

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

FILOSOFIA DO DIREITO

CONSTANÇA TEREZINHA MARCONDES CESAR

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

F488

Filosofia do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Clóvis Marinho de Barros Falcão, Constança Terezinha Marcondes Cesar – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-056-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Filosofia. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

FILOSOFIA DO DIREITO

Apresentação

É com satisfação que apresentamos os trabalhos apresentados no GT de Filosofia do Direito do XXIV Encontro Nacional do Conpedi, realizado no campus da Universidade Federal de Sergipe. É sempre preciosa uma oportunidade de discutir um campo tão antigo, e tão importante para compreender e também testar os limites do pensamento jurídico. Os pesquisadores, uma vez mais, demonstraram como é rica e plural a produção jurídico-filosófica nas escolas de direito no Brasil. Mais do que a quantidade, precisamos aumentar a qualidade do trabalho em filosofia do direito, e o evento abraçou essa ideia.

O livro tem uma importância dupla. Por um lado, registra o trabalho desenvolvido pelos pesquisadores e apresentados à avaliação e seleção desta banca; por outro, permite ampliar a perspectiva e continuar os diálogos que apenas iniciaram nos poucos minutos destinados à apresentação de cada trabalho. A pesquisa, ainda mais quando envolve a reflexão filosófica, pede calma, e seria muito limitada se constituída apenas da apresentação e da sessão de perguntas. O texto, amadurecido e costurado pelos autores, permite o contato silencioso e calmo com cada trabalho apresentado, singularmente valioso.

Este livro é, antes de tudo, um convite à conversa e à reflexão. Entre tantos e variados temas, cada leitor encontrará uma mesa em que se sentirá mais à vontade, puxará sua cadeira e interagirá com dedicados pesquisadores. Esperamos que a publicação desses trabalhos integre mais pessoas à deliciosa conversa do dia 4 de julho de 2015.

Os coordenadores.

A METODOLOGIA DA CIÊNCIA DO DIREITO EM KARL LARENZ: DA EXEGESE POSITIVISTA PRIVATISTA À INTERPRETAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

THE LAW SCIENCE METHODOLOGY KARL LARENZ: PRIVATIZING THE POSITIVIST EXEGESIS TO THE INTERPRETATION OF THE CONSTITUTIONS

Shary Kalinka Ramalho Sanches

Resumo

Inúmeros são os conceitos de ciência do Direito. Metodologicamente, Karl Larenz opta pela ciência do Direito como aquela na qual são confrontadas a solução de questões jurídicas no contexto e com base em um ordenamento jurídico determinado, historicamente constituído. As alterações que a metodologia das ciências tem apresentado após o século XVIII, principalmente nas nascentes ciências espirituais, ocorreram mais profundamente no Direito pois este apresenta uma dificuldade dupla quanto à sua metodologia de investigação e aplicação: ora está voltado à sua dogmática e ora está voltado à filosofia do Direito. As ciências suscitam perguntas e estabelecem métodos para alcançarem as respectivas respostas. No caso do Direito, quais são os métodos utilizados desde o nascimento da modernidade? Larenz investiga, através das principais escolas teóricas do século XIX até meados do século XX, como o Direito se desenvolveu e se firmou como ciência e tem executado a sua tarefa decisória. Larenz, em sua obra intitulada Metodologia da Ciência do Direito percorre os caminhos da metódica jurídica, desde a exegese da obra civil napoleônica até a aceitação da existência de uma tábua axiológica a ser concretizada na atividade jurisdicional. Esta pesquisa tem como objetivo levantar as principais discussões desta obra no que se refere aos métodos de investigação jurídica. Como pesquisa de fontes bibliográficas, é classificada como qualitativa exploratória.

Palavras-chave: Karl larenz, Metodologia, Ciência do direito, Interpretação.

Abstract/Resumen/Résumé

There are countless of law science concepts. Methodologically, Karl Larenz chooses the science of law as one in which are confronted solving legal issues in the context and based on a particular jurisdiction, historically constituted. Changes to the methodology of science has made after the eighteenth century, especially in emerging spiritual sciences, there were deeper into the law because this has a double difficulty as to its research and application methodology: Now is returned to its dogmatic and now faces the philosophy of law sciences raise questions and establish methods to achieve their answers. In the case of law, which are the methods used since the birth of modernity? Larenz investigates, through the main theoretical schools of the nineteenth century until the mid-twentieth century as the law has developed and established itself as science and has run its decision-making task. Larenz, in

his work entitled Law Science Methodology on the trails of legal methodical, since the exegesis of the Napoleonic civil works to the acceptance of the existence of an axiological board to be implemented in the judicial activity. This research aims to identify the main discussions of this work in relation to the methods of legal research. As research literature sources, is classified as exploratory qualitative.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Karl larenz, Methodology, Science of law, Interpretation.

Introdução

Inúmeros são os conceitos de ciência do Direito. Estes conceitos são influenciados pelo espaço e pelo tempo nos quais foram cunhados. Metodologicamente, Larenz opta pela ciência do Direito como aquela na qual são confrontadas a solução de questões jurídicas no contexto e com base em um ordenamento jurídico determinado, historicamente constituído, ou seja, a tradicionalmente denominada Jurisprudência (2009).

Recorta ainda seu estudo na ciência jurídica produzida nos anos de 1960, especificamente na Alemanha. Como ponto de partida, explica que esta ciência é a orientada principalmente pela lei e não a pautada nos casos já decididos. Por objeto, tem a própria dogmática do Direito.

Embora o autor seja civilista, adverte que os métodos jurídicos analisados não são apenas aplicáveis a esta disciplina, apesar de reconhecer que o positivismo tem resistido por mais tempo no direito privado mesmo após o ‘Direito no caso’ do pós- guerra alemão.

As alterações que a metodologia das ciências tem apresentado após o século XVIII, principalmente nas nascentes ciências espirituais, ocorreram mais profundamente no Direito pois apresenta uma dificuldade dupla quanto à sua metodologia de investigação e aplicação: ora está voltado à sua dogmática e ora está voltado à filosofia do Direito a procura de respostas que esclareçam o seu sentido, a sua finalidade e por fim o legítimo.

Sendo a metodologia de uma ciência a reflexão sobre sua própria atividade, ela não pode somente descrever os métodos aplicados, mas também deve procurar compreendê-los, isto é, conhecer a sua utilidade e os seus limites; a necessidade da justificação de um método decorre do significado e da especificidade estrutural do objeto que por meio dele deve ser elucidado; no campo jurídico, a complexidade atual dos problemas de sua metodologia só pode ser plenamente compreendida analisando a evolução da teoria e da metodologia do Direito.

As ciências suscitam perguntas e estabelecem métodos (meios encadeados por técnicas) para alcançarem as respectivas respostas. No caso do Direito, quais são os métodos utilizados desde o nascimento da modernidade? E com qual finalidade são aplicados?

Durante a Segunda Guerra, a positividade do Direito imperou e as conseqüências ético- sociais levou parte da comunidade jurídica a questionar a rigidez positivista e os cânones tradicionais de interpretação, iniciando um movimento de teorização para o reconhecimento da existência de valores legais e/ou supra-legais nos ordenamentos, os quais deveriam ser observados quando da decisão judicial.

A jurisprudência (como sinônimo de ciência do Direito e não de atividade jurisdicional) tem intentado harmonizar a crescente valoração atribuída às normas jurídicas com a necessidade da racionalização das sentenças. Aceitar que existem valores prescritos implica em se estabelecer métodos eficientes para uma decisão racional, ou seja, controlada e não arbitrária ou discricionária.

Como ciência social, até a década de 1940, o Direito se contentou em interpretar o material legislativo para extrair da melhor forma a vontade do legislador e aplicá-la ao caso concreto, sem nenhuma outra preocupação subjacente. Mas após 1950, outras inquietações passaram a fazer parte do cotidiano do jurista: os direitos humanos no plano internacional, o declínio das ditaduras européias e o surgimento de novas Constituições mais preocupadas com as pessoas proporcionaram um solo bastante fértil para as discussões de um Direito orientado à proteção das necessidades físicas e espirituais dos cidadãos. O fortalecimento dos direitos fundamentais e sociais foi o caminho trilhado.

Nesta perspectiva, o Direito passa a ter importância enquanto decisão; ou seja, a leitura a norma é feita numa nova perspectiva e a partir do caso concreto, não se esgotando a heurística somente na sua interpretação e aplicação como etapas isoladas mas dimensionando um novo processo, no qual o caso concreto passa a ter importância na interpretação da norma e os seus elementos compõem a nova hermenêutica.

Isso não quer dizer que a dogmática deve ser relativizada ou considerada desnecessária nem tampouco que os processos metódicos sejam dispensáveis. Larenz adverte que

As leis continuam a desempenhar na nossa vida jurídica, tal como dantes, um enorme papel: os juizes estão obrigados a elas recorrer sempre que se adequem a uma situação de facto. De outro modo deixariam as leis de ser «coagentes» e falhariam a sua tarefa de direcção no seio da comunidade. Carecem assim e sempre de interpretação, e visto que esta deve convalidar o que o legislador (de modo racional, com consideração do escopo da regulação e das relações reguladas) pretendeu dizer (dispor), não pode o intérprete aqui proceder de modo arbitrário ou

discrecional. As decisões judiciais, mesmo quando nelas se plasmam juízos de valor, não podem aceitar-se às cegas; requerem confirmação, no sentido de verificar se são compatíveis com outras decisões e princípios jurídicos reconhecidos, se são «materialmente adequadas». O que é de todo impossível sem a observância de determinadas exigências metódicas. No que diz respeito às valorações, mas também à interpretação e freqüente exigência de esclarecimento da conduta humana (seja uma declaração de vontade, um assentimento, uma renúncia), um conceito de ciência que admitisse como «adequados» apenas os enunciados produzidos no âmbito da lógica ou da matemática ou dos factos constatados pela experiência revelar-se-ia excessivamente redutor, não só relativamente à ciência do Direito, mas também face às outras ciências do espírito, que igualmente tratam da interpretação e análise da conduta humana (LARENZ, 2009, p.3).

Mas para estabelecer a metodologia jurídica que apresente respostas às indagações pré- estabelecidas, é importante primeiro ter em mente qual exatamente é o conceito de Direito e sua finalidade com que se está trabalhando. Ou seja, a metodologia jurídica depende diretamente do conceito de Direito subjacente.

Por ser um objeto complexo, o Direito não prescinde da filosofia jurídica para responder as suas indagações. Perguntas, como se o magistrado está em busca de uma sentença correta ou de uma sentença justa, fazem toda a diferença na escolha da metodologia que leve à solução do caso concreto.

Larenz, em sua obra intitulada Metodologia da Ciência do Direito percorre os caminhos da metódica jurídica, desde a exegese da obra civil napoleônica até a aceitação da existência de uma tábua axiológica a ser concretizada na atividade jurisdicional. Esta pesquisa tem como objetivo levantar as principais discussões desta obra no que se refere aos métodos de investigação jurídica. Como pesquisa de fontes bibliográficas, é classificada como qualitativa exploratória.

A metodologia jurídica

A análise da parte histórica se justifica porque inúmeros institutos são pensados há décadas, senão há séculos e esse resgate contextualiza e posiciona as correntes teóricas tal como são compreendidas e aplicadas hodiernamente. Conceitos como justiça, moral,

ciência, validade e eficácia do Direito, decisão, interpretação e hermenêutica, dentre tantos outros, tem sido largamente teorizados (ADEODATO, 2005).

Apesar desta produção, pode-se dizer que o conhecimento, em geral, esteve acorrentado aos dogmas religiosos durante toda a Idade Média e início do Renascimento, aproximadamente até o início do século XIX. Os cânones sagrados se sobrepunham e muitas vezes afastavam completamente as conquistas científicas alcançadas. Teses, teorias e obras literárias eram sistematicamente banidas dos meios acadêmicos por ordem do fortalecido clero que criava obstáculos quase intransponíveis aos avanços das idéias. Cientistas foram perseguidos, expatriados ou mesmo mortos ou tiveram que se retratar por suas descobertas.

O período da escuridão, como é comumente chamada a Idade Média, começa a ceder, timidamente, espaço ao renascimento e ao renovo das idéias e do poder por volta do século XVII. Surgem novas ciências além das tradicionalmente conhecidas (lógica e matemática): as ciências da natureza inauguram um novo paradigma de investigação e de olhar o mundo. Estabelecem critérios e sistematizam meios e técnicas para encontrarem as respostas corretas às indagações propostas (calcados na observação dos fenômenos, na experimentação e na colheita de dados) (BOBBIO, 1987).

Para fortalecer o conhecimento científico em contraposição ao senso comum e às imposições religiosas, na primeira metade do século XIX Comte inaugura o positivismo. Este foi um movimento cultural e científico que pretendeu, em linhas gerais, delimitar e reforçar metodologicamente o conceito de ciência, afastando a metafísica e seus ideais dualísticos não verificáveis. É um período de profundas transformações no cenário político, social e religioso do continente europeu. Como científicas, só são admitidas as disciplinas que utilizem os métodos de investigação próprios das ciências naturais e é afastado completamente tudo aquilo que não pode ser verificado racionalmente, como idealizações, moral, valores, etc. (DEL VECCHIO, 1960).

É ainda neste período que surgem as chamadas ciências espirituais que procuram se moldar ao vigente paradigma de conhecimento científico, estabelecendo métodos de investigação compatíveis aos das ciências da natureza. São exemplos a sociologia, a antropologia, a psicanálise e a história. O Direito também se esforçou para se firmar como ciência e isso resultou em três conhecidas teorias positivistas:

- a) Teoria psicológica do Direito: para esta corrente Direito é aquilo que as pessoas reconhecem e por isso obedecem como obrigatório; o aspecto é psicológico na medida em que antes do cumprimento há uma aceitação pessoal que a legitima; seria a regra da vida em comum;
- b) Teoria sociológica do Direito: para esta corrente Direito são, única e exclusivamente, os fatos sociais; não há o estudo, como objeto, sequer da sua imperatividade, mas tão somente da ocorrência do fato no interior da sociedade;
- c) Teoria (ou doutrina) pura do Direito: esta teoria foi inaugurada por Hans Kelsen e previa uma pureza metodológica afastando do objeto jurídico tudo que não fosse a norma regularmente legislada; não se opunha aos valores desde que estes tivessem sido previstos pelo legislador quando da confecção da lei, e jamais quando da produção decisória (apesar de admitir que o juiz tem uma função criadora junto à moldura de possibilidades de decisão).

Vigia o entendimento de que o Direito é a lei e a lei é o Direito, notadamente porque em 1804 Napoleão Bonaparte edificou um grande estatuto civil e determinou, sob severas penas, que os juízes somente podiam esclarecer o conteúdo da lei e jamais inovar em algum tipo de interpretação que não expressasse rigorosamente a substância normativa. Nem mesmo a figura do legislador era prestigiada neste contexto pois este código foi elaborado pelo imperador com o auxílio de alguns escolhidos. Daí a expressão que retratava o juiz como mera “boca da lei”. Esse papel desenhado aos juízes ultrapassou as fronteiras francesas e influenciou em outros países o modo como as decisões deviam ser metodologicamente construídas (ESSER, 1961).

O abandono ao positivismo na filosofia do Direito ocorreu na primeira metade do século XX com Stammler, aproximadamente nos anos de 1920. Ele tinha duas doutrinas pelas quais ficou conhecido: reforça que o Direito é sim uma ciência e inova quando propõe o “Direito justo”. Mas é importante que se tenha em mente que justo para Stammler é diferente dos respectivos conceitos filosóficos de justiça: aqui é trabalhado na dimensão de regras e princípios, ou seja, justo seria o Direito cujas regras positivadas estivessem em conformação com os princípios aceitos na sociedade para as quais as regras são impostas.

A partir deste rompimento, vários novos caminhos são traçados buscando o afastamento do positivismo . O historicismo fez uma volta ao movimento de Ihering que

pretendia uma leitura histórico- objetiva do momento em que a lei foi elaborada. O naturalismo resgatou o direito ideal como parâmetro de aplicação do direito positivo. A fenomenologia, inaugurada por Husserl, pretendeu olhar o fenômeno sem conceitos prévios, avançando posteriormente à fenomenologia jurídica na qual o positivismo foi totalmente negado ao contemplar o homem como um ser histórico inserido num mundo histórico produzindo coisas históricas e, portanto, passíveis de mudança conforme a evolução¹.

Da jurisprudência dos conceitos à jurisprudência dos valores

A primeira parte do século XIX foi marcada com o método napoleônico de interpretação e também com a jurisprudência dos conceitos de George Puchta. Consiste em perceber o Direito como um sistema de estrutura lógica e escalonada, em que no vértice está o conceito mais geral do instituto. O grande exemplo é o Código Civil no qual a parte geral explica os institutos que, na parte especial, vão-se especificando, como no direito das obrigações em relação ao direito contratual; aqui o modelo é de interpretação por subsunção lógica, nos moldes de silogismo. Larenz critica este modelo de escalonamento por perder o substrato ético na medida em que o instituto se distancia do vértice original (2009).

É no início do século XX que Philipp Heck (1947) funda a jurisprudência dos interesses a partir da perspectiva da jurisprudência pragmática de Ihering, que inicialmente era adepto da jurisprudência dos conceitos mas, posteriormente, passou a criticá-la como estéril e impraticável.

Heck aborda que o Direito é uma ciência prática e que tem como função auxiliar o juiz no ato decisório para que, em última instância, ocorra a satisfação das necessidades da

¹ Quem inaugurou a fenomenologia geral foi Edmund Husserl e seu filho, Gerhart Husserl, trabalhou a fenomenologia no âmbito do Direito. O raciocínio de Gerhart foi o seguinte:

§ O mundo do homem é um mundo histórico;

§ As coisas criadas pelo homem são impregnadas pelo período histórico, inclusive a ordem jurídica;

§ E como são coisas históricas, participam do próprio movimento histórico, e por isso....

§ Podem sofrer alterações determinadas

a) pela história;

b) pelos homens para os quais vigora

vida das pessoas. Para ele, o magistrado precisa conhecer, com rigor metodológico e histórico, os reais interesses que causaram a lei e ter em conta esses interesses ao decidir.

Porém, alguns partidários desta jurisprudência identificaram uma deficiência o conceito de interesses; ora era usado como a causa que motivou o legislador, ora como o objeto da valoração levada a termo pelo legislador ou mesmo ora era a própria valoração. Um destes autores foi Harry Westermann que, em 1950, definiu interesse como, e tão somente, a representação da pretensão da parte num caso concreto (ATIENZA, 2003).

Para ele, o juiz precisava encontrar os valores legais e tê-los direcionando sua atividade decisional. Esses valores eram os próprios corolários da idéia de justiça que permitiam a interpretação da lei e orientavam na decisão em casos de lacunas.

Larenz (2009) no entanto, levanta oposição na medida pois nem sempre o juiz encontra resposta na lei ou em valoração legal existente. E continua objetando que:

- a) A lei trabalha com conceitos indeterminados;
- b) Existem cláusulas gerais;
- c) Há questões sobre as quais o legislador ainda não se posicionou;
- d) As leis colidem entre si e então não seria possível a determinação de valores.

Mas qual seria a solução nestas situações? O juiz deveria atribuir seu valor pessoal ou deveria procurar valores supralegais nos quais ele poderia apoiar-se? Larenz (2009) reconhece a existência de valores supralegais. Eles estariam principalmente nos artigos 1º a 3º da Constituição alemã²; na tradição jusfilosófica; nos argumentos lingüísticos e no entendimento dos juízes em decisões. Ainda, entende que a jurisprudência dos valores só é

² Refere-se o autor à Constituição de 1949. **Artigo 1** [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais] (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário. **Artigo 2** [Direitos de liberdade] (1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral. (2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei. **Artigo 3** [Igualdade perante a lei] (1) Todas as pessoas são iguais perante a lei. (2) Homens e mulheres têm direitos iguais. O Estado promoverá a realização efetiva da igualdade de direitos das mulheres e dos homens e empenhar-se-á pela eliminação de desvantagens existentes. (3) Ninguém poderá ser prejudicado ou favorecido por causa do seu sexo, da sua descendência, da sua raça, do seu idioma, da sua pátria e origem, da sua crença ou das suas convicções religiosas ou políticas. Ninguém poderá ser prejudicado por causa da sua deficiência.

possível se o valor for passível de controle e não de fundamentação e desde que se afaste a idéia de que a valoração é ato pessoal ou discricionário do juiz.

A questão da ordem valorativa legal e supralegal em Zippelius, Coing e Esser

Reinhold Zippelius (2010) também reconhece a existência de uma ordem valorativa supralegal. Seria como uma bússola das valorações do juiz. É o *ethos* jurídico, ou seja, o conjunto de concepções jurídicas dominantes numa comunidade (o mesmo ‘espírito objetivo’ da teoria dos estratos de Hartmann). Mas onde é encontrado esse *ethos*? Para ele é estão nos artigos de direitos fundamentais da Constituição (alemã); em outras normas jurídicas; na atividade jurisprudencial e da Administração e nas instituições da vida social. Importante observar que *ethos* não significa justiça, no sentido grego do termo, mas sim a ideia de Direito.

Porém, Zippelius reconhece que em época de grande turbulência e mutação social o juiz pode ter problemas para detectar qual o *ethos* vigente. Para ele, a solução é que, excepcionalmente, o juiz decida conforme suas convicções pessoais de justiça. Para Larenz (2009), entretanto, a teoria de Zippelius sobre os valores supraleais não é correta na medida em que a valoração da maioria não poderia vincular a minoria. Assim, o *ethos*, embora possa representar uma convicção dominante, ainda assim não teria legitimidade como fonte para balizar uma decisão, sob pena de idéias dominantes injustas numa coletividade atentarem contra os direitos de grupos menos visíveis ou importantes socialmente.

Helmut Coing (2002) retoma os cânones do Direito natural explicando que esses são como uma súmula de proposições de justiça. Para ele, a valoração é um ato racional e a existência de conteúdos axiológicos atemporais deve ser aceita como um repositório de valores supraleais. A atividade jurisdicional tem como objetivo a extração do conteúdo axiológico da lei e, ao mesmo tempo, a aplicação sempre da idéia de justiça.

Essa noção de justiça é evidenciada em Josef Esser (1961) para quem todo caso concreto deve ter uma solução justa. Esser estudou o *law in action* do Direito anglo-saxão

e desenvolveu sua teoria na qual o juiz, antes mesmo de procurar a solução na lei, já teria em mente as possíveis respostas para o julgamento.

Para ele o raciocínio decisório se desenvolve da seguinte forma: o juiz recebe o problema e já vislumbra as possíveis soluções de forma casuística (sem pesquisa ou demonstração de princípios). Depois, ele busca uma fonte legal apropriada que fundamente uma ou algumas das possíveis decisões. Isso é o que ele chama de achamento da decisão, ou seja, a decisão materialmente adequada no caso concreto e controlada pela fundamentação.

Mas para Esser, por quais vias controláveis o magistrado pode percorrer? Por

- a) Princípios jurídicos não positivados;
- b) Valores extra-legais e *Standards*;
- c) Idéias gerais sobre o direito (independente da lei); e,
- d) Por pautas e informações extraídas do processo.

Mas e quando as contradições se tornam indisfarçáveis? Esser diz para confessar que as fontes foram meros apoios para um princípio jurídico de alcance mais vasto. Para ele, há legitimidade neste método decisional na medida em que é uma atividade controlada e que o juiz faz a opção pela solução. Da mesma maneira como ocorre com os cânones de Savigny, nos quais o juiz escolhe qual método aplicar – se o gramatical, sistemático, lógico e histórico. Dependendo do método que for escolhido, pode-se chegar a diferentes soluções. O método legitima a opção que o juiz achou justa.

Larenz (2009) entende que o juiz pode, excepcionalmente, escolher a melhor decisão quando não houver outros recursos para tal mas discorda de Esser na medida em que esse insiste no juízo de valor pessoal do juiz.

Interpretação da Constituição: consequências práticas da teoria adotada

Em sua obra, Larenz apresenta propostas de inúmeros autores para a interpretação da Lei Fundamental. E indica algumas perguntas iniciais: quais métodos afastariam possível insegurança ou arbítrio? Qual interpretação oferece maior estabilidade legal e

social? A interpretação deve ser literal? Abaixo alguns autores apresentados por Larenz e suas teses:

Ernst Forsthoff acredita que a Constituição tem caráter estabilizador e portanto a sua interpretação deve ser estática. Para tanto, os métodos a serem utilizados devem ser os de Savigny por serem controláveis em sua execução. Para o autor, a Constituição não tem um sentido especial nem valores e que estes são elementos para além das normas e dos conteúdos acessíveis com os meios da exegese; pois se fossem possíveis ocorreria uma transformação do Estado de Direito num Estado de Justiça. E que os valores transformariam o método científico de interpretação em método científico espiritual.

Larenz contesta cada ponto expondo que todo método de interpretação do Direito já é científico- espiritual e que a própria Constituição (alemã) obriga a observância de certos valores. Também explica que a metodologia de Savigny exige uma investigação de sentido em todos os cânones.

Para **Friedrich Müller**, a Constituição positiva os valores e assim eles se tornam direitos vigentes. A aplicação da norma não seria, assim, a realização de valores mas tão somente a aplicação da norma. O método por ele desenvolvido é o concretista de inspiração tópica³. Tem como ponto inicial a norma (através dos recursos hermenêuticos disponíveis); à norma jurídica acrescenta os dados do caso concreto resultando na norma decisão. Admite a utilização da hermenêutica jurídica geral na interpretação da Constituição.

Horst Ehmke, ao contrário de Müller, não aceita a hermenêutica jurídica geral na interpretação da Constituição. Para ele, interpretar é pautar-se pelo consenso de todos os que pensam com justeza e sensatez. E quais seriam estas pessoas? O autor elenca nesta ordem: em primeiro plano os professores de Direito, que fazem a doutrina dominante; depois os juízes, que fazem a jurisprudência prevalecente e, ao final, o consenso da coletividade, em seu conjunto.

Preocupa-se com as alterações que são impostas às Constituições e propõe um catálogo de limitações implícitas a estas mudanças além das já conhecidas cláusulas pétreas: normas transcendentais à Constituição (ex: os direitos das gentes); normas

³ Diz-se de inspiração tópica e não um método tópico propriamente dito porque Müller tem como ponto inicial a norma e não o caso concreto .

iminentes à Constituição (racionalização e limitação do poder) e normas intermediárias à Constituição (ideias em geral previstas nos preâmbulos).

Hans Peter Schneider entende a Constituição “como um direito político do, sobre e para o político”, tendo como função mais importante a unidade política do país (não o totalitarismo). Admite a hermenêutica jurídica geral em sede constitucional e estabelece como princípio reitor desta hermenêutica a realização da liberdade. Na interpretação, deve-se buscar a vontade do legislador constituinte através das razões da lei e dos fatores da época da formação da lei.

O pensamento de Larenz (2009) sobre interpretação jurídica, em síntese, é que se deve evitar o casuísmo puro e que a *political question* não pode ser objeto de demanda judicial, respeitando assim as competências estabelecidas para a harmoniosa convivência dos poderes. A hermenêutica jurídica geral pode ser usada na interpretação da Constituição porém de acordo com os critérios de valor subjacentes à Lei Maior do país. Reconhece que a tradição da jurisprudência constitucional é recente e que não há provisão suficiente de máximas decisórias e de *standards* capazes de fundamentar as sentenças e que por isso o juiz pode criar o Direito, excepcionalmente.

Finalizando, entende o autor que “é necessária a descoberta e concretização de princípios jurídicos, bem como a formação de conceitos determinados pela função. Estas são as formas específicas de pensamento de uma Jurisprudência que a si própria se entende simultaneamente como pensamento «orientado a valores» e pensamento sistemático” (2009, p.697).

Larenz, de formação civilista, amalgamou a dogmática como fonte de estabilidade jurídica à busca pela concretização dos valores. Num primeiro momento, elogia o escalonamento conceitual para, após, advertir para possíveis dificuldades na concretização axiológica. Reconhece no Direito a existência de dois sistemas: um externo, composto dos conceitos abstratos e outro interno, integrado por princípios diretivos que precisam ser concretizados.

Conclusão

Karl Larenz tentou em sua obra *Metodologia da Ciência do Direito* apresentar o nascimento da ciência e a sua inserção num mundo até então dominado pela dogmática religiosa, pelo poder absolutista e pela metafísica dualista.

As nascentes ciências naturais e espirituais procuraram desenvolver métodos que respondessem satisfatoriamente às dúvidas propostas por cada uma delas; e o Direito também promoveu desde então, inúmeras teorias metodológicas a fim de estabelecer com maior clareza o seu objeto, a sua finalidade e a sua própria legitimidade.

No início do século XIX, o positivismo nasce como um movimento cultural e científico que pretendeu, em linhas gerais, delimitar e reforçar metodologicamente o conceito de ciência, afastando de seus estudos tudo quanto não fosse verificável. É um período de profundas transformações no cenário político, social e religioso do continente europeu. Como científicas, só são admitidas as disciplinas que utilizem os métodos de investigação próprios das ciências naturais e é afastado completamente tudo aquilo que não pode ser verificado racionalmente.

Stammler foi quem rompeu com o positivismo puro e avançou distanciando-se dos primórdios da jurisprudência dos conceitos. Foi na jurisprudência dos interesses e na jurisprudência dos valores que o Direito firmou suas estacas no que é hoje um terreno fértil para as discussões dos métodos decisórios e dos objetivos últimos da própria ciência jurídica.

Larenz visitou muitos doutrinadores, como Puchta, Heck, Westermann, Zippelius, Coing e Esser, dentre outros. Ao final, descreveu o Direito como composto por dois sistemas: um externo, com conceitos abstratos e outro interno, integrado por princípios diretivos que precisam ser concretizados. Procurou unir a dogmática jurídica ao conjunto de valores existentes no ordenamento jurídico para extrair, ao final, um Direito sólido, estável e orientado às decisões justas.

Referência Final

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do Direito**. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O dito e o não dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual**. Revista de Processo. Vol.166. São Paulo: RT, 2008.

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**. Uma crítica da verdade na ética e na ciência. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

AMARAL, Maria Lúcia. **A lei na história das idéias**. Pequenos apontamentos. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almeida, 2010.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2003.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. In Virgílio Afonso da Silva (org.) *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros: 2005.

BOBBIO, Norbert. **Estado, governo, sociedade. Para uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987.

BOBBIO, Norbert; MANTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. Coordenação da tradução João Ferreira. 11ªed. Brasília: Editora UNB. Disponível em http://www.capitalsocialsul.com.br/capitalsocialsul/analisedeconjuntura/DICION%C3%81RIO_DE_POL%C3%8DTICA%5B1%5D.pdf. Acesso 13.09.2014.

BRITO, Rosa Mendonça. **O neokantismo no Brasil**. Tese de doutorado. Manaus: Editora Universidade do Amazonas, 1997, disponível em <http://www.cdpb.org.br/html/rosa.pdf>. Acesso em 09.09.2014

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 2ª.ed. , Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Metodologia Jurídica – problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. **Fontes do Direito**. Digesta: escritos acerca do direito do pensamento jurídico da sua metodologia e outros. 2º. vol. Coimbra: Editora Coimbra, 1995.

COING, Helmut. **Elementos fundamentais da filosofia do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

DAVIS, René. **Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DEL VECCHIO, Giorgio. **A justiça**. Trad. Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1960.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Coleção Saraiva de bolso. São Paulo: Saraiva, 2009

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ESSER, Josef. **Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1961.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**- traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. 3ªed. Petrópolis: Vozes, 1999.

_____. **O problema da consciência histórica**. Org. Pierre Fruchon. Trad. Paulo César Duque Estrada. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

_____. **Hermenêutica em retrospectiva**. 2ª.ed. volume II, Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. Colaborador Henrique Garbellini Carnio. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HEIDEGGER, Martin. **Os conceitos fundamentais da metafísica: mundo – finitude – solidão**. Tradução Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. Hermeneutica de La faticidad. Disponível em www.Heideggeriana.com.ar/hermenêutica/índice.htm. Acesso em 08.10.2014

HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Trad. José Osório. Porto: académica, 1947.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução: J. Rodrigues de Menege. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000016.pdf>. s/d Acesso em 01.10.2014

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Coleção Debates, nº 115, 9ª. edição, São Paulo: Saraiva, 2005

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5ª. Edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTOURO, André Franco. **Introdução à ciência do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PADILHA, Norma Sueli. **Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

PEIXOTO, Ester Lopes. **A problemática da interpretação no pensamento de Josef Esser**. Revista de Direito Fundação Getúlio Vargas. Vol. 3, nº 1, jan-jun 2007. Disponível em http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv_05_pp121-136.pdf. Acesso em 05.02.2015.

SILVEIRA, Fernando Lang da. **A teoria do conhecimento de Kant- o idealismo transcendental**. Instituto de Física UFRGS. 2002. Disponível em <http://www.if.ufrgs.br/~lang/Textos/KANT.pdf>

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. **Betti x Gadamer: da hermenêutica objetivista à hermenêutica criativa**. Disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/RaquelS.pdf. Acesso 09.09.2014

STRECK, Lenio Luiz. (a) **Hermenêutica jurídica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10ªed. rev, atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. (b) **Entrevista**. Revista do Tribunal de Constas do Estado de Minas Gerais. outubro | novembro | dezembro 2011 | v. 81 — n. 4 — ano XXIX. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1302.pdf>. Acesso 18.09.2014

_____. **Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?** Revista de Estudos Jurídicos Univali. Vol.15- n.1, jan./abril 2010. Disponível em <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/2308/1623>. Acesso 18.09.2014

_____. **O problema da decisão jurídica em tempos pós- positivistas**. Revista de Estudos Jurídicos Univali. Vol. 14- n.2/ 2º quadrimestre de 2009. Disponível em <file:///C:/Users/Chari/Downloads/1766-3499-1-PB.pdf>. Acesso 06.10.2014

_____. **Hermenêutica. Decisão Judicial e contemporaneidade**. Palestra apresentada em 06.08.2014 na EMERJ – Escola da Magistratura do Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=fhjuNDOOr1WM>

ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Quid Juris, 2010.