que o conceito supremo, do qual todos os outros são deduzidos, determina os restantes por meio do seu conteúdo. É evidente que surge aqui a dúvida sobre a origem desse conceito supremo. Parece claro, analisando o pensamento de Puchta, que esse conceito tem um conteúdo, e que é evidente que não vem do conteúdo de outros conceitos, pois fosse assim o questionamento sobre a origem não teria fim. Sob a sua óptica, esse conteúdo dimana da filosofia do direito. Todavia, aparece em sua obra, neste particular, nítida influência de Kant, já que o seu princípio filosófico (*a priori* do direito) assemelha-se ao conceito kantiano de "liberdade". Mais fácil de compreender se se notar que Puchta deduz do seu *a priori* o conceito de sujeito de direito como pessoa – atribuindo-lhe um sentido ético – e o direito subjetivo na forma de um poder político de uma pessoa em relação a um objeto.

Larenz aponta assim o que considera o mais sério vício do conceitualismo formal:

Somente após ter, daquele modo, como que suspenso do firmamento da ética o vértice da pirâmide de conceitos, PUCHTA, desce às depressões do direito positivo até os subconceitos jurídicos ínfimos, pelo que, naturalmente, a substância ética do conceito-chave se reduz progressivamente a tal ponto que vem a tornar-se, em último termo, irreconhecível.

⁵⁹ PUCHTA, *Cursus der Institutionem*. in LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p.221-222.

[...]

Para o entendimento de PUCHTA e para o enquadramento da Jurisprudência dos conceitos formal na história das idéias resultam, por conseguinte, duas coisas. A primeira é que a construção dedutiva do sistema depende absolutamente da pressuposição de um conceito fundamental determinado quanto ao seu conteúdo, conceito que não é, por sua vez, inferido do Direito positivo, mas dado previamente à ciência jurídica pela filosofia do Direito. Só *pode* ser 'Direito' o que se deixe subordinar a esse conceito fundamental. Nesta medida, a Jurisprudência dos conceitos, na lição de PUCHTA não prescinde de uma base jusfilosófica, como, de resto – posto que desta conexão já pouco se sabia nos últimos anos do século, e, finalmente, se venha a abandonar em absoluto uma fundamentação jusfilosófica – as grandes idéias do idealismo alemão, sobretudo de KANT, ainda que em formas extremamente sublimadas e esmaecidas, continuam efetivamente no próprio sistema de conceitos de um WINDSCHEID ou de um von THUR e também nos conceitos fundamentais do nosso Código Civil. Enquanto, por exemplo, ao conteúdo de conceitos jurídicos como o de pessoa, o de responsabilidade, o de imputabilidade, se ligar alguma coisa no respectivo sentido ético, ou enquanto no 'sujeito de direito' se não vir apenas, como acontece na 'teoria pura do direito', um mero ponto formal de referência, ou seja, um puro 'conceito de relação' mas se lhe confirmam certas qualidades do ponto de vista do conteúdo, a ligação da ciência do Direito com a filosofia não estará completamente perdida. Por outro lado, porém, urge acentuar que a influência da filosofia (idealista) em PUCHTA se limita à determinação, quanto ao conteúdo, do seu conceito fundamental. A maneira como ele constrói os conceitos ulteriores, ou seja, o processo lógico-dedutivo, deriva não da filosofia idealista, designadamente da hegeliana, mas, como hoje geralmente se reconhece, do racionalismo do século XVIII, em especial do pensamento de CHRISTIAN WOLFF.⁶⁰

O conceitualismo, e em especial o método de Puchta, não se compara ao método de Hegel, embora usualmente se cometa esse equívoco; o qual talvez tenha origem no fato de que nos dois aparece a dedução, como um processo importante. No pensamento de Puchta, bem como no de Savigny, subdivide-se a esfera de aplicabilidade do conceito superior do qual se parte, a ele adicionando-se notas especificadoras que possam formar antíteses lógicas, e, bem assim, esgotar todas as possi-

⁶⁰ LARENZ, Karl, **Metodologia da Ciência do Direito**. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p.23-24.

bilidades concretas de aplicação cabentes no pensamento. Ou seja, cada conceito derivado individualmente contém todas as notas especificadoras do conceito que em relação a ele é superior, e ainda, ao menos mais uma nota, podendo sempre neste se subsumir. Aparece, assim, um conceito superior estático pela indicação das notas que só cabem a ele, de forma exclusiva; o que implica considerar que ele não varia para novas determinações, permanecendo intacto o seu conteúdo.

Já em Hegel, a dedução assume o significado do desenvolvimento de um conceito em virtude e por meio dos momentos conceituais que se lhe aderem. É por eles que o conceito ganha para a consciência um conteúdo mais extenso do que antes, surgindo, desta forma, o avanço ou o retrocesso de momentos isolados, o que permite variações infinitas.

Por conseqüência, o que se infere é que esse tipo de conceito – visto em concretude – não é passível de se concentrar em uma definição, com o surgimento de notas fixas, dado que nenhum conceito particular ou nenhuma regra jurídica, a ele poderá subsumir-se.

Daí que não se vê na filosofia do direito de Hegel uma divisão de conceitos em gêneros, espécies ou subespécies; pelo contrário, denota-se a idéia de um conceito concreto, de um conteúdo significativo do direito e das instituições jurídicas.

Esse conteúdo significativo só se pode realizar nas normas jurídicas em geral, e, em particular, nas decisões judiciais, por meio de um trabalho que não se reduz a uma subsunção, mas que se traduz em ações conforme certo sentido. Como essas ações só podem ocorrer no tempo, ubica-se o direito no plano da historicidade.

Já o conceitualismo, ao atribuir importância suprema à subsunção, e, bem assim, ao pretender que todos os fenômenos jurídicos se subsumam a conceitos fixos, distancia-se em larga escala do pensamento hegeliano, construindo uma estrutura conceitual rigorosamente lógica.

No direito penal o conceitualismo vai aparecer tardiamente, mas recebe toda a influência da Jurisprudência formal dos conceitos. Em a *Teoria do Delito*, Miguel Reale Jr., trata do conceitualismo jurídico, em especial, na ciência criminal. Observa que a escola técnico-jurídica delineia-se com Rocco, na Itália, em sua preleção *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale* (1910), quando se fixou um método próprio para a disciplina.

Segundo essa escola, o objeto da pesquisa do penalista deve ser o direito positivo, e só ele, descartando-se qualquer fundamentação metodológica em princípios jusnaturalistas, ou em cogitações acerca da etiologia do crime e da pessoa do delinqüente.

Assim, a tarefa do jurista está objetivamente em construir regras positivas, elaborar institutos, de modo a compor um sistema. Presidia nessa óptica também a coerência como característica essencial do sistema propugnado.

Como já afirmei antes, toda idéia de sistema implica sempre a inquestionabilidade dos pontos de partida. E, coerente como essa linha, a escola técnico-jurídica erigiu a idéia de bem jurídico como conceito fundamental – o ponto de partida do sistema penal – a partir do qual o penalista interpreta e aplica as normas penais.

Interessante, contudo, que essa escola entendia que o conceito de bem jurídico era o ponto de partida, inclusive, para a construção do sistema, à medida que a sistematização era tarefa que o jurista deveria exercer com base no conceito.

Nesse particular, parece-me que a pirâmide da Jurisprudência formal dos conceitos aparece na configuração da chamada escola técnico-jurídica, com Rocco.

Note-se, ainda, que esse conceitualismo não acontecia na Alemanha da mesma época, pois os alemães reagiam contra o positivismo, resgatando princípios da filosofia do direito. A orientação conceitualista predominou no pensamento penalista alemão bem antes, no final do século XIX.

Falava-se na Alemanha, em crise do direito, e surgia uma total descrença na idéia de lei como conceito absoluto. Em outras palavras, o absolutismo legal se revelou insuficiente em relação às ações socialmente adequadas e àquelas realizadas em estado de necessidade. Pregava-se a interpretação teleológica do tipo penal, ou seja, o aspecto material da antijuridicidade está na lesão ou perigo a um bem jurídico. E o bem jurídico só poderia ser identificado a partir de uma interpretação finalística.

Observa Reale Jr. que essa interpretação deve ser sempre da lei, mas ressalta que Mezger, influenciado pela crise do direito, entendia que o direito não se exaure na lei, dado que ela não contempla a totalidade da concretude da vida. E ressalta que existem casos de lacuna, afirmando daí a necessidade de se lançar mão do recurso dos fundamentos do direito, aduzindo que brota sempre de um contexto cultural, mas segue uma idéia racional.

Localiza o que designa por idéia racional na necessidade de se criar o justo equilíbrio entre os interesses da coletividade e dos particulares. Na hipótese de lacuna, o recurso era a lei suprema expressa na idéia racional.

Citando Mezger, Reale Jr. ressalta que:

É ilícito, por conseguinte, o que contraria o fim último do direito, que é o de organizar a sociedade, conciliando os interesses individuais, procurando dar-lhes a maior satisfação possível em vista das exigências da vida coletiva. O recurso à idéia suprema, como critério de interpretação na ausência de uma norma positiva, não constitui um recurso a especulações extrajurídicas, visto como essa idéia preside à formação do direito e define seus fins e limites iminentes.

A ilicitude de algumas ações que lesam um bem jurídico para salvação de outro bem jurídico pode ser verificada, segundo Mezger, através do princípio da valoração de bens. Se a lei não soluciona a questão da valoração de bens, pelo *quantum* da sanção, deve-se recorrer às valorações *praeter legem* derivadas da orientação geral do direito, 'através da idéia mesma do direito', princípio esse que inspirou, observa ele, a sentença de 1927 do Tribunal Supremo da Alemanha, acerca do aborto terapêutico. Dessa forma, considera Mezger que o princípio da valoração de bens *praeter legem* deve ser acolhido tanto a respeito do estado de necessidade quanto para o preciso ajuizamento do tratamento curativo.

Assim sendo, comprovam-se as afirmações feitas no início do capítulo sobre a origem da concepção de antijuridicidade material, ou seja, que a crise do direito, o ressurgimento da filosofia do direito, a preocupação com o direito justo, a problemática do estado de necessidade e da ação socialmente adequada condicionaram a elaboração da teoria, que suscitou adversários e adeptos extremados, tais como os juristas da escola de Kiel.⁶¹

Essa perspectiva, como se disse, não era a dos penalistas italianos da mesma época. Embora deva-se reconhecer que o pensamento ortodoxo exurgido das idéias de Rocco, não representava o que ele mesmo pretendia.

⁶¹ REALE Jr., Miguel; *Teoria do Delito*. São Paulo: R.T., 1998. p. 105-106.

O que moveu a escola italiana, de linha conceitual, foi levar o direito penal a um lugar científico. Esse lugar estava na dogmática e na busca de um método próprio, jurídico, por excelência. Aliás, Kelsen pretendeu o mesmo com relação a estabelecer uma verdadeira ciência do direito.

Discordo da afirmação de Reale Jr. quando diz que, sem dúvida, a grande importância de Rocco e da sua escola foi a de atender à exigência de revestir de caráter científico o direito penal.⁶² Está incidindo no mesmo erro de todos que cederam à tentação do purismo metodológico proposto por Kelsen.

Estranha-se contudo a observação que logo em seguida faz: "Mas o tecnicismo jurídico exacerbado levou a posições ortodoxas, que empobreceram o direito penal, reduzindo-o a uma ciência formal, indentificando-o com a dogmática. Manzini e Paoli, por exemplo, negavam ao jurista qualquer preocupação que ultrapassasse os limites de elaboração e aplicação normativa."⁶³

A estranheza não está na assertiva de Reale Jr. em-si, à medida que a própria linha deste trabalho segue em uma certa aversão ao reducionismo no direito, mormente o de caráter dogmático-metodológico. Reside, sim, no fato de afirmar antes que a escola técnico-jurídica deu estatuto de ciência ao direito penal. Mas se ela o fez, justamente fê-lo por meio de uma depuração metodológica.

⁶² REALE Jr., Miguel; *Teoria do Delito*. São Paulo: R.T., 1998. p.107.

⁶³ _____. p. 107.

De qualquer maneira, o conceitualismo no âmbito do direito penal chegou a extremos mesmo com Paoli e Manzini. Paoli entendia que a tarefa do jurista era apenas e somente a de pôr coerência lógica nos institutos, sempre no sentido de construir um sistema normativo. Já Manzini tinha declarado desprezo pela filosofia e, segundo Reale Jr.:

considerava que a humanidade tem mais o que fazer do que perder tempo com *fantasticherie filosofiche*, e que no campo do direito a filosofia é uma inutilidade, que só causou prejuízos ao direito penal. No entender de Manzini nada há, para o jurista, além do próprio direito, devendo a ciência jurídica ficar adstrita ao seu particular objeto, o que o leva a excluir, assevera Petrocelli, qualquer outra espécie de indagação, até mesmo a filosófica. Desse modo, o tecnicismo dá prevalência à letra da lei em detrimento do espírito da lei, menosprezando qualquer outro critério, na interpretação, que não seja o jurídico.⁶⁴

A influência da Jurisprudência conceitual aparece muito clara na metodologia da escola italiana, que pregava o recurso à dedução (pura abstração da lógica formal) para a construção do sistema-de-direito e, conseqüentemente, para a interpretação e aplicação das leis. O *a priori* desse processo era o conceito de bem jurídico, que, na realidade, constituía a categoria gnoseológica do sistema jurídico.

Vê-se aí nítida influência também da filosofia kantiana. Esse neokantismo, ambientalizado na Europa da época, teve em Kelsen seu maior expoente. Mas se prescrutarmos as trilhas da história do pensamento jurídico, encontraremos entre Kant e Kelsen a construção formalista de Puchta, que, sem sombra de dúvida, foi o arcabouço teórico da escola italiana.

⁶⁴ REALE Jr., Miguel; *Teoria do Delito*. São Paulo: R.T., 1998. p.108 - 109

As reações ao formalismo, que Reale Jr. aponta como o realismo de Antolisei e o teleologismo de Bettiol e mesmo o axiologismo concreto, abordarei à medida que essas correntes se encaixam nas hipóteses teórico-paradigmáticas-condicionantes da classificação que ulteriormente propus.

6.3. Escola de Jurisprudência Analítica

Na esteira do conceitualismo e da herança formalista, a *Analytical School* tem importância expressiva na *common law* do século XIX. Em verdade, seu ideário teve ampla repercussão na escola sociológica norte-americana que deu origem ao realismo, também nesse país. É que essas escolas desenvolveram-se a partir das críticas à Jurisprudência analítica.

John Austin, uma dos fundadores da escola (*Province of Jurisprudence Determined*, 1832 e *Lectures on Jurisprudence*, 1863, em publicação póstuma) faz uma veemente crítica do casuísmo da *common law* e propõe a utilização de processos lógicos, de natureza analítica, na interpretação do direito consuetudinário e daquele que derivava das decisões da Corte de Chancelaria; que tinham a denominação de *equity*.

Tendo em conta que a óptica do direito adotada pela escola analítica conduzia inevitavelmente a uma espécie de legalismo, o que entrava em choque com a direito inglês, sofreu agudas críticas da escola utilitarista, principalmente de Bentham.

A jurisprudência analítica, principalmente a orientação de Austin, propunha uma separação do estudo do direito, de modo que se definissem uma jurisprudência geral (filosofia jurídica positiva) e uma jurisprudência parcial (legislação em vigor).

Fiel à postura formalista, a escola analítica pregava uma espécie de purismo metodológico, e expurgava do campo de interesse do jurista a questão ética, restringindo-o às leis no seu sentido formal.

Identifica-se na obra de Austin uma certa confusão sobre a fonte do direito positivo. De qualquer forma, ele o define como aquele direito emanado do soberano. Ocorre que o conceito de soberano fica obscuro, pois às vezes ele o representa como uma pessoa, às vezes como uma coletividade e outras, como uma espécie de construção técnico-jurídica dos fatos.

Parece evidente que também sofre nítida influência do pensamento kantiano, e, mesmo que o conceito de soberano apareça declaradamente difuso em seus textos, a meu ver tem mesmo o sentido de uma categoria gnoseológica que assume o papel de um conceito que permite conhecer e ordenar os dados do direito. O direito posto resume-se em ordens que emanam da vontade, que se impõe coercitivamente.

Uma das maiores características da concepção analítica é a separação absoluta entre o direito e a moral. Porém, talvez o aspecto mais relevante seja a questão epistemológica que remanesce da sua perspectiva quanto à ética, que não admite, entendendo que a ciência jurídica objetiva a compreensão das leis. Reserva, todavia à ciência da legislação, que é um ramo da ética, o papel de estabelecer os critérios de avaliação do direito positivo. Vê-se na postura de Kelsen uma grande influência da escola analítica.

Porém, um dos aspectos que mais chamam a atenção no estudo da escola analítica é que ela conseguiu construir toda uma teoria do direito a partir dos paradigmas da lógica formal, fazendo compreender o próprio direito como sistema de vínculos cujo referencial é notadamente imputativo, inobstante a natureza peculiar do ambiente em que se desenvolveu na Inglaterra.

Coelho observa que a jurisprudência analítica traduziu no mundo anglo-saxônico a dogmática na Europa Continental. Questiona, contudo, como teria ocorrido a conciliação entre duas tendências aparentemente opostas, ou seja, entre o fetichismo da lei e a concepção do direito fundado no precedente, e, observa:

No sistema jurídico anglo-americano, a *Common Law* levou a uma concepção de regra de direito fundamentalmente diferente da *règle de droit* francesa. Nesse sistema a concepção predominante era a do historicismo jurídico, mais adequado às teorias jurídicas baseadas no precedente e na regra do *stare decisis*, e opondo-se ao pensamento prevalecente na Europa Continental, de leis perfeitas, definitivas e imutáveis, segundo uma cosmovisão racionalista mas, embora inconciliáveis a orientação exegética do fetichismo da lei com o pensamento historicista da criação da lei pelo costume, o que na prática se verificou, foi um verdadeiro endeusamento não da razão mas do passado, o fetichismo do precedente e das ordenações tradicionais. O direito antigo funcionava como espécie de arca da onisciência jurídica, que se envolvia em um halo de mistério. O resultado dessa simbiose entre o dogmatismo exegético e o historicismo da *Common Law* foi a petrificação do direito, pois a *Common Law* passou a ser uma espécie de sistema jurídico rígido, análogo ao sistema de direito natural dos escolásticos; um sistema de direito edificado sobre fundamentos históricos, mas de uma história antiga, o que foi tornando o sistema cada vez mais rígido, com a proibição imposta pelos juízes, de tornar a lei mais flexível. Assim havia uma atitude hostil dos tribunais relativamente a quaisquer normas inovadoras, cuja eficácia era restringida ao máximo.

Dentro desse contexto, a escola analítica de jurisprudência representou uma tentativa de sistematização, estabelecendo a coerência entre uma mentalidade, que exigia um sistema de direito positivo acabado e perfeito e uma ordem jurídica que, construída sobre a tradição, os costumes, os precedentes e a atividade diuturna dos tribunais, não comportava aquela mentalidade.⁶⁵

Em verdade, a escola analítica representou uma espécie de passagem do dogmatismo ao sociologismo e ao realismo norte-americanos. Como veremos mais adiante, o realismo jurídico no Estados Unidos da América teve inspiração na escola analítica, mormente em Austin, à medida que o que chamavam de direito efetivo

⁶⁵ COELHO, L. Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. 2ª ed, Rio: Forense, 1981. p. 238-239.

(aquele declarado pelo juiz) era uma forma análoga ao que a escola analítica designou pela pura fonte do direito, a vontade do soberano.

7. HERMENÊUTICA ZETÉTICA

7.1. Vertente Teleológica

7. 1.1. Jurisprudência Teleológica

A perspectiva teleológica aparece em quase todas as escolas que não adotaram o paradigma dogmático, mas o sentido de fim no direito é nota característica principalmente dos pensamentos de Ihering, Heck e Gény.

O direito como finalidade aparece sobremaneira na obra de Ihering, sendo que o próprio nome da escola (jurisprudência teleológica) tem origem no seu método hermenêutico e na sua idéia de direito como uma ciência que se opõe à causalidade, sendo, portanto, uma ciência de fins.

Sua obra jurídica obedece a uma rigorosa divisão. Na primeira fase, mormente no *Espírito do Direito Romano*, ele apoiou o conceitualismo formal de Puchta e foi, inclusive, mais além, elevando-o ao ápice. Na segunda fase, atacou o conceitualismo de maneira sarcástica, procurando outro caminho teórico para substituí-lo.

Neste estudo nos interessa o segundo Ihering, aquele que surge depois do mordaz procurador von Kirchmann e sua conferência *Falta de valor da Jurisprudência como ciência*, que tinha como objeto principal acusar a jurisprudência dos conceitos ao modo de Puchta e Ihering (na sua primeira fase).

Esse Ihering percebeu bem antes de outros de seu tempo que a pandectista era insuficiente, se bem que se manteve muito mais na crítica e não chegou a erigir uma substancial fundamentação teórica.

Muito embora esse aspecto, sua contribuição foi valiosa para romper com o império dos conceitos na ciência do direito. Em 1861 publicou uma carta *Sobre a Jurisprudência atual*. Mais tarde, em 1884, reunindo outros estudos fez publicar a sátira *No céu dos conceitos jurídicos* e *O que é sério e não sério na Jurisprudência*. Nesses estudos fez uma espécie de caricatura da construção conceitual do direito, que antes adotara. Mas o importante desses escritos é justamente a afirmação a que o próprio Ihering deu ênfase: *primeiro há que perder-se por completo a fé na teoria, para podermos sem perigo utilizarmo-nos dela*.

Vejo aí as bases de uma ruptura epistemológica, afinal, se Ihering não chegou a construir uma teoria perfeita e acabada sobre a contraconceitualística, em verdade, assumiu importante postura crítica, muito maior do que se pode imaginar, pois que na sua época era ainda mais forte o culto à teoria do que hoje acontece.

Tinha razão quando disse que primeiro é preciso perder a fé na teoria; depois ela até nos pode ser útil. Quando a *Teoria Crítica*, atualmente, de uma forma ou outra (pois são difusas as vertentes) ataca o senso comum teórico dos juristas, o que, no fundo, faz é atacar não o sentido da teoria propriamente, mas o culto que a ela se faz. Assim, penso, romper com o senso comum teórico não implica destruí-lo – mesmo porque isso não é possível – mas ter consciência de que os pressupostos que o formam são dogmas (de fé) e, em assim concebendo, trabalhar com eles, conscientes do seu sentido mítico.

Ihering, portanto, mudou muita coisa na ciência jurídica do seu tempo ao despertar do seu sono dogmático. Veja-se que em 1864 levou a perspectiva da concepção histórica às suas conseqüências últimas, ao asseverar que não apenas as propo-

sições jurídicas, mas principalmente os conceitos jurídicos que delas se podem extrair por 'concentração', se transformam com o tempo. E foi mais longe, afirmando que acreditar na inalterabilidade dos conceitos jurídicos romanos é uma posição perfeitamente imatura, que deriva de um estudo da história completamente acrítico.

Mas sua viragem foi ainda mais contundente, quando passa a ver que a coerência lógica de uma proposição jurídica não é a mesma coisa que a sua validade prática, para daí posicionar-se contrário ao que designou por *falsa aparência da dialética jurídica, que busca dar ao positivo o nimbo do lógico e ao culto da lógica que pensa erigir a Jurisprudência em uma matemática do Direito*.

Ihering propõe que se substitua o que chama de *delírio*, opinando que "a vida não é o conceito; os conceitos é que existem por causa da vida. Não é o que a lógica postula que tem de acontecer; o que a vida, o comércio, o sentimento jurídico postulam é que tem de acontecer, seja logicamente necessário ou logicamente impossível".⁶⁶

Ihering – em sua segunda fase – lança as bases de uma *jurisprudência pragmática*, nomenclatura utilizada por Larenz, que aqui é denominada jurisprudência teleológica.

Na obra *O Fim do Direito* (1877) ele traça as bases dessa nova Jurisprudência, ao afirmar "A idéia-base da presente obra é a de que o fim é o criador de todo o Di-

⁶⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 51-53.

reito, de que não existe nenhuma proposição jurídica que não deva a sua origem a um fim, ou seja a um motivo prático".⁶⁷

Larenz não vê na postura de Ihering uma imanente teleologia do direito, observando que a idéia que coloca de *motivo prático* deixa antever não uma perspectiva de um fim subsistente em si mesmo, mas nos fins práticos das proposições jurídicas singulares, fins por cuja única virtude, segundo crê Ihering, as normas existem e podem ter explicação.

A crítica de Larenz centra-se mais propriamente mesmo no conceito de finalidade. Assim ele afirma:

Com o que desde logo se torna claro que não são os fins, como que automaticamente, que podem ser o 'criador' do direito, mas apenas o sujeito que estabelece esses fins e que persegue esses fins pela imposição do Direito. Por isso, o eixo da obra de JHERING reside verdadeiramente na questão do sujeito dos fins, do sujeito que está por detrás das proposições jurídicas e que, através delas, consegue prevalecer.

A resposta óbvia – é o legislador – já não logra satisfazer JHERING, que não desconhece que o legislador conta menos como pessoa individual do que como representante de uma comum vontade ou impulso que congrega todos os cidadãos. Um tal sujeito, pensa JHERING, só se pode descobrir na sociedade, pois, genericamente entendida, a sociedade é 'um agir em comum e para fins comuns, em que cada qual, enquanto trabalha para outrem, trabalha também para si, e enquanto trabalha para si, também trabalha para outrem'.⁶⁸

A crítica de Larenz centra-se, todavia, principalmente no fato de que Ihering desloca o eixo do problema do legislador – como pessoa – para a sociedade, como grandeza determinante, e por assim dizer como verdadeiro *actor*. Assim, direito para

⁶⁷ LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 53.

⁶⁸ _____. p. 54.

Ihering seria apenas a norma coativa posta pelo Estado. Outro ponto crítico está no fato de que Ihering atribui a cada norma jurídica uma relação de conteúdo com um fim, determinado benéfico para a sociedade e por causa do qual a norma existe. No entanto, Larenz reconhece aí o abandono da Jurisprudência conceitual formal e do psicologismo, posições à época dominantes, mas afirma categoricamente que Ihering permanece no terreno do positivismo. E, ainda, aponta o fato de que Ihering não reconhece qualquer hierarquização objetiva dos fins da sociedade, à medida que propõe que os fins da sociedade resultam antes das diversas '*necessidades vitais*' da sociedade respectiva, da sociedade *historicamente dada*.

De qualquer forma, Larenz reconhece ser Ihering o primeiro dos pensadores jurídicos modernos que relativiza por completo as pautas do direito, o que também vale para as pautas morais, já que para Ihering as pautas morais são '*imperativos sociais*'.

Ihering denomina a sua teoria de '*Utilitarismo Social*', e não se pode negar que contribuiu para a evolução da ciência jurídica, que se traduziu no reconhecimento de que toda proposição jurídica tem necessariamente de ser vista na sua função social. Essa conclusão é de Larenz, que acrescenta "ela aspira a conformar a existência social e, por conseguinte, ordena-se, pelo seu próprio sentido, a um fim

social. Daqui emerge, para a ciência do Direito, a necessidade de um pensamento teleológico".⁶⁹

Vejo, portanto, que a crítica formulada por Larenz em sua *Metodologia* é absolutamente fundamentada, deixando somente de ser coerente quanto ao fato de não ver no pensamento do segundo Ihering o que designa por *imanente teleologia do Direito*, à medida que sua abordagem quanto ao deslocamento que faz Ihering do eixo do legislador, enquanto pessoa, para a sociedade, não retira o caráter teleológico. E ainda mais porque o próprio Larenz acaba por reconhecer de forma expressa que da postura proposta por Ihering emerge a necessidade de um pensamento teleológico.

No mais, ainda é de se dar ênfase à observação que faz Larenz quanto ao fato de Ihering ter ultrapassado o conceitualismo formal, mas permanecido no terreno do positivismo. De fato, o paradigma positivista permaneceu abrangente em todas as teorias dos oitocentos, tendo eu cá minhas dúvidas que algum dia tenha mesmo sido efetivamente superado.

Guardada a possibilidade de uma eterna e insolúvel polêmica sobre a afirmação que acabo de fazer, penso que de certa forma a superação do positivismo em muitas teorias aparece apenas de forma retórica, talvez não porque tentem encobri-lo por meio de argumentos e categorias que sempre acabam por se referir a ele próprio, mas porque não admitem – mesmo porque dado os pressupostos de seus para-

⁶⁹ LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*. 2^a ed. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1989. P 56.

dogmas não podem fazê-lo – que mais importante que *ultrapassar* a fronteira da moldura positivista, é perder a fé nos seus princípios. Ou em outras palavras, superar a questão ontológica que envolve de mistério as teorias jurídicas, como de resto, as teorias em geral.

A partir daí a perspectiva de uma dogmática deixa de dar tanto ênfase à estrutura no direito, para ver nele, a função; e mais importante, construí-lo como uma estrutura, porque a estrutura é sempre construída, tendo consciência de que assim sendo, representa uma ideologia.

O trabalho do jurista envolverá sempre o construído, enquanto uma arquitetura de conceitos; o problema, todavia, aí não reside. Está, mesmo, na postura do jurista em face dos conceitos construídos e na maneira com que os interpreta e aplica.

Sob essa óptica, mesmo o positivismo jurídico permite que se opere o direito em razão da sociedade e suas categorias; desde que, é evidente, assuma o caráter de uma dogmática instrumental em face da própria sociedade.

Dir-se-ia então que ou não se está mais em um paradigma positivista, ou que se está a identificar a dogmática com o positivismo, reduzindo-se um ao outro. Na verdade, o que estou querendo significar é que o fantasma que tanto tem assombrado os juristas, cujo nome pode ser positivismo, ou jusnaturalismo, ou legalismo, ou ainda outro qualquer, está muito mais na postura do próprio sujeito (o jurista) em face do mundo, do que em teorias que realmente *são* (existência real).

Para concluir: penso que há uma grande diferença entre os mitos que dinamizam dos *ismos* e aqueles que constroem esses mesmos *ismos*. O jurista que só

pode ser compreendido como um sujeito em relação, não é apenas o sujeito circunstancial, mas o sujeito histórico, que, de um lado, traz consigo a herança dos conceitos que formam o seu saber e, de outro, constrói os conceitos que seu saber condiciona.

Conseqüentemente, ao substituir a expressão *saber* que tem uma conotação ontológica (dado que *saber é ser*) por *existir* (no sentido de estar com o outro, estar no mundo), verifico que a existência constrói mitos, pois à medida que o sujeito os recebe como dogmas, pautas de conduta, teorias, princípios, os (re)elabora, ainda que de forma inconsciente, segundo a sua visão de mundo, que é sempre determinada pelo fato de estar-no-mundo, antes do que pelo fato de *ser* um sujeito que pensa. Na verdade, o existir é o agir determinado pela ideologia e, assim, posso até entender que os mitos são mais construções da própria ideologia do que fantasmas que perambulam do passado ao presente e que assombram a mente dos homens.

Nesse compasso, surgem os chamados falsos problemas da teoria da ciência, e da própria teoria da ciência do direito. Mesmo juristas com reconhecida postura positivista (ainda que mitigada) já admitiram, por exemplo, que o dualismo *positivismo-jusnaturalismo* é um falso problema (Bobbio, por exemplo).

Não quero com isso dar a entender que não existem as teorias, os mitos, os princípios, os dogmas. Desejo só significar que apesar de sempre terem existido – e, particularmente, no direito, dado que é a ele que nos reportamos em especial – não são estruturas estanques que permanecem a vagar pelo senso comum dos juristas, mas (re)construções existencialmente condicionadas.

Sob essa óptica, então, dizer que Ihering não ultrapassou o positivismo, embora tenha superado o formalismo conceitualista, é absolutamente insignificante. Pois, o que importa, realmente, é que Ihering construiu uma perspectiva funcional da dogmática, ainda que dentro do paradigma positivista.

Na verdade, a *praxis* da teleologia, ou do pragmatismo, ou do utilitarismo social de Ihering, é que atuou como agente de uma transformação da concepção do direito do seu tempo. Remanesceu o positivismo. Mas volto à pergunta que já fiz: e alguma vez o positivismo desapareceu da ciência jurídica?

Não respondo, mesmo porque na linha do meu pensamento essa resposta não tem nenhuma importância. Apenas deixo aqui uma outra observação, cuja função é instigar, mais do que esclarecer: o jusnaturalismo da escola clássica não foi uma espécie de positivismo? E o jusnaturalismo escolástico não representou uma forma de positivismo, dado que Deus – e, no caso, a lei eterna – é um princípio inquestionável, sob a óptica interna do sistema escolástico? E, não se diz sempre – em todos os manuais de filosofia do direito – que a maior característica de uma concepção dogmática e positivista do direito é a adesão ao dogma da inquestionabilidade dos pontos de partida? Talvez mais outra questão possa instigar a polêmica: a norma fundamental de Kelsen – que sabidamente foi positivista – não pode ser considerada uma categoria de direito natural?

Todas essas questões em verdade não tem resposta, porque reascendem uma polêmica medieval, e, efetivamente, não precisam ser respondidas à medida que qualquer resposta que se lhes dê, será sempre baseada em paradigmas estanques que a teoria do saber construiu e transmitiu. Ou ainda, se respondidas, qualquer

resposta há que ser aceita, à medida que representarão apenas (re)produção de um saber condicionado e não (re)construção existencialmente condicionada.

7.1.2. Jurisprudência de Interesses

A jurisprudência de interesses representa uma espécie de passagem da orientação teleológica para a proposta da chamada escola do direito livre. Seus mais importantes juristas foram Heck, Soll, Rümeline e Müller-Erzbach.

Larenz entende, mais precisamente, que foi a partir do momento em que Ihering voltou-se a uma jurisprudência pragmática, quando começa a surgir uma jurisprudência de interesses.

A aproximação de Ihering com a escola fica muito clara quando se lê em Philipp Heck que “o cerne da disputa metodológica na ação do direito sobre a vida, tal como ela se realiza nas decisões judiciais”⁷⁰

A jurisprudência conceitual limitava o juiz ao processo subsuntivo e, dessa maneira, concebia o direito como um ordenamento em sistema fechado, composto de conceitos jurídicos, levando ao império da lógica na ciência jurídica.

A escola dos interesses parte da idéia de uma pesquisa vital e de uma valoração vital. Heck só entendia aplicável a metodologia da Jurisprudência dos interesses para o que ele designava de “ciência prática do direito”, tradicionalmente comparada à “ciência dogmática do direito”.

A tese fundamental da escola está em que a ciência procura sempre o caminho para um único objetivo vital, que é a ação sobre a vida. Não se nota aí – e isso é por demais relevante – a idéia de um objetivo teórico, válido por si.

⁷⁰ LARENZ, Karl, **Metodologia da Ciência do Direito**. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 57.

Outra proposta, também significativa, está na idéia de que a jurisprudência tem o objetivo de facilitar a missão do juiz, de sorte que a investigação tanto da lei como das relações da vida prepare a decisão objetivamente adequada. Assim, entendem que o objetivo final da atividade judicial é o de resolver os casos concretos; o que significa satisfazer as necessidades da vida, as apetências e tendências apetitivas, sejam de ordem material ou ideal, que sempre são encontráveis na comunidade jurídica.

Heck chama essas apetências – ou tendências apetitivas – de interesses⁷¹, sendo que a peculiaridade da escola é sempre ter em conta o objetivo maior de toda a construção, que reside na formação de conceitos.

O que se deduz é que a escola dos interesses centra seu objeto em uma espécie de *tutela de interesses*. Isso entendido no sentido de que os preceitos legislativos não se prestam somente a delimitar interesses, mas que são, em si, resultado de interesses.

A Jurisprudência de Heck é categórica quando entende as leis como resultantes de interesses de ordem ética, religiosa, nacional, material, que, em cada comunidade jurídica, se contrapõem e lutam pelo seu reconhecimento.

Na teoria de Heck a figura do legislador é substituída pela idéia de interesse, de maneira análoga ao que ocorre com Ihering ao substituir o legislador pela sociedade. Muito embora no pensamento de Heck a interpretação deve estar acima das

⁷¹ Sobre o conceito de interesse no Processo Penal ver MIRANDA COUTINHO, Jacinto nelson de. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

concepções do legislador, ou seja, deve residir exatamente nos interesses que foram causais para a lei.

Nota-se claramente que ele põe os interesses como fatores de criação da lei, ao mesmo tempo que os representa como comandos de dever-ser, ou seja, em razão de serem causais para a regra-de-direito, determinam ao legislador, idéias (que são representações) que acabam se transformando naqueles comandos.

Forçoso é reconhecer que existe alguma semelhança entre a genealogia de conceitos e a construção da Jurisprudência de interesses. Contudo, o traço distintivo encontra-se no fato de que Puchta compreendia a genealogia como um desenvolvimento do conceito espiritual, em um nexó lógico e Heck vê uma espécie de causalidade dos conceitos jurídicos (nexo causal real).

É que Heck parte da idéia de que os interesses que têm importância na construção do direito são os interesses da vida – e aí ele inclui o interesse geral da comunidade na paz e na ordem – como se não fossem abstrações (ou seja, não os vê em-si), mas os compreende como fatos – causas eficientes – no processo concreto. Parte assim para uma espécie de investigação histórica dos interesses como método hermenêutico, afastando-se do objetivismo.

A categoria da causalidade está muito presente na teoria de Heck, sobretudo no fato de que só considera um ato científico, à medida que se reconduz às suas causas, sejam físicas, biológicas ou históricas. Para ele, a interpretação da lei nada mais é do que um esclarecimento de causas (no sentido de torná-las explícitas).

A escola, todavia, ultrapassa essa visão genética acerca dos interesses, tanto em Heck quanto em Soll, à medida que o interesse também aparece como o objeto

sobre o qual incide a valoração do legislador. Heck entende que o objetivo do legislador deve ser o de ordenar os interesses da vida, que estão em constante luta.

A passagem de uma simples genética conceitual para uma postura axiológica está justamente na idéia de que o legislador, para cumprir seu desiderato, necessita de um juízo de valor sobre os interesses, que se reconduz a uma concepção de ideal social – no sentido de organizar a ordem da sociedade.

Em Soll, a passagem é mais perceptível, à medida que entende que cada proposição jurídica autônoma contém, de forma indireta, um juízo de valor sobre os conflitos de interesses que subjazem.

Cada ato de valorar é uma tomada de posição do sujeito – feita livremente – dirigida a um critério de valor, que não pode ser causada pelo sujeito. Assim, a perspectiva causal das regras do direito acaba por restar em um segundo plano na perspectiva da escola.

Para entender melhor, é bom notar que no pensamento jurídico em geral – na época – os conceitos normativos eram princípios que tinham a capacidade de gerar, ou seja de *causar* ordens e, conseqüentemente, os seus efeitos também era *causados*.

A Jurisprudência dos interesses compreendeu que os mandamentos do direito não dimanam de princípios gerais, mas das necessidades da vida– no sentido pragmático -, com o objetivo de sujeitarem-se às mudanças e adaptações constantes das mesmas necessidades.

8. Zetética Sociológica

8.1. Escola da Livre Investigação Científica

Essa escola aparece, sobretudo, a partir da obra de Gény, contida em dois livros: *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif* e *Science et Technique en Droit Privé Positif*.

À sua produção atribui-se o nome de livre investigação científica, ou livre criação jurídica. Para ele, a norma não é apenas um fenômeno psicológico, mas sobretudo um fenômeno social, ou seja, o substrato psicológico da lei só aparece na atmosfera social que lhe dá sentido.

Também entende não ser a norma a expressão de uma idéia lógica, à medida que não vê necessidade de ela ser racional. Compreende-a como uma manifestação da vontade do legislador. Nesse sentido, o método preconiza o retorno às origens da norma para que se possa realmente conhecer seu significado.

Contudo, embora não veja a necessidade de racionalidade na norma, entende que para a aplicação dela é imprescindível conhecer-se a vontade do legislador, justificando que se a vontade deve ser iluminada pela razão, isso não ocorre sempre, sendo por isso que a lei não responde obrigatoriamente a um impulso racional.

Gény faz severa crítica à polêmica de seu tempo quanto à distinção entre interpretação filológica e lógica, dizendo-a iníqua, à medida que a interpretação, sendo a busca de uma vontade, pode encontrar no texto o espírito do legislador. Atribui, contudo, relevância, à distinção que se opera entre a interpretação fundada no texto e aquela que dimana de fatores não adstritos à letra da lei.

Surge, pois, com sua teoria, o conceito de fontes supletivas: para dar solução às situações que se encontram omissas na lei. Situa entre essas fontes, por ordem de importância, o costume, a autoridade e a tradição, e, por derradeiro, a livre investigação científica.

Daí decorre o motivo pelo qual muitos autores, entre eles Vicente Ráo, entendem que a teoria de Géný versa sobre as lacunas do direito. Isso porque, a finalidade seria suprir, por meio da livre criação de regras novas, os vazios das normas jurídicas vigentes, que de outra maneira não possam ser preenchidos.⁷²

Já Friedmann, ao tratar da escola, preconiza que o costume ficou negligenciado no entusiasmo da codificação e da racionalização do direito.⁷³

A autoridade e a tradição devem ser usadas como fonte quando se acham consagradas pela doutrina. Com efeito, a jurisprudência e a doutrina assumem o grande papel de adequar as leis aos casos concretos, à luz das necessidades concretas; elas muito contribuíram para estender, e, de fato, modificar os princípios estabelecidos pelos códigos, tendo se transformado em fatores de significativas alterações no sentido originário das leis.⁷⁴

⁷² RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 641.

⁷³ FRIEDMANN, W. **Théorie Générale du Droit** 4ª ed. – Bibliothèque de Philosophie du droit – vol. IV Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1965, p.286.

⁷⁴ COELHO, L. Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2ª ed. Rio: Forense, 1981. p. 270.

A teoria de Gény abre uma leque amplo à atividade judicial, atribuindo-lhe autoridade criativa, uma vez que permite ao juiz a liberdade de escolher entre muitas soluções possíveis, por meio da fonte que designa por *Livre Investigação Científica*.

A *Livre Investigação* está baseada em três princípios, a autonomia da vontade, a ordem e o interesse público, e, ainda, no justo equilíbrio dos interesses privados em oposição.⁷⁵

A célebre distinção entre pensamento e vontade é o ponto de partida para que Gény desenvolva uma filosofia do direito voltada aos aspectos da ciência e da técnica, condicionadas pela diferenciação entre conhecimento e ação. O campo da ciência é o do conhecimento objetivo da realidade social que dá ao direito a sua matéria social – daí dizer que a matéria é *dada*. A técnica é o que permite ao jurista, aplicando a sua arte específica, exercer uma atividade aplicativa da realidade dada, sem que, no entanto, a modifique. A ação criadora estaria na técnica.⁷⁶

O seu pensamento adquire importância na época, justamente pela originalidade da sua construção teórica, que o levou a distinguir entre o que designou por *donné* e *construit* (dado e construído), duplo campo de ação em que acontece a atividade do jurista.

⁷⁵ FRIEDMANN, W. *Théorie Générale du Droit*. 4ª ed. – Bibliothèque de Philosophie du droit – vol. IV Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1965. p.286.

⁷⁶ ____, p. 287

O *dado* seria o conjunto de realidades que existem em uma sociedade, independentemente da vontade dos legisladores, representando a matéria real com a qual o jurista trabalha para construir seus conceitos. Segundo Gény, é o conjunto de realidades sociais, porém não de todas, porque lhes dá o sentido de realidades normativas, ou seja, que, em-si, comportam um sentido de direção para a conduta do homem.

Assim, no pensamento dele, em toda a sociedade existem realidades que independem do legislador, mas que servem de pauta para a conduta humana na coletividade. Destarte, somente essas realidades é que chama de dados. Gény, portanto, não empresta ao conceito de dado o que a filosofia entende como emanção da natureza.

As realidades normativas podem ser, segundo ele, de duas espécies, morais ou econômicas, constituindo a base de formação das normas jurídicas. Divide-as em quatro categorias: os chamados dados reais ou naturais, que são realidades físicas e psicológicas (tradição, costume, clima) constituindo expressão da natureza das coisas; os dados históricos, que resultam de tradições e circunstâncias do meio social, a moldar os fatos psicológicos e físicos. Identifica-os no folclore, na moda, e em algumas formas de religião; os dados racionais, que são princípios racionais que condicionam as relações sociais. Entende que se pode inferi-los de forma racional daqueles dados reais, identificando-os com o direito natural clássico e os princípios que dele dimanaram, os conceitos teológicos que condicionam a vida, os princípios gerais, como o livre arbítrio e os direitos individuais; os dados ideais, que são, na realidade princípios jurídicos ubicados em uma situação histórica, vista em uma perspectiva

concreta. O método de captá-los é a intuição sobre o real. Na verdade são as aspirações sociais que, de forma intuitiva, o jurista descobre.

Daí se infere que erigiu a intuição como o método, por excelência, do direito. De ressaltar, ademais, que os dados históricos e reais não influenciam diretamente a criação jurídica. Os ideais permitem aperfeiçoar as diretrizes da razão. Em verdade, os dados racionais é que se apresentam como decisivos para a elaboração científica do direito, pois que sua elaboração sempre residiu no discernimento racional.⁷⁷

Interessante na obra de Gény é a hierarquia para o sistema da dados, em três planos, que considera da seguinte forma: os dados absolutamente gerais, que são realidades normativas, cujo valor é presumido, portanto, não passíveis de discussão social, com valor normativo, tendo caráter puramente abstrato; os dados menos gerais, adequados à realidade concreta, admitindo certa contestação, a consideração da vida humana como um bem intangível e a contestação a ela, no que diz respeito, por exemplo, à defesa do aborto; os dados mais precisos, adaptando-se de forma exata à realidade concreta. Gény considera então que se a realidade é contingente, os dados também têm um valor contingente. Por exemplo, se a vida, que é uma realidade, é contingente, os dados sobre ela, são, igualmente contingentes.

Mas a teoria de Gény considera que os dados existem, mas ficarão no plano da teoria se não ocorrer a construção, por meio de uma técnica – no caso, jurídica – de forma a que ocorram efeitos na realidade concreta.

⁷⁷ GÉNY, François. *Science et Technique en Droit Privé Positif*. tomo II, Paris: Sirey, 1927. p. 166 - 177.

É, pois, o *construído* que vai operar a passagem dos dados, ou sua “concreção”. É o que o jurista obtém como procedimento formal na elaboração de conceitos e se estabelece no campo da técnica jurídica fundamental (sobreposta àquelas técnicas particulares, ou seja, a legislativa, gramatical e doutrinária).

A técnica permite que os dados sejam adaptados às necessidades da sociedade. Assim, aponta como fonte básica do direito, o direito em-si, prática que se baseia em um conhecimento. O que aparece como subjacente contudo é que existe a possibilidade de discernir regras jurídicas mesmo abstraindo suas fontes materiais, que revelam um direito não conformado com a realidade.

Gény ultrapassa a questão dos dados, cuja função é orientadora para os fins do direito. É que existem nos dados, orientações de conduta, sendo necessário que se os adapte à realidade, o que ele designa por fins do direito, já que sob a sua óptica as leis não contêm o direito, nem mesmo as normas promulgadas, mas, sim, a sociedade. Do que se conclui que o direito está, mesmo, nos dados normativos da sociedade.

E, conseqüentemente, Gény também ultrapassa a idéia de interpretação como simples recurso de investigação das fontes, para compreendê-la como interpretação do direito.

A lei, em sua doutrina, aparece como caminho direto que traduz, de forma segura, a realidade concreta da sociedade, dando-lhe contudo, um sentido, que se traduz em uma finalidade, já que compreende os dados como emanção da inteligência do homem, interpretando-os e utilizando-os ideologicamente. A técnica jurídica presta-se a adaptar meios e artifícios aos fins do direito e adaptar o direito às exi-

gências da vida. O construído é exatamente o que ele chama de meios e artifícios. São construções jurídicas, variáveis e contingentes, infinitas, que dependem do tempo e do lugar. As formas e as categorias são exemplos dessas construções, os institutos jurídicos, as presunções e ficções e outros conceitos jurídicos puros, como o conceito de pessoa (haurido pela intelecção).

Gény não entende a interpretação do direito como um ato e a elaboração do direito como outro. Em verdade, quando fala em elaboração do direito, inclui aí, a idéia de interpretação. Para que isso ocorra, entende que são necessários a ciência dos dados e a técnica do construído.

Embora muitos pretendam ver na teoria de Gény uma espécie de escola de livre criação do direito, não é isso que ele propõe. Sua livre investigação científica é uma técnica de construir meios para a realização do direito, cuja finalidade é a justiça. É, ainda, o trabalho do cientista que consiste em extrair dos dados da realidade social o próprio direito, tendo como pauta os interesses em conflito, sem afetar-lhes o equilíbrio.

Do que se pode concluir que a livre investigação científica é um recurso que não dá liberdade ao jurista de investigar na sociedade a solução que entender melhor para colmatar lacunas ou resolver conflitos. Não é, assim, livre criação do direito pelo juiz.

O que, todavia, não significa que não tenha influenciado as escolas alemãs do direito livre e do direito justo, o pensamento sociológico nos Estados Unidos da América e até mesmo a ter influenciado a legislação, a exemplo do art. 2º do Código

Civil suíço que dispunha sobre a possibilidade de o juiz, em existindo lacuna na lei, agir como se fosse legislador, criando o direito.⁷⁸

Na verdade essa influência mais se deve a seus discípulos, do que a ele próprio, à medida que a escola, depois dele, ficou heterogênea, dado que alguns dos seus seguidores passaram a, inclusive, propor a libertação do direito, desvinculando-o do Estado.

Acentuaram-se, desta forma, algumas concepções sociológicas a identificar o direito nos fatos, considerando-os como fontes principais do direito.

Da perspectiva epistemológica, a corrente caudatária da doutrina de Gény, trouxe à tona uma controvérsia, que, inicialmente adstrita às hermenêuticas, acabou por incidir no problema ontológico. Falo da dúvida que argüiu entre a lei, como fonte, ou os dados, para a solução dos litígios.

Desse conflito e, por assim dizer, impasse epistemológico, surge o dualismo normativismo – sociologismo.

⁷⁸ FASSÒ, Guido. *Histoire de la Philosophie du Droit XIX et XX Siècles*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1976. p. 159.

8.2. Escola do Direito Livre

Zitelmann e Ehrlich são as expressões de destaque dessa escola. O princípio do chamado "direito livre" estava na idéia de que o intérprete (ou o juiz), no ato de aplicação da lei, deveria apreender a realidade, como se fosse sociólogo, em sua forma mais autêntica. O fundamento da assertiva da escola está no fato de que a vida social é mais rica do que a norma.

Assim, a tese da escola conduzia à idéia de que o juiz ou o intérprete poderiam abandonar a norma, caso a solução nela contida não levasse a uma conclusão justa.

Nesse particular foi de grande importância o pensamento de Stammler, que com sua proposta de que todo direito deve ser uma tentativa de direito justo, influenciou a escola do direito livre e acabou por desenvolver-se também na chamada escola do direito justo (Kantorowicz e Fuchs). Em verdade, essas escolas reconstruíram dentro dos seus paradigmas a teoria de Stammler sobre o *direito natural de conteúdo variável*. Muito mais tarde, depois da segunda metade dos noventa, os neoculturalistas vieram a falar de um direito natural de conteúdo em devir, em um movimento caudatário do chamado "eterno retorno ao direito natural", surgido após a Segunda Guerra Mundial, como oposição ao positivismo jurídico. O devir de que falaram foi, sem dúvida, uma (re)construção do sentido do *variável* em Stammler. Aqui mais uma vez lembro a tese que sustento sobre a produção dos mitos.

Tanto no movimento do direito livre como, também, no do direito justo, vê-se a influência do voluntarismo (aqui refiro-me ao significado que lhe deu Kelsen), no

sentido de que a vontade do intérprete é relevante sobre a intenção da lei ou do legislador.

De referenciar contudo que esse voluntarismo apareceu ilimitado, enquanto em Kelsen vem inserido em uma estrutura, a partir da qual o ato de vontade do juiz deve acontecer nos limites das pautas conceituais e valorativas, que estão contidas nos enunciados das normas gerais. Essas pautas (tipos), em Kelsen, têm o sentido de dados *a priori* sob a influência de Kant. Em Kelsen aparecem como os *standards* do direito.

A escola do direito livre assume uma vertente sociológica com Eugen Ehrlich, que tem como paradigma o conceito positivista de ciência, segundo o qual a verdadeira ciência do direito é a sociologia do direito.

O objeto da sociologia jurídica é investigar os fatos da sociedade em que reside o direito. Com isso, pretende que essa investigação não tenha como objeto imediato a aplicação prática dos seus resultados, pelos órgãos encarregados (tribunais).

O desenvolvimento do direito centra-se, exclusivamente, na sociedade, excluindo-se qualquer alusão à legislação, à ciência jurídica tradicional, ao processo decisional, nesse sentido. Uma das consequências é que denominavam a ciência jurídica tradicional (dogmática do direito) de tecnologia e não lhe atribuíam o estatuto de ciência.

Sem dúvida, Ehrlich foi o mais importante pensador da escola do direito livre, que teve, por assim dizer, predominantemente uma face sociológica. Suas obras mais importantes são *Contribuição para a Teoria das Fontes do Direito*, *Sociologia do Direito* e *Lógica Jurídica*.

O sociologismo, na perspectiva de Ehrlich, via a realidade do direito em três categorias, o direito da sociedade extra-estatal; as regras de decisão em caso de conflito; as proposições abstratas do direito (leis). A mais importante das três é a primeira, que parte da idéia de que a sociedade humana (desvinculada da idéia do Estado como governo) é uma totalidade de associações que criam suas ordens jurídicas, internas e dotadas de autonomia.

As ordenações sociais são importantes, dado que nelas se desenvolve a vida em sentido próprio (real), e engendram a idéia de um direito de grupos. A concepção de Ehrlich é uma espécie de pluralismo, que se contrapõe ao monismo do direito, já que não aceita a idéia de que o ordenamento jurídico estatal seja a mais importante expressão da normatividade.

As proposições jurídicas abstratas encontram no sociologismo o repúdio, que as substituiu pelo que chama de direito vivo, cuja característica está em surgir de forma espontânea, de não ser estático, à medida que está em constante mutação, como a vida. Novamente se vê aqui a inserção do direito variável de Stammler.

No entanto, Ehrlich explica que a eficácia do direito vivo é uma eficácia real, uma vez que se baseia na ação das associações e tem sanções próprias.

Na perspectiva sociológica do direito livre, o direito do Estado está em descompasso com a vida e a dinâmica daquele direito concreto que aparece e é estabelecido nas associações. O direito estatal, embora dimanado, por óbvio, do Estado, não tem efetividade, porque ao submeter-se ao direito das associações, o que acontece sempre, o faz de forma tardia. A tarefa mais difícil e ao mesmo tempo relevante da ciência do direito está justamente em dar solução a esse impasse. Ehrlich

entende que o lugar da Jurisprudência está justamente entre a aplicação do direito e a legislação, que são hauridos na sociedade e por ela estimulados.⁷⁹

Refuta, a escola, a lógica, portanto, à medida que a considera ultrapassada, dado que se baseia em ficções, ou seja, na ficção de que o juiz está obrigatoriamente (no sentido de ser uma necessidade) adstrito a proposições já anteriormente postas; a ficção de que só existe o direito sujeito ao direito estatal; a ficção de que o ordenamento jurídico é uno. E, para o sociologismo, a atividade judicial demonstra, na prática, tais ficções.

Kantorowicz, outro pensador de relevo para a escola, na obra *A luta pela Ciência do Direito*, mostra-se também contrário à idéia de um direito estatal, opondo-se ao primado da lei, de maneira a demonstrar que só as normas que surgem dos grupos sociais são legítimas. Também para ele o grupo é fonte do direito, e, à medida que é livre, corresponde à vontade livre dos homens a gerar as ordenações que se constituem em diretivos da conduta humana, dentro do grupo.

Na perspectiva de Kantorowicz, a idéia de um direito livre assume o sentido de libertar o direito da tirania da lei, à medida que sendo sustentado pela vontade (poder) da sociedade, é o único direito positivo fundamental.

Chega a formular uma teoria da interpretação, com base nas seguintes propostas: se o texto da lei é unívoco e sua aplicação não fere os sentimentos do grupo, o juiz deve decidir de acordo com a lei; se o texto legal não dá resposta prática, vale dizer, não é suscetível de ser argüido de injusto, o texto aplicado ao caso leva a uma

⁷⁹ FRIEDMANN, W. *Théorie Générale du Droit*. 4^a ed. – Bibliothèque de Philosophie du droit – vol. IV Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1965. p. 81.

solução que o legislador estatal não poderia querer e, nesse caso, o juiz deve prolatar a decisão de acordo com a sua convicção; se o juiz não consegue formar uma convicção acerca de como resolveria o legislador o caso, deve inspirar-se no direito livre (sentimento da coletividade); a discricionariedade só deve ser usada se o juiz, mesmo buscando a solução no sentimento da coletividade, não a encontrar. A sentença (*lex specialis*), para Kantorowicz, é um ditame da vontade.

8.3. A Escola de Jurisprudência Sociológica

Essa escola teve seu ambiente propício no Estados Unidos da América, em um dos períodos mais graves da história do país, que medeou as duas Guerras Mundiais, durante a recessão, depois da quebra da bolsa de valores de Nova Iorque em 1929; conhecido como o tempo de *New Deal*, quando o presidente Roosevelt legislou de forma emergencial, chamando o Judiciário a abandonar os precedentes, que sedimentados por séculos, já não podiam mais atender à situação da sociedade, que exigia uma rápida recuperação para a grave crise instaurada.

O Judiciário atendeu ao chamado e, mesmo enfrentando a grande oposição do tradicionalismo apegado aos princípios consagrados pelos precedentes, veio a fornecer os instrumentos capazes de proporcionar uma transformação na forma de interpretá-los.

Seus mais conhecidos representantes são Oliver W. Holmes, Roscoe Pound, Benjamin Cardozo e Luiz Brandeis. A inspiração da escola reside na lógica experimental de John Dewey, e sua proposta maior está na compreensão correta das realidades vistas no seu fluxo histórico, que é permanente. Essa compreensão consistia em uma espécie de ato prévio à interpretação das regras manifestadas, nos precedentes, nos costumes e na lei.

Sob o ângulo filosófico a escola tem dois paradigmas distintos. Por um, o tradicionalismo (representado por Coke, Hale e Blackstone) da jurisprudência americana, que não admitia a função legiferante dos juízes, dado que no seu entender a ta-

refa do juiz deveria se circunscrever a revelar a regra que já existia, oculta, no direito consuetudinário.

O outro, dimanado do *Legal Realism*, sob a influência de Austin, e partindo de alguns princípios psicanalíticos, sustentava que só era direito aquele que os juízes declarassem. Por conseqüência, o direito consuetudinário só era assim considerado, quando fosse adotado pelos tribunais. Obviamente, rejeitava-se a idéia de lei como direito, também porque só os tribunais podem fixar o sentido do direito.

A escola de jurisprudência sociológica fica no meio termo, sob a influência das duas grandes correntes, em tanto que conceituava o papel do juiz como constitutivo do direito, ao mesmo tempo em que não expurgava as outras fontes do direito.

A obra de John Dewey exerceu em verdade influência muito forte sobre o movimento sociológico e também sobre o realismo jurídico norte-americano, tendo em conta a sua importância, tanto naquele país como, de resto, em todo o ocidente.

Seus escritos constituíram o fundamento filosófico da escola, principalmente *Método Lógico e lei e problemas do Homem* em que afirma que a lógica fundada na dedução não serve para a elaboração de decisões justas, demonstrando que tal lógica se fundamenta em princípios gerais, cuja imutabilidade e rigidez conduz em a sacralização do passado (no sentido de [ultra]passado) e a uma justiça desastrosa. Responsabiliza a lógica formal-dedutivista como a causa do distanciamento abissal entre os princípios jurídicos gerais e as situações vistas em concreção, no plano da historicidade.

Na realidade, esses princípios têm a função de hipóteses e necessitam de constante adaptação na medida dos efeitos que causam e não daqueles que devem

causar (a idéia original de princípios como um *a priori* formal). Destarte a lógica jurídica deve estar voltada para ser uma lógica vinculada às conseqüências da aplicação da lei. Seu argumento mais forte está na previsibilidade da lógica, de modo a sustentar que o intérprete deve prever as conseqüências da lei aplicanda, sendo esse o caminho pelo qual deve gravitar o raciocínio do jurista.

8.4. O Realismo Jurídico

Difusão e localização das escolas.

Toda a investigação jurídica que dá ênfase à realidade, em relação ao conteúdo das normas, receberá neste trabalho a denominação de realismo zetético⁸⁰.

O objeto do realismo é, assim, o direito da maneira como aparece fenomenicamente; o que significa descartar a possibilidade de localizá-lo nos princípios gerais, na lei, na idéia de fim e valor – que implica uma metafísica do direito natural e da justiça, revelando a realidade (cujos elementos são a sociedade histórica) que a ele subjaz.

O realismo jurídico, genericamente, é, pois, um movimento que investiga o sentido da realidade do direito e a forma de relacionamento que ela tem com as expressões significativas do direito, subordinando o princípio geral – de natureza axiomática – à realidade. Na mesma medida é a tentativa de construir um método adequado à perspectiva do direito como fenômeno real.

⁸⁰ Tomo a denominação da orientação proposta por Coelho que, de maneira geral, guardadas certas divergências, é a que adoto como opção para a abordagem de todas as escolas. COELHO, L. Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. 2ª ed. Rio: Forense, 1981.p. 272.

Convém notar que a idéia de um realismo jurídico nem sempre aparece nesse sentido; muitas vezes surge na teoria jurídica com uma certa aproximação do empirismo e mesmo do positivismo. Como antes já referi, não há grande relevância nessa compartimentalização significativa, mas de todo modo, não é demais referir que essa aproximação se dá por causa da identidade mesmo de propostas das escolas, dado que, tanto o realismo como o positivismo e mesmo o empirismo repelem as conotações de natureza metafísica, ou ideológica no âmbito do direito, abjurando, em tese, todo fundamento absoluto para o direito e investigando a realidade jurídica, no sentido de direito que efetivamente existe, ou os fatos que a ele deram causa.

O realismo jurídico não é, também, uma corrente una, já que, pelo menos duas linhas aparecem bem definidas; a norte-americana e a escandinava.

De forma bem mais genérica, a postura do realismo aparece em diversos outros movimentos que não se enquadram nas duas correntes que mencionei. Daí a razão de se falar em um realismo zetético, por pretender abranger todo o pensamento jurídico cuja pesquisa se dirija à realidade do que se chama direito.

O problema maior de localização e delimitação da postura realista está no próprio conceito de direito, tendo em conta que a ciência jurídica não consegue descrevê-lo, mas, paradoxalmente, constrói seu objeto.

Como não é possível obter uma descrição semântica pela metalinguagem do direito, fica difícil significar sem ambigüidade o discurso da hermenêutica. Daí porque os realismos são muitos e distintos, variando seu entendimento conforme a compreensão da circunstância fenomênica.

Por isso o realismo zetético mostra a realidade jurídica de acordo com diferentes ópticas: como um fato psicológico; como um fato lingüístico; como um fato cultural.

Isso porque, as perspectivas realistas encaram o direito de forma diferente, assim, ele pode ser visto ao nível das motivações psicológicas da decisão judicial; ao nível da sua linguagem, com ênfase na pragmática e ao nível culturalista de uma dialética de integração-complementaridade.

Daí que fica menos equívoco apresentar as escolas segundo a seguinte orientação: realismo psicológico, realismo lingüístico e realismo culturalista.

8.5. Realismo Psicológico

8.5.1. Psicologismo Jurídico

A tese fundamental está na busca da realidade empírica do direito no irracional, o que ocorre a partir da influência de Freud, Bergson e Dewey, por meio de uma metodologia que se vale principalmente do sentimento e do intuicionismo. Nesse passo a Jurisprudência passa a ser a psicologia ou psicanálise dos juízes, em contraposição à racionalização teórica do objeto do direito.

O psychologismo aparece de maneira geral em diversos países, tanto da América quanto da Europa. Na Alemanha, principalmente nos estudos de Hermann Isay, que sustenta a impossibilidade do processo racional para viabilizar a decisão dos juízes. A elaboração jurídica, de maneira geral, é intuitiva, fundamentalmente condicionada por preconceitos e sentimentos.

Em 1933, Joaquim Dualde (*Uma revolução na Lógica do Direito – conceito da interpretação do direito privado*) influenciado por Bergson e seu método intuitivo e pela escola do direito livre, considerando a vida do direito uma das expressões do “movente” (Bergson) pretendeu aplicar a ela a interpretação intuitiva, justificando que a inteligência deveria ser abandonada dado que o intelecto está circunscrito no tempo e no espaço – que é estático – não podendo entender a realidade pura. Para ele, o ato interpretativo consistia na investigação da série causal em que a lei se inseria.

O legislador não consegue apreender a fórmula que constrói, à medida que é um dos elementos dela, com consciência e inconsciência; prevalecendo a inconsciência, já que nenhum homem tem o poder de conhecer todas as circunstâncias que o formam e que determinam ações e reações, que se consubstanciam naquilo que ele constrói (decisões). O que leva a concluir, também, que o legislador não pode apreender a série causal determinante da lei. A razão está edificada sobre sentimentos e a lei exprime (por proposições abstratas) a vida em relação (no sentido psicológico).

Mais fácil de compreender se considerarmos, sob a óptica de Dualde, que a interpretação das regras jurídicas é um ato que leva a descobrir os sentimentos do legislador, e essa descoberta exige a intuição.

A sistematização de uma teoria geral da interpretação, porém, só vai ocorrer pela primeira vez com Emílio Betti, que a construiu com a pretensão de valer para todas as ciências do espírito, especificando-se no direito. Suas idéias estão expostas principalmente em *Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos* (1949) e *Teoria Geral da interpretação* (1965).

Sua classificação abrange a chamada interpretação histórica, interpretação normativa e interpretação comunicativa. A *histórica* baseia-se na compreensão da produção econômica, artística ou jurídica, tendo em conta que essa produção deveria ser entendida no sentido exato do contexto em que se inseriu originariamente. A *normativa* compreendia a inteligência da produção do espírito como expressão normativa. Ultrapassa a perseguição da origem do sentido e vai ao ponto de estabelecer uma regra (norma) para além de seu sentido originário, mas atualizada. O *raciovita-*

lismo, de certa maneira, resgata esse sentido de interpretação. A *comunicativa* é o tipo de interpretação que acontece nas representações de uma idéia, como, por exemplo, a atitude artística. Em verdade, é um processo de decodificação entre a obra e o destinatário, por meio do agente que estabelece a fala, no caso, o intérprete. A *jurídica* insere-se no complexo da interpretação normativa, utilizando-se da interpretação histórica, à medida que o jurista vai além da busca do sentido da lei, ele persegue seu sentido originário e o completa, tornando a norma revitalizada.

8.5.2. Realismo Jurídico Norte-Americano

A escola norte-americana é uma das que mais absorveu a orientação psicológica. Buscou a realidade efetiva do fenômeno jurídico, entendendo que o direito real é apenas aquele que o juiz declara – em relação ao caso concreto - , descartando qualquer investigação a partir de normas gerais e procurando mostrar o processo judicial como uma realidade psicológica e social, a partir da tese segundo a qual a atividade do juiz não está vinculada – porque é impossível – às regras lógicas, que partem da premissa à conclusão, mas ao fator psicológico, justamente inverso, que tem a conclusão como ponto de partida a buscar – depois – as premissas.

O realismo norte-americano não deve ser entendido como uma escola jurídica no seu estreito sentido, já que é um movimento que vem da *praxis* e não congrega pensadores que seguem idéias comuns, mediante programas definidos. O realismo no direito norte-americano caracteriza-se mais particularmente pela atividade de diversos juristas que se ativeram a questões judiciais, não atribuindo relevo aos acontecimentos – mesmo que jurídicos – fora das Cortes.

Daí o sentido que dão ao direito, notadamente como um *corpus*, mas de decisões e não de normas. Sua pesquisa gira sempre em torno da atividade do juiz no momento da decisão, na busca dos motivos (psicológicos) que a engendram.

O nome mais conhecido do movimento é John Chipmann Gray, que, aliás, foi seu precursor, juntamente com Oliver Wendell Holmes, este mais vinculado ao sociologismo. Sua tese principal está na idéia de que o direito efetivo é aquele que se constitui pelas normas que os tribunais aplicam. Quanto às fontes, entende-as como fatores em que os juízes buscam inspiração para estabelecer as regras efetivas da sentença. Nesse passo, a lei só se torna direito depois de inserida na sentença. Para Gray, o direito estatal ou o direito que vem de qualquer grupo (paraestatal) compõe-se de regras que os órgãos judiciais estabelecem, de modo a determinar os direitos subjetivos e os deveres jurídicos. Porém, é de notar que sua teoria não se afasta de uma certa dogmática apriorística, à medida que entende que o juiz deve recorrer à doutrina, que contém os princípios morais, e aos costumes, buscando inspiração nos precedentes.

Karl Llewellyn é outro dos grandes nomes do realismo norte-americano, que pelo fato de ter sido dentre os sociólogos de sua época, um dos de maior acuidade, levou a grau de desenvolvimento muito mais amplo as teses do realismo. Suas idéias chegaram a entrar em conflito com o movimento em geral, dado que rejeitou o postulado que vê o direito como uma espécie de previsão de decisões judiciais, argumentando que essa perspectiva elidia o verdadeiro problema, revelando uma visão apenas parcial do direito.

Partiu do pluralismo jurídico, para determinar a compreensão do direito a partir da sociologia. Fez uma distinção clara entre as normas em-si, simplesmente vigentes, e aquelas efetivas. As normas em-si são aquelas em que os juízes dizem

fundar suas sentenças. As efetivas podem ser ou não declaradas, mas são as que o juiz realmente considera para solucionar os conflitos. As regras escritas, simplesmente vigentes, os juízes as usam excepcionalmente, pois quase sempre são ultrapassadas. Eles as mencionam e as elidem por meio de juízos de interpretação. O que quer dizer é simplesmente que os juízes, para mostrar que estão a obedecer as normas, declaram-nas (elidindo-as pela interpretação) de maneira a dar a aparência de que as seguem, quando, na realidade, elas servem para disfarçar a utilização de outras regras (efetivas) que o juiz aplica, mas não declara.

Por último, embora não se esgote aqui o realismo norte-americano, é importante notar a contribuição de Jerome Franck, que com suas principais obras *A lei e a mentalidade moderna* e *Sentenças* traçou peculiaridades notáveis do movimento. Para ele a generalidade, a uniformidade, a certeza e a segurança do direito são *falácias*; atribui relevância à verdade circunstancial da vida, deixando em plano secundário a idéia de uma regra de direito como proposição invariável. Via certeza apenas no direito emanado da sentença; antes dela, via apenas um direito provável.

Acreditava que esse direito provável só era relativamente uniforme e continha algum grau de certeza em sociedades primitivas. Nas sociedades mais evoluídas, entendia que as regras de direito são instáveis, incertas e inseguras, com mudanças bruscas, até mesmo porque isso decorre da própria condição da evolução dos fatos.

De modo que as situações sociais que surgem não podem ser previstas nas normas que já se encontram postas, cabendo ao juiz, perante a situações novas que

surtem, elaborar normas também novas em suas decisões (sentenças), muito embora elas quase sempre se mostrem como interpretações de normas que já existiam. Também admite que o juiz, em determinados casos, deva escolher o princípio que vai servir de fundamento para sua sentença. Mas só forma sua convicção de justiça diante das provas, pouca ou nenhuma relevância tendo as normas que estão vigentes. Formada sua convicção, vai buscar os princípios a justificá-la.

Embora sua obra seja muito mais ampla, interessa-nos, sobremaneira, sua crítica em relação ao mito da certeza e da segurança do direito. Pensa que o só fato de existirem normas estabelecidas não garante que exista um direito realmente certo, já que as normas não são postas com segurança e são inseridas na ordem jurídica sem o conhecimento pleno do seu alcance. De outro lado, afirma que os fatos também não são entidades efetivas, já que dependem de avaliações, o que é, absolutamente incerto. Assim, a essência do direito está na sua mutabilidade.

O ponto mais agudo da sua exposição crítica centra-se no conceito de personalidade do juiz, já que entende que na decisão o juiz deve partir de princípios, aplicando-os aos fatos para concluir; mas, uma vez que o direito efetivo é aquele que se dá na sentença, então, o fator de maior importância no processo é personalidade do juiz.

É muito interessante a assertiva que traz no sentido de que a unidade e a certeza do direito só seriam possíveis se os juizes fossem absolutamente idênticos, no que diz respeito às suas mentalidades e emoções. E ainda observa de forma

muito "irônica" que também existe uma outra possibilidade para se obter a *unidade e a certeza no direito*: se o Estado nomeasse *juízes de mentes mecânicas, estereotipadas, insensíveis às mudanças da sociedade*.

A questão da segurança jurídica aborda de forma ainda mais contundente, dizendo que ela não existe sequer nos sistemas legislados rígidos, propondo que a sociedade precisa de juízes autoconscientes e amadurecidos, sensíveis, prescindindo da segurança dos preceitos.

Na realidade, sob a óptica de Franck, é a consciência do juiz que determina o ato de decidir, e essa consciência é o produto de múltiplas experiências, daí a razão de dar ênfase à personalidade do juiz e de afirmar que o direito real é inseguro. O direito efetivo está em constante mutação e aperfeiçoamento porque não está petrificado nas normas e nos princípios absolutos.

8.5.3. Realismo Lingüístico

Já se disse que essa corrente caracteriza-se, de maneira geral, pelas doutrinas hermenêuticas, cuja ênfase está na linguagem como condicionante do conteúdo das proposições. O realismo escandinavo é sua maior expressão, mas encontramos manifestações da postura lingüística em Viehweg (tópica), Perelmann (nova retórica), Tércio Sampaio Ferraz Jr. (pragmática) e Warat (semiologia).

8.5.3.1. Realismo Jurídico Escandinavo

A linha de trabalho dos escandinavos centra-se, principalmente, na preocupação com a questão ontológica do direito, portanto, em perspectiva diferente do *Legal Realism*. Os principais teóricos do movimento são Olivecrona, Lundsted e Ross, os três discípulos de Hägerström, que formam a chamada escola da Upsala.

O realismo escandinavo parte, antes, de um enfrentamento à questão dos fundamentos metafísicos do direito, para, depois, traçar as linhas para a teoria e a técnica do direito.

A concepção que os teóricos formulam do direito baseia-se na idéia de que é um sistema de sinais com significado normativo, a lhes dar eficácia como meio de controle social. Daí se vê que não vislumbram no direito uma realidade ontológica, vendo-o mais como um meio de comunicação.

A busca do sentido normativo das expressões da linguagem deve residir fora da metafísica; ao contrário, por meio da análise lingüística, nos seus níveis: sintático, semântico e pragmático.

Talvez a grande preocupação dos escandinavos resida na tentativa de ultrapassar o dualismo que apareceu na teoria contemporânea do direito; ou seja, a óptica sociológica do direito, conjugada com a questão epistemológica de se o tratar fundamentalmente como uma psicologia social, e o direito natural, que vislumbra o direito como um sistema de normas que tem sua validade em princípios *a priori*.

Entre os pensadores do movimento, quem aponta a rota para a superação é Alf Ross, quando considera o direito um fenômeno em que prevalece o aspecto fático sobre o aspecto conceitual, residindo assim na esfera da experiência, aqui entendida também como concretude.⁸¹

Seu preceptor, Axel Hägerström, já vislumbrava essa saída, ao entender que os direitos subjetivos e os deveres jurídicos não têm existência, já que não se pode identificá-los em relação a nenhum fato. Não têm, pois, realidade efetiva, isto quer dizer que não se pode descobrir fatos que efetivamente correspondam a uma idéia de direito subjetivo ou a uma idéia de dever jurídico.

Rejeitando a idéia de um poder sobrenatural – o que à primeira vista estaria implícito na idéia de conceitos fundamentais – por absurda, Hägerström acredita que os homens atribuem-se esse poder em relação às coisas – daí os direitos reais – e em relação às pessoas – daí os direitos pessoais e os direitos das obrigações.

⁸¹ PATTARO, Enrico. *Filosofia del derecho. Derecho. Ciencia jurídica*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1980. p. 257 e segs.

O ceticismo epistemológico de Lundsted em relação à Jurisprudência, pelo que lhe negou o estatuto de ciência, deriva da teoria de Hägerström sobre a impossibilidade de existência fática de direitos e deveres.

Olivecrona, na mesma linha, também vê as normas do direito como imperativos que derivam da vontade de indivíduos, mas não do Estado, como sujeito uno. A sistematização dos imperativos ocorre por causa da existência de uma organização coercitiva.

Para Olivecrona, o fenômeno jurídico só pode ser compreendido com base na linguagem do próprio direito, que não é uma linguagem informativa. Assim as expressões lingüísticas têm o objetivo e mesmo o fim de influenciar o comportamento social. A linguagem, contudo, não reflete – porque não é possível – a realidade, mas a conforma.

Em Ross, todavia, o realismo adquire uma feição psicológica e condutivista social. Ele vê o condutivismo no ato decisional, quando a conduta do juiz (verbalizada) mostra consistência e pré-decidibilidade e o psicologismo, uma vez que essa consistência é a de uma totalidade (com nexos e coerência) de significado e motivação, que envolve a pressuposição de que o juiz está influenciado por uma certa ideologia normativa.

Alf Ross propõe uma perspectiva de validade para o direito apoiada nos fatos, contestando as teorias que lhe atribuem uma validade transcendental. Assim em sua obra *On Law and Justice* formula uma teoria do direito e da justiça a partir do empirismo moderno.

As bases epistemológicas de sua teoria estão na tese de que a Jurisprudência é uma ciência empirista, afastando a possibilidade de identificá-la com o conhecimento de objetos especiais, como as regras jurídicas, que não são objetos fáticos, ideais, pertencendo ao mundo da dogmática.

Ross considera a ciência jurídica e a política do direito como uma unidade, tomando como referência a interação entre ideologia e atitude, conhecimento e ação. Nessa medida afasta-se de Kelsen e também de Miguel Reale, que consideram política jurídica como uma forma de trabalho legislativo, ou reduzem aquela a este. Entende que o objeto da política do direito ultrapassa o trabalho legislativo e compreende os problemas práticos que advêm da utilização da técnica do direito, com a finalidade de perseguir objetivos sociais. Bem verdade que amplia demais o leque da compreensão do sentido da política jurídica.

No entanto, sua obra contribuiu para superar o grande dilema epistemológico do direito, na visão que tinha da política *de sententia ferenda* uma das formas de elaboração do direito vigente, ao contrário do que a teoria normalmente sustenta, considerando-a *de lege ferenda*, perspectiva que se distancia da realidade fática, já que, segundo óptica de Ross, o direito não se reduz a uma criação legislativa.

A teoria de Ross parte da idéia de que a administração da justiça contém um ponto de decisão que ultrapassa a atividade intelectual, ou seja, a decisão no âmbito judicial tem um papel constitutivo, o que vale dizer que a regra jurídica concreta que expressa a decisão, será de todo modo criação, à medida que não dimanar de imperativos previamente estabelecidos.

Daí se extrai o papel que a doutrina desempenha na interpretação no direito, pois baseando-se nos fundamentos da criação judicial, a política jurídica se torna verdadeira diretriz para todos que exercem a administração do direito, especialmente os juízes. A interpretação pela doutrina pode constituir-se em uma assertiva teórica por sobre a forma mais provável de atuação dos tribunais, e, ainda de desempenhar um papel indicativo da atuação judicial.

Já sob a óptica decisional, cada solução normativa que se positiva significa uma forma de superação do dilema fático-axiológico na estrutura do direito, que, sobre tornar objetiva a certeza jurídica, garante meios de ação a quem dela participa.

A Jurisprudência exerce assim um papel criador, tese que se opõe frontalmente à vetusta, mas sempre venerada, teoria silogística da sentença.

8.5.3.2. Hart e a Superação do Realismo

O realismo jurídico, em suas mais diversas faces, começa a ser superado por Herbert Hart, professor da Universidade de Oxford, cuja doutrina, de certa maneira, constitui parâmetro a novos caminhos para a ciência do direito, a partir da segunda metade deste século.⁸²

Suas origens estão na escola analítica, sua teoria localiza-se no âmbito do realismo, mas ele representa, como se verá, uma marco de evolução. As bases teóricas do seu pensamento aproximam-se mais do realismo dos escandinavos, à medida que abandona os critérios meta-empíricos de validade do direito e propugna pela compreensão do sistema jurídico substancialmente como um fenômeno social.

As teses de Hart e Ross, neste aspecto, são semelhantes, vale dizer, a idéia de que a validade do direito e o próprio sistema em que se insere condicionam-se à sociedade e se identificam com o caráter de efetividade.

Seu contributo à filosofia do direito surge completamente envolto no clima existente em Oxford, em 1952, quando assume a cátedra, influenciada pela escola analítica e seu ocaso, e de certa forma, vinculado à filosofia da linguagem do grupo de Oxford, que se construiu na trilha dos escritos de Bertrand Russel e dos diversos mentores do positivismo lógico.

⁸² HAMPSTEAD, Lord Lloyd of. **Introduction to Jurisprudence**. third Edition, London: Stevens & Son., 1972, p. 254 e segs.

Hart aproxima-se da fenomenologia, superando a jurisprudência analítica e o próprio realismo, a partir da junção entre a concepção tradicional do pensamento jurídico inglês e a preocupação de uma investigação filosófica, influenciada pela teoria da verificabilidade empírica como pauta de validade do conhecimento científico do direito.

E a aproximação ocorre quando contraria a tese do positivismo lógico consistente em relegar a justiça e o direito natural a um plano não-científico, já que se reduzem a questões metafísicas. Perseguiu a idéia de localizar os ideais do direito, mesmo a moral, no fenômeno da juridicidade, mas não como bases meta-empíricas de validade da norma positiva, e sim como fatores empiricamente verificáveis no próprio direito positivo, o que, segundo ele, acabava por configurar uma realidade social.

Suas obras mais importantes são *O Conceito de Direito* (1961), no qual traça a base da sua doutrina e *Direito, Liberdade e Moralidade* (1963). Em *O Conceito de Direito*, estuda, preliminarmente, o voluntarismo, que conceitua como a obediência comum do grupo à ordem emanada do soberano como condição *sine qua non*, mas suficiente, para que o direito exista.

Quando critica o voluntarismo, não parte de nenhuma tentativa de modificar ou inovar a idéia de que existe um direito internacional e um direito primitivo, tendo em conta que, segundo observa a maioria dos juristas, considera-os à margem do direito; para tanto, traz à tona detalhes do direito de um Estado moderno, demonstrando que eles ficam desfigurados, na sua totalidade, na perspectiva do voluntarismo e, partindo dessa observação crítica enumera os elementos de um sistema jurídi-

co. Para tanto toma como hipótese de trabalho, uma sociedade sem leis, sem tribunais, enfim sem a estrutura de uma sociedade organizada. E diz que a estrutura de tal sociedade é a de *regras primárias de obrigação*.

A partir daí aponta os defeitos dessa estrutura, que defluem de seu confronto com a natureza do homem e com o próprio mundo organizado. Os defeitos seriam a sua falta de certeza, eis que se surgirem dúvidas sobre quais são as regras que se deve observar em dado caso, ou sobre o alcance de alguma norma, não existirá nenhum procedimento que as solucione; seu caráter estático, dado que na sociedade hipotética inexistem meios de adaptar as regras às circunstâncias que naturalmente se alteram; a coação insuficiente, já que se não existem órgãos oficiais para determinar com autoridade o fato da violação das normas, a pressão social, que no caso é difusa, será insuficiente para que elas sejam cumpridas.

A solução está, segundo Hart, em suprir os defeitos dessa estrutura social simples e primitiva com regras complementares àquelas primárias de obrigação, que seriam o que designou por regras secundárias de reconhecimento, mudança e adjudicação.

O papel das regras de reconhecimento está em especificar as características que a regra primária a que se refere deve possuir, de maneira a que a sociedade a reconheça como norma que lhe integre e exerça, quando necessário, a pressão social. Prestam-se, pois, a solucionar o problema da falta de certeza.

As regras de mudança consistem naquelas que permitem a alguém ou a um grupo introduzir novas normas primárias para conduzir a vida do grupo e derrogar as anteriores. São a solução para a estaticidade da estrutura.

As regras de adjudicação são aquelas que permitem determinar – pela via da autoridade – se, em dado caso, houve a violação de uma dada regra primária. Constituem a solução para a insuficiência da espécie de coação.

Segundo Hart, todo sistema jurídico evoluído comporta as regras secundárias em sua abrangência maior, porém com complexidade. Os conceitos jurídicos específicos também são redutíveis a esse sistema.

Quem diz o direito, contudo, é um tribunal supremo, especialmente em casos de equívocos de um tribunal inferior, mas na óptica de Hart, o sistema não se altera com isso. O curioso é que ele entende que os efeitos de uma decisão judicial podem ser anulados por uma lei, porém, a afirmação de que o tribunal se equivocou não têm consistência em face do próprio tribunal; a isso ele qualifica de efetividade e infalibilidade.

Para a sua teoria, fiel nesse particular ao realismo, os tribunais não estão submetidos às normas. O que tem relevância são os enunciados oficiais dos tribunais, que preponderam sobre os enunciados de direito não oficiais. Os tribunais também são a última e maior instância hermenêutica.

Parte quatro

I A CRISE DA CIÊNCIA CRIMINAL

1. Sintomas. (Re)pensar da dogmática e suas categorias.

(Re)nascimento da filosofia do direito e (re)visão do discurso da ciência criminal

Como introdução e em compasso com a análise histórica das escolas do pensamento hermenêutico, em geral, sem ter tido a pretensão de uma abordagem exaustiva, dado que não é esse o objetivo do trabalho, quero falar da crise que significou um viragem no pensamento de algumas categorias e conceitos da ciência criminal, o que gerou o ressurgir de uma filosofia jurídica. E quando (re)nasce a filosofia, revive-se a criação, a instigação, a polêmica; desperta-se de sono profundo a platéia dogmática cativa.

De uma maneira ou de outra os temas que abordarei neste capítulo vem do anterior, já que é um (re)nascer e não um nascer. Mas, por um lado, se alguns conceitos, certas categorias, são especiais e particulares da ciência do direito, por outro adquirem conotação distinta em face da peculiaridade da ciência criminal. Procurarei não descer a particularidades, tentarei, o quanto possível levar o tema à generalidade que, a meu ver, é o traço epistemológico da ciência criminal, o que não lhe retira do âmbito de uma abordagem da teoria geral do direito.

2. Os Sintomas da Crise

A ciência do direito na Alemanha no início deste século apresentava já sinais de estar em crise, dado que o paradigma positivista de ciência, eliminando a distinção entre conhecimento intelectual e experiência, reduzindo as categorias de *ser* e *dever* a uma expressão só de sentido (o que, obviamente eliminou a distinção) e localizando o fenômeno jurídico no âmbito exclusivo da sua positividade, mostrava-se impotente para responder às exigências de justiça do próprio direito.

No direito penal, um dos sintomas da crise, talvez o mais relevante, aparece no dualismo antijuridicidade formal – antijuridicidade material que polemizou a ciência do direito ao final do século XIX e no início deste.

Ocorre que o positivismo – principalmente com Merkel, Binding e Bierling – afastou da seara do direito qualquer indagação de ordem filosófica, orientando-se no sentido de que o direito é o direito posto, tudo o mais é desnecessário; mesmo de iníqua perquirição.

A pretensão de abandonar a filosofia foi absolutamente ilusória, porque na verdade, todos os teóricos positivistas do direito, como Merkel, por exemplo, sempre fizeram filosofia. Isto porque, apesar de pretenderem não ultrapassar as fronteiras do direito positivo, “subtendiam ou davam como já resolvida uma série de conceitos universais sem os quais não lhes seria possível estabelecer os próprios conceitos gerais da ciência jurídica”.⁸³

⁸³ REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972. p. 60, nota 18.

O problema da crise, todavia, tem origens teórico-filosóficas, na ciência jurídica, que embasam a questão da antijuridicidade material, um dos seus mais importantes sintomas, que devem ser referenciados: a crise residiu na oposição entre a realidade e a lei, na busca de um direito justo. Na base dessa discussão, o que ensejou o estopim teórico da crise foi a filosofia do direito de Stammler e a escola do direito livre. A construção stammleriana de uma teoria do direito justo revelou a semente que existia para o renascimento da filosofia no direito.

Observe-se que o sistema da filosofia do direito de Stammler está enraizado em Kant (como também o de Kelsen). O retorno a Kant foi o clima do neo-kantismo da segunda metade do século XIX, com reflexos profundos na teoria do direito, sobretudo na Alemanha. Acreditavam que era possível entender o direito, sem que para tanto houvesse que ser considerada como critério a sua experiência. Assim, Stammler viu no direito uma categoria da razão pura, portanto, sem conteúdo no espaço e no tempo, ampliando, desta forma, as categorias da razão pura, tal como Kant houvera estabelecido.

Não apenas Stammler, mas também Kelsen, objetivaram, a partir da lógica, o conhecimento do jurídico, chegando a estabelecer os fundamentos lógicos de um direito justo. No que diz respeito à teoria do conhecimento, Stammler e Kelsen basearam-se na *Crítica da Razão Pura* (Kant, 1781) que enunciou os limites da razão.

A ética, contudo, não estava no alcance da razão pura, mas no da razão pura prática, sendo esta que impõe a lei do dever, de forma categórica. Essa lei permite a consciência da boa ação, mas de uma forma lógica, abstrata, sem conteúdo, pois. De onde viria o comando dessa ação não fica claro, mas de todo modo percebe-se que

vem de um princípio universal – a ação universal – condicionador; assim, a leitura da lei seria mais ou menos o seguinte: devemos agir de maneira que o princípio da nossa ação possa valer como princípio de ação universal.

Não há, por conseguinte, uma definição de *boa ação*, mas sim o estabelecimento de um conceito que nos permite ter consciência dela e praticá-la. Essa idéia foi, de certa forma adaptada por Stammler quando elaborou a teoria das formas puras das noções jurídicas, que se manifestam em um direito condicionado historicamente. As puras noções jurídicas constituem um *a priori*, no sentido kantiano.

Stammler percorreu um longo caminho antes de pensar o direito como uma forma de ordenar a convivência humana. Antes, em 1923, preconizou que para formular uma idéia de direito era insuficiente descrever as notas externas que caracterizavam as regras como jurídicas, mas antes era preciso haver uma espécie de acordo sobre o sentido do jurídico. Vale dizer, pretendia delimitar a pretensão que se ubica no direito e a que se coloca em categorias diferentes de normas.

Daí a necessidade em sua teoria de definir, previamente, e de forma exata, o conceito do direito; excluindo, desde logo, a descrição aproximativa. A consequência é que considerava sem utilidade extrair o conceito de manifestações da experiência do próprio direito, que ocorrem no espaço e no tempo. Justificava de uma forma objetiva: quando se qualifica algo como jurídico, volta-se ao conceito que se investiga. Trata-se de pura tautologia.

Passou, então, a entender o direito como modo de ordenação, mantendo, fiel ao kantismo, a idéia que, por ser puro, esse modo não se liga a fins particulares.

Porém o conceito ainda não estava posto em sua teoria. Ele entendia que a formulação do conceito de direito deveria partir das categorias que ordenavam a ação.

No seu entendimento as noções que nos permitem compreender (entender) e, que, assim, constituem nossa consciência podem ser ordenadas pela percepção e pela vontade. A percepção organiza as sensações objetivas e a vontade pressupõe um objeto cuja realização se deseja, vale dizer, um fim. O querer (vontade) na filosofia de Stammler não tem – como é sabido, mas é bom lembrar aqui, para evitar distorções – sentido psicológico, muito menos deve ser entendido no sentido do *pneuma* da filosofia grega, muito menos na noção causal de energia. Vontade é uma categoria da razão, ou seja, uma forma ordenadora do conteúdo da consciência, considerando a relação de meio para fim. Vontade e percepção se distinguem, exatamente porque nesta não existe opção.

O direito adquire, assim, na teorização stammleriana, a forma de categoria da vontade, que tipifica a ação e a decisão, cuja característica mais importante é a submissão de alguém à vontade de outrem. O direito é, pois, uma modalidade da categoria “vontade vinculatória”, soberana, inviolável, que une duas ou mais vontades, determinadamente. Por “vontade vinculatória” se deve entender aquela que envolve entre si várias vontades como meios recíprocos e, suas relações, de modo a que o querer de um valha-se do de outro como meio de sua própria vontade, para satisfazer seus fins.

Embora Stammler tenha pretendido uma idéia de vontade sem conotação psicológica, é de notar que a vontade não é um conceito jurídico, nem mesmo pode ser entendida como uma técnica que permite a articulação entre os meios e os fins. A

vontade, enquanto um querer, está no mundo do ser, parecendo falaciosa a pretensão de lhe retirar o sentido psicológico. A idéia central estava em que o direito pertence ao mundo do dever-ser, e que dever-ser só pode ser deduzido de outro dever-ser. Aí Stammler começa a abandonar os pressupostos kantianos, à medida que Kant pretendeu demonstrar que não se pode deduzir os valores do ser, em outras palavras o que deve ser (o justo) não pode ser deduzido do ser.

Larenz observa que o grande erro de Stammler estava no fato de ter aplicado o método da Crítica da Razão Pura teórica ao que Kant entendeu como razão pura prática. Nesta, a razão não aparece como princípio de conhecimento, mas sim como um motivo que determina a vontade. A grande distinção entre Kant e os neokantianos está justamente em que para o primeiro a forma é constituída de categorias, e para os segundos (principalmente para os filósofos do direito) a forma do conhecimento jurídico é constituída por conceitos; no caso, o conceito de direito.⁸⁴

Mesmo que se entenda o conceito do direito como geral não se lhe pode conotar a categoria da intelecção, já que esta é constitutiva da experiência; aliás, exatamente no sentido das categorias kantianas. O risco de pressupormos o conceito de direito como uma categoria *a priori*, ou como uma forma apriorista da consciência, está em ampliar *ad infinitum* o número de categorias, tornando evidente o seu caráter problemático, justamente pela ampliação.

É de notar, agora, que Stammler teve como primeiro passo especificar as categorias que determinavam a experiência jurídica, e que, como neokantiano, partiu

⁸⁴ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*. 4ª ed. Rio: Ed. Forense, 1998. p..23 e segs.

da idéia lógica de categorias puras. Malgrado tenha invertido a aplicação kantiana, tentou estabelecer o conceito universal de direito, de modo a que pudesse referir-se a todas as experiências jurídicas possíveis.

A questão da justiça, todavia, não está para Stammler adstrita exatamente ao conceito de direito, mas à sua idéia. Aliás a idéia do direito é o problema da justiça, para ele. Mas passa a unir conceito e idéia, entendendo que só é possível compreender e determinar o conceito de juridicidade, com referência "a idéia de justiça" (ou, em suas palavras, "idéia do direito"). Há como que uma superação do formalismo kantiano, e, bem assim, uma superação do dualismo *conceito – idéia* (conceito e realidade). Sua doutrina aparece principalmente no *Tratado de Filosofia do Direito*, em 1911 e na *Doutrina do Direito Justo* em 1902. Nesse último ele preconiza não existir nem necessidade, nem possibilidade de uma coincidência absoluta entre a experiência jurídica e o ideal de justiça, devendo-se observar que Stammler vê a experiência de forma intelectualista, e, pois, abstrata; não lhe conotando valores. Observa, todavia, que diversas vezes, na história, foram vistos exemplos de conflito entre o direito positivo e o ideal de justiça; mas assevera que o direito deve ser sempre uma "tentativa de Direito justo". Preconiza, assim, uma tensão no sentido do justo. Não existindo referência entre o direito positivo e o sentido do justo, não há direito na perspectiva de Stammler, levando a questão ao âmbito da lógica-fomal, pois só nele se pode resolvê-lo, da forma como foi posto. Reale entende que o pensamento de Stammler alcançou grande repercussão, devendo ser estudado especialmente, por ser em alguns aspectos atual, à medida que põe em relevo o problema do direito como estimativa, enquanto concebe a regra jurídica como norma de cultura, reco-

nhecendo a relevância, assim, dos valores para a Jurisprudência, muito embora, de modo lógico-formal excessivo, aliás, de acordo com os esquemas *a priori* da escola de Marbrugo.

Reale coloca como problema nuclear da filosofia jurídica a afirmação de Stammler de que nem todo direito é direito justo, mas que todo direito deve ser ao menos uma tentativa de ser direito justo, dizendo ser este o núcleo do dilema da própria filosofia do direito, que está na relação entre a experiência concreta e os ideais que se revelam pela história.⁸⁵ Esse, portanto, o embasamento filosófico a tencionar a chamada crise.

Se antijuridicidade material é apontada como um sintoma dessa crise, é necessário verificar com a questão apareceu. Merkel, Binding e Von Liszt entendem que o direito penal tem uma estrutura sistemática que se forma por meio do conceito de bem jurídico, no sentido de interesses sociais protegidos pelo direito, que proíbe, mediante mecanismos próprios, que sejam lesionados ou expostos a perigo.

Assim, o desrespeito à norma contida no preceito legal, de forma implícita, gera a obrigação de punir, que compete ao Estado. A norma, observa Reale Jr., é um pensamento de vida útil, que quando tornado obrigatório, por uma vontade manifestada de forma expressa pelo direito, transforma-se em lei penal. E, afirmando que "malgrado Binding tenha, como observa Von Liszt, concebido o crime como 'ofensa ao dever de obediência', ele distingue as infrações aos preceitos simples (as contravenções, que se caracterizam tão-somente pela desobediência ao preceito) do des-

⁸⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito* 2º volume. São Paulo: Ed. Saraiva, 1978. p. 290-293.

respeito aos preceitos de lesão ou perigo, que têm um segundo objeto, no bem jurídico ofendido ou exposto a perigo.”⁸⁶

Contudo, a idéia de bem jurídico como base da teoria da ciência criminal surge com Binding e vai depois ser desenvolvida pela escola tecnicista italiana.

A idéia de uma distinção entre antijuridicidade formal e antijuridicidade material surge, todavia, com Von Liszt, que levou a noção de bem jurídico a extremas conseqüências, já que determinante da diferenciação. Para ele, um fato é antijurídico à medida que é contrário ao que está proibido pela lei. Seria materialmente antijurídico se consistisse em lesão ou risco a um bem jurídico.

No plano formal, o antijurídico está na violação (desrespeito) da norma, que contém um preceito proibitivo. No plano material, o antijurídico é o sentido da ameaça ou de lesão a interesses sociais, que as normas postas estatuem.

Reale Jr. observa que:

“colocada apenas nesses termos a distinção entre antijuridicidade formal e material, parece-nos que nada de novo teria Von Liszt acrescentado à questão do injusto, pois como vimos, tanto o próprio Von Liszt, em edições anteriores, como Binding não haviam descuidado do aspecto do crime e de sua ilegalidade como lesão ou exposição a perigo dos bens e interesses juridicamente tutelados. Cabe razão a Rocco quando, ao examinar a distinção de Von Liszt entre antijuridicidade formal como contrariedade à norma e antijuridicidade material como lesão a um bem jurídico, entende que só há uma única antijuri-

⁸⁶ REALE Jr., Miguel. *Teoria do delito*. S.Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 90.

dicidade, a formal, tendo em vista que a lesão a um bem jurídico não é senão o dano, que constitui um dos elementos do crime".⁸⁷

De qualquer forma, é forçoso entender que a idéia de dano não está contida no conceito de antijuridicidade, mas no conceito de delito, embora este tenha um sentido mais extenso do que a idéia de dano, dado que pode existir delito, sem que exista dano. O conceito de antijuridicidade, assim, se analisado quanto ao seu conteúdo, independe do conceito de dano, mas não independe do conceito de delito.

Para Miguel Real Jr., a idéia de antijuridicidade material enquanto teoria, tem origem no instituto do estado de necessidade e da ação socialmente adequada, já que a pedra de toque da questão relaciona-a à complexão do crime como algo que fere o próprio sentido de sociedade, à medida que traz consigo um sentido de contrariedade à finalidade do direito, o que não dá abrangência eficaz irrestrita ao instituto do estado de necessidade. Para demonstrar, ele cita que nos termos do art. 54 do Código alemão, a ação necessitada está limitada àquelas que se pratiquem em salvaguarda de danos à vida ou à integridade física e realizadas em favor próprio ou de parentes. Ele esclarece que a meditação sobre os problemas antes referidos (estado de necessidade e ação adequada) foi o que deu origem à antijuridicidade material, dado que o instituto do estado de necessidade em alguns casos não pode ser aplicado, daí a teorização da antijuridicidade material e mesmo a da culpabilidade normativa, outros dos sintomas da crise do direito penal.

⁸⁷ REALE Jr., Miguel. *Teoria do delito*. S.Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p.91.

BARATTA. *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza* p. 47 in REALE Jr., Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 92.

Interessante notar que essas questões apresentam-se como resultado da crise, e ao mesmo tempo, uma construção teórica baseada, como já afirmei, na escola do direito livre e na idéia de direito justo de Stammler. Os conceitos, culpabilidade normativa, antijuridicidade material e ação socialmente adequada, são criações jurídicas que, de um modo ou de outro, romperam com o formalismo. Sobre o conceito de ação socialmente adequada, interessante é a observação de Baratta, que o considera o reverso da medalha da antijuridicidade material.⁸⁸

A comprovar que começa um (re)pensar do direito penal, a partir da filosofia do direito, e dos seus pressupostos, ainda que, por exemplo, Stammler não tenha, a meu ver, rompido com o formalismo kantiano, está a discussão que se trava a respeito da idéia mesmo e do seu alcance quanto à antijuridicidade material. Se se diz que o que torna a lesão antijurídica é o seu caráter anti-social, que é pelo legislador apreendido, pois preexiste à elaboração normativa,⁸⁹ está-se conotando o que é antijurídico à experiência (ao existir) e não ao preceito (ser) do direito.

É bem verdade que o sentido da antijuridicidade não está reduzido ao caráter anti-social da lesão, à medida que a ordem jurídica deve absorver esse caráter e elaborá-lo em preceitos normativos. Von Liszt, contudo, entende que o valor da antijuridicidade material é somente justificativo, pois existindo contrariedade entre o que é

⁸⁸ BARATTA. *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza* p. 47 in REALE Jr., Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 92.

formalmente ilegal e materialmente ilegal (aí, a meu ver, é uma contradição, pois entendo que não pode existir ilegalidade material) o juiz deve aplicar a lei.

Justifico meu posicionamento, porque compreendo a elaboração de normas a partir da experiência e, assim, não entendo possível falar-se em uma ilegalidade material. Uma vez criada a norma, sua complexão está no preceito. Parece-me, todavia, interessante o propósito de fazer uma espécie de distinção entre a idéia de bem jurídico (interesses sociais tutelados juridicamente) e fins da ordem jurídica.

Percebo, principalmente em Von Liszt, que as categorias, na minha opinião ambas formais, no sentido kantiano, não traduzem, o sentido de experiência que a filosofia deu ao direito. É que da sua teoria se depreende que o bem jurídico é uma categoria, que se expressa em uma construção teórica, pois se presume que o direito possa apreender e compreender os interesses que deve tutelar, independentemente das circunstâncias ideológicas, o mesmo se fazendo com a idéia que aparece como "fins da ordem jurídica", que, ao contrário, do que quer significar em Von Liszt e na teoria em geral, é outra categoria, ou seja, um mero *a priori* formal. Explico melhor: para tutelar interesses sociais, o jurista deve qualificá-los, com base em valores da sociedade, que são expressão da ideologia, assim, existem interesses sociais que não se qualificam juridicamente, dado que não se pode presumir que todos são iguais, que não existem excluídos, que os estamentos sociais são pura ficção. A operação, portanto, é uma abstração, já que o jurista não parte da idéia de interesse social, mas do pré-conceito sobre o interesse a tutelar. De outro modo, mas da mesma

⁸⁹ REALE Jr., Miguel. *Teoria do delito*. S.Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 93.

forma, para compreender quais os fins da ordem jurídica, é preciso, antes, estabelecer a ordem e definir os fins. Logo é tautológico dizer que o jurista investiga os fins da ordem jurídica, pois os fins são na realidade os axiomas que determinam a ordem (ideologicamente).

Desta maneira também se pode explicar a oposição que se coloca entre os bens e os fins da ordem, à medida que se constrói a ficção de um interesse universal, sobre outro menos amplo. Então, a ação que lesa um bem jurídico pode ser legítima, se estiver em conformidade com os fins da ordem jurídica. Ora, isto é, no mínimo, um absurdo, mas revela nitidamente o campo de trabalho do jurista, que fica no conceito, abstraindo a experiência da realidade.

Qualquer discussão em torno do tema torna-se excessivamente complexa, à medida que são tantas as elaborações teóricas para explicar a realidade sob a óptica jurisdicista, que um conceito depende de outro que o justifique ou que explique a sua incongruência, implicando uma redução infinita.

Por exemplo, o conceito de ilegalidade aparente; diz-se que ela pode existir quando, mesmo que não legalmente legitimada, a infração deve ser justificada e se aventa duas hipóteses para tanto: quando do conjunto das disposições legais se deduz um pensamento do legislador que revele que o fim da ação é um fim justificado, por exemplo, no caso em que o ato é considerado um meio adequado para se alcançar um fim considerado legítimo pelo legislador. É o caso, cita Reale Jr., mencionando Von Liszt, da lesão a um bem menos importante, em salvaguarda de outro de maior valia. Nessa primeira hipótese, de ilegalidade apenas aparente, pela incoerência de contrariedade aos fins de ordem jurídica, instaura-se uma causa de legitimida-

de supralegal, alicerçada no estado de necessidade fundado no balanço de bens, como um princípio geral que resulta do ordenamento. A segunda hipótese está nos casos em que não é possível a aplicação do princípio de que é justificável o ato praticado segundo fins deduzidos do ordenamento. Nessa circunstância cabe verificar se o ato, apesar de se voltar contra um interesse protegido, não é de conveniência efetiva do Estado.⁹⁰

O conceito de ilegalidade aparente conduz à tese – com qual concordo – de que os limites da lei podem ser derrubados na tentativa de se alcançar a justiça do caso concreto, caso do estado de necessidade com base no balanço dos bens em questão.

A observação crítica feita antes quanto à conceitualização então se enquadra perfeitamente na linha de pensamento que exponho, pois o conceito de ilegalidade aparente só existe porque existe o de legalidade fechando a moldura do direito.

A idéia de *aparência* é, então, sob o ponto de vista filosófico, um recurso do direito à legitimidade supralegal, fundada no estado de necessidade que se baseia no balanço de bens está na ordem jurídica, que a ilegalidade é só aparência, porque do ordenamento se deduzem princípios gerais que a autorizam.

O que se diz ser supralegal então não seria metajurídico. Portanto, é uma metáfora para confirmar o princípio da plenitude orgânica do ordenamento jurídico.

⁹⁰ REALE Jr., Miguel. *Teoria do delito*. S.Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p.94.

Não havendo contrariedade aos fins da ordem jurídica, pode existir lesão a um interesse que a lei protege.

Não se critica no caso o instituto jurídico do estado de necessidade, é bom esclarecer, o que se analisa é justamente a retórica dos conceitos, que, por um lado pode levar mesmo a uma solução justa para o caso concreto; mas por outro, pode constituir na negação mais odiosa da idéia de um direito penal democrático, quando, por hipótese, o agente da decisão avaliar os bens em jogo, efetuando o balanço em função de fins que a ordem jurídica contém, mas que não correspondem aos valores da sociedade, efetivamente. Não se pode olvidar que o conceito de princípios e o conceito de fins, são construções que refletem uma ideologia, e, que, nessa medida não podem ser aceitos incondicionalmente pelo jurista, como se dimanassem do ordenamento como algo natural, da forma como a água vem da fonte. Ou o contrário, que é a mesma coisa, aceitar o ordenamento porque ele deriva de princípios e valores que se julga legítimos.

O ressurgimento da filosofia do direito no direito penal, ocorre, portanto, dentro de uma perspectiva neokantiana, assentada nas categorias gnoseológicas, porém, tem importância à medida que provoca o (re)pensar do formalismo estrito e indica novos caminhos para que a justiça não seja, então, mera justiça formal.

Exemplo disso é a teoria do conde Graf zu Dohna, cuja obra *Die Rechseidriskeit* (A Ilicitude), publicada em 1905, foi dedicada a Stammler e alicerçada neste e na teoria das normas de Binding.

Na linha de Stammler, e da distinção entre o conceito de direito e a idéia do direito, Dohna entende que o direito tem a missão de regular as condutas em relação

de maneira justa, e que, por isso, não se pode reduzir ao formalismo, devendo ser investigada a idéia do direito, de modo que se possa avaliar o conteúdo das normas positivas.

Na sua teoria aparecem aspectos teleológicos, como a finalidade do direito, de modo a permitir que se torne dinâmico, abandonando a dogmática historicista. Dohna rejeita a idéia de causalidade no direito e fornece uma noção instrumental, muito próxima do utilitarismo.

No entanto, no início do nosso século, essa questão assume relevância ímpar, dado que lançava as bases de uma discussão mais ampla que terá, como já se disse, na teoria da antijuridicidade material sua maior expressão, que se não abandonou totalmente o formalismo, pelo menos trouxe ao direito penal idéias capazes de voltar a mente do penalista para além dos limites que estavam estabelecidos pela sua ciência.

Dohna questiona o sentido da ilicitude e desde logo entende que ela não se identifica com a lesão a um interesse, afirmando que se assim fosse, estar-se-ia a confundir o motivo do preceito normativo, com o objetivo do delito, e mais, em determinadas situações a lesão a um bem não é necessária e às vezes é insuficiente.

Aponta o argumento tautológico do conceito de ilicitude, quando se diz que a ação é ilícita se corresponde ao que assim está descrito no preceito. Neste particular confirma-se a idéia que coloquei, no sentido de que os conceitos tendem a ser recorrentes. A ilicitude, em verdade, é pressuposto e não consequência da sanção; logo, o ilícito não é o que está proibido. A recorrência dos conceitos não é, assim,

simplesmente um problema teórico, mas principalmente uma questão de ordem prática, que conduz a terríveis enganos, mormente na aplicação do direito.

A ilicitude na perspectiva de Dohna é uma suposição normativa, portanto um conceito que a lei não pode explicar, porque que nela está contido. Reale Jr. acrescenta que não é suficiente a explicação de que uma ação é ilícita quando, além de corresponder ao descrito legalmente, não ocorrem as circunstâncias especiais de justificação, que excluem a ilicitude, uma vez que existem determinadas ações, que não estão justificadas pela lei, que não podem ser consideradas ilícitas, por exemplo, quando se sacrifica um interesse inferior em benefício de um superior, ou a atividade cirúrgica do médico, ou o direito do mestre de castigar seus discípulos. O que daria legitimidade às ações do médico ou do professor de serem contra o direito? Ou, seriam ilícitas as suas condutas, ficando, como exceção, excluída a sua ilicitude? A resposta positiva – na perspectiva de Dohna – considera presente a ilicitude como consequência da realização dos elementos do delito, à medida que só o que existe pode ser excluído.⁹¹

Para Dohna, as ações do médico e do professor são lícitas em si mesmas.

Continua, portanto, sem resposta a questão sobre a existência da ilicitude, ou fica duvidoso o problema de se saber quando uma ação é ilícita.

Dohna não aceita que se fundamente qualquer resposta no jusnaturalismo ou na antropologia do direito, e acaba por inserir-se na filosofia neokantiana, ao propor uma análise do direito em sua variedade e complexidade, por meio de um critério

⁹¹ REALE Jr., Miguel. *Teoria do delito*. S.Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 96.

formal de validade incondicional. A rejeição do historicismo também aparece de forma nítida, uma vez que os postulados da escola histórica não permitem um critério formal para verificar a validade do direito.

O neokantismo aparece muito claramente quando ele propõe uma categoria formal de validade incondicional sobreposta à condicionalidade empírica do conteúdo das normas, e ainda quando admite um critério formal de valoração do direito, que reside justamente em "subetender" que o direito é um meio idôneo de se atingir a justiça.

Quando Dohna estabelece, com base no critério formal, um outro para a apreciação crítica da ação concreta, fica ainda mais clara a influência de Stammler, para quem dedicou sua obra. Trata-se da introdução no âmbito da ciência criminal do conceito de normas de cultura, que Stammler havia introduzido na filosofia do direito.

Dohna entende que existe uma ordem cultural que está acima da ordem jurídica e é dessa ordem que o direito retira os valores a serem tutelados. A idéia de direito surge da consulta às regras pré-jurídicas. A ação concreta, mesmo que se adeqüe ao tipo, será lícita, se a partir dessa idéia de direito, como reflexo de valores que se positivaram (da forma como antes se mencionou) constituir meio justo para um fim justo.

Existem graves objeções à teoria de Dohna, algumas no sentido de que ele no fundo aplicou a lógica formal, mascarando-a pelo argumento das chamadas normas de cultura, que não explica, dando a entender que tanto podem ser um simples axioma, quanto uma versão mitigada do próprio historicismo (o sentimento jurídico),

que combateu. O mais sério, todavia, está justamente no fato de que ele justifica a validade de soluções concretas em um critério formal de validade, que é incondicional.

É possível ainda defluir da sua teoria que o justo será encontrado, independentemente do critério formal de validade, mas por meio de uma valoração não formal, o que se ressalte, ele não admite.

Reale Jr. traz um argumento que não convence, quando diz que "a nosso ver, Graf zu Dohna não pretendeu inferir, da máxima formal, conteúdos materiais, mas tão-somente desejou fixar um princípio destituído de conteúdo, ou seja, uma diretriz, em aberto, a ser preenchida, segundo o relativismo ético por ele admitido, pelas normas de cultura e a conveniência peculiar a cada época".⁹²

Não me convence o argumento justamente porque a justificativa que Reale Jr. dá para demonstrar que não houve de Dohna a pretensão de deduzir conteúdos formais de uma máxima formal, mas a de que pretendeu fixar um princípio sem conteúdo, é redundante.

Ora, princípio sem conteúdo e máxima formal são a mesma coisa. E continuarão sendo, ainda que o critério de preenchimento do princípio seja um relativismo ético, por normas de cultura ou sentimentos, porque o que se questiona não é a forma de preenchimento do princípio, é o fato de ser vazio. A abstração do princípio em Dohna é evidente e a idéia de que o princípio vazio de conteúdo é uma simples diretriz é mera falácia.

⁹² REALE Jr., Miguel. *Teoria do delito*. S.Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p.98, nota 40

Em Dohna a ilicitude adquire o sentido de que a conduta será ilícita quando a ordem jurídica a qualifica como meio não idôneo para um fim justo. No entanto, a ilicitude não é somente a contrariedade ao direito, no sentido formal, dado que uma ação que é justo meio para um fim justo pode ser lícita, mesmo sendo um delito. Esse critério geral pode ser aplicado às ações incondicionalmente ilícitas, por meio do balanço de bens, em estado de necessidade, e às ações de ilicitude meramente possível, por meio do critério da finalidade da ação. É o caso da ação que objetiva a conservação de um bem jurídico e neste caso não é contrária à norma.

Ainda aqui parece-me residir o problema na esfera puramente conceitual. Todavia, quando Dohna analisa as ações chamadas de socialmente adequadas e reconhece a correlação que existe entre culpabilidade e antijuridicidade, dado que a antijuridicidade não pode ser objetivamente localizada, muitas vezes, sem se ter como parâmetro a índole que motivou a ação, já que existem casos em que a ação é proibida apenas se levada a efeito segundo determinada intenção, vejo que se abandonam critérios puramente formais, ou de recorrência conceitual, para passar à esfera de uma idéia que ultrapassa os limites do conceito puro, já que o vértice da construção passa a ser a própria experiência.

Não é intenção deste trabalho ampliar a abordagem a ponto de analisar a questão da culpabilidade, já que o que se pretende é somente analisar, criticamente, o (re)encontro do direito penal com a filosofia do direito, tomando-se, aqui e ali, alguns pontos que relevam o aludido encontro. Todavia, ao referir à culpabilidade, parece-me que a teoria exposta, ainda que não tenha tido essa visão, e esse propó-

sito, traz à tona, um problema que muda a linha de discussão filosófica até então levada a efeito.

E isso ocorre dado que a teoria normativa da culpabilidade é outro dos sintomas da crise, mas que mostra de maneira muito nítida a tensão entre o conceito e a realidade no direito penal. Veja-se, por exemplo, que, ultrapassada a discussão sobre a existência ou não de uma oposição entre a teoria psicológica e a teoria normativa, ou mesmo da implicação de uma em outra, ou ainda da que entende a culpabilidade como uma questão axiológica, que incide na formação do querer, donde se deduz que culpa e dolo não são compatíveis com um juízo do dever-ser, expresso nas teorias tradicionais, que os reuniu em um conceito uno; ter-se-á a realidade subjacente que está além do conceito, à medida que considera a experiência o motivo determinante de efetividade da norma, o que significa a visão da norma penal em sua dialética concreta.

Explicando melhor, tendo como referente a norma, formam-se dois juízos, um, de antijuridicidade, operado pelo juiz, tendo em conta a contrariedade ao dever imposto; outro, o juízo de culpabilidade que, não tem sua gênese nas formas puras do pensamento, mas que se forma a partir da experiência concreta que envolve indivíduo e norma (em uma integração dialética) de maneira que, de um lado não se aprova, objetivamente, o querer do agente, cuja escolha se opôs à norma, e de outro, é uma realidade que está no agente, e que se expressa por meio de uma ação em desconformidade com a norma, uma vez que ele tem o poder de escolher o valor que referencia a sua conduta. A integração dialética está a meu ver na maneira como se operam os juízos de antijuridicidade e culpabilidade, pois o juiz, à medida

que não se coloca no plano puro (formal) da norma, de maneira estática, porque não é possível, dado que a realidade é dialética, ainda que agindo na esfera do ordenamento jurídico, avalia a conduta, com base no preceito e ao mesmo tempo, é a conduta (no plano dos fatos) que fornece os meios para aquela avaliação. Esses meios se traduzem em uma ato de valoração do juiz sobre a conduta, tendo como pauta o preceito, e de forma integrativa, do fato, porque o agente é quem age, optando ou não por valores que dimanam do direito.

Isto posto, a perspectiva que víamos na teoria de Dohna, ainda que distante do raciocínio aqui exposto, de uma correlação entre antijuridicidade e culpabilidade, mostra que já com ele, ainda em um nível incipiente da filosofia do direito, porque muito arraigado às raízes kantianas, esboçava-se a necessidade de ver o direito penal, não a partir de categorias isoladas, mas em relação, buscando na experiência do fenômeno jurídico, algo para além da lei.

Reale Jr. entende que a antijuridicidade material revela um aspecto do ressurgimento da filosofia do direito, na busca do direito justo, por meio da meditação sobre a ação socialmente adequada e o estado de necessidade, fundado no balanço de bens, consagrado pelo Supremo Tribunal alemão, na sentença de 11 de março de 1927, relativa a um caso de aborto terapêutico.⁹³

No entanto, foi o culturalismo jurídico que já se esboçava na Europa no início deste século que abriu caminhos realmente inovadores para o direito penal. Esse culturalismo, não mais tão vinculado à filosofia de Stammler, mas influenciado pela

⁹³ REALE Jr., Miguel. **Teoria do delito**. S.Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 99-100, e nota 44.

escola de Baden (Rickert, Windelband, Emil Lask, Mayer, Radbruch) trouxe uma nova concepção sobre a relação entre as normas de cultura e a ciência do direito.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. faz notar de modo esclarecedor, tanto a influência do neokantismo de Baden, na filosofia do direito no início do século, como mostra exatamente como aconteceu a passagem do formalismo ao axiologismo como pressupostos de uma sistematização do direito, de Stammler à escola de Baden, até a interpretação kantiana e seu impasse.

Para este estudo nos interessa ver como ele aborda o problema, mormente na construção complexa da concepção sistemática de Baden, na tentativa de superar o formalismo de Marburgo, a partir da crítica de Emil Lask.

Lask tece uma crítica esclarecedora a Stammler, mostrando a nova visão axiológica do neokantismo de Baden, em oposição à sistematização formal ocorrida com Stammler, no neokantismo de Marburgo ao dizer que à estrutura empírica do social, cuja especificidade, Stammler, com interesse metodológico, sublinha com tanto vigor, não corresponde nenhuma estrutura específica de valor. Já agora não mais atacando Stammler, mas Cohen, Lask entende que no neokantismo de Marburgo o sentido transcendental do direito não é determinado, da mesma forma a sua ordenação em um sistema de valores. Essa a razão de separar-se, de forma extremada, conceito e idéia de direito, que, de nenhum modo permite que as chamadas máximas do direito justo atuem eficazmente no direito positivo que é formado, no processo hermenêutico e na elaboração científica desse direito construído. Daí advém uma dualidade sistemática muito formal. Limita-se a Jurisprudência dogmática a elaborar a matéria jurídica que é dada, segundo uma opinião formal (conceitos pu-

ros), ubicando-a em uma espécie de conexão lógica não contraditória. Outro aspecto da dualidade está na formação de um ciência jurídica circunscrita a uma prática do direito justo, delimitado por conceitos formais, mas sem conteúdo determinado, desconexo com os conceitos básicos puros.

A ordenação do direito em um sistema de valores surge realmente com Wilhelm Windelband, que desde logo, traça uma distinção entre a filosofia do direito e a teoria do direito natural. A filosofia do direito não via um direito ideal e hipotético, mas considera apenas o direito que subsiste devido ao um juízo valorativo ao qual atribui validade universal. A filosofia estabelece só a finalidade e a missão para a qual o direito existe e foi criado. Do fato de se conhecer a finalidade ou a missão referidas não se pode inferir, por dedução, os instrumentos de sua concretude; o que significa que não existe dedução do direito a partir de princípios universais, erro que aponta como típico das teorias jusnaturalistas.

De outro lado, distingue a filosofia do direito da Jurisprudência. A Jurisprudência pode ver o direito em função dos seus fins, só que no sentido de avaliar se a sua formulação está em condições de se amoldar à *mens legislatoris*. Aparece, pois, em Windelband um direito como sistema de normas que são postas por uma vontade da coletividade ordenada pelo Estado, normas que são o mínimo de coerção exigido pelo mundo da cultura. O sistema é sempre uma conexão lógica, no sentido de dogmática jurídica que se afirma em um sistema teleológico, em cada comunidade, em cada época e em cada cultura. Assim ele diz que o sistema é finalístico no que diz respeito à sua aplicação, objeto da teoria do processo, é histórico, se levarmos em conta a sua origem e desenvolvimento, o que diz respeito à história do direito. E ain-

da fala em um sistema geral de valores, inserindo aí o direito como objeto da filosofia do direito.

Na filosofia de Windelband valor significa tudo que é capaz de satisfazer uma necessidade, ou de despertar um apetite. O caráter valorativo (negativo, enquanto desvalor, ou positivo, enquanto valor) não pode ser considerado como imanente ao objeto, porém surge nele por causa de uma consciência valoradora, que satisfaz as necessidades em um querer, em um sentir e que reage aos processos circunstanciais. Para Windelband, a supressão do querer e do sentir implicará a inexistência de qualquer valor.

Nesse sentido a consciência normal é o último fundamento do valor, como também o último degrau na escala das consciências. Assim todo e qualquer sentir ou querer individualmente considerados (valores particulares) submetem-se a uma consciência superior, em uma espécie de supra-ordenação. A consciência normal é o ponto final do processo e tem o sentido de um sujeito abstrato, ou seja, de uma opção das possíveis múltiplas valorações. Nesse particular, ela está acima de qualquer forma histórica da consciência total do homem. É a tentativa que faz de fundar o valor fora do empirismo; de modo que entre a realidade e o valor entende existir um abismo, a fazer com que nunca se possa pensá-los em conjunto.

Também o valor não tem atributos em relação ao mundo da realidade, dado que como estruturas diferentes e não-comunicantes, também o serão os seus sistemas. A consequência no direito é um dualismo entre sistema de normas e sistema de valores, tornando a função da filosofia do direito negativa; o que implica o seguinte:

aquela justificativa que a filosofia do direito procura, de validade universal, aparece somente no sentido de um limite ético negativo para o direito efetivo.

O dualismo entre sistema de valores e sistema de normas nasce com Kant e seus conceitos de validade universal e generalidade, em uma confusão que leva a concluir que a generalidade de um conceito abstrato é, em si, o critério de validade universal tanto na teoria quanto na ética. Mesmo que se tome o dado empiricamente como um valor concreto, fica ainda subjacente a idéia que se trata de um mero recurso de exemplificar um valor geral. Trata-se de uma estruturação abstrata que põe o singular como modelo de uma generalidade de valor. Só que existem fatos historicamente considerados que negam a possibilidade dessa tese, por exemplo a liberdade da pessoa singularmente considerada não se deixa apreciar de forma esgotante naquele raciocínio estrutural, se existir um limite para comprovar se ela efetivamente se realiza; e esses limites são o imperativo categórico e o princípio lógico de contradição, a que já aludimos neste trabalho.

A aplicação dessa filosofia ao direito traz conseqüências complexas, pois o direito, nessa óptica, não pode ter uma estrutura de valores, dado que ela vem de outro sistema; é externa, portanto.

A conseqüência mais complexa de todas está em que o sistema de normas só formalmente pode ser inserido em um sistema de valores, e, evidentemente, no plano puramente metodológico, e não no dos objetos. Também não se pode levar a filosofia de Windelband aos limites do positivismo, uma vez que sua reflexão sobre os valores insere-se em uma pluralidade de sistemas, que não é compatível com a

perspectiva monista da lógica formal. Só que não existe base objetiva para a pluralidade, que permanece indeterminada.

Rickert, até certo limite, absorveu as teses de Windelband e na metodologia científica que esboçou afirma que o direito real é só o direito histórico, produto da cultura. O problema é que esse direito que está em devir, por ser histórico, não se pode deduzir de um direito de validade universal (normativo). É que Rickert só admite o valor jurídico como um valor formal e afirma que não existe oposição entre o direito normativo e o direito histórico, atacando as teorias do direito natural.

Rickert coloca a ciência do direito no âmbito das ciências histórico-culturais, em oposição às ciências da natureza. O método que propõe para a ciência do direito é o da seleção das individualidades históricas, determinado por um critério, que é o valor. O problema é que ele entende o valor como uma forma de "valer" e diz que valer é uma espécie de efetiva aceitação por parte de uma consciência individual do que é um valor. Mas ressalva que não se deve, por isso, confundir valor com fato e parte para uma distinção entre o mundo dos valores e o mundo dos fatos, por meio de um critério que denomina de *negação*, o qual permitiria, na esfera do existir, descobrir o outro do uno. Isto significa apenas que onde existem alternativas é porque só resta o "outro". O problema se torna de difícil solução uma vez que "Uno" e "Outro" existem no plano da existência, somente; e a negação – ela mesma – não pode determiná-los, simplesmente porque não é possível falar em existência negativa. Só que o valor, que tem o sentido de "valer", admite a pauta de negação, porque existem valores negativos.

Outra distinção importante que faz é a que separa o valor do ato de valorar e dos bens valorados. Conseqüentemente, existem os valores que valem – os bens reais e, nesse caso, os valores aderem a eles; e o ato do sujeito que é o ato de valorar, sendo que neste caso o sujeito assume uma posição valorativa frente a bens e valores.

A configuração histórica a que antes aludimos, vai ocorrer por meio de uma espécie de seleção de singularidades e especificidades, guiada por um valor que tem sentido. Como a função do cientista não é estimativa (nem positiva, nem negativamente) não interessa qual o valor determinado; o que importa é apenas relacionar o objeto a valores. O valor que orientará o cientista só poderá ser escolhido por meio de um certo arbítrio, que Rickert procura amenizar, garantindo-o contra o subjetivismo radical. Assim o valor escolhido, deve ser aceito – ou ter sentido – tanto pelo cientista, quanto pelos leigos.

A comunidade cultural deve reconhecer como válido o valor escolhido, senão o arbítrio fica sem nenhum controle. A determinação dos valores parece, no seu pensamento, contudo, de forma empírica. E é justamente aí que surge seu conceito de cultura; vale dizer, ele a entende *como tudo que se relaciona a valores que como tais são reconhecidos, pela comunidade, tendo, a partir daí, e só daí, significação real.*

Diferente de Windelband, Rickert possibilita, com sua formulação, uma vinculação entre direito e valor, o problema é que coloca o objeto da ciência do direito de forma isolada. Na verdade, ele faz uma espécie de distinção entre o direito isolado, a partir do seu método, do direito real, ao qual aderem as significações jurídicas. Existem em Rickert, assim, três sistemas, o de valores jurídicos, o de normas cons-

truídas com vistas a um fim, e um sistema de normas reais, que para ele, são pré-científicas.

Em Windelband não existe integração entre os sistemas. Em Rickert, sim, mas ele não esclarece como conceber um sistema uno do direito; e isso, muito certamente, porque permanece não solucionada a questão da possibilidade de um sistema abrangente do mundo de valores e do mundo da realidade.

No pensamento de Rickert, realidade equivale a "existência" e a "subsistência". E de fato, na sua teoria o direito real é o direito que é dado, significando a ordenação da sociedade, por normas positivas. O problema surge com a idéia de subsistência do ordenamento, a que ele se refere. Não está claro se quer dizer que subsistir implica valer; ou, se valer significa um dever-ser; surgindo daí o dilema, dado que o dever-ser em oposição ao ser, se entendido como algo que vale, e não como algo que existe, não se pode afirmar, como ele o faz, que o direito real (válido) é o direito histórico, existente, o direito dado.

Entre valor e fato existe só relação lógica. O ordenamento jurídico é um fato cultural, ao qual corresponde um valor cultural. Porém, esse valor cultural também tira seu significado do ordenamento positivo. Assim, da existência do ordenamento positivo (que é também validade), não pode ser deduzida a validade do valor. Por isso só há relação lógica. Se o que antes aludi fosse possível, estaríamos perante um jusnaturalismo, que de modo geral foi veementemente repudiado pelo neokantismo de Baden. Para essa escola, em especial, para Rickert, o objeto da ciência jurídica é um objeto que se relaciona a um valor, e nessa medida, é real, existe. Porém, só o valor ao qual o objeto se refere, é que vale. A validade do ordenamento positivo é

incontestável, só que deve permanecer sem compreensão. É assim que se explica a relação puramente lógica.⁹⁴

Mayer⁹⁵ acentua ser a sociedade um conjunto de interesses, ressaltando que o Estado precisa ter a forma de uma organização especial, de modo a que esses interesses sejam tutelados. Vê, nessa sociedade organizada na forma de Estado, o pressuposto do direito. A cultura é criada pela sociedade e contribui, enquanto cultivo de interesses comuns, para construir uma sociedade em relação complementar. Da mesma forma acontece com o direito e com o Estado.

Importante é que Mayer vê na idéia de cultura um matiz de valor, na forma de uma unidade que se forma por realidade e valor. Assim as chamadas normas de cultura são o determinante da tutela de interesses, na estrutura da sociedade que a envolve.

Aparece na teoria de Mayer nitidamente que é o Estado que opta, dentre as normas de cultura, que a sociedade reconhece como tal, aquelas que têm o caráter constitutivo de direito, para garantir sua efetividade mediante a sanção. De certa forma vê-se aqui a influência da escola de Baden, principalmente de Rickert, pois os valores devem ser entendidos como tal pela coletividade, para que se evite a possibilidade do arbítrio subjetivo, mas só neste sentido. E as normas de cultura para Mayer constituem uma realidade que se transforma em realidade valiosa.

⁹⁴ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio, **Conceito de Sistema no Direito. Uma Investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask**. S. Paulo: ed. RT, 1976. p. 70 e segs.; também, tese de doutoramento, Universidade de Mainz, Alemanha, 1970.

⁹⁵ MAYER, Ernest. **Filosofía del Derecho**. Trad. Leuiz Lyez. Barcelona: 1937. p. 65.

Mayer entende que a norma penal dirige-se ao Estado e não ao povo. O povo pode desconhecer a lei penal (pois ela a ele não se dirige), mas conhece as normas de cultura, seu substrato. Na sua perspectiva a norma jurídica assume um caráter pedagógico, enquanto cumpre o papel de adequar o povo, com vistas a atender os interesses da comunidade. Interessante, aí, notar que a antijuridicidade só aparece à medida que espelha o ato de estar contra a norma de cultura – que o Estado absorve no âmbito penal.

O neokantismo de Baden torna-se ainda mais presente nessa perspectiva, uma vez que toda a teoria parte da correspondência entre norma de cultura e norma jurídica, mas sempre tendo em conta que a norma jurídica é só o que o Estado reconhece, como tal.

Embora exista a tendência, no âmbito dos juristas-penalistas⁹⁶, em entender que Mayer jogou no vazio a teoria da antijuridicidade, permanecendo no âmbito da legalidade penal, penso que a questão pode ser posta em outros termos: na dificuldade que teve o neokantismo de Baden – o que refletiu na teoria que se analisa – em estabelecer a correlação entre cultura e direito, pois ainda que essa tenha sido a proposta para sair do formalismo de Marburgo, não foi o que de fato ocorreu, como vimos anteriormente.

Seu pensamento ficou extremamente vinculado à idéia de uma valoração cultural não-subjetiva, afastada do arbítrio judicial, embora ao juiz caiba eleger o valor que adere à realidade.

⁹⁶ HEINITZ, Everardo da Cunha Lima, in REALE Jr., Miguel. **Teoria do delito**. S.Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 102.

Mas a crise do direito penal continua em processo de revitalizar algumas concepções filosóficas que já influenciavam na época toda a ciência jurídica e a questão do justo toma conta do pensamento dito utilitarista, que entende estar o direito vinculado a três princípios, o do bem comum, que teria o objetivo de servir de parâmetro para que o jurista identifique as ações e os fins *úteis* à coletividade; a justiça, que avalia essas ações e a segurança do direito, que visa garantir a igualdade no tratamento das pessoas da coletividade, valendo-se da certeza dos conceitos jurídicos.

Existe nessa corrente, a propósito de estabelecer a igualdade a partir do direito, o problema que tanto descaracterizou a ciência criminal deste século, quando na verdade a idéia de igualdade adquire caráter apenas retórico.

Nilo Batista, a tratar da missão do direito penal, sugere o aproveitamento crítico do conceito de bem jurídico, e tratando da questão da igualdade aponta que os objetivos aparentes do direito penal que se exprimem na proteção dos interesses e necessidades – entendidos como valores – essenciais para a existência do indivíduo têm alguns pressupostos, tais como as noções de unidade – não de divisão, de identidade – e não de contradição de classes, de igualdade – e não de desigualdade real – entre os que formam uma determinada classe social e, por fim, de liberdade – e não de opressão individual. E aduz mais, que é inegável que em uma sociedade dividida, o bem jurídico, tem caráter de classe.

Por fim, ressalta que se pode afirmar que a missão do direito penal é a de proteger os bens jurídicos, por meio da cominação, aplicação e execução da pena. Em uma sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações

sociais (ou “interesses”, ou “estados sociais”, ou “valores”) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações. E arremata, em uma observação aguda e provocante: efeitos sociais não declarados da pena também configuram, nessas sociedades, uma espécie de “missão secreta” do direito penal.⁹⁷

É evidente que o surgir da crise e o (re)nascido da filosofia do direito não comportavam essa abordagem, pois que, com já se disse, o formalismo kantiano, embora mitigado pela escola de Baden, ainda estava preso ao conceito formal de valor, na idéia de prescrições universais, e, o que é mais importante, a questão ideológica do direito não aparecia nas teorias, ou, quando surgia, era enfocada como algo fora do fenômeno jurídico.

O aspecto utilitarista do direito refletia na verdade uma discussão sobre os fins úteis à coletividade, para obter um direito justo, mas expresso em conceitos que já conteriam os valores, a informar o juiz. Por isso se distinguia entre a atividade do legislador e do juiz. A atividade do legislador estaria em estabelecer o direito justo, por meio de uma preocupação com o conteúdo material do valor “injusto”. O juiz só deveria ter em conta a lei, e esta era o injusto tipificado.

Desta maneira a atividade judicial ficava, até certo ponto, vinculada aos parâmetros estabelecidos pelo legislador. No entanto, o utilitarismo, que no direito penal aparece na obra *Derecho penal, parte general* de Wilhelm Sauer, vê uma certa extensão na atividade judicial, quando surgem as lacunas na ordem jurídica.

⁹⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 4^a, ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1999. p.116.

Nesse momento, na ausência de norma, a atividade do juiz passa a ser a de criar – inclusive no direito penal – por meio da analogia (a comparação de casos e tipos normativos) o direito. Ocorre que a analogia, tal como aí posta, tem um caráter subjetivo – aliás, sobre o caráter subjetivo do juízo analógico, já me referi quando tratei do conceito de sistema-, pois que na comparação de casos e tipos o juiz estabeleceria valorações diante de um conflito de bens, procurando atender ao bem comum, o primeiro princípio a fundamentar o direito.

O que se nota nessa teoria é o recurso a uma espécie de regra maior vinculante, uma espécie de norma extra-sistemática, de avaliação, cujo enunciado, se pudesse ser expresso, teria o sentido de que *é jurídico o que em sua compreensão generalizadora é mais útil (bem comum)*.

O problema que enfrenta o pensamento utilitarista é justamente quando ocorre a hipótese de conflito entre a norma e a justiça, com o princípio maior vinculante que é o bem comum.

Para Sauer, a solução para o conflito de princípios está no recurso à lei. Deve assim, prevalecer o direito no plano formal. Aparentemente existe contradição entre este raciocínio de Sauer e a idéia de que o bem comum é um princípio fundamental. Mas a contradição é só aparente, à medida que aquela norma extra-sistemática a que me referi, não tem, evidentemente conteúdo, é também formal-generalizadora, dado que o conceito de bem comum é um *a priori*.

A crise do direito influenciou igualmente o pensamento de Edmund Mezger (*Diritto penale*, 1935), que combateu o formalismo expresso no império da lei, prin-

principalmente para solucionar o problema das chamadas ações socialmente adequadas e a questão do estado de necessidade.

Mezger entende, fiel ao seu propósito, que o direito não se exaure na lei, uma vez que a norma não tem condições de incidir eficazmente sobre os casos concretos que aparecem na sociedade em constante transformação.

A lesão ou o perigo a um determinado bem jurídico expressa o conteúdo da antijuridicidade material, mas esse conteúdo só pode ser verificado quando o tipo penal é interpretado finalisticamente. E a interpretação, no caso teleológica, só pode ser interpretação da lei.

Porém, para Mezger, que vislumbra a possibilidade das lacunas, quando a hipótese acontece, o critério de colmatação está no recurso aos princípios gerais. Não me parece que sua teoria consiga romper ainda com os parâmetros das categorias universais, de validade formal, já que ele compreende o direito como dimanado da cultura, porém os seus fundamentos estão em um princípio que é formal: *o justo equilíbrio*, que consiste no fim último do direito, qual seja o de organizar a sociedade, de maneira a conciliar os interesses individuais, de forma a lhes dar a melhor satisfação possível, em razão das exigências da vida coletiva.⁹⁸

A idéia de satisfação é axiológico-utilitária, vinculada não a uma realidade, mas a uma visão formal da realidade. De outro lado, "vida coletiva" tem um sentido abstrato, já que ele não demonstra com clareza no que consiste a sociedade, as suas desigualdades, os conflitos; daí que o conceito é puramente *ideal*.

⁹⁸ MEZGER, Edmund. *Diritto Penale*. Trad. de F. Mandalari, Pádua: 1935. p. 258.

Dessa maneira é possível localizar a filosofia de Mezger no plano do idealismo ainda neokantiano. A preocupação com o direito justo aparece mais ou menos na mesma óptica de Stammler. Fica muito claro quando percebemos em sua teoria a proposta de que a valoração *praeter legem* seja o meio adequado para servir de critério para a valoração de bens; sendo que a valoração, na sua óptica, deriva de um princípio de orientação geral do direito, com base na pura idéia de direito. É nítida a influência, aqui, da escola de Marburgo.

No âmbito próprio da ciência criminal, Mezger recebeu alguma influência da Escola Moderna Alemã, que teve como fundador von Liszt, cujo pensamento já foi por mim analisado. Interessa sobretudo, a considerar o pensamento de Mezger, a observação de Machado, quando diz que a Escola Moderna Alemã, abandona o livre-arbítrio e fundamenta a imputabilidade na faculdade de determinação normal.⁹⁹

O conceitualismo, e sua influência na escola técnico-jurídica italiana (Rocco), foi outra corrente que refletiu, de certa forma, o (re)surgimento da filosofia no direito penal; só que, a meu ver, recuperando justamente o formalismo, base da crise do positivismo. A essa corrente, referimo-nos especialmente, ao tratar da Jurisprudência dos conceitos, uma vez tendo em conta que sua contribuição não se insere exatamente em uma tentativa, que seja, de superar uma crise, mas de reforçar seus pressupostos.

No entanto, a observação de Machado, de que a escola técnico-jurídica propôs *um retorno ao jusnaturalismo*, com a liberdade de querer; não se fundando a impu-

⁹⁹ MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Criminal*. Parte Geral, S. Paulo: RT, 1987. p.32.

tabilidade nem no livre-arbítrio dos clássicos, nem no determinismo absoluto dos positivistas, contribui para uma crítica menos ortodoxa da escola, já que, ao que se depreende do estudo de Machado, o ortodoxismo reduziu-se a seu fundador, Rocco. Mitigou-se a rigidez formalista – mas não desapareceu – nos seus seguidores (Maggiore, Petrocelli, Bettiol, Bataglini, Massri, Vannini). A contribuição crítica de Machado é importante, porque me leva a inferir que mesmo a escola técnico jurídica, apesar de ter entre as suas características a negação das investigações filosóficas, acabou por utilizar categorias específicas do direito natural; portanto, da filosofia do direito.

Importante, ainda, a crítica de Francesco Antolisei (*Per un indirizzo realistico nella scienza penale. Scritti di diritto penale*, publicado antes na *Riv. Italiana di diritto penale*, em 1937 e depois reproduzido na *Scritti*) à escola italiana de Rocco, que, segundo ele, levou a ciência criminal a girar apenas em torno de juízos abstratos, a partir de um método lógico-formal, causando uma ruptura entre a teoria e a prática.

A crítica de Antolisei centra-se exatamente no grande problema da escola, que foi a concepção do direito, e do direito penal, como um sistema fechado, obviamente adstrito e justificado pelo princípio da plenitude orgânica (auto-suficiência ontológica que gera autonomia metodológica). Vê-se, no entanto, que Antolisei não trata da face jusnaturalista, pós-Rocco, aparecida na escola, na forma como Machado considerava.

Antolisei, ao formular a sua crítica, parte da idéia do direito como um fenómeno social, portanto, em constante mutação (em movimento), daí não poder ser visto o ordenamento como um todo completo, mas normalmente incompleto (as lacunas).

O papel do jurista é, por meio da crítica avaliativa, atualizar o ordenamento em face das mudanças sociais. A razão da lei tem como elemento mais importante o fato social, nessa medida insere o réu na realidade social e o considera como objeto da ciência criminal.

A proposta de Antolisei aproxima-se das teorias realistas, tal como expus, no capítulo próprio, principalmente a partir da abordagem que dá ao conceito de fato para o direito. Sua teoria, contudo, está mais próxima do realismo escandinavo, do que do realismo psicológico, dos norte-americanos.

Todavia, ao considerar que da valoração do fato contrário ao direito deriva uma única espécie de antijuridicidade, afasta-se das teorias que vêm uma dicotomia nas espécies e introduz um critério axiológico, que, a meu ver, ainda o prende ao formalismo kantiano; isto porque entende que o juízo de contrariedade não pode ser inferido de critérios metajurídicos. O sistema de valores é um sistema formal.

Reale Jr. diz que "nega Antolisei a possibilidade da dicotomia 'antijuridicidade formal e material'" e ao explicar o pensamento do autor, arremata dizendo que "Tal não acarreta o reconhecimento, alerta Antolisei, de que a antijuridicidade tenha apenas caráter formal".¹⁰⁰

Em face do que argumentei a respeito da idéia de valor em Antolisei, não vejo como possa ser sustentada a tese de que a negação da dicotomia não implique a redução do conceito de antijuridicidade a seu aspecto formal.

¹⁰⁰ REALE Jr., Miguel. **Teoria do Delito**. São Paulo: R.T., 1998. p. 111.

Ainda que de forma sucinta, dada a natureza deste trabalho, acredito ter demonstrado como se instaurou a chamada "crise da ciência criminal", os seus sintomas e de que forma ela se reencontra com a filosofia do direito.

Ficou claro, penso, que o reencontro não superou a crise, mas revelou sua face oculta e isso já foi muito importante.

Chamo de face oculta o discurso da ciência criminal, que fica, sempre, subjacente à crise. E a ocultação, como veremos, é obra dos próprios juristas, materializada em conceitos. Mas, muitos desses conceitos, os juristas vão buscar nos porões da própria filosofia.

Viu-se o discurso.

Agora trata-se de revê-lo. Esse é o propósito da parte final do meu trabalho.

3. (Re)visão do discurso da ciência criminal

3.1 Um diálogo entre a filosofia e o direito

É importante traçar desde logo os limites e as bases da revisão que pretendo levar a cabo. Falo das categorias e dos paradigmas que vou utilizar, lançando, por consequência, os pressupostos da análise.

Estão na chamada *teoria crítica do direito* e na distinção entre *zetética* e *dogmática*.

A denominação *teoria crítica do direito* é assaz ampla e difusa. Nem pretendo dar-lhe aqui uma conotação específica – esta, aquela ou aquela outra – uma vez que me parece importante, mais do que catalogar teorias, lançar mão dos seus argumentos, mesmo que estes se encontrem dispersos em uma ou em outra corrente.

As expressões *dogmática* e *zetética* já são uma constante neste trabalho, contudo, acho que alguns esclarecimentos são necessários. Tomo os conceitos, na concepção dicotômica, à maneira de Tércio Sampaio Ferraz Jr., que adotou a dicotomia, tal como concebida por Theodor Viehweg.

Dogmática, expressão de origem grega (*dokéin*), que significa ensinar, doutrinar, é utilizada para dizer o direito a partir de sua função informativa-diretiva, atribuindo nuança à resposta da investigação.

Zetética, expressão de origem grega (*zetéin*), que significa inquirir, procurar, é utilizada para dizer o direito a partir de sua função informativo-especulativa, enfati-

zando o questionamento e deixando abertas as premissas e os princípios que, em face do questionamento, ensejam respostas.

Utilizo também a dicotomia, à maneira que Luiz Fernando Coelho enfoca, a partir da sua *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, que embora guarde relação com a nomenclatura de Ferraz Jr., acrescenta alguns fundamentos, no campo específico do direito, que tomam a compreensão da dicotomia mais clara, ao mesmo tempo em que, permite lançar as bases para o que aqui se denomina de *crítica* do direito penal, a partir de uma *teoria crítica* geral.

A dogmática caracteriza-se por enfatizar o princípio jurídico, correspondendo, assim, ao conhecimento tradicional do direito, como um objeto científico. No entanto, a essência do problema não está tanto na ênfase do princípio, mas na questão metodológica, à medida que a dogmática vale-se do método que defende e utiliza para resguardar o princípio jurídico, ou relacionando-o estritamente à norma, ao modo da dogmática-exegética, ou ao conceito abstrato universal, como os conceitualistas, ou ainda, na vontade que assume um sentido metajurídico, a exemplo a Jurisprudência analítica.

Em verdade, o conceito de dogmática é difuso. Plauto Faraco de Azevedo identifica-a na chamada ciência jurídica positiva, que consiste na descrição das regras jurídicas em vigor, com relação a um objeto, a regra positiva de direito, que considera como um dado real. A existência desse dado é simplesmente constatada por meio de recursos interpretativos, basicamente, a doutrina e a jurisprudência, de modo que se estabeleça seu sentido – de forma coerente com o momento – incluindo-o em um sistema, cuja exigência de coerência é um requisito, à medida que ser-

virá a aludida regra como uma pauta de orientação a novas situações que se apresentem.¹⁰¹

Já, na filosofia da linguagem, a expressão "dogmática jurídica" foi utilizada no sentido de doutrina jurídica, dado que revelaria certos conteúdos ideológicos, a configurar pressupostos dogmáticos das mesmas teorias.

O dogmatismo opõe-se ao ceticismo, enquanto doutrina, tendo em conta que a negação da verdade enquanto possibilidade de objetividade, no que diz respeito mesmo ao seu conhecimento, é uma característica do pensamento cético.

O pensamento dogmático chega ao limite de aceitar a verdade, pura e simplesmente, enquanto tal. Um dos méritos da filosofia kantiana foi o de tentar superar o impasse paradigmático estabelecido entre o ceticismo de Hume e o dogmatismo de Wolff. Aí a origem da filosofia crítica de Kant.

A metodologia talvez seja o ponto central da postura dogmática, centrada que está na dedução ao modelo da filosofia aristotélica. O paradigma epistemológico centrado nessa metodologia constituiu a base do raciocínio matemático, ou seja na aceitação de determinados pressupostos como verdades ou evidências, partindo daí para a elaboração do conhecimento, segundo o rigorismo das regras da lógica formal.

Esse paradigma foi levado às últimas conseqüências e aplicado de maneira geral a todas as ciências, mesmo ao direito.

¹⁰¹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 27.

O seu oposto é aquele que se funda na indução como início do processo de descoberta científica sobre a realidade, fundando-se na reflexão sobre dados empíricos verificáveis.

Na verdade, a expressão *dogma* é a causa da ambigüidade de sentido para a dogmática jurídica.

Como teoria do direito positivo, a partir da lógica, a dogmática não se identifica com o iluminismo (e sua filosofia) e também nada tem a ver com o método dogmático propriamente dito. Ocorre que a expressão "dogmática" engendra a dogmática proveniente da filosofia, em um sentido amplo, e o ceticismo, o dogmatismo metodológico e mesmo a heurística.

No direito, o sentido da dogmática está mais na aceitação do aspecto normatividade, que, de maneira geral, tem como expressão o discurso normativo dos sistemas.

Vê-se, portanto, que não existe uma identidade absoluta entre "dogma" e "dogmática". O caráter dogmático do direito está mais na normatividade das fontes do direito (formais) do que no apego do jurista a certos dogmas.

A dogmática, porém, opera-se sempre no interior de um sistema de normas. Desta forma, a crítica à dogmática, mesmo a partir de uma perspectiva axiológica interna de opções entre os valores sob a perspectiva *de lege lata* e sob a perspectiva *de lege ferenda*, será uma crítica sobre a forma como eles se inserem na normatividade.

Ademais, quando se pensa a dogmática não é possível separar o sujeito do objeto, em um processo dialético de conhecimento. Ocorre que o sujeito (jurista)

atribui conteúdos ideológicos ao objeto (direito), à medida que o interpreta. Não há um processo meramente descritivo-explicativo do fenômeno, mas uma espécie de criação.

Não é esta, contudo, a perspectiva tradicional, pois o que se denomina de pensamento dogmático do jurista é o ato de conhecer o direito a partir de uma determinada cultura que a ciência do direito lhe fornece, por meio de um instrumento, que se denomina técnica jurídica.

É verdade, assim, que a normatividade aparece como um princípio de aceitação incontestável. E isto porque toda aplicação da lei, ou, ainda, a sua possibilidade de aplicação, é o único objeto do pensamento hermenêutico de cunho dogmático.

A criação de que falei, antes, resume-se, assim, em um processo gnoseológico, na mera descoberta da normatividade das chamadas fontes do direito em relação a uma determinada situação de fato.

Esse sentido, contudo, de verdadeira abstração, como processo de construção de conceitos, que resulta na denominada ciência jurídica é o pensamento jurídico próprio, segundo a tradição gnoseológica. A dogmática, desta forma, distancia-se da idéia de dogma, pelo menos em seu sentido originário, como verdade absoluta, passando a ser compreendida como a ciência do direito.

Já se nota que o dado mais importante está mais no conceito de pensamento jurídico mesmo, do que propriamente na idéia de uma dogmática.

E esse chamado "pensamento jurídico" deve ser conotado ao objeto pensado. Daí que, se direito se identifica com natureza, a ciência terá por objeto a própria natureza, e ela, refluindo, será o próprio pressuposto. A conseqüência de tal identifi-

cação estará, conseqüentemente, na causalidade como forma de explicar a enunciação das normas de direito.

Aftalión observa com acuidade residir aí a perspectiva sociológica do direito, ou seja, a idéia de que a sociologia do direito é a autêntica ciência jurídica, o que veio a ser objeto de críticas de Kelsen, e até mesmo a razão da sua *Teoria Pura do Direito*.¹⁰²

De outro lado, se conotar-se o pensamento jurídico à idéia de estrutura lógica de juízos e proposições, ter-se-á sua identificação com o sistema normativo. O método consiste na intuição intelectual própria da matemática e da lógica analítica, mas que se consubstancia enquanto construção do direito, na própria dedução, a partir dos princípios. Em outras palavras, a concepção do direito decorre de uma intelecção de princípios, e o sistema, de uma elaboração dedutiva de normas a partir de princípios.

Nesse sentido, o que se tem é um embasamento axiomático e uma idéia de sistema racionalmente construído. Porém, os princípios poderão estar na ética, na religião, na chamada natureza das coisas, ou mesmo em uma idéia de natureza racional-universal e imutável da humanidade.

¹⁰² AFTALIÓN, Enrique R., OLANO, Fernando García e VILANOVA, José. *Introducción al Derecho*. 6ª edição. Buenos Aires: El Ateneo ed., 1960. p. 43 e segs.

Esse sentido do pensamento jurídico foi o da hermenêutica chamada dogmática, tal como demonstrei no capítulo próprio.

A identificação do direito com a realidade, esta entendida em um sentido amplo, vai mudar radicalmente a concepção de dogmática como se tinha no paradigma sociológico, ou mesmo no paradigma lógico-racional.

É a partir do momento em que se conota esse pensamento com a realidade vivida, trazendo o fenômeno jurídico para o chamado mundo da cultura, que a dogmática vai assumir um sentido mais amplo. Será dogmático o pensamento do jurista, então, enquanto ele busca o direito nas normas que compõem o sistema, mas, em compasso com a descoberta dessas regras, está a vida social, que lhe dá o conteúdo e permite que sua aplicação objetive a conduta e seus fins sociais.

Na realidade, mesmo esse sentido do pensamento dogmático revela-se ainda incipiente e fechado na moldura do direito, como a concebeu Kelsen, ainda que mitigada pela idéia de que o conhecimento que esse pensar expressa é um contínuo de intuições-valorções, com vistas a perseguir certos ideais sociais, como o de justiça, o de bem comum.

O sentido da *dogmática*, todavia, acaba por se circunscrever à criação do direito pelo seu "descobrir", ato de conhecimento do jurista, sujeito, ou a fatos, ou a princípios racionais, ou a valores que se inserem no contexto do sistema pensado.

Porém, de toda a forma, o pensamento dogmático é uma teorização que constrói o objeto "direito" e que fica sempre no plano lógico do conhecimento.

O que se chama, de outro modo, comumente de dogmática jurídica, não é aquela que se identifica com a teoria geral do direito, à maneira de como a construiu

a escola da Jurisprudência dos conceitos formal, com vistas a uma complexão geral do direito, enquanto categoria conceitual–normativa. É, outrossim, aquela concepção que exsurge da divisão do próprio direito (a dogmática especial), tal como se apresenta no direito penal, no direito civil.

Entendo plausível a posição adotada por Coelho no sentido de que se compreenda, por respeito à tradição lingüística, a dogmática em um sentido mais amplo, que envolva a teorização de todas as formas de expressão normativa do direito, que ultrapasse, desta forma, as fontes formais. Dessa maneira, o momento lógico da elaboração das formas pela quais o direito se expressa, com vistas às categorias e modelos gerais condicionantes do direito histórico, configuram, igualmente, uma dogmática geral, que se expressa em uma teoria geral do direito.¹⁰³

A denominada *zetética jurídica* vai corresponder a um outro tipo de teorização do direito, enquanto fenômeno, à medida que objetiva pesquisar cientificamente os fatos e valores, no âmbito de sua definição normativa.

Da maneira como enfoquei a zetética neste trabalho, ela se refere exatamente, no plano do pensamento tradicional das escolas hermenêuticas, a todas aquelas que se opuseram ao legalismo, ao conceitualismo e à sua versão propriamente analítica e que se caracterizaram por pregar o predomínio do social, dos fins e dos valores sobre os denominados princípios.

Não é possível, a meu ver, uma zetética *antidogmática* ou mesmo *contradogmática*, já que o plano do conhecimento do direito, em sentido teórico, comporta

¹⁰³ COELHO, L. Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis* 2ª ed. Rio: Forense, 1981. p. 50-52.

as duas espécies de teorização, dogmática e zetética, uma vez que a teoria da norma depende da verificação do seu conteúdo e, ao mesmo tempo, no plano zetético, a situação a ser normada ou já estabelecida normativamente, há que ter como referente a própria norma.

A Tópica, a Retórica, e mesmo a Filosofia da Linguagem, principalmente a chamada Pragmática Jurídica, são teorizações zetéticas que operam dentro da dogmática.

De se notar que a zetética constrói uma teoria jurídica vinculada à realidade social, e essa realidade social é o objeto do ato de normação. Assim, à medida que se supera uma teoria das fontes formais do direito, atinge-se o plano zetético, ao elaborar a teorização dos fatores de produção do direito, ou uma teoria das fontes materiais. Só que essa superação não adquire aqui o sentido de uma nova elaboração da teoria das fontes formais, mas o de uma teoria que opera dentro da outra, dando-lhe, evidentemente, conotação diferente: uma zetética intra-dogmática.

O que se pretende significar é o aparente carácter antidogmático da zetética, no sentido de que não existe uma real oposição entre a sua pragmática e a semântica da dogmática. Na verdade, opera-se somente uma substituição de critérios de avaliação do fenómeno jurídico; o critério de verdade da dogmática, amparado no paradigma lógico-formal, transmuda-se para o critério funcionalista da eficácia do discurso do direito, com a pretensão de acentuar-se sobre o aspecto *validade* das normas.

Mas a zetética é intradogmática porque não elabora a crítica dos pressupostos ideológicos do direito e do discurso dos juristas; vale dizer, permanece no paradigma que põe a ideologia fora do objeto "direito".

A confusão dos conceitos sobre dogmática e zetética tem conduzido a um equívoco, e, na crítica, que lhe é conseqüente, de atribuir à errônea idéia contradogmática do sentido da zetética, a conotação de contraideológica.

Para superar o problema, ou reparar o equívoco, é possível propor que a zetética seja compreendida em dois planos. A idéia de uma zetética intradogmática, que ocorre no plano institucional, e de uma zetética metadogmática, que ocorre no plano da interdisciplinariedade.

No plano institucional da ciência do direito, a zetética, apresenta-se como uma teoria das instituições que formam o direito em sua experiência, e uma zetética como teoria da justiça, que corresponde à filosofia do direito. A zetética, no plano da interdisciplinariedade, supera a zetética institucional, absorvendo-a quanto ao sentido da experiência normativa do direito expresso nas instituições, mas vislumbrando uma problematização do conteúdo axiológico e social da norma jurídica, que vai para lá das situações que se expressam normativamente de forma inequívoca, mas pretende atingir aqueles que devem ser objeto de normação e mesmo às possibilidades desta. E isso só ocorre a partir de um questionamento ideológico das normas, que não pode, obviamente, acontecer no plano institucional.

A distinção entre os planos não está assim no objeto, mas no sujeito. Essa a questão fundamental. É o sujeito (jurista) que forma a juridicidade, a partir de uma dialética da participação, conhecendo o direito ao dizer quais os conteúdos das pro-

posições normativas (abstratas), ao mesmo tempo em que o cria, tomando como referência o *existir* do homem (estar-com-o-outro).

Nesse passo é possível pensar também em uma superação de uma zetética intradogmática, entendendo que a própria dogmática acontece no plano zetético, em uma espécie de integração, que compreende os posicionamentos normativistas e mesmo os zetéticos, à medida que a zetética acaba por se tornar uma investigação, com base na interdisciplinariedade, em relação às situações sociais objeto da própria normatividade. Exemplo disso é o que ocorreu com a passagem da hermenêutica dogmática à hermenêutica zetética, culminando com as teorias da vertente culturalista.

O questionamento crítico do conhecimento jurídico, que pretende ultrapassar o enfoque zetético, e que se esboça em uma teoria crítica do direito é que conduzirá a uma (re)visão do discurso da dogmática penal.

A *crítica* traz à tona que é preciso ir mais além do que problematizar respostas dogmáticas (zetética); é necessário demonstrar os *pressupostos ideológicos* que fundamentam as respostas dogmáticas.

O conhecimento jurídico passa a ser visto a partir de sua inserção na elaboração social, designando-se essa dimensão de *crítica*.

A crítica pretende, assim, superar os planos dogmático e zetético do conhecimento, eis que estes são formas teóricas descritivas, que partem do pressuposto de que um fenômeno existe como objeto. Por se dirigirem ao presente como consequência de um passado, são retrospectões do próprio direito.

A crítica parte do questionamento ontológico do direito, como um objeto que existe em-si; e propõe que o direito é criado pelo jurista, por meio de um processo dialético de renovação, inserido na perspectiva cultural; é uma prospecção do direito.

A teoria que se forma a partir da crítica refuta o sentido de legitimação absorvido pelo senso comum teórico dos juristas (presente nos planos zetético e dogmático) que consiste em aceitar o direito como expressão de uma ordenação conceitual, e portanto, real, de forma inquestionável.

Coerente com os objetivos e limites deste trabalho, procurarei demonstrar o que considero os pilares sobre os quais sustento a (re)visão do discurso da ciência criminal, sendo suficiente, creio, explicar quais as categorias que utilizo, cuja denominação recolho da própria *Teoria Crítica do Direito*¹⁰⁴ e de trazer ainda uma resenha das principais perspectivas do pensamento crítico, de modo a permitir que a revisão que se faz, desde o reencontro do direito penal com a filosofia do direito, até o novo encontro com a crítica, possa permitir a quem lê, a possibilidade de, a partir deste trabalho, efetuar também a sua (re)visão, não necessariamente a partir do que aqui proponho, mas à luz de outras posturas, também críticas, em uma espécie de *Obra Aberta* (aqui, no sentido de Umberto Eco), pois que o pressuposto da crítica é o não-acabamento e, principalmente, a não imposição de uma vinculação teórica; pelo menos no sentido que a ela, muito particularmente, dou neste trabalho.

¹⁰⁴ COELHO, L. Fernando, *Teoria Crítica do Direito*, Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 53-63.

Antes de considerar as categorias críticas, quero deixar claro o sentido que se atribui à dialética da participação, o que permite captar o significado das chamadas categorias na perspectiva da *crítica*.

Tal dialética, entendida como totalidade e movimento, tem conseqüências metodológicas, que apontam sobretudo para a impossibilidade de conhecimento da realidade social, sob a óptica paradigmática do senso comum.

E de que senso comum se está a falar?

Justamente daquele que dimanou de certos princípios, construídos pela filosofia grega e que se sedimentaram, quais sejam, o hilemorfismo, o racionalismo, o atomismo.

Essas idéias, que acabaram por se transformar em princípios, davam o sentido do conhecimento científico, tal como teoreticamente construído, sentido esse que tinha características que vinham do fato de se acreditar na autonomia do real, ao qual se impunha o sujeito, acreditando-se ser a causa uma normatividade imanente. Isto significa simplesmente o seguinte: as leis naturais originavam-se do próprio objeto e condicionavam (pelo método) o ato gnoseológico.

Essa proposta teórica acabou por criar um paradigma epistemológico que desenvolveu uma tese de autocontrole do discurso teórico e outra que formulou um discurso que se identificava como representação fiel do mundo, que se legitimava pelo princípio da verificabilidade (de forma empírica ou analítica).

Segundo Coelho, o momento culminante dessa concepção de ciência é o positivismo lógico, a partir de algumas teses de Carnap e Wittgenstein. Tal estatuto teórico pressupunha uma discussão natural do objeto do conhecimento segundo as divi-

sões do saber, apresentando-se então o real como dados parciais a se oferecerem ao observador que, a partir daí, poderiam construir sua teoria.

Essa observação pressupunha-se eivada do mesmo sentido de universalidade atribuído à ciência, eis que a apreensão dos dados exigia uma razoável unidade metodológica, uma linguagem observacional apriorística e neutra, de modo a gerar repercussão em uma teorização também neutra, mormente no que diz respeito ao possível conteúdo ideológico do objeto. A problemática epistemológica viu-se totalmente repensada a partir da epistemologia crítica contemporânea, ao relativizar e reduzir a suas reais dimensões o conhecimento pretensamente objetivo e verdadeiro da ciência e desmistificando a pretensão de neutralidade do saber acumulado.¹⁰⁵

Os pressupostos ideológicos do conhecimento foram o fator de propulsão à reação operada nas ciências de forma genérica, e principalmente nas ciências sociais, mormente em oposição às teses de Durkheim, que procurou fundar uma sociologia no sentido positivista comteano, estabelecendo o método da sociologia a partir do método das ciências naturais, ao estabelecer uma regra fundamental de objetividade, que separaria, na sociologia, o sujeito do objeto; vale dizer, o sujeito (cientista) deveria considerar o fato social, independentemente de si, no sentido de abstrair seus interesses e seus valores, a sua visão de mundo, agindo de forma neutra.

A reação ocorre com o culturalismo de Dilthey, que mostra que a sociedade está em movimento, chamando-a de "sociedade da compreensão". A partir da tese "a natureza se explica, a cultura se compreende", Dilthey procura mostrar que só se

¹⁰⁵ COELHO, L. Fernando. *Teoria Crítica do Direito*, Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 46-47.

pode ter acesso aos fenômenos culturais por meio de métodos diferentes daqueles utilizados nas ciências naturais e, inclusive, na matemática. Esses métodos eles os condensou na idéia (designou *categoria*) de *compreensão*: apreensão do sentido de uma objetividade espiritual.

Karl Manheim assimilou a metodologia de Dilthey, pretendendo, também fundar um sociologia do conhecimento, sendo a sua tese fundamental a seguinte: "os indivíduos reunidos em grupo, segundo o caráter e a posição dos grupos a que pertencem, forcejam a modificações do mundo circundante da natureza e da sociedade, ou, então, procuram perpetuá-lo em uma dada condição. É a direção dessa vontade de mudar ou de conservar que explica o aparecimento de seus problemas, seus conceitos e suas formas de pensamento"¹⁰⁶

Todavia, a dialética da sociologia do conhecimento e da sociologia da compreensão não logrou uma ruptura com o paradigma descritivo do esquema positivista, mantendo ainda uma visão retrospectiva dos fenômenos sociais. Da mesma forma, a fenomenologia culturalista, cujo paradigma epistêmico permaneceu retrospectivo, inobstante tenha se aproximado do pensamento crítico na filosofia do direito.

A visão retrospectiva dos fenômenos sociais, ubicando o saber no passado, era incompatível com toda ciência que tinha por objeto a sociedade, e essa incompatibilidade é histórica, antes do que teórica. Os movimentos sociais e a conseqüente necessidade de se chegar a um modelo social mais justo são os seus referenciais. Já

¹⁰⁶ MANNHEIM, Karl, *Ideologia e Utopia*, Trad. de Emilio Wilherm. Porto Alegre: Ed. Globo, 1956. p. 247 e segs.. Sobre o pensamento de Mannheim, tb. "O Problema de uma Sociologia do Conhecimento"; Trad. de Mauro da Gana e Ina Dutra, in Mannheim, Karl et al. *Sociologia do Conhecimento*, Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

não era o bastante a simples descrição do processo social, era preciso dar solução a problemas reais.

A elaboração da teoria prospectiva surge com a chamada epistemologia crítica, principalmente com Gaston Bachelard e Karl Popper.¹⁰⁷

Na perspectiva bachelardiana o conhecimento científico, qualquer que ele seja, é uma ruptura com o conhecimento comum, com o objetivo de determinar aspectos do real construídos pelo cientista; descaracterizando esses aspectos como dados imediatos.

Aparece em Bachelard uma racionalidade no plano prospectivo em oposição à racionalidade que surge no plano operacional, sustentado-se que a realidade não é redutível aos modelos que a interpretam, dado que os erros devem ser constantemente retificados. Essa concepção aproxima-se da tese de Popper, segundo a qual as teorias científicas são sempre provisórias, uma vez que seu destino é a superação e a retificação.

A epistemologia crítica abandona o paradigma tradicional que vê a ciência como simples descrição da realidade, para propor outro, que a vê como ordenação racional da realidade, com o objetivo de transformá-la. Uma das conseqüências des-

¹⁰⁷ Sobre a epistemologia crítica de Bachelard e Popper, ver, principalmente, BACHELARD, GASTON. **La formation de L'Esprit Scientifique**. Paris. 1967. QUILLET PIERRE (org.) Introdução ao pensamento de Bachelard, Rio de Janeiro, 1977 e, ainda, BACHELARD, Gaston, **Epistemologia**, trechos escolhidos por DOMINIQUE LECOURT, Trad. de Nathanael C. Caixeiro, Zahar editores, Rio de Janeiro, 1977 é importante consultar sobre Bachelard, LENOBLE, Jacques e OST François, **Droit, Mythe et Raison**, 1980, Bruxelas, Facultés Universitaires Saint-Louis, p. 313 e segs. POPPER, Karl, **A lógica da pesquisa científica**. Trad. de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota, 1975, Ed. Cultrix e Ed. Da USP, p. 300 e segs., tb. **Conhecimento objetivo**, Trad. De Milton Amado, 1975, Belo Horizonte, Ed. Itatiaia e ed. doc. Da USP, 328 e sgs., esp. 332.

sa nova postura é não se estabelecer mais qualquer limite divisório entre a técnica e a ciência.

Bachelard alude aos obstáculos epistemológicos, que seriam os preconceitos e as falsas imagens da realidade, e sustenta que o conhecimento científico é uma superação desses obstáculos para a reconstrução do seu objeto, com base em uma perspectiva em constante renovação. Ocorre, nessa hipótese de superação o que ele designa por corte epistemológico: ruptura com o saber acumulado.

O modelo epistemológico da dialética da participação busca seu fundamento na idéia de corte epistemológico e reconstrução conceitual da realidade, sendo, assim, uma conjugação da epistemologia crítica e da dialética.

Para que as ciências sociais sejam transformadas, é necessário subir ao nível da ideologia da representação do real, de modo a conscientizar o cientista social – e, no caso, o jurista – dos mitos que provocam sua alienação.¹⁰⁸

¹⁰⁸ COELHO, L. Fernando. *Teoria Crítica do Direito*, Porto Alegre: Fabris, 1991, p.51. Aqui discordo de Coelho, quando fala em “desmistificação” pelas mesmas razões já mencionadas em capítulo anterior quando tratei dos chamados “mitos”, prefiro designá-la por “conscientização dos mitos”.

O recurso à noção bachelardiana de “obstáculos epistemológicos” leva ainda à constatação de que no direito a neutralidade ideológica é uma impossibilidade, sob o ponto de vista epistemológico, já que o sujeito não é um ser que descreve o objeto, mas que o reconstrói como ordem conceitual e real, à medida que participa da sociedade.

A conclusão está em que no direito – enquanto ciência social – a reconstrução é real, porque o jurista integra o objeto de seu conhecimento, identificando-se com ele; pensa que o descreve, no entanto, modifica-o.

A dialética da participação é, assim, também um método que se funda na prática da transformação, o que implica a sua dimensão política, ou seja, a participação do cientista – no caso, o jurista – por meio de sua inserção consciente na sociedade. Nessa medida é fundamental à dialética a *interdisciplinariedade* como interação de regiões teóricas, concretizando-se no plano epistemológico o que já ocorreu, de certa forma, no plano ontológico, com a dialética culturalista, ou tridimensionalidade específica.¹⁰⁹

Essa dialética, todavia, deve ultrapassar o plano culturalista da tridimensionalidade específica; vale dizer, a sua dimensão ontológica, e para isso, deve compreender a existência humana como realidade histórica em concreção; o que implica seu sentido prático de transformação dessa realidade histórica. Assim, Coelho, diz que os meios para essa transformação estão em uma estratégia política, que reside em

¹⁰⁹ REALE, Miguel; *Teoria Tridimensional do Direito*. S. Paulo: Saraiva, 1968. p. 63.

categorias históricas elaboradas pela dialética da transformação, que denomina de *categorias críticas*.¹¹⁰

Essas categorias prestam-se a interpretar a realidade, mas uma vez que integram essa mesma realidade, interagem com ela, na forma de categorias de transformação. Referem-se a um tempo e a um espaço histórico atuais, e todas as suas circunstâncias, a exigir transformação, antes que simples e confortável adesão.

A transformação deve se fazer a partir da libertação do estado de inconsciência social dos indivíduos, de maneira a que não se deixem manipular pelos "ideais" dos estamentos privilegiados. A historicidade das categorias está, justamente, no entendimento de um mundo atual, como se manifesta circunstancialmente no plano do político, do econômico, do jurídico.

Tomando-se como referencial o pensamento de Gramsci, é mais fácil compreender a função das categorias. Gramsci entende o filósofo como o produto da relação entre o filósofo individualmente considerado e o ambiente a ser por ele modificado, atribuindo-lhe tarefa que dimana da unidade entre ciência e vida, como unidade ativa, entendendo que apenas nessa realidade é que se realiza a liberdade de pensamento, sendo nessa realidade em que se insere o filósofo que estão os problemas a serem postos e resolvidos. Alude, pois, a uma relação filosofia-história. As categorias são a resultante da consideração objetiva dessa relação, constituindo o

¹¹⁰ COELHO, L. Fernando. *Teoria Crítica do Direito*, Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 52 – 53.

fundamento a ubicar a juridicidade como forma de realização da *praxis*, e como forma transformadora do conhecer.¹¹¹

Coelho afirma que as categorias críticas não se confundem nem com as categorias formais do pensamento abstrato e nem com as reais da fenomenologia. As formais são os instrumentos tradicionais do pensamento metafísico e se localizam no universal e a-histórico, acabando por se reduzir a formas puras. As categorias reais aproximam-se mais do concreto, à medida que se as considera integrantes de cada fenômeno. Procuram identificar-se não com o que o objeto possa ter de universal, imutável e eterno, mas com o contingente, o transitório. Desta maneira, se o real é dialético, a categoria concreta procura sua representação dinâmica e conjuntural.

Valho-me novamente do exemplo da liberdade: sua transformação em categoria concreta implica a verificação do conteúdo individual e social da liberdade em dado momento histórico, pois a liberdade só é procurada quando há falta de liberdade.¹¹²

Ainda, é possível ver nas categorias reais a equivalência a uma espécie de estrutura, no sentido de essência *eidética* que condiciona a história, ao modo do *a priori* material de Husserl.

¹¹¹ BUCI-GLUCKSMANN, Christinne. *Gramsci e o Estado*. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1980. p. 451 e segs.

¹¹² COELHO, L. Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 55.

A categoria crítica é prospectiva à medida que o ato de conhecer engendra suas próprias transformações. Assim sua descrição não corresponde a de um objeto pressuposto, mas a uma elaboração teórica que se autoconstrói, a partir da história (mundo atual). Daí ser impossível enumerar as categorias críticas, mas apenas demonstrar seu objetivos, mediante as expressões lingüísticas que as representam. As categorias formais do criticismo kantiano e as categorias reais da fenomenologia, ao contrário, podem ser enumeradas, porque não representam a historicidade, mas dimanam de algo anterior e imutável, hipostasiando-se como entes abstratos, fora da história. As categorias críticas surgem na história, a partir da experiência, e, à medida que mudam com ela, também, a transformam.

Ou como bem assevera Coelho, a categoria crítica é então a própria consciência que se auto-analisa, reconhece seus próprios erros e obstáculos e projeta-se para o mundo, conscientizando-se à medida que é manipulada pela sociedade e à medida que a pode transformar. Não podem ser atribuídas a determinado filósofo ou sistema filosófico, já que são o produto de paciente elaboração intelectual, inseridas em um processo de construção do patrimônio cultural, sendo representadas lingüisticamente como "sociedade", "ideologia", "alienação"; também como "poder", "hegemonia", "trabalho", "liberdade", e, ainda, a própria "*praxis*", como categoria central, referida à sociedade.¹¹³

Nessa mesma linha de pensamento o direito, como a sociedade, não é mais representado como um objeto que antecede o processo de teorização, o que é o seu

¹¹³ COELHO, L. Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 57.

a priori, mas se transforma de "dado" a categoria crítica nodal da juridicidade, uma vez que o pensamento reconhece seus obstáculos e produz a ruptura, quando o jurista assumindo sua tarefa de participação histórica (mundo atual) reconstrói seu objeto, à medida que o estuda. A sociedade assim se transforma pela participação do jurista, e da categoria do direito.

É comum – e usual – que a teoria do direito opere com um fenômeno que se chama de jurídico, mas é importante notar, que ela opera com o fenômeno social, com a idéia de legitimidade, de justiça e com a própria concretude dos interesses em conflito.

Nesse ponto é que, provavelmente, a idéia de categoria crítica assume seu mais importante papel, proporcionando ao jurista a construção da sua realidade histórica – a interpretação é ato subjacente -. A participação do jurista concretiza-se pela *praxis*, que tem como pressuposto a sociedade e toda a forma que a representa.

Tendo-se como categoria crítica central a *praxis*, pode-se dizer que ela implica as outras: *sociedade*, *ideologia* e *alienação*. Estas devem ser vistas em conjunto a expressar o pensamento crítico, e, como observa Coelho, não há uma hierarquia entre elas, mas uma ordem didática de exposição, que leva em conta as implicações, no plano do conhecimento, de cada uma em relação às demais, em um processo circular e não linear.

O autor entende que qualquer enumeração das categorias é exemplificativa e representa apenas a maneira de sua possível articulação com o saber jurídico, podem fluir essas e outras, a cada momento. Emprega as que lhe pareceram suficien-

tes para fundamentar as diretrizes da teoria crítica do direito, sendo elas: *dialeticidade, estamento, poder, hegemonia e legitimação*.¹¹⁴

Segundo sua óptica a *dialeticidade* envolve o momento ontológico do social como totalidade e transformação imanentes e o momento gnoseológico da representação teórica de ambos os aspectos na mesma unidade. Situa o direito de forma ontológica no social, e considera que é um dos fatores inerentes à sociedade que mais influem na sua transformação.¹¹⁵

A categoria que se denomina de *estamento* tem o condão de mostrar os detalhes do social em sua complexidade. A razão está no fato de que as contradições sociais são estamentais, tendo em conta a tendência à hegemonia, com que os grupos, de uma forma ou de outra, se estabelecem.

Essa categoria é importante, à medida que o direito desempenha um duplo papel em face dos conflitos entre os estamentos sociais. O papel conservador do direito está em servir para manter as conquistas sociais do estamento hegemônico. Por outro lado, como espaço de luta, desempenha o papel de pretender a vitória de um grupo hegemônico.

Se visto, contudo, no plano teórico, o direito desempenha o papel de *desalienação*, revelando um processo que a própria teoria trata de ocultar, fazendo aparecer a questão ideológica refletida no discurso da ciência jurídica.

¹¹⁴ COELHO, L. Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 58.

¹¹⁵ . p. 58 – 59.

Contudo, a categoria do *poder* assume especial relevo, uma vez que, concebido como difusa manifestação da dominação na sociedade, estabelece a relação entre as pessoas nos diversos planos; uma relação que submete umas às outras. O poder político é a representação ideológica destas diversas formas de microdominação, estas sim configurativas do concreto social.¹¹⁶

Sendo o direito um instrumento de dominação oficialmente autorizado, a categoria *poder* assume realmente uma importância ímpar, à medida que tira o véu de noções jurídicas que lhe são sinônimas, mas que aparecem com o nome técnico de imperatividade e coerção. Assim, a força se exerce oficialmente pelo poder, com o nome de coercitividade jurídica.

A *hegemonia* é essencial para entender o poder exercido pelo direito, à medida que concerne ao poder estamental prevalecente, mas com o consenso dos dominados.

Assim, esclarece Coelho, quando um estamento alcança o poder político, torna-se hegemônico, e, a partir daí, ou põe novas regras que correspondam aos seus objetivos, ou coopta as regras que já se encontram no ordenamento. O direito passa a ser encarado sob a perspectiva hegemônica, como meio de tornar efetiva a dominação, mesmo sem consenso; sendo que, neste caso, como instrumento de ocultação, de modo a obter o consenso dos outros estamentos.

¹¹⁶ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Trad. de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1979. in COELHO, L. Fernando. *Teoria Crítica do Direito*, Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 60.

A *legitimação*, nesse compasso, surge como a categoria crítica que se relaciona com o direito em seu nível propriamente político, o que significa que quando se fala em Estado de Direito, democracia, direito natural, por exemplo, está-se a falar em formas de legitimação do poder político, pelo direito, que aí assume o sentido de legitimidade.

Torna-se fundamental a articulação das categorias críticas com o direito, de forma a estabelecer uma nova compreensão do fenômeno jurídico, a partir do sujeito. De outra forma, as características tradicionais do direito e, bem assim, das normas jurídicas, isoladas de sua dimensão histórica, assumem o caráter de categorias puras.

O objetivo de uma perspectiva crítica é desvendar esse mistério, mostrando que não existem tais categorias puras. Por exemplo, fala-se em relação jurídica como se existisse uma implicação bilateral da norma a reger atos, atribuindo direitos e obrigações. Perde-se a teoria do direito, quase sempre, em discutir os conceitos puros, girando em torno de denominações sem sentido. Por exemplo, Goffredo Telles Jr. propõe a expressão "autorização" para substituir a chamada "atributividade", quando explica que a norma não atribui, mas autoriza condutas.

A crítica vê esse jogo nominalista como algo que se afasta do real, e muitas vezes até mesmo o encobre. No mesmo exemplo, autorizar ou atribuir são atributos do sujeito-indivíduo social e não da norma, visto como entes que representam os estamentos hegemônicos. A norma é simples instrumento do qual se utilizam os estamentos hegemônicos para tornarem efetivos os seus imperativos reais. Existe, assim, um processo de ocultação.

O mesmo se diz da coercitividade. Tradicionalmente assume um sentido da norma, em virtude do qual se a obedece. Mas a coercitividade não está na norma, mas na pressão social, psicológica e física que se exerce sobre as pessoas. Portanto, o aspecto coercitividade é uma ficção, ou uma categoria pura.

Tomando como exemplo ainda a teoria da norma jurídica, para a crítica, ela aparece sob nova leitura, ao afirmar-se que os chamados caracteres gerais da norma são ficções que transformados em convenções legitimam a conduta das pessoas em sociedade, à medida que guardem coerência com o papel ideológico que cada um desempenha nos estamentos.

Daí exsurge a idéia de que o que, usualmente, se diz serem os caracteres do direito, na realidade são as articulações que ocorrem na sociedade em conflito, refletidos em conceitos, que acabam por configurar uma superestrutura, normativa, cuja função é a de substituir as próprias articulações.

Para o presente trabalho esse aspecto é preponderante, dado que toda a (re)visão do discurso do direito penal passa, sob a óptica aqui demonstrada, pelo crivo das categorias da crítica. De outra forma, não seria uma releitura crítica.

Obviamente que a crítica não passa necessariamente pelas categorias aqui demonstradas, nem mesmo está inserida em uma só linha de pensamento, como se disse. Seria, pretendendo o contrário, axiomatizar a crítica; o que, nem de longe, desejo.

Assim, penso, ao tomar as categorias supra-referidas como modelo, tomo-as, na verdade, como um indicativo para viabilizar uma caminhada por alguns outros aspectos do discurso da ciência criminal, de modo a refletir sobre a possibilidade de

(re)pensar alguns dos seus princípios – à luz da crítica – tirando-se, assim, o véu do discurso reprodutor dos estamentos hegemônicos.

Não se pretende, nem esgotar o tema – que é vasto e comportaria um estudo em separado, sobre cada um dos princípios, e sobre todos os conceitos que a ciência criminal logrou construir, o que sobre não ser o propósito deste trabalho, ainda que o fosse, seria impossível – nem sugerir uma contradogmática, mas simplesmente fazer a crítica, flexiva (de modo a que as próprias categorias críticas sejam objeto de um diálogo crítico) e reflexiva, de modo a trazer à tona alguns aspectos relevantes a mostrar que o (re)encontro da ciência criminal com a filosofia, que se deu com a crise, no início destes noventa, está em permanente debate, a ensejar um diálogo entre a filosofia e o direito, mais do que uma análise da filosofia sobre o direito.

De outro lado, que o diálogo possa revelar que a crise a que se aludiu, talvez, não seja da própria ciência criminal, mas do direito, e, mesmo, da filosofia, uma vez que muitos dos pressupostos que levaram à crise, e geraram sintomas, não eram, como não são, jurídicos, mas filosóficos, e, políticos.

O diálogo que proponho pode partir de vários pontos, mas, se de um lado demonstrei a existência de uma crise e seus sintomas, de outro, penso, que essa conversa entre a filosofia e o direito penal, hoje deve girar em torno dos temas que, entendo, trazem mais angústia à ciência criminal e, de certa forma, revelam a possibilidade de que, com a reflexão filosófica, possam ser objeto de uma abordagem mais envolvida com o aspecto existencial do homem.

Seguindo a perspectiva da crítica esboçada, dividi os temas, segundo os dilemas que, a meu ver, podem representar. A divisão obedece ao critério da inserção dos temas no discurso da ciência criminal.

Assim, o diálogo deve girar em torno dos dilemas do método, do princípio e do sentido.

Todos os "dilemas", no diálogo, passam pela via da hermenêutica, cujo enfoque, como se notou neste trabalho, é o do caminho para conhecer e tornar concreto o objeto. Diria mais, quando não passam pela via da hermenêutica, nela desembocam, como em um movimento circular (não linear) de impasses e soluções.

Da mesma forma, os dilemas interagem, formando o complexo de uma problemática geral da filosofia do direito e do direito penal.

Alguém poderia, então, perguntar: não existe, assim, fim para os dilemas?

Coerente com a linha desta tese, a resposta só poderia ser: não, porque o último dos dilemas, o de sentido, é mesmo tempo, recorrente, e ideológico, por natureza. Conduz aos outros e depende de quem lhe *diz-o curso*, ou de quem lhe formula o *discurso*.

O fim dos dilemas da ciência é o fim da própria ciência. O fim da história.

E, como penso o mundo em devir, não busco o acabamento, mas o movimento.

E, afinal, vista a ciência criminal em movimento, já se lhe atribui um sentido, capaz de proporcionar sua inserção na realidade dos conflitos humanos.

Um esclarecimento é imprescindível: os objetos dos dilemas aqui apresentados, são tratados, apenas, na sua dimensão problemática, inexistindo a pretensão de uma abordagem acadêmica, ou tratadista, a respeito dos temas.

Desta forma, quando se fala, por exemplo, no dilema do método, não se pretende tratar da metodologia do direito e do direito penal, formulando uma teoria do método. Simplesmente, o que se faz é verificar o método enquanto um dilema, objeto do diálogo entre a filosofia e o direito.

4. Os dilemas

4.1. O dilema do método

A metodologia do direito penal é uma questão que se insere na metodologia geral da ciência do direito. E mais, depende dos paradigmas filosóficos que utilizaram os juristas para construir os conceitos da ciência criminal e sua operacionalização.

Zaffaroni traz uma abordagem esclarecedora a respeito dessa vinculação entre os métodos e os fundamentos filosóficos, ao entender que, quando para Feuerbach a meta era a tutela dos direitos subjetivos; o método era partir de tais direitos e reconhecer como fonte do saber penal a filosofia, que era a que permitia o acesso aos mesmos. É lógico que, quando o enfoque se inverte e tende a tutelar o direito objetivo, no lugar do subjetivo, o método tenda a reduzir-se a uma sujeição à 'vontade do legislador'.

Assim foi como teve lugar o método exegético, que pretendia reduzir a ciência jurídica a uma mera técnica de análise da letra da lei. O enciclopedismo francês do século XVIII pretendeu compilar em certas obras o saber humano sobre determinadas ordens de conhecimento. No jurídico, esta tendência levou à codificação; vale dizer, a reunir em uma lei tudo o que se referia a uma determinada matéria jurídica. Daí que não se deve confundir o conceito moderno de 'código' com o antigo. Na antigüidade, os códigos eram compilações de leis, tanto que a partir do final do século XVIII, um código *é uma lei* que trata de reunir todas as disposições correspondentes a uma matéria jurídica, ordenando-as em forma sistemática. Como os códigos

tem sua origem nesta inspiração enciclopédica, pretendia-se – especialmente na França a partir do código de Napoleão – que o juiz estaria obrigado a aplicar somente a lei, para o que era necessário apenas compreender sua letra. Esta posição tornou-se mais extremada quando se chegou a proibir os comentários aos códigos. Tal critério frustrou a ciência jurídica, reduzindo-a a uma pura interpretação gramatical do texto legal, adotando-a como único método de interpretação.¹¹⁷

Como se nota, a questão metodológica passa pela via hermenêutica, e, o problema do enfoque filosófico que embasou o paradigma metodológico, tal como relatado por Zafaroni, aparece em capítulo próprio deste trabalho. No entanto, como vimos, nem mesmo a passagem da hermenêutica dogmática à hermenêutica denominada zetética (em suas vertentes teleológica e sociológica) desconfigurou o método, em sua face dogmática, tal e qual aparece de maneira geral em toda a construção da ciência criminal, mesmo que, sob denominações diversas, mas sempre com o mesmo sentido.

É de alertar, contudo, que a “dogmática” aplicada ao sentido do método, traduz-se em uma metáfora, dado que o intérprete, seguindo a linha geral do método, não pode alterar os elementos que constituem o sistema de regras. Daí, que visto sob o ângulo do sujeito que interpreta, o *dogmático* é uma metáfora.

¹¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Derecho Penal. Parte General.** 6^a ed. Buenos Aires: Ediar, 1996, p. 123-124.

Esse método reduz-se, em um primeiro momento, à verificação da letra da lei, por meio de uma decomposição lógico-analítica dos elementos que o compõem. Em um segundo momento, é a reconstrução, pelo intérprete, dos elementos decompostos, que leva à elaboração do que se denomina de "teoria jurídica".

A metáfora está assim no fato de que os elementos decompostos são axiomas, cuja natureza é dogmática, então, o reconstruir nada mais é do que manter o texto da lei. O construir, no sentido da teoria a ser formulada, nada mais é do que a própria lei, enquanto formulação da ciência do direito.

Nesse sentido o método dogmático acaba por se restringir ao contexto paradigmático de todas as ciências cujos pressupostos epistêmicos são a lógica formal; ou seja, a ciência passa a ser compreendida como um sistema de proposições, verdadeiras ou falsas, suscetíveis de verificação. E, nesse caso, as regras da lógica formal, das quais já tratamos, seriam os indicativos do próprios método.

Na ciência jurídica, e, especialmente, na ciência criminal, a questão se torna muito complexa, à medida que se trabalha com juízos axiológicos, enquanto premissas, e a eles não se pode predicar verdade ou falsidade, pela verificação.

Ocorre que o método dogmático entra na ciência do direito de forma peculiar, dado que ela dá ao juízo de valor uma formulação lógica, não quanto ao seu sentido, mas quanto ao seu alcance.

Por exemplo, se tenho como idéia que alguma ação é má, tal idéia não configura uma proposição, porém um juízo de valor. A proposição é objetiva, o juízo de valor subjetivo. Logo, esse juízo não pode ser verificado, no sentido lógico, como

verdadeiro ou falso. Seus enunciados, pois, não podem estar inseridos no contexto conceitual das ciências cujos paradigmas estejam no âmbito do positivismo.

Contudo, os códigos, e em especial o Código Penal, contêm proposições que expressam juízos de valor. Todavia, não são juízos de valor. Aí está o cerne do problema.

Os juízos axiológicos não são, sob a óptica da dogmática, formulações da ciência jurídica, mas do Estado. A ciência do direito tem a tarefa de determinar o seu alcance, e, por isso, dá aos juízos de valor uma forma lógica – o proibido, o permitido – coerente com os princípios da identidade e da não-contradição – de maneira a construir um sistema de proposições a ser aplicado.

Esse sistema de proposições – aplicável – teria, sob essa perspectiva, a vantagem da segurança jurídica caracterizada pela previsibilidade dos resultados e pelo mínimo risco de arbítrio do julgador.

Há, neste aspecto, pelo menos uma ilusão, porque a transformação de juízos de valor em proposições lógicas é apenas uma operação conceitual, à medida que os juízos axiológicos do legislador não perdem seu caráter apenas por estarem inseridos em um sistema de proposições sob a forma lógica. Enquanto as proposições são aplicadas consubstanciam-se em juízos axiológicos do juiz, que no contexto da ciência do direito, acabam por gerar a jurisprudência.

Assim, a idéia de absoluta previsibilidade e impedimento de arbítrio, perdem sentido, na prática, à medida que penso ter demonstrado no curso deste trabalho que a pretensão da ciência em construir um sistema logicamente pleno é uma falácia.

No entanto, essa pretensão é uma constante na prática da própria ciência, fundada na necessidade de certeza que se atribui, como pauta para que o juiz saiba como resolver as situações concretas e como os cidadãos podem estar seguros sobre o que é permitido, ou o que é proibido pelo direito. O pano de fundo é a questão da segurança jurídica.

A completude de uma construção lógica do direito, no entanto, não é um fato que permanece incontestado. O sistema de proposições de caráter exaustivo é uma impossibilidade de fato, embora possa ser uma possibilidade lógica. Aí reside o ponto importante.

O sistema da *comon law* é um exemplo. Ademais, não apenas nesse sistema de precedentes jurisprudenciais, o problema aparece, mas também em qualquer sistema que pretenda resolver, de forma expressa, todos os casos que se possam apresentar em situações concretas.

Embora Zafaroni considere que "a pretensão de rechaçar o método dogmático por considerá-lo inútil é um infantilismo jurídico, próprio dos teóricos gerais, que jamais tenham enfrentado os problemas concretos de algum ramo do saber jurídico",¹¹⁸ penso que o enfoque que se dá ao método dogmático, nessa óptica, é um pouco confuso e restrito.

Em verdade, não se trata de rechaçar o método, mas de demonstrar que a idéia de que com ele o jurista constrói uma teoria, e que esta teoria expressa o real concreto, é uma falácia.

¹¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. 6^a ed. Buenos Aires: Ediar, 1996, p. 126.

Assim, veja-se: Zafaroni ao explicar o *modus operandi* do método, diz “frente a um conjunto de disposições legais, o jurista se comporta com o físico: deve tomar os dados, analisá-los, estabelecer as similitudes e diferenças, e *reduzir* o que opera na forma de um conceito jurídico. Com estas unidades elabora uma construção lógica, que é uma teoria, em cada uma das unidades ou dogmas encontra sua ubicação e explicação”.¹¹⁹

Mais adiante procura demonstrar como se concretiza a tarefa do jurista:

Isto posto, devem ser formuladas hipóteses, com o efeito de se averiguar se essa teoria funciona de conformidade com a totalidade de texto legal, vale dizer, se não há elementos que se encontram sem explicação, ou seja, se alguma parte do todo se contradiz. Isto se impõe porque nenhuma construção pode entrar em contradição com o texto legal. Este é o processo de verificação. A construção não só não deve ser contrária aos textos, e nem mesmo contrária em si-mesma. Em síntese, o jurista, como qualquer cientista, deve elaborar um sistema não contraditório de proposições, cujo valor de verdade deve ser verdadeiro e que expliquem os fatos do seu horizonte de projeção científica.¹²⁰

Aparece aí uma expressa comparação entre a atividade do jurista e a de qualquer cientista que opera com uma ciência exata. Penso ter demonstrado neste trabalho que essa pretensão não encontra qualquer amparo na *praxis* do direito, dado que a construção e reconstrução de conceitos não se dá no plano da razão pura. E, ao contrário, é o que aparece na justificativa de Zafaroni.

¹¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 6^ª ed. Buenos Aires: Ediar, 1996, p. 133.

¹²⁰ _____. p. 127

O que ocorre, na verdade, é que Zafaroni tenta o método dogmático do cientista, demonstrando que o método em si não é um mal, mas o seu uso ideológico. Chama de mecânica elementar a forma pela qual descreve o uso do método, dizendo que nesse sentido ele se identifica com a "jurisprudência de conceitos". Aí, então formula a crítica, no sentido de que o saber penal não é só isso, se entendermos que o direito penal tem por fim último a realização dos direitos humanos, de modo a possibilitar a coexistência humana. Para tanto, propõe que se incorpore ao método dados fáticos, sociais, ou seja, concretos, que forneçam um indicativo sobre quando estabelecer cada limite de proibição, de punibilidade ou de pena, compatível com um fim geral do direito penal, que ele entende como *a segurança jurídica na forma de tutela a bens jurídicos*.

Aparece nesse momento o que chama de caráter *programático* do direito penal, identificado no discurso que assegura os bens jurídicos, de modo a permitir a realização dos direitos humanos.

Em suma, o que propõe Zafaroni é que o método de construção dos conceitos jurídicos dogmáticos deve incorporar os dados concretos da realidade, de modo a que a interpretação traduzida no conceito não negue os direitos humanos no plano dos resultados sociais.

Nesse ponto é que me parece entra em cheque o método dogmático, porque sua própria gênese impede a incorporação pretendida por Zafaroni. Ele entende que a incorporação dos dados concretos não depende do método, mas da *ideologia* que constrói os dados.

Acentua-se, então, a distinção, entre dogmática como método de conhecimento do direito e a dogmática na sua dimensão ontológica, identificando-a com o próprio direito.

Aparece, de forma clara, no pensamento de Zafaroni, a idéia de que o método é *neutro*, quando ele diz que:

não se pode atribuir ao método dogmático os conceitos defeituosos que se tenham enunciado na ciência do direito penal. A dogmática é um método de conhecimento, mas a delimitação do que deve ser conhecido não é questão que incumba ao método. Tampouco a dogmática conduz à ignorância do elemento teleológico do direito, senão, pelo contrário, a omissão da sua consideração é uma aplicação insuficiente do método.¹²¹

Essa perspectiva, guardadas as peculiaridades da aplicação metodológica e do objeto próprio, aproxima-se do *purismo metodológico* de Kelsen, que, analogamente, fez a mesma separação. Por certo, que se sabe, Kelsen não negou a possibilidade da questão ideológica, porém, expurgou-a do método do direito.

De alguma maneira soergueu o método à categoria geral de conhecimento, separando-o do objeto a conhecer, de modo que os conceitos ideológicos, ou morais, ou religiosos, ou políticos, do objeto, não pertencessem ao âmbito do método – dada sua “pureza” – mas ao âmbito do próprio objeto.

O método, “bem aplicado”, efetua a depuração, e estabelece conceitos gerais, de modo a permitir uma aplicação racional, segura e previsível do direito.

¹²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; “Manual de Derecho Penal”, parte general; 6^a ed., Buenos Aires; Ediar; 1996, p. 132-133

Bem verdade que Zafaroni chega a afirmar que “a dogmática é uma condição necessária da segurança jurídica, mas seria terrivelmente ingênuo crer que é suficiente”.¹²²

O dilema do método reside justamente no problema aqui colocado, ou seja, em pensar o método em sua pureza categorial, acreditando que embora as ideologias subjazam às leis, o método é capaz de depurá-las, a ponto de impedir que aquelas ideologias que induzem a uma insegurança social, não se estabeleçam no direito, enquanto insegurança jurídica.

E isso ocorreria justamente porque os juízos subjetivos de valor, quando objeto da interpretação pela ciência do direito, se transformariam em proposições lógicas de modo a abstrair os distintos conteúdos ideológicos das leis.

¹²² ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Derecho Penal. Parte General.** 6^a ed. Buenos Aires: Ediar, 1996, p. 133.

4.2. O dilema do princípio

A questão dos princípios do direito penal, posta na perspectiva dos princípios gerais do direito, constitui um dilema, pois ao mesmo tempo em que o caracterizam e o delimitam, exprimem um sentido político. A articulação entre o sentido jurídico e o sentido político é a chave para o diálogo sobre o dilema. Diria, pois, nem sempre as teorias articulam o político e o jurídico no estudo dos princípios.

Não há uma formulação definida sobre os princípios gerais do direito. Tércio Sampaio Ferraz Jr. entende que são uma reminiscência do direito natural como fonte. Mas aduz que existem autores que os identificam com o próprio direito natural, e outros, ainda com a equidade, no sentido do justo do caso concreto. E há também aqueles que os reduzem, em última consideração, aos preceitos romanos *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.¹²³

Em todo caso não são normas, mas princípios. Na óptica lingüística da teoria de Tércio Sampaio, por não serem normas, não são elementos do *repertório* do sistema, mas constituem as *regras estruturais* desse sistema, estabelecendo a relação entre as normas, com o objetivo de dar-lhes coesão.

Não há, portanto, uma formulação acerca dos princípios, mas se pode ver nelas uma certa *tópica*, enquanto método inespecífico de aplicação. Assim, em termos de raciocínio, enquanto premissa, eles são indefinidos, e apenas determinados em uma regra geral com caráter normativo jurisprudencial.

¹²³ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito* 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 247.

A especificação só ocorre no plano da estrutura, quando adquirem o caráter de norma geral (em uma espécie de premissa menor). Assim é que Tércio esclarece que:

os princípios gerais, na sua forma indefinida, compõem a *estrutura* do sistema, não o seu repertório. São regras de coesão que constituem as relações entre as normas como um todo. Ora, as regras estruturais são, neste sentido global, responsáveis pela imperatividade total do sistema. Nestes termos, mesmo sem admitir-se a existência do direito natural, é possível dizer que nos princípios gerais, enquanto designativos do conjunto de todas as regras estruturais do sistema, repousa a obrigatoriedade jurídica de todo o repertório normativo. Eles não são fonte do direito no mesmo sentido da legislação ou do costume ou das normas jurisprudenciais, pois são metalinguagem em relação àquelas fontes. Atuam sobre as demais fontes de modo semelhante como as regras de dedução atuam sobre a construção dos teoremas matemáticos. Ao contrário dessas, porém, não formam um conjunto rigoroso, mas são compostos de *topoi*, lugares comuns, o que lhes confere um caráter tópico.¹²⁴

A ênfase dada ao caráter metalingüístico dos princípios é importante para uma *crítica* do seu significado tradicional. À medida que podem ser compreendidos como uma linguagem sobre a linguagem, entendido que são uma linguagem que fala sobre a linguagem das normas, admitem todas as categorias na sua formação conceitual, como já se viu, inclusive, e principalmente, que estão conotados ideologicamente. Isso permite uma perspectiva *não neutra* dos chamados *princípios*.

Como bem observa Nilo Batista, citando afirmação de Kaufmann:

toda legislação positiva pressupõe sempre certos princípios gerais do direito. A procura de princípios básicos do direito penal, exprime o esforço para, a um só tempo, caracterizá-lo e delimitá-lo. Existem efetivamente alguns princípios básicos que, por sua ampla recepção na maioria dos ordenamentos jurídico-penais positivos da família romano-germânica, pela significação política de seu

¹²⁴ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito* 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 247- 248.

aparecimento histórico ou de sua função social, e pela reconhecida importância de sua situação jurídica – condicionadora de derivações e efeitos relevantes – constituem um patamar indeclinável, com ilimitada valência na compreensão de todas as normas positivas.¹²⁵

A análise que Nilo Batista faz sobre o que chama de ‘Princípios básicos do direito penal’ assume exatamente o que aqui denominei de perspectiva crítica, ou seja, uma análise integrativa do político e do jurídico. Não há, na sua obra, a separação, inexistindo, portanto, depuração metodológica.

Nessa perspectiva, os princípios têm um sentido programático com o objetivo de constituir uma pauta mínima para a construção de um direito penal democrático. Nesse momento, o *dilema do princípio* articula-se com o *dilema de sentido*.

¹²⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 4^a, ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1999. p. 61.

A descoberta dos princípios acaba por acontecer por meio da dedução, ora de uma visão subjetiva do próprio direito penal, ora da inserção do direito penal na sistemática geral do direito, por exemplo, vendo-os sob o ângulo da normatividade, ou da cultura, ora da idéia de que eles podem ser extraídos de determinadas características do próprio direito penal, por exemplo, da pena, e, ainda, considerando-os como meios de interpretação, a exemplo da equidade.

Tem razão Nilo Batista quando afirma que os princípios não são logicamente dedutíveis de quaisquer outros e nem mesmo passíveis de demonstração. De certa forma retoma o que de início coloquei, sobre seu sentido tópico, só que atribuindo-lhe o caráter de opiniões acreditáveis e verossímeis (*endoxa*), o que permite que apareçam como premissas tomadas de forma arbitrária, a partir das quais, no esclarecimento e reconstrução das regras jurídicas, podem ser estabelecidas articulações lógicas. E exemplifica, “de fato, *não há crime sem lei anterior*, é uma proposição cuja conveniência política e cuja densidade moral são amplamente aceitas tanto pelo homem comum quanto pelo especialista, embora seja possível construir um direito penal sobre um princípio oposto – como fez o nazismo.”¹²⁶

Nilo Batista classifica os princípios básicos do direito penal, como sendo os seguintes: princípio da legalidade – ou da reserva legal, ou da intervenção legalizada -, princípio da intervenção mínima, princípio da lesividade, princípio da humanidade e princípio da culpabilidade.¹²⁷

¹²⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 4^a, ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1999. p. 63.

¹²⁷ _____. p. 64.

Dado que o objetivo deste trabalho não se estende ao estudo dos princípios do direito penal, mas ao enfoque, neste particular, do dilema do princípio, tomo como hipótese de discussão, o mais importante e o mais polêmico, o *princípio da legalidade*, ainda porque o seu sentido aparece neste trabalho, desde o estudo do pensamento hermenêutico, até a possibilidade de um enfoque hermenêutico crítico do próprio direito penal.

Machado, denominando-o de *princípio da anterioridade* inicia por adjetivá-lo de princípio democrático e liberal, trazendo um histórico preciso sobre seu desenvolvimento no pensamento jurídico. Afirma que:

a idéia da anterioridade como princípio já era conhecida em Roma, ao tempo de Sylla, abandonado no Império, época que os *crimina extraordinaria* eram apenados *ad exemplum legis*. MANZINI indica o L. 131, par. 1, D. 50, L. 16, como contendo o princípio da reserva legal, enquanto SOLER entende não ser claro o alcance do princípio no direito romano.

A Idade Média caracteriza a própria e absoluta negação da anterioridade da lei criminal, que alguns pretendem originar-se da *Magna Charta* – arrancada, pelos nobres ingleses, do rei João Sem terra, em 1215 -, na determinação que continha, do julgamento *by the law of the land*, mais processual (princípio do juiz natural) do que de direito material; nesse, com aspecto de aplicação da lei do lugar do cometimento do crime (aplicação da lei penal no espaço, lugar do crime).

MONTESQUIEU, ao reelaborar a teoria de JOHN LOCKE, sobre a divisão dos poderes do estado, negou, aos juizes, a faculdade de legislar. Da mesma forma ROUSSEAU estabeleceu, no seu Contrato Social, as bases da anterioridade da lei penal. Na seqüência dessas posições, BECCARIA, chegou a afirmar que 'somente as leis podem decretar penas sobre os delitos, e essa autoridade não pode residir a não ser no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social'. As *Petitions of Rights*, da Filadélfia (1776), também continham algo a respeito; porém, foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, que, no seu art. 8º, estabeleceu o princípio: 'ninguém pode ser punido a não ser em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada'. Esta norma foi inscrita no art. 14 da Constituição francesa de 24 de junho de 1793: 'ninguém deve ser julgado e punido a não ser em virtude de uma lei promulgada anteri-

ormente ao delito; a lei que punir delitos cometidos antes que ela exista será uma tirania; o efeito retroativo dado a essa lei, um crime'.

O princípio foi legislativamente adotado pelo C. penal francês de 1810 (art. 4º), Bávaro de 1813 (art. 1º) e, no Brasil, pelas Constituições de 1824 (art. 179, inciso XI), 1891 (art. 72, § 15), 1934 (art. 113, § 26), 1937 (art. 122, n.º 13, por interpretação), 1946 (art. 141, §§ 20 e 29), 1967 (art. 151, § 16) e Emenda Constitucional nº1, de 1969 (art. 153, §16), pelos códigos criminal de 1830 (art. 1º e 33) e penais de 1890 (art. 1º), 1940 (art. 1º), nati-morto de 1969 (art. 1º) e de 1984 (art. 1º). Também os projetos Sá Pereira, Alcântara Machado e Nelson Hungria o contiveram. No Brasil, o princípio foi excepcionado apenas pela lei n.º 4.166, de 11 de março de 1942, que tratou da indenização dos danos de guerra e violou os princípios, material, da anterioridade, e, processual, do juiz natural¹²⁸

Machado traz ainda três enfoques de suma importância sobre o princípio da anterioridade:

O sentido histórico do princípio da anterioridade (ou princípio da reserva legal ou ainda princípio da legalidade criminal) não se relaciona com o da tipicidade, nem visa impedir a analogia, mas apenas vedar a retroatividade da lei criminal (MAURACH). Na verdade atende-se ao princípio como um conceito material de crime promulgado antes da conduta, mas bastante amplo para enquadrar todos os tipos e, conseqüentemente admitir a analogia (a lei de segurança nacional, de 1969, com tipos abertos, contendo elementos normativos extrajurídicos de imprecisa definição e permitindo a inserção de um sem número de condutas, é exemplo da analogia convivendo com o princípio da anterioridade)¹²⁹

Aduz ainda que a anterioridade pode ser vista por três ângulos:

filosófico (CARLO ROSSO: pelo princípio da identidade, necessita-se limitar a pena pela impossibilidade de identificação com o crime); científico (FEUERBACH: coação psicológica, hoje em total descrédito. BINDING e BELING: tipicidade); e político (principal garantia da liberdade no âmbito político-criminal).

¹²⁸ MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Criminal. Parte Geral*, S. Paulo: RT, 1987. p. 47-49, com as modificações introduzidas por texto ainda não publicado, p. 13-14

¹²⁹ ____, p. 14

Para BETTIOL, o princípio da reserva legal só existe realmente quando haja mentalidade capaz de aplicá-lo em toda a sua extensão.¹³⁰

Já se nota, a partir da análise levada a efeito por Machado a articulação do político com o jurídico, abandonando, assim, o estrito formalismo quanto ao enfoque da ciência criminal enquanto informada e formada por categorias puras do pensamento.

Todavia, ao apontar as conseqüências da adoção do princípio, Machado traz uma idéia abrangente do verdadeiro sentido que a anterioridade engendra, em toda a sua amplitude:

são conseqüências da adoção da anterioridade as vedações da retroatividade da lei criminal e da função criadora ou agravante de tipos ou sanções pelo costume; isso porque, enquanto o Estado só pode fazer o que a lei expressamente o autoriza, o administrado pode fazer tudo o que a lei não proíbe. Como as lacunas da parte geral são não-intencionais e tratam da incidência das normas incriminadoras (parte especial, cujas lacunas são intencionais), a criação analógica só pode vir em benefício do agente, isto é, só pode haver *analogia in bonam parte*, nunca em favor do Estado, a analogia *in malam parte*. Tanto a vedação da analogia, como o princípio da tipicidade, decorrem do princípio da legalidade da Administração Pública: esta só pode fazer o que a lei expressamente autoriza. E, evidentemente, não pode criar lei; como o crime é exclusividade da lei, onde não há tipo, não há crime; é como se houvesse uma disposição expressa dizendo: 'essa conduta é atípica, não é criminosa'.¹³¹

Duas questões defluem, necessariamente, da análise crítica do princípio, a sua *função social* (constitutiva e de garantia) e a *base em que se assenta*, ou seja,

¹³⁰ MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Criminal*. Parte Geral, S. Paulo: RT, 1987. p. 47-49, com as modificações introduzidas por texto ainda não publicado, p. 14_____.

¹³¹ _____.

a relação legalidade-Estado de Direito ou o seu contrário crise da legalidade-crise do Estado de Direito.

A função social do princípio, tanto no aspecto constitutivo, o estabelecimento da positividade jurídico-penal, quanto no aspecto de garantia, a exclusão das penas ilegais¹³² parece-me suficientemente demonstrada, não fosse por tudo o que o saber jurídico construiu, ainda, pela simples idéia de que a regra de direito ultrapassa a pessoa do juiz e do Judiciário (do poder Público, do governo e dos governantes), permitindo que se evite o arbítrio, o que fica claro com a vedação da retroatividade das leis, por exemplo.

De se notar, contudo, que a crise da legalidade e do próprio Estado de Direito, pode engendrar uma outra conseqüência, o princípio da anterioridade, base sobre a qual se sustenta o Estado de Direito, poderia ser abalado, ou questionado.

Penso que desse ponto deve-se partir para demonstrar o que pretendo, por fim, concluir, que o risco do adormecimento da razão jurídica (ou seja, a oposição filosófica à racionalidade do direito, levada a extremos) pode, também, fragilizar a idéia de um Estado de Direito, passando de um Estado de Direito ao um estado da moral – seja do juiz, da consciência social, do direito natural - e, a partir daí, o que se justifica socialmente, tornará inevitável o arbítrio.

Daí, necessário concluir, que o dilema do princípio não está no princípio em-si mesmo considerado, ao contrário do que algumas correntes têm tentado demonstrar, seja pelo seu referido caráter “retórico”, mas na flexão teórico-prática entre o

¹³² BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 4^a, ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1999. p. 68.

que a filosofia chama de necessário adormecimento da razão jurídica (contra o mito da racionalidade) e a perspectiva política do princípio, que é a sua umbilical relação com o Estado de Direito, diria mais do que relação, uma implicação relacional. A crise de um pode ser a causa da crise de outro e vice-versa.

O que me leva a concluir que relevante não é o princípio em si considerado, mas a sua dimensão política, com todas as conseqüências possíveis no campo do jurídico, sendo a mais importante delas, a de evitar que a moral do juiz estabeleça o arbítrio, ou a consciência social forme um "estado da moral" a ponto de matar-se o princípio da legalidade, substituindo-o, por outro, o do "arbítrio", cuja racionalidade é a mesma.

A *crítica* aqui, a meu ver, assume uma outra perspectiva, que ultrapassa a *Teoria Crítica* predominante, à medida que passa a refletir, com suas categorias, não apenas sobre o mito da razão jurídica, encoberto, por exemplo pelas teorias das lacunas e da plenitude orgânica, mas também pelo mito da razão moral ou da consciência social, encoberto pelas teorias do direito dito pelo juiz ou pela consciência da sociedade, à medida que não estou convencido da possibilidade da moral individual ou social estarem imunes aos mesmos males que contaminaram a razão jurídica.

A ideologia da racionalidade não é uma instância exclusiva do jurídico, e, em assim sendo, o adormecimento da razão jurídica ao pretender um direito dentro do qual, dado a complexidade das coisas, o juiz possa dispor de um poder de interpretação e de criação muito amplo, escolhendo entre as diversas fontes, gerará progressivamente uma espécie de *transcendência da regra de direito*, que se transfor-

mará também em um artifício puro, a encobrir o que verdadeiramente acontece, a decisão segundo a consciência do próprio juiz.

Não se pretende aqui resgatar a concepção – até certo ponto, ingênua – de que a idéia de segurança jurídica está implicada na regra de direito, ou seja, de que em um Estado de Direito, as pessoas se submetem ao direito, todas elas, as pessoas físicas, mas também os governantes. O ponto crucial dessa segurança está no fato de que os critérios não podem mudar entre o momento da realização do ato – em sentido amplo – e a necessidade de busca da instância.

Essa é a teoria. A realidade é mais complexa, porque a evolução das sociedades aparece de forma pluridimensional, de modo que um direito “legalista” tal como defendido na época da revolução francesa, estabelecido pelo silogismo judicial é hoje impensável. Atualmente, as idéias de motivação social, de interpretação criativa, de razoabilidade jurídica, de imprevisibilidade do desenvolvimento social e histórico, e o próprio abismo ontológico entre a regra (geral) e o caso (singular), trazem à tona a importância de outras fontes do direito, entre elas a equidade, a idéia de paz jurídica, paz social, consubstanciadas na aceitabilidade das decisões.

A angústia que toma conta da filosofia, contudo, está justamente nas exigências conflitantes da contemporaneidade: o legalismo e uma razão plurívoca.

Em verdade, ninguém levaria realmente a sério a racionalidade lógico-formal nos dias de hoje. Entretanto, é retórico também que o princípio da razoabilidade se consubstancia na consciência do juiz ou na consciência social, não havendo qualquer indicativo que o “estado da moral” possa garantir um direito democrático, e, conseqüentemente, um Estado conforme esse direito.

Por isso, a importância do chamado princípio da legalidade, aqui por mim, referido na sua dimensão política. O dilema do princípio está justamente em que se se o critica por ser um princípio, e no fundo, um axioma tendente ao purismo artificial, das formas gerais e das categorias, apesar de toda a sua complexão histórica, propõe-se uma alternativa; porque toda crítica deve propor alternativas. E a alternativa que o senso crítico pode propor é igualmente complexa, à medida que em dado momento a transcendência da regra de direito também se torna um puro artifício; e o razoável, transmuta-se em justificável, mas sem condições de evitar o arbítrio.

A *crítica* mais contundente ao princípio da legalidade (ou da anterioridade) situa-se como de certa forma já se demonstrou na idéia de que a racionalidade ordenamental é retórica, à medida que se manifesta por meio de um outro princípio, o da plenitude orgânica do ordenamento jurídico, que reside tanto no plano lógico relacional das normas quanto no ontológico do próprio ser jurídico que a pressupõe.

Dessa forma a idéia de função de *coesão* que todo princípio exerce no sistema, enquanto integrante do seu *repertório* implicaria, no caso do princípio da legalidade, uma espécie de racionalidade interna, ou seja, ordenamental.

A questão da racionalidade ordenamental, no caso, reside mais no plano ontológico, quando por exemplo é válido o recurso ao egologismo de Cossio, que eleva o princípio da plenitude em axioma ontológico geral e fundamental do direito, expressado na idéia segundo a qual o que não está juridicamente proibido está juridi-

camente permitido. A consequência é a definição do direito como liberdade, e o sistema como um contínuo de licitudes e um descontínuo de ilicitudes.¹³³

Cossio compara o princípio da plenitude à demonstração lógica de Von Wright, fazendo referência aos sistemas em geral, afirmando que:

Precisamente desta maneira, como lógica transcendental, a teoria egológica faz ver que o pensamento normativo do jurista ocorre dentro do âmbito que lhe outorga o princípio ontológico de que tudo o que não está proibido, está juridicamente permitido, fundamentando sobre essa base a idéia de plenitude hermética do ordenamento jurídico. E nisto a demonstração de Von Wright, não obstante seu caráter rigorosamente lógico – formal, coincide com a Ego-logia, pois essa demonstração integra um desenvolvimento analítico que reconhece como ponto de partida a seguinte afirmação: como categoria normativa (deôntica) indefinida introduzimos o conceito de permissão. É a única categoria deôntica (normativa indefinida) de que necessitamos.¹³⁴

Contudo, também a *crítica* demonstra que a racionalidade pode estar no plano da decisão, ou seja, no aspecto de sua subjetividade, apontando como a sua maior manifestação a teoria da subsunção. Ocorre que também a decisão é concebida ideologicamente, sendo assim a racionalidade mera aparência. Dou um sentido bem mais amplo a essa espécie de racionalidade decisional, aquele que, revestindo a decisão de uma caráter racional, produz o efeito (já mencionado) de transcendência da regra, que também oculta o caráter individual e concreto, no plano da consciência individual e da consciência social, de natureza ideológica, de formação dos respectivos juízos de valor.

Assim se se tem, de um lado, a racionalidade ordenamental, de outro, se tem a racionalidade decisional. Daí vai que o resultado é a idéia de um sistema de nor-

¹³³ COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964. p. 336.

¹³⁴ ____. 1964. p.49.

mas. Abandonando-se a idéia de sistema como existência real do direito e assumindo seu aspecto instrumental, passo a ver o problema das lacunas e das antinomias, não como simples aparência que podem ser resolvidos pela analogia, pelos princípios e pelo costume, mas como um problema inerente ao saber do direito, que, no fundo, o estabelece.

Por isso, os vejo – lacunas e antinomia – como um problema real – não aparente – à medida que a chamada racionalidade assume, sob esta óptica, um caráter semiológico, pois vendo no direito um dado da existência (e não da mera experiência, já que este sentido implica uma certa ficção sobre o *ser* da experiência) só se pode exprimir semiologicamente.

Digo isso, entendendo que a expressão não se dá apenas no plano sintático ou semântico (da experiência, pois), mas, sobretudo, ao nível pragmático da própria comunicação.

Isto posto, vejo como ultrapassada a crítica que passa pela racionalidade, em seus dois aspectos, e entendo que o problema se conduz ao plano semiológico, cuja operacionalização se faz pela própria hermenêutica.

Nessa linha, a questão se reduz mesmo ao processo de integração e seus limites, e, segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., uma consideração global sobre os meios de integração faz com se perceba neles o exercício do poder de violência simbólica pela hermenêutica. Surgem, como relevantes, os chamados meios quase lógicos ou paralógicos (já anteriormente explicados) como fatores que acentuam e acrescentam as relações de autoridade do ordenamento jurídico. Eles dimanam de uma argumentação capaz de conferir à decisão uma neutralização dos comunicadores. Sur-

gem, desta forma, de uma espécie de organização concatenadora permitida pelo sistema e explicitada pelo intérprete. À medida que são meios quase lógicos (portanto, não-lógicos) neutralizam os conteúdos das normas que se estendem às lacunas do ordenamento, surgindo momentos de poder-reputação. E isso ocorre mais propriamente no uso dos valores. Ao contrário, os meios institucionais conformam o poder-liderança. É o consenso que vai neutralizar, pois, as opiniões sociais, cuja natureza é a diversidade (o costume é um exemplo).¹³⁵

O arbitrário da sociedade se reformula na estrutura da hermenêutica (internamente) à qual estão submetidos os meios de integração, exercendo-se uma espécie de controle, a lhes impor limites.

Esse controle está adstrito, por assim, dizer, a regras. É o caráter instrumental do sistema (não-real). A primeira regra está em que a integração não tem efeito generalizante. O costume é o caso especial, à medida que reconhecido pela doutrina como fonte do direito, sua aplicação *praeter legem* só se torna geral se formar um costume jurisprudencial. A conclusão é simples: o ato que se integra é sempre singular, o que leva a considerar que a colmatação da lacuna se dá, no caso concreto, não por abstração. Em casos semelhantes, a procedimento está na reprodução argumentativa.

Dessa regra se depreende que, como princípio, o intérprete jamais elimina a lacuna; apenas, o legislador. O intérprete a colmata em cada caso, mas isso não significa que ela deixa de existir; daí a intermitência da integração. O contrário seria

¹³⁵ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito* 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 305

pensar na racionalidade do legislador que implica a idéia de abrangência absoluta de regras, ou, em outras palavras, na plenitude orgânica. E a consequência seria justamente o que a idéia de plenitude repele, a falta de coerência.

O controle, todavia, pode ocorrer sob outras formas, mais específicas de cada ramo do saber jurídico, o que não implica uma particularização, mas um enfoque que procure tender às suas peculiaridades. No campo da ciência criminal, em que as normas estabelecem e definem os tipos de delitos, as penas e seus efeitos, exclui-se a analogia (da lei e do direito). Porém, aceita-se quando as normas estabelecem as causas de exclusão ou justificação da antijuridicidade e as causas de escusa. Aí a regra que estabelece o controle está no princípio da tipicidade cerrada, que se opõe à tipicidade aberta. Tipo cerrado é aquele cuja mensagem normativa está codificada em um código forte (a definição é denotativa e conotativa). A hipótese do tipo aberto acontece quando a intenção é circunscrita; vale dizer, as propriedades aparecem delimitadas, e é em virtude delas que se predicam as palavras aos objetivos, porém não se limita a extensão. Frente à chamada tipicidade cerrada não é possível o recurso da analogia, e a interpretação só pode ocorrer por meio de um processo de decodificação conforme o código normativo. Na tipicidade aberta, admite-se o código fraco, é possível a analogia.¹³⁶

A exclusão da analogia, contudo, não está adstrita a regras estritas e inflexíveis. É inegável que o princípio segundo o qual casos semelhantes devem ser tratados de forma semelhante exerce função de coesão na estrutura do direito, sob o

¹³⁶ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito* 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994. p.306.

enfoque sistêmico. No âmbito do direito penal, esse princípio de coesão tem aplicação nos casos de tipicidade aberta.

Outro fator de não restrição da aplicação analógica está na própria linguagem geral, e, conseqüentemente, do direito. As regras surgem em uma linguagem, que só em parte é técnica, porque também é uma linguagem natural, resultando daí inevitável a ambigüidade e o sentido vago das expressões normativas.

Pode ocorrer também a exclusão da analogia em função do nível em que acontece a lacuna, na medida da impossibilidade da sua constituição. É o que Tércio Sampaio chama de lacuna de segundo grau ou omissão da lei sob a forma de como integrar o direito.

Outro caso de exclusão está na antinomia; ou seja, no caso de contradição entre normas aplicáveis em um dado caso concreto. No ordenamento jurídico inexistente qualquer regra de superação da antinomia. Esse tipo de lacuna, exclui, conseqüentemente a analogia.

A integração, contudo, encontra uma espécie de difusão metodológica, quanto ao controle, quando este acontece de forma institucional. Veja-se que, como regra, é vedado o costume *contra legem*. Conseqüentemente, está excluída qualquer possibilidade de se admitir uma lacuna por meio de um juízo axiológico, cujo enunciado estaria no ordenamento não regular o caso como seria o desejo, ou a expectativa social.

Tércio Sampaio explica o problema da difusividade dos meios institucionais dizendo que é óbvia:

Depende de valoração e de um intrincado processo de ideologização dos princípios fundantes do *telos* do sistema. Ideologizá-los significa enrijecê-los, submetê-los a um código forte de difícil consecução. Por isso nem sempre a jurisprudência é infensa à aplicação do costume *contra legem* e ao preenchimento, desta forma de lacunas axiológicas. Como também é possível o uso de princípios gerais do direito e da equidade nestes casos.¹³⁷

Parece-me perfeitamente cabível neste momento o arremate em torno da racionalidade antes exposta e suas críticas, enfocando o princípio da legalidade, também sob o aspecto da não-completude, não ao ponto de isentá-lo da crítica, o que ficou claro, mas ao nível, apenas, de nele ver sua função, seus limites, e a sua implicação política. E, ademais, de demonstrar, que não existe uma regra geral de *crítica*, pois que, desta forma a pensar, estar-se-ia não no plano da *crítica*, mas no da *monitoração da crítica*, o que a mim repugna.

Com efeito, nessa linha, a *crítica* deve estabelecer-se a partir das categorias que exemplificativamente demonstrei antes, porém, como simples indicadores do diálogo, ou como fatores, que permitam pensar o diálogo também de outros pontos de vista, que não os da dogmática tradicional. Nesse compasso, também as categorias críticas sofrem a crítica pelo diálogo. É um processo natural, argumentativo, de todo discurso.

Justamente a partir daqui é que penso que a crítica do princípio, e suas abrangências, como o problema das lacunas e da analogia, e mesmo o da chamada criação judicial do direito, pode se valer do diálogo proposto por Tércio Ferraz, quando, ao meu ver, dá conotação ao dilema do princípio, por meio da abordagem da

¹³⁷ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito* 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 307.

idéia de lacuna, fazendo uma espécie de passagem de superação entre os pressupostos da *Teoria Crítica do Direito e da sociedade*, e os da *Teoria Crítica* que exsurge da teoria da linguagem, principalmente ao nível da pragmática e da teoria da argumentação.

Assim, para concluir de forma esclarecedora, que embora o conceito de lacuna designe "falta", ele oculta a superabundância de normas, assegurando-se, destarte, um dos princípios caracterizadores do legislador racional, a omnicomprensividade, Ferraz Jr. fundamenta sua conclusão no seguinte:

Em suma, pode-se dizer que, na verdade, a questão da lacuna e dos limites à integração é uma espécie de invenção do pensamento dogmático, que permite, de um modo controlado, a decidibilidade dos conflitos não regulados de forma positiva. O direito positivado pressupõe uma tendência em estreitar, em nome dos valores da certeza e da segurança, o campo de atuação do intérprete. Ora, o conceito dogmático de lacuna, dos meios de integração e dos seus limites confere ao intérprete a possibilidade de se valer de fatores extra-positivos como se fossem positivos, ou, ao menos, positiváveis. Ou seja, o conceito de lacuna alarga o campo da positividade a partir dele próprio. Ele funciona como uma regra permissiva, doutrinária, que autoriza o intérprete a se valer dos meios de integração nos limites que a própria doutrina parece reconhecer, mas na verdade estabelece: em caso de lacuna *pode* o intérprete... Assim, embora a lacuna seja definida como omissão ou falta de norma no ordenamento, ela é na realidade, uma válvula pela qual entram no ordenamento fatores extra-positivos, como os ideais de justiça, as exigências de equidade, os raciocínios quase-formais.¹³⁸

Dos fundamentos aqui colocados exsurge a tese que sustentei antes, segundo a qual o importante é a consciência dos mitos, antes que destruí-los, dado que, a última hipótese não considero possível; vejo-a no plano da pura retórica crítica.

¹³⁸ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 307

Nessa linha, a chamada *invenção* da dogmática, que é a questão da lacuna, parece-me uma forma de conscientização sobre o mito da omnicompreensividade que caracteriza a racionalidade do legislador e do próprio ordenamento, enquanto o pensamento que pretende ver na teoria das lacunas e no próprio princípio da plenitude uma construção ideológica para dissimular o direito injusto, é uma tentativa de destruição do mesmo mito da racionalidade.

Aparentemente as duas teorias, por assim dizer, usam o mesmo argumento. Ocorre que a crítica que se funda na destruição do mito é, a meu ver, *idealista*, à medida que o "destruir o mito" é uma construção ideal, enquanto que conscientizar-se dele e com ele trabalhar na esfera da existência em que se insere e é inserido, é uma construção *realista*.

4.3. O dilema de sentido

Designo por “sentido” o que pretendo significar como fins do direito penal. Nilo Batista assinala que uma teoria da pena é sempre um teoria do direito penal e que todo debate científico-político sobre as penas se transforma no debate sobre todo direito penal.¹³⁹

O que se designa, pois, por “fins do direito penal” deveria, assim, residir nos fins da pena. Mas Nilo Batista observa que não é isso que acontece. E assinala:

Quando se fala nos fins (ou ‘missão’) do direito penal, pensa-se principalmente na interface pena/sociedade e subsidiariamente em um criminoso *antes do crime*; quando se fala nos fins (ou objetivos, ou funções) da pena, pensa-se nas interferências criminoso *depois do crime*/pena/sociedade. Por isso, a missão do direito penal *defende* (a sociedade), *protegendo* (bens, valores ou interesses), *garantindo* (a segurança jurídica, ou a confiabilidade nela) ou *confirmando* (a validade das normas); ser-lhe-á percebido um cunho *propulsor*, e a mais modesta de suas virtualidades estará em *resolver* casos.¹⁴⁰

Analisando a relação *fins e pena*, Nilo Batista ressalta que existe uma projeção dos fins assinalados na relação pena-sociedade, de forma predominante, apresentando-se como o que designa de forma crítica por “sinal social positivo”, a abarcar sua funcionalidade, utilidade e dignidade. Quanto à pena, assevera que ocorrem as seguintes possibilidades: “ou bem apenas *retribuirá* (mediante a *privação* de bens jurídicos imposta ao criminoso) o mal do crime com seu próprio *mal*, *restaurando* assim a justiça, ou bem *intimidar*á a todos (pela *ameaça* de sua cominação e pela

¹³⁹ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1999. p. 111.

¹⁴⁰ _____. p. 111.

execução exemplar) para que não cometam (mais) crimes, ou tratará de *conter e tratar* o criminoso.”¹⁴¹

A demonstrar que um iniciante poderia entender que os fins do direito penal e os fins da pena “habitam a mesma casa, porém os primeiros na sala de visitas e os segundos na cozinha”, Batista acentua que “Os objetivos referidos vinculam interativamente um criminoso predominantemente ‘acontecido’, a pena e a sociedade, e dispõem de um ‘sinal social negativo’ que efetivamente timbra a pena; a mais nobre observação possível será tê-la como ‘uma amarga necessidade’”.¹⁴²

A aguda crítica de Batista tem por objetivo demonstrar a ideologia subjacente do discurso da ciência criminal, justamente, no contexto em que pretendo inserir o seu sentido como um dilema. Essa ideologia, tal como ele demonstra, encobre a função do direito penal para as classes dominantes – o que ulteriormente denominei de estamentos hegemônicos – transformando a ideologia dos fins particulares em universais, sob a roupagem de “interesse social geral”, invertendo o próprio sentido do direito penal, à medida que o homem passa a existir para a lei, não a lei para o homem. Ou, se se quiser, na perspectiva de uma teoria crítica da sociedade, o dilema está no fato de que não é a sociedade que existe para o direito, mas o direito que existe para a sociedade.

¹⁴¹ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 4^a ed Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1999. p.111 - 112.

¹⁴² _____. P. 112

O dilema de sentido acentua-se à medida que as teorias conservadoras (tradicionais) de cunho relativista e fundadas na idéia dos princípios absolutos, de validade universal, e mesmo as chamadas teorias ecléticas, sobre os fins da pena, acabam por inserir-se em uma espécie de *idealismo*, que se torna um obstáculo epistemológico para que o jurista possa *ver* e conhecer as reais funções da pena, *encobertas* que estão por esses obstáculos.

A abstração presente nesse idealismo, que conduz a uma teoria generalizadora e estruturalista sobre a pena, tem levado a conseqüências extremamente graves, que é o desconhecimento das funções ocultas da pena. Assim, como observa Batista:

Uma teoria da pena generalizante e esquemática, que tenha a pretensão de apreender, com os mesmos instrumentos, por exemplo as práticas penais do escravismo colonial brasileiro, cujos pontos cardeais estavam na utilidade imediata do criminoso (= açoites) e no terror (= morte e penas domésticas), e de nosso capitalismo ao início do século, cujo princípio era, como diria Ernst Bloch, a 'conservação útil' do criminoso, está pagando à abstração um preço altíssimo, cuja moeda é o conhecimento¹⁴³.

O projeto de uma sociedade democrática implica necessariamente uma visão unitária e transparente das finalidades do direito penal e da pena, ultrapassando-se assim a visão idealista das funções aparentes para desvendar a face oculta das penas.

Essa superação passa obrigatoriamente pela análise filosófica de determinados conceitos básicos da ciência criminal, que pode ser feita com o recurso de algumas categorias críticas.

¹⁴³ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1999. p.113.

Como hipótese de trabalho pode-se partir de dois discursos da ciência criminal (digo como hipótese, porque, na verdade, o discurso é ambíguo, equívoco e principalmente difuso, se analisado sob o prisma da linguagem, o que torna complexa a delimitação):

Primeira hipótese: o discurso que se estabelece no sentido do direito penal como a *defesa de bens jurídicos*, ou significando defesa de bens jurídicos como meio para a defesa da sociedade, ou como combate ao crime, ou como a defesa de valores sociais subjacentes aos bens jurídicos, ou o robustecimento na consciência social.

Esse discurso é reprodutor de ideologias subjacentes, porém encobre a realidade, por meio ou de argumentos puramente retóricos, ou de conceitos abstratos, influenciados pela escola de Marburgo, ou ainda de conceitos axiológicos, cuja influência da escola de Baden é evidente.

Veja-se como ele exerce a apontada função de reproduzir e encobrir: quando, por exemplo, estabelece uma interação entre bem jurídico, valor e interesse, complexão que levou Welzel a ver o fim do direito penal na defesa de valores éticos e sociais básicos da consciência "jurídica", apenas incluindo a defesa dos bens, no sentido de estados sociais de preservação juridicamente desejáveis. Batista observa com acuidade, após fazer a análise do pensamento de Welzel, que "por esta porta – 'desejável' – o argumento do *interesse* se reapresenta".¹⁴⁴ A mesma interação lastre-

¹⁴⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1999. p. 115.

ou o pensamento de Baumann a dizer que a função do direito penal é a proteção de bens jurídicos especialmente importantes, identificando bens jurídicos, com valores e interesses.

Em Bruno, aparece a seleção dos bens jurídicos por meio de um fator histórico, atribuindo ao direito penal a função de defender a sociedade por meio da defesa dos bens jurídicos; mas fazendo referência aos bens jurídicos como interesses básicos do indivíduo ou da sociedade que, por seu valor social, a consciência comum do grupo ou das camadas sociais nele dominantes eleva à categoria de bens jurídicos.¹⁴⁵

Nilo Batista vai exatamente ao ponto da crítica à primeira hipótese que aludi do discurso, quando vê que, embora Bruno perceba a existência de um agente histórico, que seriam as camadas sociais dominantes no grupo humano, a chamada sociedade civil, que ao se organizar como Estado, edita o direito penal, supõe uma sociedade unitária, vivenciada e apreendida também por uma consciência social unitária. Observa daí que a noção de classe social não aparece.¹⁴⁶

O mesmo observa em Fragoso. O discurso tem o mesmo suporte: "o fim do direito é a tutela e a preservação dos interesses do indivíduo e do corpo social. É evidente que os interesses que o direito tutela correspondem sempre às exigências da cultura de determinada época e de determinado povo".¹⁴⁷ Sua crítica aparece ainda mais aguda na seguinte observação: "A criminalização da arte negra da capo-

¹⁴⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1999. p.115

¹⁴⁶ _____. p.115

¹⁴⁷ _____. p. 115-116.

eira, dois anos após a abolição da escravatura, pelo artigo 402 do código penal de 1890, correspondia às 'exigências de cultura' de 'determinado povo' ?¹⁴⁸

Segunda hipótese: o discurso que se estabelece no sentido crítico do conceito de bem jurídico.

Aqui parto da idéia de consciência dos mitos (ou desmistificação, não no sentido de destruição) que reside substancialmente em fazer aparecer o invisível no conceito de finalidade do direito penal como proteção de bens jurídicos. Fazer aparecer, portanto, que os "valores" sociais encobrem ideologias subjacentes, que são o pressuposto de que toda sociedade é unitária, inexistindo conflitos estamentais e que todos são iguais, "ainda que perante a lei".

O invisível que deve aparecer e que se consubstancia na chave do dilema de sentido é que a idéia de bem jurídico tem conotação estamental, ou como diz Batista, "caráter de classe". Vindo à tona o que estava encoberto, o sentido do direito penal continua a ser a proteção de bens jurídicos por meio da instituição, aplicação e execução da pena. Todavia, dado o fato de que a sociedade não é una, mas dividida, e que o que é real é a desigualdade e não a igualdade, o direito penal tutela interesses dos estamentos hegemônicos. E à medida que protege tais interesses, contribui para a reprodução desses interesses, que no discurso tradicional são abstraídos e

¹⁴⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1999. p.115-116

erigidos em categorias, cuja característica retórica mais contundente é a pretensão de generalidade.

A interação entre os dilemas – do método, do princípio e do sentido – é o que permite, em uma perspectiva dialética, o próprio diálogo proposto neste trabalho.

A síntese que resulta do diálogo – em uma perspectiva dialética, repito - está na possibilidade hermenêutica não de encontrar um acabamento para o conflito que, declaradamente, se instaurou, muito menos de trazer soluções para o impasse (daí, dilema), mas para tentar compreender esse tão complexo mundo que se chama de “jurídico”, mas também de “direito”, e ainda, de “ciência do direito”, ao qual muitos querem atribuir a função “sacralizada” de salvar a humanidade.

É cruel, porém real. É decepcionante, porém, é um fato da vida: o direito não é uma instância sagrada, um templo, ou o *pneuma* (sopro vital) capaz de criar o mundo ideal, ou de, por seus meios – à medida que não os tem – transformar o déspota em libertador, a desigualdade em igualdade, ou de fazer mais justa uma sociedade que, de fato, não é.

Pode, contudo, ser um meio de neutralizar conflitos. Eliminá-los, não é tarefa do direito. Afinal, os conflitos não são instaurados por causa do direito. Penso, assim, que no estágio atual da humanidade e da história, todas as categorias foram construídas para explicar, fazer a crítica e constituir o instrumento hábil a que as sociedades sejam mais justas. Mas, as sociedades continuam sendo cruelmente injustas, apesar de tudo.

O direito, enquanto neutraliza os conflitos, até pode reproduzi-los na escala social. Mas a consciência de que a sociedade é como é – desigual e cruel – é um fa-

tor importante a embasar a missão do jurista e do próprio direito. À medida que os neutraliza, e isso ocorre por meio da hermenêutica, esses conflitos são projetados para a racionalidade – esse é o mal -; contudo, torna-os suportáveis para a própria sociedade.

As contradições sociais permanecem, então, mas disfarçadas no plano conceitual do direito, não no sentido analítico, ou seja, na idéia de um direito ilhado em um sistema, mas no sentido hermenêutico, particularmente, decisional, à medida que se estabelecem as condições para que se opere, na realidade concreta dos conflitos, decisões, cujo papel acaba por ser o de enfraquecimento das tensões na sociedade, dado seu efeito neutralizador.

Um Estado de Direito democrático é uma sociedade de conflitos, embora democrática. A questão subjacente, portanto, não está no dilema de sentido do direito, ou do direito penal, ou no dilema do princípio, ou ainda no do método; está, mesmo, nos próprios conflitos sociais imanentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito – Uma crítica à verdade na ética e na ciência**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.
- _____. **O Problema da legitimidade – No rastro do pensamento de Hannah Arendt**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1989.
- AFTALIÓN, Enrique R., OLANO Fernando García e VILANOVA José. **Introducción al Derecho**. 6ª ed. Buenos Aires: Editora El Ateneo, 1960.
- ALLAN, D.J. **A Filosofia de Aristóteles**. Trad. Rui Gonçalo Amado. Lisboa: Ed. Presença, 1970.
- ANAIS DO IV CONGRESSO BRASILEIRO DE FILOSOFIA DO DIREITO. **Conferências**. João Pessoa: Espaço Cultural, 1990.
- ANALLES DE LA CATEDRA FRANCISCO SUAREZ nº 16 **Derecho y Soberania Popular**. Salamanca: Univerdidad de Granada, 1976.
- ANDRADE, Primo Nunes de. **Elementos de Lógica**. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1972.
- ANDRADE, Manuel Domingos de. **Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis**. Coimbra: Armênio Amado ed., 1978.
- ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Direito Penal e criação judicial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989.
- ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT. nº 6. Paris: Sirey, 1961.
- ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT. Tome X. Paris: Sirey, 1965.
- ARENDT, Hannah. **Lições sobre a filosofia política de Kant**. Trad. André Duarte de Macedo. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Trad. de Mario da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.
- ARNAUD, André-Jean. **Critique de la raizon juridique**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1981.
- ARTOSI, Alberto. ATIENZA, Manuel: YOSHINO, Hajim. **From Pratical Reason to legal computer science- European Journal of Law, Philosophy and computer Science – Part I and II**. Bologna: Clueb, 1998.
- ASSOUN, Paul-Laurent. **Freud e Wittgenstein**. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1990.
- ASUA, Luis Jiménez de. **El criminalista**. Tercera edición aumentada. 10 volumes Buenos Aires: Editorial La Ley, 1946.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Justiça Distributiva e Aplicação do Direito**. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1983.
- _____. **Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- BACHELARD, Gaston. **La formation de L'Esprit Scientifique**. Paris: 1967.
- _____. **Epistemologia**. trechos escolhidos por DOMINIQUE LECOURT, Trad. De Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1977.

- BARCELLONA, Pietro. **O egoísmo maduro e a insensatez do capital**. Tradução Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 1995.
- BARLLI, Renato. **Retórica**. Lisboa: Editorial Presença Lda., 1983.
- BASBAUM, Leôncio. **Alienação e Humanismo**. São Paulo: Global ed., 1982.
- BASTOS, João José Caldeira. **Curso Crítico de Direito Penal**. Florianópolis: Livraria e Editora Obra Jurídica Ltda., 1998.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1999.
- _____. **Temas de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.
- BAUDRILLARD, Jean. **Esquecer Foucault**. Trad. Cláudio Mesquita e Herbert Daniel. Rio de Janeiro: Roco, 1984.
- BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony. LASH, Scott. **Modernização Reflexiva – Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.
- BETTI, Emilio. **Teoria Generale della Interpretazione**. vol 1 e 2. Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, 1955.
- BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal** vol. I e II. Tradução Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- BLANCHÉ, Robert. **A Ciência Actual e o Racionalismo**. Trad. Maria José Andrade. Porto, Portugal: Rés Editora, 1983.
- _____. **A epistemologia**. Trad. Natalia Couto. Lisboa: Ed. Presença, 1975.
- _____. **História da Lógica de Aristóteles a Bertrand Russell**. Trad. Antonio J. Pinto Ribeiro. Porto: Edições 70, 1985.
- BLOCH, Ernest **Derecho Natural y Dignidad Humana**. Madrid: Aguilar S. A. Ediciones, 1980.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- _____. **Dalla struttura alla funzione** 2ª ed. Milano: Edizioni di Comunità, 1984.
- _____. **Direita e Esquerda – Razões e significados de uma distinção política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual paulista, 1995.
- _____. **Diritto e Stato nel Pensiero di Emanuele Kant – Lezioni raccolte dallo studente: Gianni Sciorati**. Torin: G. Giappichelli Editore, 1969.
- _____. **Estudos sobre Hegel – Direito, Sociedade civil, Estado-**. Trad. Luiz Sérgio Henriques e Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: UNESP, 1989.
- _____. **Liberalismo e Democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988.
- _____. **Studi sulla Teoria Generale del Diritto**. Torino: G.Giappichelli Editore, 1955.
- _____. **Teoria della Norma Giuridica**. Torino: G.Giappichelli, 1958.
- _____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C.J. Santos. São Paulo: Polis, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989.
- _____. BOFFA, Massimo e outros. **O Marxismo e o Estado**. 2ª ed.. Trad. Frederica L. Boccardo e Renée Levie. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.
- _____. PONTARIA, G.. VECA, S.. **Crisis de la democracia**. Trad. Jordi Mafrà. Barcelona: Editorial Ariel, 1985.

- BOLL, Marcel. REINHART, Jacques. **História da Lógica**. Trad. A. J. Pinto. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1981.
- BOURDIEU, Pierre. **A Ontologia Política de Martin Heidegger**. Trad. Lucy Moreira Cesar. Campinas, SP: Papyrus Ed., 1989.
- BROCKMAN, John. **Einstein, Gertrude Stein. Wittgenstein e Frankenstein – Reiventando o universo**. 1ª reimpressão. Trad. Valter Ponte. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- BRASIL, Circe Navarro Vital. **O jogo e a constituição do sujeito na dialética social**. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1988.
- BRUNO, Anibal **Direito Penal** Tomo 1º. 3ª ed.. Rio: Forense, 1967.
- BURDEAU, Georges. **A democracia** 2ª ed. Trad. Paulo Antonio dos Anjos. Lisboa: Saber, 1969.
- _____. **Traité de Science Politique**. 3ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980.
- CANARIS, Claus – Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CANOTILHO, J.J. Gomes **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- CARBONNIER, Jean. **Sociologia Jurídica**. Trad. Diogo Leite de Campos. Coimbra: Almedina, 1979.
- CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. 2ª ed. Trad. Guy Reynaud. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
- _____. **As encruzilhadas do Labirinto/2 – Os domínios do homem**. Trad. José Oscar de Almeida Marques. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- CASTRO, Celso Antonio Pinheiro de. **Sociologia do direito: fundamentos de sociologia geral – Sociologia Aplicada ao direito**. 5ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1998.
- CAVALCANTI, Teófilo (organizador) **Estudos e homenagem a Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- CERQUEIRA, Luiz Alberto. OLIVA, Alberto. **Introdução à Lógica**. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979.
- CHACON, Vamirech. **Estado e Povo no Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. José Olympio, 1977.
- CHORÃO, Mário Bigotte. **Introdução ao Direito** vol I. Coimbra: Almedina, 1989.
- _____. **Temas Fundamentais de Direito**. Coimbra: Almedina, 1986.
- CICCO, Cláudio de. **Uma crítica idealista ao legalismo**. São Paulo: Ícone, 1985.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. São Paulo: Max Limonad, 1995.
- COELHO, L. Fernando. **Existencialismo e direito e outros ensaios**. Curitiba: Ed. Littero-Técnica, 1967.
- _____. **Introdução à Crítica do Direito**. Curitiba: H.D.V., 1983.
- _____. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2ª ed.. Rio: Forense, 1981.

- _____. **Teoria Crítica do Direito**. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- COLLETTI, Lucio. **Ideologia y Sociedad**. Barcelona: Gráficas Tricolor, 1975.
- _____. **Ultrapassando o Marxismo e as Ideologias**. Trad. Eduardo Brandão. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.
- COPI, Irving M. **Introdução à Lógica**. Trad. Álvaro Cabral. 2ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.
- CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Coimbra: Almedina, 1971.
- COTTINGHAM, John. **Filosofia de Descartes**. Trad. Maria do Rosário Souza Guedes. Rio de Janeiro: Edições 70 (Brasil), 1986.
- COSSIO, Carlos. **La teoría egológica y el concepto jurídico de libertad**. 1964.
- CRÍTICA **Revista do Pensamento Contemporâneo Sobre Karl Popper**. Ed. Teorema, 1987.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Lições Preliminares de Filosofia do Direito**. Coimbra: Almedina, 1998.
- _____. **Pensar o Direito**, Coimbra: Almedina, 1990.
- DELEUZE, Gilles. Foucault. 2ª ed.. Tradução: Cláudia Sant'Anna Martins. São Paulo: Brasiliense, 1991
- DEL VECCHIO, Giorgio. **Filosofía del Derecho**. Barcelona: Bosch, 1974.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da Ilicitude em Direito Penal** 4ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. São Paulo: Saraiva, 1987.
- DREIER, Ralf. FARALLI, Carla: NERSESIANTS, Wladik. **Law and Politics Between Nature and History**. European Journal of Law, Philosophy and computer Science – Part I and II. Bologna: Clueb, 1998.
- DUMAS, Georges. **La vie Affective – Physiologie – Psychologie – Socialisation**. Paris: Presses Universitaires de France, 1948.
- DUSSEL, Enrique. **Filosofia da Libertação- Crítica à ideologia da exclusão**. Trad. Georges I. Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995.
- ECHAVE, Delia Teresa. URQUIJO, María Eugenia. GUIBOURG. Ricardo A. **Lógica, Proposición y Norma**. 4ª reimpressão. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.
- ECO, Umberto. **Obra Aberta**. 2ª ed. S. Paulo: Editora Perspectiva, 1991.
- ENGELS, Friedrich. **Il socialismo dall'utopia alla scienza**. Roma: Newton Compton Editori, 1977.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Trad. De J. Baptista Machado. 2ª ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968.
- FASSÒ, Guido. **Histoire de la Philosophie du Droit. XIX et XX Siècles**. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1976.
- FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação das Leis**. 3ª ed. Trad. Manuel Domingues de Andrade. Coimbra: Armênio Amado ed., 1978.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Conceito de Sistema no Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976.
- _____. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- _____. **Teoria da Norma Jurídica – ensaio de pragmática da comunicação normativa**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

- FICHTE, J. Gottlieb. **Discursos a la Nación Alemana**. Trad. M. Jesus Varela. Luis Acosta. Madrid: Ed. Nacional, 1977.
- FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**. Trad. S. Tannus Muchail, São Paulo: Martins fontes Editora, 1981.
- FRANCO MONTORO, André. **Estudos de Filosofia do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- FRANCOVICH, Guillermo. **El odio al pensamiento – Los nuevos filósofos franceses**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982.
- FREUND, Julien. **Sociologie de Max Weber**. Paris: Presses Universitaires de France, 1983.
- FRIEDMANN, W. **Théorie Générale du Droit**. 4ª ed. – Bibliothèque de Philosophie du droit – vol. IV. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1965.
- GAVAZZI, Giacomo. **Elementi di teoria del Diritto**. II edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 1984.
- GÉNY, François. **Science et Technique en Droit Privé Positif**, 4 vol. Paris: Sirey, 1924/1930.
- GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Trad. A M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- GLUCKSMANN, André. **A cozinheira e o Canibal**. tradução de Angelina Peralva. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.
- GODINO CABAS, Antonio. **Curso e Discurso na Obra de Jacques Lacan**. Trad. Maria Lúcia Baltazar. São Paulo: Moraes, 1982.
- GOODE, William J. HATT, Paul K. **Métodos e Pesquisa Social**. Trad. Carolina M. Bori. 6ª ed. São Paulo: Editora Nacional, 1977.
- GRAMSCI, Antonio. **Os Intelectuais e a Organização da Cultura**. 3ª ed.. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira S.A., 1979.
- GRUPPI, Luciano. **O conceito de hegemonia em Gramsci**. 2ª ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.
- _____. **Tudo começou com Maquiavel - As concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci**. Trad. Dario Canali. Porto Alegre: L&PM Editores, 1983.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à Ciência do Direito**. 2ª ed.. Rio: Forense, 1960.
- _____. **Filosofia do Direito**. 4ª ed. Rio: ed. Forense, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse**. Trad. José N. Heck. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.
- _____. **O discurso filosófico da modernidade**. tradução Ana Maria Bernardo e outros. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1990.
- HAMPSTEAD, Lord Lloyd of. **Introduction to Jurisprudence** third Edition. London: Stevens & sons, 1972.
- HART, H.L.A. **El Concepto de Derecho**. 2ª ed. Trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1968.
- _____. **Direito, Liberdade, Moralidade**. Trad. de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987 .

- HARTMANN, Nicolai. **A filosofia do idealismo alemão**. Trad. José Gonçalves Belo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1976.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino . Lisboa: Guimarães Editores, 1976.
- _____. **Propedêutica Filosófica**. Trad. Artur Mourão. Rio de Janeiro: Edições 70 (Brasil), 1989.
- _____. **Comunicações ao congresso de Hegel 1976. Idéia e Matéria**. Lisboa: Horizonte, 1978.
- HEINEMANN. **A Filosofia No Século XX** 3^a ed.. Trad. Alexandre Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- HOBBS, Thomas. **Do cidadão** Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- _____. **Leviatan – O la materia, forma y poder de una republica, eclesiastica y civil**. Trad. Manuel Sánchez Sarto. México: Fondo de Cultura Económica, 1940.
- HOHFELD, W. N. **Conceptos jurídicos fundamentales**, Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1968.
- IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. 16^a ed. Trad. João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura** 2^a ed.. Trad. de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- KATZ, Jerrold J. **Filosofia del Lenguaje**. Barcelona: Ediciones Martinez Roca, 1971.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Frabis, 1986.
- _____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, Brasília: U.N.B., 1990.
- _____. **Teoria Pura do Direito**. 4^a ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1976.
- KHODOSS, Florence. **du contrat social de J.J. Rousseau**. Paris: Éditions Pédagogie Moderne, 1980.
- KONDER, Leandro. **Introdução ao Fascismo**. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1977.
- LACROIX, Jean. **Kant**. Trad. Jorge Sirolli. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1969.
- LAMEGO, José: **Hermenêutica e Jurisprudência**. Lisboa: Fragmentos, 1990.
- LARENZ, Karl, **Metodologia da Ciência do Direito**. 2^a edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- LASERRA, Giorgio. **L'Interpretazione della Legge**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1955.
- LEBRUN, Gérard. **Kant et la fin de la métaphysique – Essai sur la "Critique de la faculté de Juger"**. Paris: Librairie Armand Colin, 1970.
- LEGAL STUDIES – **The Journal of the society of Public Teachers of Law, "Butterworth"** vol 5 n. 2 July 1985.
- LENOBLE, Jacques. OST, Francis. **Droit, Mythe et Raison**. Bruxelas: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1980.

- LÉVY, Bernard – Henri. **As Aventuras da Liberdade**. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- LIARD, L. **Lógica**. Trad. Godofredo Rangel. 9^o ed. São Paulo: Ed. Nacional, 1979.
- LIMA, Hermes Lima. **Introdução à Ciência do Direito**. 8^a ed. Rio: Freitas Bastos, 1955.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Formas e Aplicação do Direito Positivo**. São Paulo: Editora RT, 1969.
- LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância**. Trad. João da Silva Gama. Lisboa: Edições 70, 1987.
- _____. **Ensayo sobre el entendimiento humano**. vol. 1 e 2. Trad. Maria Esmeralda Garcia. Madrid: E. Nacionl, 1980.
- LOGOS, **Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia**, 5 volumes. Lisboa-São Paulo: Ed. Verbo, 1989.
- LUCAS, J. Sahagún. **El Hombre social en el pensamiento de Teilhard de Chadin**. Barcelona: Tipografia Catalana, 1969.
- LUHMANN, Niklas. **Sistema Jurídico y Dogmatica juridica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- _____. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1983.
- LUIZI, Luiz. **Filosofia do direito- ensaios**. Porto Alegre: Frabris, 1993.
- LYOTARD, Jean—François: **La phénoménologie** Paris: Presses Universitaires de France, 1959.
- LYRA FILHO, Roberto. **Criminologia Dialética**. Rio de Janeiro: Bersoi, 1972.
- MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal**. Parte Geral. S. Paulo: RT, 1987.
- MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 2^a ed. S. Paulo: Saraiva, 1973.
- _____. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975.
- MACPHERSON, C.B. **A teoria Política do Individualismo Possessivo – de Hobbes até Locke**. Trad. Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
- MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. **A Hermenêutica Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito – conceito, objeto, método**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- MARÍ, Enrique E. e outros. **Materiales para una teoria critica del derecho**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1991.
- MARX, Karl. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. 2^a ed. Trad. Conceição Jardim e Eduardo Lúcio Nogueira. Lisboa: Editorial Presença, 1983.
- _____. **Miséria da filosofia**. 2^a ed. Tradução J. Silva e Maria Carvalho Torres. Porto: Publicações Escorpião, 1976.
- MASTELLONE, Salvo. **Storia ideologica d'Europa da Seiyès a Marx (1789 – 1848)**. Firenze: Sansoni, 1974.
- MATOS, Olgária C. F.. **Escola de Frankfurt – Luzes e sombras do iluminismo**. São Paulo: Moderna, 1993.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 6^a ed. Rio: Freitas Bastos,

- MENDES, Antônio Celso. **Filosofia Jurídica no Brasil**. São Paulo: IBRASA, 1992.
- MERKEL, Adolfo. **Enciclopédia Jurídica**. 5ª ed. preparada por Rodolfo Merkel. Trad. W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1924.
- MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da Percepção**. Trad. Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- _____. **Merleau-Ponty na Sorbonne – Resumo de Cursos Psicossociologia e Filosofia**. Trad. Constança Marcondes Cesar e Lucy Moreira Cesar. Campinas. SP: Papirus, 1990.
- _____. **Merleau-Ponty na Sorbonne – Resumo de Cursos Filosofia e Linguagem**. Trad. Constança Marcondes Cesa. Campinas, SP: Papirus, 1990.
- _____. **Signos**. Trad. Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1991.
- _____. **O visível e o invisível**. 2ª ed. Trad. José Artur Gianotti e Armando Mora d'Oliveira. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1984.
- MESSNER, Johannes. **Ética Social**. Trad. Alípio Maia de Castro. São Paulo: MÉTHEXIS, **Revista Argentina de Filosofia Antigua**, vol 2. Buenos Aires: Ed. Estudio Sigma, 1989
- MEZGER, Edmund. **Diritto Penale**. Trad. de F. Mandalari. Pádua: 1935.
- MILLET, Louis. **La pensée de Jean-Jacques Rousseau**. Bordas Éditeur, 1966.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.
- MONCADA, I. Cabral de. **Filosofia do Direito e do Estado** vol. 1º e 2º- 2ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1955.
- MONTEIRO, Washington de Barros **Da Interpretação das Leis**, in Revista da Faculdade de Direito da USP, vol. 57, 1962, n. 4.
- MORAVIA, Sergio. **Sartre**. Trad. José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70, 1985.
- NÉRICI, Imídeo Giuseppe. **Introdução à lógica**. 9ª ed. 2ª reimpressão. São Paulo: Nobel, 1985.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **Bobbio e a Filosofia dos Juristas**. Porto Alegre: Fabris, 1994.
- PAIM, Antonio. **História das Idéias Filosóficas no Brasil**. 3ª ed. São Paulo: Convívio, 1984.
- PALMER, Richard E.. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Riberio Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1986.
- PASQUIER, Claude du. **Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit**. 5ª ed. Paris: Delachaux et Niestlé, Ed., 1979.
- PASUKANIS, Evgeny B. **La theorie Generale du Droit et le Marxisme**. Trad. Jean-Marie Brohm. Paris: Etudes et Documentation Internationales, 1970.
- PATTARO, Enrico. **Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia Jurídica**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1980.
- PEREIRA, Aloysio Ferraz. **Estado e Direito na Perspectiva da Libertação –(Uma crítica segundo Martin Heidegger)**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

- ____. **Tratado da Argumentação – A nova Retórica.** Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- POLIS, **Enciclopédia VERBO da Sociedade e do Estado, Antropologia Cultural, Direito, Economia, Ciência Política.** 5 volumes. Lisboa/São Paulo: Ed. Verbo, 1983.
- POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica.** Trad. de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Ed. Cultrix e Ed. Da USP
- ____. **A Miséria do Historicismo.** tradução de Octany S. da Mota e Leônidas Hegenberg. São Paulo: Cultrix, Editora da Universidade de São Paulo, 1980.
- ____. **Conhecimento objetivo.** Trad. de Milton Amado. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia e ed. doc. da USP, 1975
- ____. **Conjecturas e Refutações.** 4ª ed. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 1972.
- POULANTZAS, Nicos. **Poder Político e Classes Sociais.** Trad. Francisco Silva. São Paulo: Martins Fontes, 1977.
- PRADO Jr., Bento. (org) **Filosofia da Psicanálise.** São Paulo: Brasiliense, 1991.
- QUADERNI FIORENTINI. **Su Federico Carlo di Savigny** vol. 9. Milano: Giuffrè, 1980.
- QUILLET, Pierre (org.). **Introdução ao pensamento de Bachelard.** Rio de Janeiro: 1977
- RAMOS, João Gualberto Garcez. **A inconstitucionalidade do Direito Penal do Terror.** Curitiba: Juruá, 1991.
- RANGEL, Jesus Antonio de La Torre. **Del Pensamiento Jurídico Contemporaneo – Aportaciones Criticas.** México: Escuela Libre de Derecho, 1992.
- RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos.** São Paulo: Max Limonad, 1952.
- RASSAM, Joseph. **Tomás de Aquino.** Trad. Isabel Braga. Lisboa: Edições 70, 1988.
- RAWLS, John: **Teoría de la Justicia.** Trad. Maria Dolores Gonzalez. México: Fondo Cultura Económica, 1997.
- REALE, Miguel. **O direito como Experiência.** São Paulo: Saraiva, 1968.
- ____, **Fontes e Modelos do Direito. Para um novo paradigma hermenêutico.** São Paulo: Saraiva ed., 1994.
- ____, **Filosofia do Direito.** 8ª ed. vol I e II. São Paulo: Saraiva ed., 1978.
- ____, **Teoria do Direito e do Estado** 2ª ed. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1959.
- ____, **Fundamentos do direito.** 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972.
- ____, **Lições Preliminares de Direito.** São Paulo: Saraiva, 1986.
- ____, **Teoria Tridimensional do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1986.
- REALE Jr., Miguel. **Teoria do Delito.** São Paulo: R.T., 1998.
- RÉGNIER, João Roberto Santos. **Discricionariedade Administrativa, Significação, efeitos e controle.** São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES. **El Neokantismo en la filosofia del Derecho.** Valparaiso, Chile: Universidad de Valparaiso, 1982
- RIVAUD, Alberto. **As Grandes Correntes do Pensamento Antigo.** Trad. Antônio Pinto de Carvalho. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1962.

- RODRIGUES, Horácio W. **Ensino Jurídico - saber e poder**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.
- ROSENMAN, Marcos Roitman. **Las Razones de la Democracia**. Toledo: Ed. Sequitur, 1988.
- ROSS, Alf. **El concepto de validez y otros ensayos**. Trad. Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1969.
- _____. **Hacia una Ciencia Realista del Derecho – Crítica del Dualismo en el Derecho**. Trad. Julio Barboza. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.
- _____. **Directive e Norme**. Trad. Mario Jori. Milano: E. Comunità, 1978.
- RUSSEL, Bertrand. **História da filosofia Ocidental**. Trad. de Breno Silveira. tomos I,II e III 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1982
- _____. **Fundamentos de Filosofia**. tradução de Hélio Pólvora. Rio: Zahar Editores, 1977
- _____. **Misticismo e Lógica e outros ensaios**. Tradução de Alberto Oliva e Luiz Alberto Cerqueira. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977.
- SALDANHA, Nelson. **Da Teologia à Metodologia**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993.
- _____. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- _____. **Sociologia do Direito**. São Paulo: R.T., 1970.
- _____. **Teoria do direito e crítica histórica**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia da Repressão**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- SARTRE, Jean-Paul. **Critique de la raison dialectique**. T. I. Paris: Librairie Gallimard, 1960.
- _____. **El ser y la nada**. Trad. Juan Valmar. Buenos Aires: Losada, 1976.
- _____. **O existencialismo é um humanismo**. Trad. Vergilio Ferreira. Porto: Editorial Presença, 1962.
- SHAPP, Jan. **Problemas Fundamentais da Metodologia Jurídica**. Trad. Ernildo Stein. Porto Alegre: Fabris, 1985.
- SICHES, Luis Recaséns. **Antologia 1922-1974**. México: Tezontle, 1976.
- SICHIROLLO, Livio. **Dialéctica**. Trad. Lemos de Azevedo. Lisboa: Editorial Presença, 1973.
- STUCKA, Petr Ivanovich. **Direito e Luta de Classes – Teoria Geral do Direito**. Trad. Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.
- TELES JUNIOR, Gofredo. **Ética – Do Mundo da Celula ao Mundo da Cultura**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- TENDÊNCIAS DO PENSAMENTO JURÍDICO – **Coletânea**- Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1976.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal – De acordo com a Lei n. 7.209. de 11-7 1984**. 2ª ed São Paulo: Saraiva, 1986.
- TUMÁNOV, Vladímir. **O Pensamento Jurídico Burguês Contemporâneo**. Trad. Palmiro Gonçalves. Lisboa: Editorial Caminho, 1975.
- VERNENGO, Roberto Jose: **Curso de Teoria General del Derecho**. 2ª ed. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.

- VIEHWEG, Theodor. **Topik und Jurisprudenz**. München: Beck Verlag, 1974
- VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- VILLEY, Michel in, **Les Archives de la Philosophie du Droit nº6 – La Réforme des Études de droit – Le Droit Naturel**. Paris Librairie du Recueil Sirey, 1961.
- _____. **Philosophie du Droit. vol I e II** 3ª ed. Paris: Dalloz, 1982.
- WARAT, Luiz Alberto. **el Derecho y su language**. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976
- _____. CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **Ensino e saber jurídico**. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977.
- WOLF, Erik. **El Problema del Derecho Natural**. Trad. Manuel Entenza. Barcelona: Ediciones Ariel, 1961.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1991.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Derecho Penal. Parte General**. 6ª ed., Buenos Aires: Ediar, 1996.

