

**PABLO CASTRO MIOZZO**

**INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO.  
DE SAVIGNY A FRIEDRICH MÜLLER**

**Dissertação de Mestrado apresentada como requisito para  
qualificação e futura obtenção do título de Mestre em Direito,  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de  
Pós-Graduação em Direito.**

**Orientador: Professor Doutor Humberto Bergmann Ávila**

Porto Alegre

2013

**PABLO CASTRO MIOZZO**

**INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO. DE  
SAVIGNY A FRIEDRICH MÜLLER**

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito para  
qualificação e futura obtenção do título de Mestre em Direito,  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de  
Pós-Graduação em Direito.

Componetes da banca:

Professor Doutor Humberto Bergmann Ávila: Orientador e Presidente.

Professor Doutor Claudio Ari Mello

Professor Doutor Daniel Mitidiero

Professor Doutor Draiton Gonzaga de Souza

Porto Alegre, 10 de junho de 2013.

## RESUMO

O presente estudo se ocupa de dois temas fundamentalmente: a interpretação jurídica e a criação judicial do Direito, numa perspectiva histórica. O foco incidirá sobre algumas das principais teorias do Direito alemão que trataram desses assuntos e o diálogo entre elas, desde a Escola Histórica do Direito, passando pela Jurisprudência dos Conceitos, pela Jurisprudência dos Interesses, pelo Movimento para o Direito Livre, pela Teoria Pura do Direito e, por derradeiro, culminando na Teoria Estruturante do Direito. Como pressuposto para o estudo, serão estabelecidos pontos de partida conceituais, em especial tendo em mira as concepções de hermenêutica desenvolvidas ao longo da tradição filosófica que se ocupou da interpretação. Ou seja, pretende-se estabelecer uma relação entre hermenêutica filosófica e hermenêutica jurídica. A partir daí, serão estudadas as referidas escolas jurídicas, tendo como linhas mestras as suas concepções de hermenêutica, incluídas aqui as noções de metodologia, de ciência e da função judicial, sempre tendo em conta o contexto no qual foram desenvolvidas e as possibilidades eventuais de aplicá-las ao contexto brasileiro atual.

Palavras-chave:

Interpretação jurídica; hermenêutica filosófica; hermenêutica jurídica; ciência jurídica; criação judicial do Direito.

## **ABSTRACT**

This study engages itself essentially in two themes: the legal interpretation and judicial creation of law, in a historical perspective. It focus in some of the main theories of German law that took care of these issues and the dialogue between them, from the Historical School of Law, passing through the Jurisprudence of Concepts, the Jurisprudence of Interests, the Free School of Law, by Pure Theory of Law, and the last, culminating in the Structuring theory of Law. As a prerequisite for the study, it will seek to establish conceptual starting points, particularly in the main hermeneutical concepts developed throughout the philosophical tradition that occupied the area. That is, it intends to establish a relationship between philosophical hermeneutics and legal hermeneutics. Thereafter, these schools will be studied, taking into account their notions of hermeneutics, including here the notions of methodology, of science in itself and of the judicial function, always taking into account the context in which they were developed and the possibilities of any apply of them to the current Brazilian context.

**Keywords:**

Legal interpretation; philosophical hermeneutics; legal hermeneutics; jurisprudence; Judge made Law.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>p. 7</b>
<b>1 PONTOS DE PARTIDA CONCEITUAIS: HERMENÊUTICA E O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO.....</b>	<b>p. 27</b>
1.1 Hermenêutica: origem e significado.....	p. 27
1.1.2 A hermenêutica geral de Schleiermacher.....	p. 29
1.1.3 A hermenêutica como base geral para as ciências do espírito em Dilthey.....	p. 34
1.1.4 A ontologização da hermenêutica em Heidegger.....	p. 44
1.1.4.1 Compreensão e interpretação: círculo hermenêutico e boa circularidade.....	p. 47
1.1.5 A hermenêutica filosófica em Hans Georg Gadamer.....	p. 51
1.1.5.1 A questão da pré-compreensão e o círculo hermenêutico.....	p. 54
1.1.5.2 Compreensão, interpretação e aplicação como um fenômeno unitário.....	p. 58
1.2 Perspectivas para a hermenêutica jurídica sob a luz da hermenêutica filosófica.....	p. 61
<b>2 A ESCOLA HISTÓRICA DO DIREITO E A JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS.....</b>	<b>p. 65</b>
2.1 Escola Histórica do Direito: contexto do seu surgimento.....	p. 65
2.2 O projeto de Savigny na obra “Metodologia do Direito”.....	p. 67
2.2.1 O papel do Juiz no pensamento savigniano.....	p. 69
2.2.2 O caráter histórico e filosófico do Direito e da ciência legislativa.....	p. 69
2.2.3 A metodologia completa e absoluta e o conceito de interpretação.....	p. 71
2.2.4 Os chamados elementos (“cânones”) da interpretação.....	p. 74
2.3 A Jurisprudência dos Conceitos e a “herança parcial” da Escola Histórica.....	p. 79
2.3.1 Ciência do Direito e interpretação no pensamento de Puchta.....	p. 80
2.3.2 Ciência do Direito e interpretação no pensamento de Jhering.....	p. 86
2.3.3 O papel do Juiz na Jurisprudência dos Conceitos.....	p. 90
2.4 Balanço crítico e perspectivas para atualidade.....	p. 91
<b>3 JHERING, O MOVIMENTO PELO DIREITO LIVRE E A JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES.....</b>	<b>p. 97</b>
3.1 A virada de Jhering e sua “segunda fase”.....	p. 97
3.1.1 O conceito de norma e de coação: o Direito e o Estado.....	p. 103
3.1.2 A centralidade do “elemento teleológico” na atividade da ciência.....	p. 105
3.1.3 A função do Juiz problema das lacunas do Direito.....	p. 108

3.2 O “Movimento para o Direito Livre”.....	p. 110
3.2.1 O “Direito livre” e a Sociologia do Direito em Eugen Ehrlich.....	p. 111
3.2.1.1 A norma jurídica e a ciência do Direito em perspectiva sociológica.....	p. 113
3.2.1.2 A atividade criativa do Juiz e a vinculação ao Direito.....	p. 115
3.2.2 O Movimento para o Direito Livre na lição de Hermann Kantorowicz.....	p. 116
3.2.2.1 O papel criativo da ciência jurídica: influência e crítica à Escola Histórica.....	p. 118
3.2.2.2 A criação judicial do Direito, as lacunas e a interpretação <i>contra legem</i> .....	p. 120
3.3 A Jurisprudência dos Interesses no pensamento de Philipp Heck.....	p. 123
3.3.1 A interpretação histórico-teleológica e o valor indiciário da “letra da lei”.....	p. 126
3.3.2 A distinção (ou fusão?) entre interpretação e integração e a criação <i>contra legem</i> .....	p. 127
3.3.3 A criação judicial do Direito.....	p. 130
3.4 Balanço crítico e perspectivas para atualidade.....	p. 133

#### **4 HANS KELSEN E O SEU DIÁLOGO COM A TRADIÇÃO..... p. 146**

4.1 O conceito de ciência jurídica: autonomia e objetividade.....	p. 146
4.1.1 A ciência jurídica como ciência de normas: a visão estática do Direito.....	p. 150
4.1.2 O ordenamento jurídico como “estrutura escalonada” de normas: a visão dinâmica do Direito e o problema da validade.....	p. 154
4.2 O conceito de norma jurídica e o conceito de interpretação na “Teoria pura do Direito”.....	p. 158
4.3 A questão dos métodos de interpretação e o problema das lacunas.....	p. 160
4.4 A ciência jurídica e a criação judicial do Direito: Kelsen e o Movimento para o Direito Livre.....	p. 162
4.5 Balanço crítico e perspectivas para atualidade.....	p. 164

#### **5 A TEORIA PÓS-POSITIVISTA DE FRIEDRICH MÜLLER..... p. 169**

5.1 Teoria e metódica estruturantes do Direito.....	p. 169
5.1.1 A ciência jurídica como ciência de normas.....	p. 173
5.1.2 Direito e realidade nos positivistas e antipositivistas.....	p. 176
5.1.3 Norma e texto da norma: a interpretação como “concretização”.....	p. 182
5.1.4 A norma como resultante da relação entre programa da norma e âmbito da norma.....	p. 184
5.1.5 O texto da norma como limite extremo da concretização.....	p. 187
5.2 A metódica jurídica estruturante: conceito, função e abrangência.....	p. 190
5.2.1 Os elementos clássicos da interpretação na metódica jurídica estruturante.....	p. 195
5.2.2 Uma proposta de hierarquização dos elementos da concretização.....	p. 203
5.3 A função judicial e problema das lacunas: criação do Direito e concretização da norma.....	p. 213
5.4 Balanço crítico e perspectivas para a atualidade.....	p. 221

#### **CONSIDERAÇÕES FINAIS..... p. 226**

#### **BIBLIOGRAFIA..... p. 237**

## INTRODUÇÃO

O presente estudo se ocupa da interpretação jurídica e do problema da criação judicial do Direito. Esse último tema tem recebido crescente atenção no âmbito da doutrina brasileira, fundamentalmente em virtude de um fenômeno que vem sendo designado como “ativismo” ou “protagonismo judicial”. No entanto, sua repercussão hodiernamente não é apenas acadêmica, mas também eminentemente prática, vez que o Supremo Tribunal Federal assume cada vez mais uma posição de proeminência em questões que até pouco tempo eram consideradas pelo próprio Tribunal como políticas e, portanto, de competência dos demais poderes da República.

Sobre isso inúmeros exemplos poderiam ser citados, entre eles casos recentes como os que envolveram a pergunta pela possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencéfalos; a demarcação de terras indígenas; as “cotas raciais” para estudantes nas universidades públicas, entre outros. Menos recentes, mas nem por isso menos importantes, foram as decisões acerca do direito de greve e da aposentadoria especial dos servidores públicos, nas quais o Supremo atuou como “legislador positivo”, regulamentando através de procedimento analógico em sede de Mandados de Injunção, matérias nas quais a inércia dos demais poderes violava direitos fundamentais.

Como o STF é designado pela própria Constituição Federal como o seu guardião, com função de Tribunal Constitucional e, ao mesmo tempo, de cúpula do Judiciário, sua atuação tem uma relevante repercussão em termos políticos. Além disso, possui reflexos diretos na orientação da atividade dos tribunais inferiores e dos juízes em geral, o que resulta em uma complexidade ainda maior em virtude do sistema misto de controle de constitucionalidade

adotado no Brasil. A complexidade reside no fato de que todos os magistrados exercem tal controle e, em tese, podem atuar praticamente como se Tribunal Constitucional fossem. Não é novidade, por exemplo, que uma decisão de primeiro grau pode deixar de aplicar um ato normativo do Congresso Nacional caso entenda que ele esteja eivado de inconstitucionalidade.

Por isso, o protagonismo do Judiciário envolve uma discussão profunda em termos de Estado de Direito, no que concerne a pelo menos a dois de seus alicerces, quais sejam, a “separação funcional dos poderes” e o “princípio democrático”, ambos considerados pelo texto constitucional, como “princípios fundamentais”. Um dos pontos nevrálgicos desta delicada relação, diz respeito justamente ao limite da intervenção do Judiciário no controle e no impulso da atuação dos demais poderes.

A tensão já inicia na forma como o texto constitucional organiza a relação entre eles que, nos termos do art. 2º, devem ser “harmônicos e independentes entre si”. O Legislativo e o Executivo encontram pela frente um complexo conjunto de textos normativos que delimitam formalmente suas competências, em termos de abrangência e procedimento para atuação. Pense-se exemplarmente na regulação do processo legislativo. Além disso, estão severamente vinculados qualitativa e quantitativamente em termos de conteúdo, ou seja, no que toca à liberdade de atuação quanto aos assuntos em que podem e devem intervir, haja vista que a Constituição Federal é extremamente abrangente e minudente. A essa forma de limitação seria possível denominar delimitação material.

Já, quanto ao Judiciário, apesar de não haver qualquer dúvida acerca de sua vinculação à Constituição e à legislação infraconstitucional, já que inserido em um Estado de Direito, a mesma sorte não acompanha as fronteiras de seu atuar. Em que pese a não menos minuciosa regulamentação em termos de competência, inexistente no bojo do texto constitucional especificação acerca dos assuntos em que sua intervenção está autorizada, podendo teoricamente, decidir qualquer controvérsia que envolva matéria constitucional. Tampouco há qualquer palavra constitucional quanto à forma como suas decisões devem ser tomadas, a não ser a previsão genérica constante no art. 93, IX da CF<sup>1</sup>, de que elas devem ser fundamentadas.

---

<sup>1</sup> “Art. 93 [...] IX - **todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do

Quanto ao primeiro ponto, para ficar apenas no regime constitucional atual, foi a própria jurisprudência que delimitou, via interpretação, ao longo dos quase vinte e cinco anos de vigência da Constituição, seu âmbito de atuação. De se citar, v. g., a mudança de orientação do Supremo quanto ao direito constitucional de greve acima citada, que durante muito tempo foi considerado não auto-aplicável, por ser veiculado em norma constitucional designada como de “eficácia limitada”<sup>2</sup>, sendo agora considerado diretamente aplicável.

A despeito da alteração radical de entendimento, o texto constitucional do art. 37, VII da CF permaneceu praticamente o mesmo neste período.<sup>3</sup> A única mudança que recebeu diz respeito ao tipo de legislação que deveria densificar a Constituição: originalmente uma “lei complementar”; a partir da EC nº de 1998, uma “lei específica”, leia-se lei ordinária. Logo, percebe-se que contextos históricos distintos desencadearam interpretações também distintas do mesmo texto normativo. Esse mesmo caso trouxe uma mudança de entendimento também acerca da função do Mandado de Injunção, que, de sinônimo de “Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão”, passou a ser compreendido como “ação mandamental”, com efeitos concretizadores do direito fundamental violado por inércia.<sup>4</sup>

Não se pode desconsiderar, por outro lado, que a mudança de orientação quanto ao papel do Judiciário e do Supremo no Brasil foi antecedida e, assim possivelmente influenciada, por uma maciça produção doutrinária, que dialoga com o pensamento estrangeiro, sobre a “supremacia da Constituição”, “a eficácia imediata dos direitos fundamentais”, o papel do Juiz nas democracias contemporâneas, etc. Destarte, da mesma forma que a doutrina ajudou a catalizar o movimento de fortalecimento do Judiciário, entende-se que ela deve exercer o papel de orientação e de controle crítico dos eventuais excessos cometidos.

Em relação ao segundo ponto, ou seja, ao *como* as decisões devem ser tomadas, também não há previsão normativa específica. É dizer, a Constituição não enfrenta

---

interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;” (grifou-se) BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 25/01/2013.

<sup>2</sup> Acerca da problemática da classificação da “normas” constitucionais, sobretudo quanto ao conceito de norma de eficácia limitada, ver SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 117 e ss.

<sup>3</sup> “Art. 37. [...] VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” *Idem*.

<sup>4</sup> Sobre o ponto, consultar Mandado de Injunção nº 712-8 PA.

textualmente o problema da interpretação e da aplicação dos seus dispositivos. Trata-se, assim, de um problema teórico, do qual deve se ocupar a ciência do Direito, mas com clarividente e importante repercussão prática. No fundo, consoante se demonstrará, o fenômeno do “ativismo” está diretamente relacionado e condicionado, sem desconsiderar os fatores sóciopolíticos, a uma outra questão de teoria do Direito, ou seja, ao “*que*” e ao “*como*” da interpretação. Também nessa esfera a doutrina exerceu influência e deve realizar um papel de crítica. Tendo isso em conta, importa menos para a presente investigação realizar uma abordagem conceitual sobre essa realidade que é a atual hipertrofia do Judiciário, chamada de ativismo, protagonismo, etc., do que tratar do problema que o antecede, qual seja, o da interpretação.

Para cumprir tal desiderato, optou-se por analisar uma parte da tradição teórica do Direito germânico, que de certa forma conecta os dois temas centrais do trabalho, a interpretação jurídica e a criação judicial do Direito. Tal escolha se deveu primeiramente pela excelência do pensamento produzido naquele contexto em ambos os assuntos. Igualmente, pela sabida influência que exerce no Brasil. A intenção é, a partir de um excuro por algumas das principais correntes que deles se ocuparam, desde Friedrich Carl von Savigny até Friedrich Müller, lançar luzes para a problemática e quiçá contribuir para a discussão aqui no país.

Serão investigadas as linhas gerais desenvolvidas pelas assim designadas “Escola Histórica do Direito”, “Jurisprudência dos Conceitos”, “Jurisprudência dos Interesses”, “Movimento para o Direito Livre”, “Teoria Pura do Direito” e “Teoria Estruturante do Direito”. Não se ignora obviamente que estas não foram as únicas correntes que se ocuparam dos temas aludidos. Entretanto, o corte metodológico feito se justifica em vista do diálogo que existiu entre elas, o que também será objeto de demonstração, e dos possíveis frutos daí decorrentes.

Como fio condutor para toda a pesquisa será perspectivada a questão da subjetividade presente na interpretação jurídica, não somente no que tange à atuação judicial, mas igualmente no que toca ao obrar da ciência do Direito. Ambas serão aqui consideradas espécies de interpretação. A atenção recairá especialmente na forma como as teorias jurídicas citadas pensaram esse problema da subjetividade no interior de suas propostas, haja vista que as duas atividades, científica e jurisdicional, pretendem ser, na medida do possível, objetivas.

E tal objetividade não pode ser pensada apenas como uma faculdade. Em um Estado de Direito, como o brasileiro, a objetividade possui um caráter normativo, vez que o ato interpretativo está vinculado a textos normativos com caráter obrigatório. Especialmente no caso da interpretação judicial essa vinculação se afigura de extrema relevância, tendo em conta que a consequência do ato interpretativo pode interferir diretamente na esfera de liberdades dos indivíduos. De outra sorte, o próprio ato interpretativo pode abalar a relação entre os poderes na medida em que trate, por exemplo, de questões sobre as quais pairam dúvidas acerca da competência e limites materiais para atuação. Em última análise, o Judiciário poderá, como não raramente acontece, determinar a “última palavra” acerca do sentido da Constituição. Tal potencialidade implica necessidade de se perquirir sobre a legitimidade de tal interferência, o que se torna complicado, como dito, diante da ausência de parâmetros constitucionais específicos para o controle da atividade interpretativa. Nesse contexto é que se ressalta a importância de uma abordagem teórica.

Em outras palavras, a questão de fundo é saber se e de que maneira a subjetividade, genericamente aqui considerada como influência do sujeito que interpreta sobre o ato de interpretação e seu objeto, foi - e se de fato pode ser - problematizada pela tradição jurídica ora em destaque e equacionada com a aduzida pretensão (e por que não, dever) de objetividade? Trata-se de um problema ainda muito debatido no âmbito da teoria jurídica, seja estrangeira seja pátria, com reflexos práticos, sobre o qual inexistente consenso. A fim de expor a controvérsia, dois exemplos podem ser citados: um diz respeito ao tratamento dado pela ciência jurídica ao tema, o que representa, portanto, um viés mais teórico; o outro é uma decisão judicial que, apesar de não problematizar a relação entre subjetividade e objetividade na interpretação, ilustra bem a repercussão que a questão desencadeia do ponto de vista prático.

Acerca do primeiro exemplo, calha trazer a lume a descrição feita por Riccardo Guastini, para quem existem contemporaneamente três teorias da interpretação jurídica, ou como ele mesmo pretende, três famílias de teorias, quais sejam, a “teoria cognitiva ou formalista”; a “teoria cética” e a “teoria intermediária ou mista”.<sup>5</sup> Apesar de Guastini não

---

<sup>5</sup> GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 138. Esta descrição também pode ser encontrada com maiores detalhes em um texto do mesmo autor chamado “Interpretive Statements”: GUASTINI, Riccardo. *Interpretive Statements*. (In) ZACCARIA, Giuseppe (Hrsg./ed.) *Text und Recht/Text and Law. Ars Interpretandi*. Jahrbuch für juristische Hermeneutik. Journal of Legal Hermeneutics. Münster: LIT, 1998. p. 43 e ss. Guastini não deixa claro, entretanto, de onde ele retirou essa

fazer parte da tradição germânica, o que poderia tornar questionável a abordagem de seu pensamento no interior da presente pesquisa, será visto que nas propostas teóricas aqui investigadas, as formas de conceber a interpretação por ele citadas aparecem, ainda que não nomeadas da mesma forma.

Para a *teoria cognitiva*, a interpretação é a uma atividade descritiva, de conhecimento empírico<sup>6</sup>, que se ocupa do sentido objetivo dos textos normativos ou da vontade subjetiva dos seus autores. É dizer, em última instância, a questão gira em torno da verdade ou falsidade da interpretação, tendo como objeto textos normativos que materializam uma vontade objetiva ou subjetiva que não a do intérprete. Não há margem para criação por parte do Juiz, na medida em que o sentido da norma (texto normativo) é preexistente, devendo, portanto, ser encontrado e não criado. Em outros termos, apregoa-se um caráter objetivo para interpretação, sem intervenção subjetiva (da vontade).<sup>7</sup>

Na *teoria cética* encontra-se o extremo oposto. Para ela, a interpretação é um ato de valoração, de decisão, e não de descrição de sentido. Defende a ideia de que as palavras não possuem significados inerentes. Os textos podem ser entendidos de formas sempre diferentes e tais interpretações estão invariavelmente a depender das diversas posturas valorativas dos intérpretes. Carece de importância teórica o problema da verdade. As normas jurídicas são entendidas como resultado do processo interpretativo e não como a ele preexistentes. A interpretação possui, destarte, um caráter constitutivo.<sup>8</sup> Nessa corrente há uma aposta na subjetividade do intérprete - que cria a norma - e em certa medida uma despreocupação com os vínculos e limites objetivos do ato interpretativo.<sup>9</sup>

Ao seu turno, a *teoria intermediária ou mista*, em suas variantes, é uma tentativa de conciliar a ideia de cognição com a de valoração. Uma primeira espécie sustenta a viabilidade

---

classificação nem tampouco quais autores são representativos de cada teoria. Sem embargo, faz referência a autores tanto da tradição do “common law” quanto do “civil law”, o que denota uma pretensão de abranger contextos distintos e apresentar um panorama geral. Desde já frisa-se que não se está totalmente de acordo com a classificação por ele delineada, por deixar de fora os autores com influência da matriz hermenêutica.

<sup>6</sup> GUASTINI, Riccardo. *Interpretive Statements*. p. 43.

<sup>7</sup> GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. p. 139.

<sup>8</sup> GUASTINI, Riccardo. *Interpretive Statements*. P. 49. Dentro da assim designada teoria cética, na qual se fala em adscrição de sentido, Guastini ainda refere duas modalidades: a “atribuição” de sentido, na qual o Juiz, por exemplo, escolhe um entre os sentidos possíveis; e a “criação” de sentido, na qual um novo sentido do texto passa a ser defendido ou utilizado como fundamento para decisão. *Idem*, p. 59.

<sup>9</sup> GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. p. 141. Como exemplos de teorias céticas o autor cita o “realismo jurídico” em suas variantes americana, italiana e escandinava. *Ibidem*.

de se distinguir entre “descoberta” do significado de um texto normativo e “atribuição” de significado a esse mesmo texto. Parte da premissa de que quase todos textos normativos possuem uma “trama aberta”, isto é, são vagos e indeterminados em termos de sentido e que no seio desta vagueza há um “núcleo” luminoso e uma “zona de penumbra”. Desse dualismo retira a ilação de que para toda norma (texto normativo) a ser interpretada existem *casos difíceis* e *casos fáceis*. Nos últimos, o intérprete descreve um sentido já existente. Naqueles, o intérprete adscrive sentido, é dizer, atribui sentido e, para tal fim, age com discricionariedade. No entanto, a classificação de um caso como fácil ou difícil, que redundando posteriormente nos comportamentos descritivos ou criativos citados, não é para esta família teórica um ato interpretativo. Na fase determinante do processo, paradoxalmente, a subjetividade do intérprete não influencia ou, ao menos, não é problematizada.<sup>10</sup>

Uma segunda variante da teoria intermediária distingue, não entre casos fáceis ou difíceis, mas entre *textos normativos claros* e *obscuros*. Sustenta por exemplo que, diante de textos claros, não há necessidade de interpretações (*in claris cessat interpretatio*). Já quando o texto for obscuro o Juiz labora de forma discricionária.<sup>11</sup> Sem embargo, da mesma forma como ocorre com a distinção entre casos difíceis ou fáceis, a questão sobre se há na situação concreta um texto claro ou obscuro, que é pressuposto para se saber se o Juiz está autorizado a atuar com discricionariedade, não é posta, não é um problema de interpretação.

Guastini desenvolve uma teoria própria a qual não será estudada aqui. Faz-se uso de sua descrição das concepções existentes tão somente para pensar esquematicamente as teorias que serão investigadas ao longo da exposição. Outrossim, para buscar eventualmente uma possibilidade de abordagem distinta no interior desta mesma tradição. Colocando de forma resumida as propostas por ele elencadas, percebe-se uma polaridade clara entre uma *concepção objetivista* de interpretação, na qual inexistente espaço para (ou se desconsidera a) intervenção subjetiva do intérprete, representada tanto pela teoria cognitiva quanto pela intermediária. No caso desta, quanto ao ponto de partida. Nas teorias intermediárias a pergunta pela subjetividade aparece somente em um segundo momento, quando já se decidiu se na situação concreta há um caso difícil ou fácil, ou um texto claro ou obscuro. A decisão

---

<sup>10</sup> GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. p. 142-143. Como exemplo desta concepção Guastini cita a discussão entre Herbert Hart e Ronald Dworkin. GUASTINI, Riccardo. *Interpretive Statements*. p. 47.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 48.

sobre se o caso é fácil ou difícil ou se o texto é claro ou obscuro, entretanto, não é estabelecida como um problema de interpretação.

No outro polo tem-se uma *concepção subjetivista* de interpretação, na qual os valores pessoais do intérprete é que comandam o ato interpretativo, que é decisório e criativo e não descritivo. Ou seja, sempre há discricionariedade na interpretação. O texto normativo enquanto objeto não possui papel de destaque, no que se perde em termos de objetividade e se descarta da noção de vinculação, corolário do Estado de Direito.

Quanto ao segundo exemplo, o de ordem prática, destaca-se uma importante decisão tomada pelo STF recentemente, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, na qual restou discutida a possibilidade de se aplicar o regime jurídico das uniões estáveis a relacionamentos constituídos por pessoas do mesmo sexo, as chamadas “uniões homoafetivas”. A solução dada pelo tribunal possui um apelo teórico muito rico para os propósitos aqui colocados, na medida em que toca diretamente na questão da vinculação do intérprete aos textos normativos e, portanto, na polaridade antes afirmada. O ponto central do caso está em aplicar às uniões homoafetivas o regime constitucional e legal previsto para as uniões estáveis e, assim, dar “interpretação conforme” aos incisos II e V do art. 19 e do art. 33 do Decreto-Lei n° 220/1975<sup>12</sup> (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro) e ao art. 1.723 do Código Civil brasileiro<sup>13</sup>.

Antes de adentrar na análise do julgado propriamente dito, é preciso fazer dois esclarecimentos pontuais: o primeiro diz respeito a um problema formal relativo ao modo como as decisões do Supremo são construídas. Em grande parte dos julgados o consenso a que os Ministros chegam diz respeito apenas ao dispositivo da decisão. Não raras vezes o veredito é baseado em votos totalmente distintos no que diz respeito aos fundamentos. Assim,

---

<sup>12</sup> “Art. 19 - Conceder-se-á licença: [...] II - por motivo de doença em **pessoa da família**, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo; [...] V - sem vencimento, para **acompanhar o cônjuge** eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular;” (grifou-se) RIO DE JANEIRO. Decreto-Lei n° 220 de 18 de julho de 1975. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/e00625242f74e100032569bb0074c7c1/cb7fc6f032ee6e5683256eb40054bd0e>. Acesso em 25/01/2013.

<sup>13</sup> Art. 1.723 - “É reconhecida como entidade familiar a união estável **entre o homem e a mulher**, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. BRASIL. Código Civil. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em 25/01/2013. (grifou-se)

é possível dizer que frequentemente há dez ou onze decisões, que ao final concordam no resultado. Isso torna difícil o estudo e a crítica da jurisprudência da Corte, bem como caótico o papel de orientação que a jurisprudência do Supremo deve exercer em relação aos demais tribunais. Tal peculiaridade somente foi consignada porque alguns dos votos proferidos em tal julgado serão daqui em diante de fato tratados como “decisões” diferentes.

O segundo esclarecimento diz respeito estritamente ao conteúdo da decisão. Um primeiro ponto que merece relevo é que o STF deu tratamento uniforme para a “interpretação conforme” do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro e do Código Civil, quando deveria ter tratado de forma distinta os diplomas legais. Os parâmetros normativos constitucionais nesta questão específica não permitem o tratamento equânime para situações normativas infraconstitucionais distintas. Especificamente quanto à interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil considera-se que três dos votos que serão abordados agiram em certo sentido de encontro ao disposto na Constituição. Explica-se.

O precedente resultou do julgamento conjunto da ADPF nº 132 e da ADI nº 4.277.<sup>14</sup> A primeira foi proposta pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro. Indicou como violadora de preceito fundamental qualquer interpretação dos dispositivos do Estatuto dos Servidores aludido que implicasse discriminação de relações homossexuais, bem como algumas decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que negaram às uniões homoafetivas o mesmo regime jurídico das uniões estáveis. Subsidiariamente requereu o recebimento da ação como ADI, para dar interpretação conforme aos dispositivos do Estatuto e também ao art. 1.723 do Código Civil. A segunda ação foi ajuizada como ADPF, com pedido de distribuição por dependência da primeira, mas foi recebida como ADI. Restou postulado que o tribunal conferisse tratamento às uniões homoafetivas isonômico a aquele dado às uniões estáveis pela legislação, desde que atendidos os requisitos dessa. Não houve impugnação direta de dispositivo normativo, tampouco pedido de “interpretação conforme”, mas pedido de interpretação analógica do art. 1.723 do CC e extensão de seus efeitos à uniões homoafetivas. Ambas ações foram conhecidas como Ação Direta de Inconstitucionalidade e julgadas em conjunto.

---

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 - Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Origem RJ – Rio de Janeiro. Relator Min. Aires Britto. Requerente. Governo do Estado do Rio de Janeiro. DJ Nr. 198 do dia 14/10/2011. Acórdãos Acórdãos Plenário. e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 - Ação direta de inconstitucionalidade. Origem DF – Distrito Federal. Relator Min. Aires Britto. Requerente: Procuradoria Geral da República. DJ Nr. 198 do dia 14/10/2011. Acórdãos Acórdãos Plenário.

O julgamento foi pela procedência e a consequência foi que o STF determinou que as uniões homoafetivas a partir de então recebam tratamento equiparado às uniões estáveis, desde que cumpridos os requisitos dessas. Contra o resultado da decisão nada se pretende opor. Já quanto ao modo como se chegou ao resultado há alguns apontamentos críticos a se fazer. O que será destacado é a interpretação que o Supremo fez do art. 226, §3º da Constituição<sup>15</sup>, para ressaltar a questão da ausência de objetividade, neste contexto materializada no trabalho jurídico com textos normativos e, mormente, da (da ausência de) vinculação do intérprete a esses textos, especialmente no que toca à “interpretação conforme” do art. 1.723 do CC.

Isso porque a redação do texto infraconstitucional praticamente repete a do texto constitucional no que diz respeito ao requisito de gênero para configuração da entidade familiar designada como união estável. Em palavras mais singelas: tanto na Constituição quanto no Código Civil, a união estável somente pode ser formada por um homem e uma mulher. A pergunta que se faz é: poderia o STF, como de fato fez, dar “interpretação conforme à Constituição” ao dispositivo legal citado para excluir a questão de gênero como condicionante da união estável, se a própria Constituição impõe tal requisito? O texto do art. 226, §3º poderia ter sido desconsiderado para fins de determinação da interpretação constitucional, para num segundo momento realizar a interpretação legal conforme a primeira? Ou ainda, esse mesmo texto poderia ter sido usado para respaldar interpretação que contrarie sua própria dicção?

Desde já enfatiza-se que responder negativamente a essas perguntas não implica dizer que as uniões homoafetivas são carentes de abrigo constitucional. E com essas premissas os votos serão genericamente analisados. De outro lado, importa aduzir que não se vislumbra qualquer crítica a ser feita à decisão no que tange à interpretação do Estatuto dos Servidores do Rio de Janeiro, porque nesse caso não se encontra o mesmo óbice existente para o problema específico da união estável. Isto é, o Estatuto não fala dessa última. O que se postulou, no pedido principal da ADPF do Governo do Rio de Janeiro, foi a vedação de tratamento discriminatório das relações homossexuais quando da aplicação da lei fluminense.

---

<sup>15</sup> “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º - Para efeito da proteção do Estado, **é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar**, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” (grifou-se) BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Logo, a alusão - ou equiparação - ao instituto da união estável não se afigurava imprescindível.

Os votos proferidos pelos Ministros Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio, Luiz Fux e pela Ministra Carmen Lucia, resumidamente, após trabalharem com a ideia - com a qual se concorda - de que a Constituição não veda o reconhecimento da união homoafetiva, com fundamento em diversos dispositivos constitucionais que tratam da igualdade, da liberdade, do conceito de família, que não faz distinção de gênero, entre outros, deram interpretação conforme ao art. 1.723 do CC, que se ocupa especificamente da união estável, para repudiar qualquer interpretação que redunde em tratamento discriminatório às uniões homoafetivas.

O detalhe é que o texto do art. 226, §3º foi solenemente contrariado quanto ao requisito de gênero. Como mencionado antes, a Constituição prevê que a união estável decorre da relação entre homem e mulher, no que foi acompanhado pelo dispositivo infraconstitucional. Logo, como é possível fazer uma “interpretação conforme” para dizer que tal requisito não está previsto na Constituição, quando está? O Ministro Ayres Britto inicia seu voto, ao falar do instituto da “interpretação conforme”, referindo que a “plurissignificatividade ou polissemia” do dispositivo é condição para realização desta técnica interpretativa. Mas é de se questionar onde se encontra a polissemia das palavras “homem” e “mulher”?<sup>16</sup>

Um argumento utilizado na fundamentação da decisão é o de que quando a Constituição trata da questão da liberdade sexual, não limita sua disciplina a uniões entre pessoas de gêneros diferentes. Ademais, que somente quando o próprio texto constitucional dispuser em contrário, esse critério pode causar discriminação. Mas no caso da união estável a Constituição utilizou no art. 226, §3º o critério de gênero para dizer que somente a relação duradoura entre homem e mulher configura união estável. Assim, há disposição em contrário. Em outros termos, contra a liberdade sexual não existe texto normativo que limite a relação entre pessoas do mesmo sexo, mas quanto à sua configuração como união estável existe.

Além do mais, no mesmo voto, ao conceito de família previsto no *caput* do art. 226 foi dada importância superior à previsão do parágrafo terceiro do mesmo artigo. Assim, como

---

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277. AIRES BRITTO, p. 1.

fundamento, apenas a parte (parágrafo) é vista a partir de um todo (*caput*), mas o todo (conceito de família do *caput*) é construído sem considerar o que a parte (parágrafo) fala acerca do conceito de união estável (homem e mulher). Ou seja, a união estável é uma das modalidades de família expressamente albergadas pela Constituição, mas somente pode ser formada, pela dicção constitucional, por um homem e uma mulher. Disse o Ministro, sem embargo, que pensar a partir da literalidade do dispositivo seria admitir que a Constituição incorre em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico.<sup>17</sup> Mas o que não se perguntou foi se de fato o “discurso constitucional” é preconceituoso? E se for? E se o texto cristalizar uma ideia preconceituosa? Pode o intérprete alterá-lo? O Ministro Marco Aurélio se colocou tais perguntas e assim as respondeu:

[...] Não é dado interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar [o da dignidade], agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. Mostra-se inviável, porque despreza a sistemática integrativa presentes princípios maiores, a interpretação isolada do artigo 226, § 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, até porque o dispositivo não proíbe esse reconhecimento entre pessoas de gênero igual.<sup>18</sup>

Ninguém duvida que uma interpretação que fira diretamente a dignidade da pessoa humana está vedada pelo ordenamento. Mas novamente é de se colocar a questão: e como fica o dispositivo do art. 226, §3º que, assim como a dignidade, também positivada constitucional? A pretexto de não interpretá-lo isoladamente é possível deixar de interpretá-lo? Ou interpretá-lo em sentido distinto e incompatível com sua textualidade? Mais uma vez traz-se à baila a fundamentação do Ministro Marco Aurélio:

Quanto à equiparação das uniões homoafetivas ao regime das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, o **óbice gramatical pode ser contornado com o recurso a instrumento presente nas ferramentas tradicionais de hermenêutica**. Não é recente a evolução doutrinária relativa à teoria das normas jurídicas, nas quais se ampliou a compreensão da função e do papel dos princípios no ordenamento jurídico. Ana Paula de Barcellos (A eficácia dos princípios constitucionais, 2010) lembra que os princípios são dotados de múltiplas possibilidades de eficácia jurídica, destacando-se a utilização como **vetor hermenêutico-interpretativo**. Casos há em que os princípios possuem eficácia positiva, o que ocorre precisamente quando o núcleo essencial de sentido deles é violado.<sup>19</sup> (grifou-se)

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277. AIRES BRITTO, p. 34.

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277. MARCO AURÉLIO, p. 15. Conteúdo entre colchetes ausente no voto.

<sup>19</sup> *Idem*, p. 16.

Está-se mesmo diante de um mero “óbice gramatical” que pode ser transposto via consideração de “princípios” constitucionais de suposta carga valorativa superior como vetores hermenêutico-interpretativos? Se sim, através de quais “ferramentas tradicionais de hermenêutica”? Tais questões não são exploradas no voto. Pois do “núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana” o Ministro “extraiu” a conclusão de que há uma obrigação constitucional de abrigar as uniões homoafetivas e que a dicção do art. 1.723 do CC “[...] está muito aquém do que consagrado pela Carta de 1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários”.<sup>20</sup> Com tal fundamento deu interpretação conforme ao texto infraconstitucional.

Não destoa dessa posição no essencial o voto da Ministra Carmen Lúcia. Aduz a Ministra que o art. 1.723 do CC repetiu a dicção constitucional do art. 226, §3º, mas ao mesmo tempo assevera que o texto deste último deve ser interpretado de forma sistemática com os demais dispositivos constitucionais, levando em conta a “palavra” e o “espírito” que se põe no sistema. Assevera a Ministra:

[...] parece-me perfeitamente razoável que se interprete a norma em pauta em consonância com o que dispõe a Constituição em seus princípios magnos. Sistema que é, a Constituição haverá de ser interpretada como um conjunto harmônico de normas, no qual se põe uma finalidade voltada à concretização de valores nela adotados como princípios.<sup>21</sup>

Ao seu turno, o voto do Ministro Lewandowski chegou à conclusão da aplicabilidade do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas, mas por fundamentos totalmente distintos, que não desprezaram o disposto no artigo constitucional citado. Muito ao contrário. Afirma o Ministro que a Constituição prevê expressamente três modalidades de família: a constituída pelo casamento; a constituída por união estável e a monoparental.<sup>22</sup> Ademais, que o legislador constituinte remeteu ao legislador infraconstitucional a conceituação de união estável, que foi feita, no que tange a questão de gênero discutida, nos mesmos moldes do texto constitucional, ou seja, pressupõe a relação entre homem e mulher. Diante disso, não há, segundo ele, como enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma dessas espécies de família.<sup>23</sup> Com suas palavras:

---

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277. MARCO AURÉLIO, p. 17.

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277. CARMEN LÚCIA, p. 5.

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277. LEWANDOWSKI, p. 2.

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277. LEWANDOWSKI, p. 4.

Não há, aqui, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de uma de mutação constitucional ou mesmo de proceder-se a uma interpretação extensiva do dispositivo em foco, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4o, III, o qual erige a "separação dos Poderes" à dignidade de "cláusula pétrea", que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional. É certo que o Judiciário não é mais, como queriam os pensadores liberais do século XVIII, mera bouche de la loi, acrítica e mecânica, admitindo-se uma certa criatividade dos juizes no processo de interpretação da lei, sobretudo quando estes se deparam com lacunas no ordenamento jurídico. **Não se pode olvidar, porém, que a atuação exegética dos magistrados cessa diante de limites objetivos do direito posto.**<sup>24</sup> (grifou-se)

Por outro lado, o voto citado desmistifica o argumento de que ao texto constitucional não se pode dar uma interpretação que implique discurso preconceituoso. Isso porque o próprio texto, nesta perspectiva, foi fruto sim da vitória política de posições preconceituosas. O Ministro cita um trecho da discussão travada na Assembléia Constituinte em que o tema foi colocado em pauta e expressamente votado:

O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI: - Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), 5 3o. Este parágrafo prevê: 1 Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento' Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gays através do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no show do Fantástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e pede que se coloque no §3o dois artigos: Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento'. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembléia, mas, para se evitar toda e qualquer malévolia interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda. O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE: - Isso é coação moral irresistível. O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): Concedo a palavra ao relator. O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES: - A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo. O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL) : - Sr. Presidente, estou de acordo. O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES) : - Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. (Pausa). Aprovada (Palmas).

Não pode o intérprete da Constituição substituir ou ignorar o disposto no texto constitucional porque o considera preconceituoso. Em termos de objetividade e de vinculação, ao menos nesta fase introdutória da investigação, significa que os textos normativos não estão à disposição do sujeito para que sejam empregados ou não ao seu bel prazer. Na medida em que determinado texto guarde consonância com uma situação fática posta ao tribunal para análise, não pode ser ignorado, tampouco a ele pode ser dada uma interpretação que vá

<sup>24</sup> *Idem*, p. 6.

totalmente de encontro à sua literalidade, ainda que o motivo seja o mais nobre imaginável. Caso contrário, deixa de existir vinculação. O Poder Judiciário não estaria mais submetido ao Direito, mas acima dele.

A solução encontrada pelo Ministro Lewandowski parece mais respeitosa aos limites objetivos do ordenamento e sobretudo ao que dispõe o art. 226, §3º. A questão que ele se colocou, após perguntar-se sobre o que diz o texto constitucional acerca do conceito de família, é se o rol nele previsto é exemplificativo ou taxativo? Ou seja, se a Constituição só autoriza as três formas de família nela previstas, é dizer, a resultante de casamento, de união estável e a monoparental.

Chegou à conclusão que não, isto é, de que não há vedação à construção de novos modelos de famílias, entre eles a união constituída por pessoas do mesmo sexo. Trata-se de uma nova “entidade familiar” não prevista expressamente, mas também não vedada pela Carta Magna, que pode, em sua opinião, ser deduzida de uma leitura sistemática do texto como um todo e, sobretudo, “[...] da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise”.<sup>25</sup> Ao destacar que não estava reconhecendo a união homoafetiva através de interpretação extensiva do art. 226, §3º, mas, ao invés disso, através de uma integração analógica, pontuou que é possível aplicar a elas o regime jurídico previsto na legislação infraconstitucional para as uniões estáveis, no que couber.

A diferença em relação aos demais votos parece sutil, já que se chegou à mesma conclusão, mas na verdade encerra posturas interpretativas bem distintas. Os três primeiros, ao procurarem solucionar o problema através da interpretação conforme do art. 1.723 do CC, acabaram irremediavelmente contrariando o disposto no art. 226, §3º da CF, que dispõe expressamente e, no mesmo sentido que a lei, sobre as uniões estáveis condicionando-as ao requisito do gênero. A única interpretação conforme possível neste caso, com a devida vênia, é a que mantém a literalidade de ambos os dispositivos.

---

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277. LEWANDOWSKI, p. 7.

A questão bem ressaltada no voto do Ministro Lewandowski é que as uniões homoafetivas não podem ser consideradas uniões estáveis em razão do óbice constitucional, mas não precisam, por isso, ficar sem abrigo. A elas podem ser aplicados analogicamente o mesmo regime, desde que se considere existente uma “lacuna” na Carta Magna e a possibilidade de sua “colmatação” através da criação jurisprudencial de uma nova “entidade familiar”, juridicamente não proibida. Trata-se de uma opção interpretativa, que também não está totalmente isenta de críticas, mas que segue a jurisprudência mais recente do tribunal quanto à tese do “legislador positivo”, sem ferir o texto constitucional.

O exemplo foi trazido à discussão porque, a par de despertar as mais profundas paixões, põe a descoberto o problema aqui investigado. Se não se acredita mais na ideia de um juiz autômato, boca acrílica e mecânica da lei, como disse o Ministro Lewandowski e, de outro lado, se admite que a interpretação possui um certo componente criativo, que tipo de atividade é esta? Quais seus limites, sobretudo diante do texto da Constituição? Quais instrumentos hermenêuticos podem ser manejados para se lidar com textos normativos, considerando que contextos históricos distintos geram interpretações distintas? Novamente se destaca que estes são problemas teóricos que precisam ser enfrentados. É o que se pretende aqui fazer. Neste empreendimento, na medida do possível, a proposta de classificação das teorias da interpretação feita por Guastini, bem assim o precedente do STF serão trabalhados ao longo da exposição das correntes doutrinárias objeto de estudo.

O que será demonstrado é que tanto a atividade do cientista do Direito, quanto a do Juiz, não estão necessariamente fadadas a ser compreendidas no interior da polaridade objetividade-subjetividade. Como fundamento para essa pretensão, será estudada a tradição desenvolvida pela hermenêutica de caráter filosófico acerca do conceito de interpretação. O diálogo com a filosofia se justifica na medida em que as matrizes da interpretação jurídica não ficaram isentas das discussões filosóficas a elas contemporâneas. A referida polaridade também se apresentou no âmbito da filosofia e exerceu tácita ou expressamente influência na esfera jurídica. O objetivo é comprovar que no interior da tradição da hermenêutica filosófica desenvolveu-se um modelo interpretativo que transcende a polaridade citada enquanto tal. Ao assim fazê-lo, permite ao mesmo tempo trabalhar com a subjetividade inexorável ao ato

interpretativo, sem desconsiderar a “autonomia” do objeto. Assim, pode oferecer um novo paradigma<sup>26</sup> para pensar o problema da interpretação jurídica como um todo.

A fim de evitar o problema do regresso *ad infinitum* na abordagem histórica, após investigar-se perfunctoriamente as origens da expressão “hermenêutica” e o significado que a palavra adquiriu em determinados contextos e áreas do conhecimento, a ideia de hermenêutica será estudada no primeiro capítulo a partir de uma perspectiva específica: as linhas fundamentais da hermenêutica filosófica desenvolvida pelo filósofo alemão Hans Georg Gadamer em sua obra principal, “Verdade e Método”. Neste capítulo serão precedentemente analisadas de forma genérica, sem qualquer pretensão de exaustão, mas tão somente para demonstrar os pressupostos a partir dos quais a hermenêutica gadameriana opera, as concepções de de Schleiermacher, Dilthey e Heidegger. Isso porque as obras destes três autores exerceram influência direta em Gadamer.

A alusão ao pensamento de Gadamer afigura-se pertinente primeiramente em vista de esse autor adotar a hermenêutica jurídica como uma das referências paradigmáticas para elaboração de sua teoria.<sup>27</sup> Em segundo lugar porque a leitura de Verdade e Método acabou desencadeando uma série de questões no âmbito da ciência do Direito e uma mudança de pensamento na hermenêutica jurídica, inicialmente na Alemanha e, após, em vários outros países, inclusive no Brasil.<sup>28</sup> Ou seja, houve e há um diálogo entre as tradições filosófica e jurídica nesta seara. A pergunta que subjaz a este ponto da investigação é se e em que medida a hermenêutica filosófica de Gadamer pode contribuir para o estudo da hermenêutica jurídica, já que em ambas o problema da interpretação é central.

---

<sup>26</sup> O termo aqui é tomado a partir do pensamento de Thomas Kuhn como “[...] realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, **forneem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.**” (tradução livre) (grifou-se) KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*. 2. ed. Enlarged. Chicago: University of Chicago Press, 1970. p. IV. Segundo o autor, “[...] Homens cuja pesquisa está baseada em paradigmas compartilhados estão comprometidos com as mesmas regras e padrões para a prática científica. Esse compromisso e o aparente consenso que produz são pré-requisitos para a ciência normal, isto é, para a gênese e a continuação de uma determinada tradição de pesquisa.” (tradução livre) *Idem*, p. 11.

<sup>27</sup> GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Tradução de Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 426 e ss.

<sup>28</sup> Esta influência se fez notar em importantes juristas alemães como Friedrich Müller, Martin Kriele, Josef Esser, Karl Larenz, Konrad Hesse, Arthur Kaufmann, entre outros. Na Itália, por exemplo, merece menção o pensamento de Giuseppe Zaccaria e Francesco Viola. Já na Espanha é possível fazer referência a Antonio Osuna Fernandez-Largo. Entre nós, indispensável o estudo das obras do professor Lênio Streck que, pioneiramente, desde o final da década de 90 do século passado vem trabalhando com os pressupostos da Hermenêutica Filosófica no Direito, no que denomina “Nova crítica do Direito”, a partir do que também designou “Filosofia no Direito”. Sobre esse último ponto, consultar os livros listados nas referências bibliográficas *in fine*. De se frisar ainda no contexto brasileiro o pensamento do Prof. Inocêncio Mártires Coelho.

Na linha das perguntas anteriores, outra questão que move o presente esforço investigativo é se existe uma diferença estrutural em termos hermenêuticos entre a atividade científica e a atividade judicial, no que toca ao processo interpretativo. Desde o título do presente trabalho esse problema é colocado, já que se fala em “interpretação jurídica” e “criação judicial do Direito”. Será visto que, ao longo da tradição jurídica a ser estudada, tal questionamento, quando colocado, recebeu distintas respostas.

Outrossim, entre os problemas jurídico-hermenêuticos que serão abordados, que possuem ligação umbilical com a interpretação, destaca-se a relação entre Direito e realidade. A investigação será feita a partir de distintas perspectivas: do papel prático e/ou teórico da ciência do Direito e do *status* epistemológico que ocupa a “realidade” na atividade científica; se a atividade da aplicação prática do Direito pelos juízes, por exemplo, foi ao longo do desenvolvimento das correntes de pensamento mencionadas, objeto de preocupação enquanto problema científico. Isto é, se no caso de a “realidade” fazer parte do objeto da ciência jurídica, as decisões judiciais estariam abarcadas neste conceito de realidade; de que forma a realidade opera na interpretação judicial, etc. Nesse intento pretende-se perscrutar os pontos de contato entre hermenêutica (jurídica e filosófica), ciência do Direito e aplicação prática (judicial) desse.

De outra sorte, como questões específicas de hermenêutica jurídica - e como consequência da forma como a relação entre Direito e realidade é compreendida - surge o problema da interpretação em sua relação com a aplicação, ou seja, se são fenômenos distintos ou partes de um processo unitário, bem como que tipo de implicações teóricas e práticas decorre da possível resposta. Além disso, sempre na perspectiva das correntes jurídicas já referidas, serão estudados o conceito de norma jurídica, a questão do método, o papel dos “cânones” ou “elementos” clássicos da interpretação, a pergunta pela existência e pelo preenchimento das lacunas, a pergunta pela vontade da lei (“*voluntas legis*”) ou do legislador (“*voluntas legislatoris*”) e ainda a vontade do intérprete como critérios interpretativos.

No segundo capítulo será abordada a “Escola Histórica do Direito”, a partir da visão de seu principal representante, Savigny, bem como sua influência sobre a assim intitulada “Jurisprudência dos Conceitos”, que teve em Georg Friedrich Puchta e em Rudolf von Jhering seus principais expoentes no Direito privado e em Carl Friedrich von Gerber e em Paul

Laband sua expressão no Direito público. Quanto à Jurisprudência dos Conceitos, os esforços serão concentrados nos dois primeiros autores, em virtude de sua precedência histórica e da influência que exerceram nos dois últimos. Para além dos pontos de referência citados, se investigará se há uma continuidade ou uma ruptura nos conceitos de interpretação existentes na na Escola Histórica e na Jurisprudência dos Conceitos.

No terceiro capítulo, o estudo será voltado inicialmente para o pensamento de Jhering, notadamente sobre seus trabalhos da fase mais madura, designada pela doutrina como “viragem pragmática”, na qual o autor rompe com os pressupostos da “Jurisprudência dos Conceitos”, que até então defendia, e passa a investigar a faticidade<sup>29</sup> que constitui o Direito, a partir dos interesses históricos a ele subjacentes. Nesse contexto, o pensamento de Jhering será apresentado também em sua relação com as doutrinas críticas do Direito privado alemão do final do século XIX início do XX. Especialmente o “Movimento para o Direito Livre”, nas figuras de Eugen Ehrlich e Hermann Kantorowicz, e a “Jurisprudência dos Interesses”, tendo como base as obras de Philipp Heck. Ademais, a atenção recairá no diálogo crítico realizado também entre estas duas últimas tendências.

No quarto capítulo as atenções se direcionarão para Hans Kelsen e sua “Teoria Pura do Direito”. O foco neste estágio será uma tentativa de apresentar o pensamento do autor numa perspectiva de diálogo com a tradição, especificamente com a tradição desenvolvida pelas correntes antes citadas. Para além de um panorama geral da problemática que esta perspectiva envolve, como o conceito de ciência jurídica, o de norma jurídica e o de interpretação nele presentes, a intenção será destacar, sobretudo no que tange a este último tópico, a influência que o “Movimento para o Direito Livre” exerceu em Kelsen. Em especial quanto à sua teoria da interpretação autêntica, é dizer, aquela realizada pelos órgãos estatais dotados de autoridade, entre os quais os juízes. Outrossim, receberá destaque a distinção criada por Kelsen entre interpretação científica e judicial tendo em mente a pretensão de objetividade já aludida, bem como o problema da subjetividade.

No último capítulo abordar-se-á o pensamento de Friedrich Müller, tanto de sua “Teoria Estruturante” da norma, quanto de sua “Metódica jurídica Estruturante”, demonstrando que ele também não descurou da tradição que o antecedeu e que sua obra

---

<sup>29</sup> Faticidade aqui é utilizada no sentido vulgar, como sinônimo de realidade, não no sentido que Heidegger emprega em sua “hermenêutica da faticidade”, que designa a determinação fundamental da existência humana.

realiza com ela um diálogo crítico importante, de forma a identificar as falhas teóricas cometidas pelos seus antecessores, bem como seus acertos. Seu pensamento será apresentado como ponto alto desta tradição, no sentido de que consegue dar conta dos problemas próprios da hermenêutica jurídica, sem tangenciar as questões postas pela hermenêutica de caráter filosófico.

Ademais, será demonstrado que sua teoria pode fornecer bases sólidas para se pensar de forma unitária a questão da interpretação jurídica e o problema da criação judicial do Direito no Brasil, a partir de uma perspectiva constitucionalmente vinculada. Especificamente no que toca ao problema da interpretação, Müller pode ser visto como uma “terceira via” no tocante à oposição entre descrição (cognição) e criação (volição), conseguindo escapar do dualismo objetividade-subjetividade. Outrossim, sua teoria conjuga “Direito” e “realidade” numa perspectiva não dualista e trabalha a importância do texto normativo como uma questão normativa e decorrente da ideia de Estado de Direito que, entre nós, precisa ser resgatada. Por derradeiro, será visto que o autor, sem cair num “positivismo legalista”, propõe uma forma totalmente renovada de conceber em termos metódicos o modo de trabalho com os textos normativos, a partir dos elementos clássicos da interpretação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do estudo realizado, algumas conclusões parciais e sempre temporárias, puderam ser extraídas. Percebeu-se que os grandes temas aqui abordados, quais sejam a interpretação jurídica e a criação judicial do Direito, não estiveram sempre necessariamente ligados. É dizer, este último assunto nem sempre foi, ao longo da tradição aqui investigada, alvo de preocupação teórica. Sem embargo, o tema também não é novo. Já a partir das últimas décadas do século XIX vem sendo estudado com mais detença, desde perspectivas periféricas até propostas mais sistemáticas.

Por outro lado, foi possível constatar que, ainda que indiretamente, os paradigmas filosóficos e hermenêuticos foram ao longo da história influenciando o estudo do Direito. Significa isso que ignorar de forma proposital ou não as questões hermenêuticas (e filosóficas), o que já é em si um problema hermenêutico, não torna supérfluo o seu estudo. Em outros termos, o ato interpretativo e a questão da atividade judicial são eminentemente hermenêuticos, ainda que não se tenha consciência disso, o que de certa forma justifica o empreendimento aqui realizado.

Quanto ao diálogo entre hermenêutica filosófica e hermenêutica jurídica, considera-se deveras proveitoso, tendo em vista que os questionamentos colocados por aquela afetam diretamente a esta. De forma exemplar, o problema da estrutura prévia da compreensão e da participação do sujeito; da aplicação presente sempre na compreensão, que abarca por sua vez o conceito de interpretação; a questão da historicidade e da impossibilidade de se objetificar o estudo da História, que traz ínsita a noção de pertença e de contextualidade na compreensão; a ideia de alteridade do objeto a ser compreendido, ou seja, no caso de um texto, a necessidade de deixar o texto (coisa) falar, e não impor os próprios prejuízos acerca do objeto no momento da compreensão; e por fim a noção de universalidade da hermenêutica e seu caráter prévio a

toda a proposta de investigação científica, colocaram em relevo a necessidade de se perguntar em que medida a hermenêutica jurídica e a ciência jurídica deram ou dão conta destes questionamentos.

A própria relação entre hermenêutica e ciência no âmbito jurídico pôde ser repensada. Partindo-se da hermenêutica filosófica como uma hermenêutica universal, propôs-se uma concepção de hermenêutica jurídica como hermenêutica regional, mas com caráter de “universalidade” no âmbito do fenômeno jurídico. Este foi o ponto de partida para a investigação das escolas jurídicas aqui exploradas. Igualmente, tendo em vista a premissa de que a hermenêutica tem funções teóricas e práticas, procurou-se perquirir acerca de como esta relação foi pensada nas referidas escolas, bem como sobre a aplicabilidade destas teorias no contexto brasileiro atual.

A Escola Histórica do Direito e a Jurisprudência dos Conceitos desenvolveram uma metodologia, que foi tomada aqui como sinônimo de hermenêutica, voltada eminentemente para a tarefa científica, relegando em certo sentido, o problema da aplicação (judicial) do Direito a um segundo plano. Em virtude disso, designou-se essa proposta como hermenêutica parcial. Notou-se que a realidade também não era vista por estas correntes como co-constitutiva no processo de interpretação. Havia assim uma cisão clara entre teoria e prática.

Ademais, foi possível verificar que por trás desta metodologia estava o paradigma das ciências da natureza ao menos no que toca ao ideal de objetividade da investigação. Procurava-se nela eliminar qualquer forma de subjetividade na tarefa científica. Esta objetividade era materializada e garantida pela ideia de “sistema”. É dizer, a construção de um sistema para conhecer o Direito, eliminaria a participação subjetiva do intérprete. E mais, este sistema permitiria, num estágio mais avançado, inclusive criar Direito sem desnaturar a objetividade. Ou seja, havia a aposta numa “criação objetiva”. Já na atividade judicial o problema da subjetividade sequer era levado a sério, na medida em que o Juiz deveria realizar tão somente uma operação lógica de adaptação da construção realizada pelo sistema aos fatos.

De outra sorte, além da ausência de maiores investigações acerca da aplicação prática do Direito, a distinção entre o objeto de investigação da ciência para estas escolas e, portanto, do obrar da hermenêutica, com relação à realidade atual no Brasil, fez com que se chegasse à ilação de que não há como transportar acriticamente tais teorias para utilizá-las

hodiernamente. Todo o aparato teórico construído por Savigny, Puchta e Jhering, como referido, destinava-se a sistematizar o Direito romano recepcionado na Alemanha, haja vista o Direito não estar codificado naquele contexto. Do ponto de vista da hermenêutica filosófica o método seria inadequado ao objeto (Direito codificado e regido por uma Constituição como vértice do ordenamento). Acresce ainda que tanto a objetividade pura quanto a separação entre o objeto de interpretação e a realidade na qual está inserido, como se aquele fosse algo suficiente em si, é insustentável.

Sem embargo, não há como desconsiderar a importante função que a ciência jurídica exerceu durante o século XIX na Alemanha, de fato sendo considerada uma fonte de Direito. Não sem razão ainda hoje os professores e a doutrina por eles desenvolvida têm grande prestígio naquele país e fora dele. Conhecer essa tradição, desde que a partir de sua historicidade, e revistos os pressupostos hermenêuticos que a alicerçava, pode servir de ponto de partida para se repensar o papel da doutrina no Brasil, tão desgastada em diversas áreas do Direito, muitas vezes se limitando a descrever os feitos da jurisprudência, que por ser não raro caótica em diversas searas e por mudar diariamente, faz com que cada vez menos se prestigie o que os juristas têm a dizer. Basta ver o descompasso, para não dizer abismo, existente no Brasil, entre o que se estuda nas pós-graduações e o que os juízes e Tribunais fazem na prática.

Quanto ao giro metodológico proposto por Jhering em sua segunda fase, pensa-se que proporcionou um importante avanço no que diz respeito à relação entre Direito e realidade, bem como à forma como a atividade judicial era compreendida. Jhering criticou frontalmente a Jurisprudência dos Conceitos, na qual ele mesmo esteve inserido durante muito tempo, acusando-a de idealista e de formalista, no sentido de estar desconectada dos fatos e ser autorreferente, embora não com essas palavras. Procurou operar uma “guinada sociológica” no interior da ciência do Direito. De outra banda, desacreditou a concepção de Juiz autômato, referindo que o modelo de subsunção apregoado pela tradição não condizia com o que ocorria na prática.

Apesar destes avanços, Jhering ficou preso entre a influência do paradigma das ciências da natureza e a tentativa de superá-lo. Ainda que a historicidade tenha ganhado foros privilegiados em sua investigação, bem como o elemento da vontade, que passou a rivalizar durante o século XIX na filosofia geral com o elemento racional, tenha recebido uma posição

central em sua teoria, vislumbra-se a manutenção de uma perspectiva ligada ao paradigma naturalista. Ressaltou-se, nessa linha, o fato de que os exemplos utilizados pelo autor para explicar sua “lei da finalidade”, que supostamente inseriria o Direito em outro paradigma frente à “lei da causalidade”, eram eminentemente da biologia. Logo, Jhering manteve latente em seu pensamento o pressuposto da objetividade da ciência.

Ademais, seu projeto metodológico, e no sentido aqui apregoado hermenêutico, também pode ser considerado como parcial, já que muito embora tenha rompido em certa medida com o modelo subsuntivo de decisão judicial, não apresentou no sentido positivo um modelo de compreensão desta atividade em conjunto com a atividade científica. Limitou-se a fazer observações marginais, o que não permite pensá-lo como o sistematizador de uma mudança de orientação neste aspecto, mas com certeza como precursor de uma nova forma de compreensão.

No que tange à possibilidade de se utilizar esta nova metodologia atualmente, mantém-se o “problema” da diversidade de objetos de interpretação, já que Jhering também tinha em mãos o Direito romano, é dizer, estava preocupado não só em sistematizá-lo, mas em pensar suas condições sociológicas na Alemanha do século XIX. Nada obstante, as noções de “império do Direito”, isto é, de vinculação de todos aqueles que estão por ele regidos, é de extrema atualidade em termos de meta a ser atingida ainda hoje. Por outro lado, o conceito de norma como imperativo abstrato, mas não nos moldes kantianos e sim perspectivada a partir dos interesses subjacentes, bem como a ideia de que se pode considerar Direito apenas o que advém do Estado, inauguram uma nova forma de compreender o fenômeno jurídico que ecoa até a atualidade, motivo pelo qual seu pensamento mereceu destaque, ainda que na forma resumida ora apresentada.

O Movimento para o Direito Livre, que tem parcialmente suas raízes na mudança de orientação proporcionada por Jhering, mas que não foi uma corrente uniforme em termos de fundamento e de direção, radicaliza a crítica à tradição. Em Kantorowicz, por exemplo, tem-se a assunção do elemento da vontade e, portanto, da subjetividade como nuclear, tanto na atividade da ciência como na judicial, ambas para ele com função criativa. Resgata-se a ideia de ciência como fonte do Direito desenvolvida pela Escola Histórica e pela Jurisprudência dos Conceitos, mas não mais com base racionalista e sim voluntarista, ou por que não dizer, irracionalista. Rompe-se com aquelas também no que toca à função judicial, na esteira de

Jhering, aduzindo que o ato de decisão é um ato de vontade e, portanto, regido pela subjetividade.

Kantorowicz procura inserir o Direito no paradigma das ciências do espírito que, naquele contexto estavam ganhando autonomia em termos metodológicos. Percebe-se no autor um modelo hermenêutico, ou anti-hermenêutico se tomada a hermenêutica no sentido metodológico até então defendido, de caráter mais geral, é dizer, que não parte de distinções entre os sujeitos da interpretação. Há uma unidade em termos de pressuposto, qual seja o da vontade, que rege tanto o cientista quanto o Juiz. No entanto, inexistente uma proposta positiva em termos metodológicos, é dizer, Kantorowicz realiza nos escritos aqui consultados, uma crítica muito mais desconstrutiva do que propositiva.

Além do mais, apesar do progresso em termos de “universalização” no interior do fenômeno jurídico, apenas no aspecto negativo como visto, assumir o elemento da subjetividade como premissa hermenêutica, ainda que fosse possível construir uma ciência alicerçada nos “princípios do Direito livre”, seja lá o que isso signifique, faz com que o objeto da interpretação (Direito) perca independência em relação ao sujeito (intérprete). Este se apropria voluntaristicamente do sentido daquele, ou está ao menos de forma latente autorizado a fazê-lo. É dizer, se no modelo anterior tem-se uma relação sujeito-objeto em que aquele é substituído por um “sistema impessoal”, o que teoricamente possibilita a defesa da objetividade, neste modelo o esquema sujeito-objeto é levado ao extremo, mas agora não por um sistema objetivo e sim pelo sujeito mesmo, a partir de sua subjetividade (vontade). De um lado um “objetivismo idealizado”, de outro um “subjetivismo assumido”. Em especial nesta última forma, perde-se totalmente a noção de vinculação dos intérpretes ao Direito.

Em Ehrlich a consciência acerca da função de criação do Direito realizada pelo Juiz é tomada como ponto de partida para a elaboração de seu projeto de ciência. Trata-se de um modelo hermenêutico parcial, tendo em vista que a criação judicial não é investigada em si, mas apenas como fato a ser observado, ao lado dos demais “fatos do Direito”, noção que assume uma função central para este autor. Ehrlich, diferentemente de Kantorowicz, está baseado no paradigma das ciências da natureza. Seu ideal de ciência é buscado na Sociologia, mais especificamente no pensamento de Comte. É dizer, ele procura criar uma ciência jurídica objetiva, no sentido de descritiva da realidade. Essa, a realidade, para ele, constitui o Direito.

Sobre a crítica possível a este paradigma e sua adoção na ciência jurídica já se falou anteriormente, não sendo necessário a ela retornar.

Do estudo realizado por Ehrlich, além da consciência acerca do papel de criação do Juiz, merece destaque a distinção por ele realizada entre a forma e o conteúdo do Direito, sendo que aquela se manifesta especialmente através das normas de decisão. Essas, ao seu turno, não se identificam com as prescrições jurídicas. Já conteúdo é encontrável nas formas de organização social de fato existentes. É uma nova perspectiva da relação entre Direito (prescrições jurídicas) e realidade, em que esta de certa maneira determina o conteúdo daquele. A influência da realidade marca o caráter prático que Ehrlich quer dar à ciência jurídica, que segundo ele deve orientá-la, bem como ao Juiz.

Para além das críticas possíveis à objetividade na ciência jurídica, faz-se necessário refletir acerca da proeminência que Ehrlich dá aos “fatos do Direito” em detrimento das prescrições legais. A seguinte pergunta pode nesta linha ser colocada: como se poderia qualificá-los de fatos “do Direito” antes de se saber o que é Direito, é dizer, sem referência às prescrições legais? Segundo ele, essas teriam seu conteúdo determinado pela realidade, e o Direito livre seria justamente aquele que rege os fatos independentemente ou contra as prescrições. Novamente, pensa-se que esta postura que desvaloriza o texto normativo, denominado por Ehrlich de prescrição legal e assim tangencia a ideia de vinculação. Por outro lado, a complexidade da sociedade atual tornaria extremamente difícil tal investigação.

Pense-se na diversidade cultural que existe no Brasil. Os “fatos do Direito” podem ser totalmente diferentes de um Estado-membro para outro. Ter-se-iam assim “Direitos” diferentes? Quer-se crer que não. Pensa-se que apesar da importância de se compreender o Direito em conexão com a realidade a qual ele regula e na qual ele está inserido, nenhuma proposta que tome esta relação de forma polarizada, ainda que a ênfase esteja na realidade, oferece um instrumental adequado para compreender o fenômeno jurídico.

Já na Jurisprudência dos Interesses sob a ótica de Philipp Heck, é possível encontrar o projeto de uma hermenêutica geral mais bem elaborado entre as teorias até então existentes e ora analisadas. Heck pensa a tarefa do cientista e do Juiz de forma estruturalmente semelhante, tendo apenas uma diferença de grau, no sentido de que aquele se ocupa da generalidade e este da particularidade. Mas metodologicamente, e neste sentido

hermeneuticamente, ambas as atividades são muito próximas. O autor está, sob a influência direta de Jhering, dialogando criticamente com a Jurisprudência dos Conceitos e com o positivismo legalista, já sob a vigência do BGB de 1900. Procurou nesta direção superar o formalismo no trato do Direito passando a pensá-lo a partir dos interesses a eles subjacentes. A metodologia assim proposta se aproxima, mas ao mesmo tempo sofisticada a teleologia de Jhering. Heck toma a atividade criativa do Juiz como ponto de partida para sua teoria. Segundo o autor, o ideal do Juiz passivo não mais se sustentava na medida em que não condizia com a realidade, sobretudo no que tange ao problema das lacunas e seu preenchimento que, apesar de estudos anteriores, passou a ganhar maior notoriedade com a vigência do Código Civil alemão.

Heck pretende conciliar a constatação fática de que na prática o Juiz cria Direito e que este não se reduz ao que está previsto formalmente na lei, com o problema da vinculação desse mesmo Juiz à lei. Nesta linha, ele dialoga criticamente também com o Movimento para o Direito Livre, que segundo ele não conseguia resolver a questão. A metodologia proposta por Heck põe em relevo os interesses causais da lei. E a investigação a ser feita tanto pelo cientista quanto pelo Juiz é justamente em direção aos interesses. O elemento histórico da interpretação é tomado como o mais importante, pois é ele que permite o acesso mais próximo aos interesses. Outro ponto que merece destaque em sua teoria é a distinção entre disposições jurídicas (leia-se textos normativos) e comandos, estes resultados já da aplicação prática das disposições.

Sem embargo, os problemas passam a surgir quando do trato do elemento gramatical ou das disposições jurídicas, consideradas por ele como “meras proposições”. A previsão literal da disposição possui em sua teoria um “mero valor indiciário”. Viu-se que em caso de conflito prepondera o elemento histórico, é dizer os interesses por ele investigados, sobre o texto normativo. E como quem investiga os interesses subjacentes é o intérprete e esse mesmo intérprete é quem vai valorá-los em relação à previsão literal da disposição, o problema da vinculação não fica assim tão bem delineado como pretende Heck.

Ademais, o dualismo do qual ele parte, entre interpretação, que seria uma atividade objetiva e descritiva, de determinação dos interesses causais previstos no texto legal e assim do seu sentido, e integração, atividade valorativa e criativa, de preenchimento de lacunas que podem ser geradas inclusive a partir da constatação, pelo intérprete, de um conflito entre os

supostos interesses e as disposições legais, parece mais abstrato do que real. Ou seja, na prática não é possível saber onde termina um e começa o outro. Existe em tese sempre a possibilidade de se encontrar um comando que contrarie a lei. E isso tanto para a atividade judicial, que poderia integrar o Direito contra as disposições legais, ainda que em casos excepcionais, quanto para o cientista. Quanto à atividade judicial, por exemplo, a valoração pessoal deveria entrar em jogo somente no caso de lacunas. Mas é o próprio intérprete que as “descobre”. Esse ato anterior ao preenchimento seria regido por uma espécie de objetividade que não resta bem descrita na teoria. Como ser objetivo na interpretação, é dizer, não permitir que a vontade nela interfira? Uma vez mais, a partir da perspectiva da hermenêutica filosófica, está-se diante de um dualismo indefensável.

Com Kelsen, tem-se uma crítica ferrenha ao ideal de ciência criativa, defendido de um modo geral, com exceção de Ehrlich, pela ciência jurídica até então. Ademais, procura-se resgatar a autonomia da ciência do Direito com relação às demais, tanto as naturais quanto as do espírito. O modelo de ciência kelseneano, que é a sua preocupação principal, insere-se segundo ele no paradigma das ciências do espírito. A distinção entre causalidade e imputação procura demonstrar isso. Nada obstante, há uma aposta em Kelsen na objetividade do cientista. Procura o autor com sua Teoria Pura expurgar tanto a pergunta pela faticidade e sua relação com o Direito, através da separação entre dever ser e ser, bem como a participação da subjetividade do intérprete. Este deve realizar apenas uma descrição do que o Direito é, ou seja, realizar um ato cognitivo, portanto, objetivo. A diferença fundamental entre a proposta kelseneana e a realizada por Ehrlich, por exemplo, é que em Ehrlich a realidade é tomada como objeto da ciência em Kelsen a norma o é. De um lado o Direito é lido a partir das lentes dos fatos, de outro os fatos são “valorados” a partir das lentes do Direito. Mas a relação recíproca entre ambos, nos dois autores, deixa de ser tematizada.

Assim, poder-se-ia afirmar que no que toca ao projeto de ciência em Kelsen, embora exista uma tentativa de pensar o Direito nos moldes de uma ciência do espírito, estruturalmente mantém-se a ligação ao principal pressuposto do paradigma das ciências da natureza, qual seja o ideal de objetividade. É de se repisar, de outra sorte que, desconsiderar teoricamente o elemento da subjetividade, aqui do investigador, não faz com que ele deixe de existir. Não é possível ao cientista despir-se de sua pré-compreensão e apenas descrever os sentidos possíveis das normas jurídicas em sua relação escalonada, sentidos estes descolados

ainda da realidade que circunda o processo e abarca ao mesmo tempo o sujeito e os textos normativos.

No tocante à questão da interpretação na atividade judicial, viu-se que Kelsen adota em certa medida as premissas do Movimento para o Direito Livre. A vontade rege a escolha do julgador dentre as possibilidades de sentido encontráveis no interior da moldura da norma. No entanto, há antes desta escolha um ato de conhecimento quanto ao sentido do texto normativo, que redundará na moldura. Kelsen crê na possibilidade deste ato ser objetivo, ou seja, ser um ato de conhecimento. A vontade entraria somente numa segunda etapa, isto é, quando há mais de uma possibilidade de decisão dentro da moldura.

Novamente está-se diante de um dualismo, agora tanto no que tange aos sujeitos intérpretes quanto ao ato em si do intérprete, quando ele possui autoridade para decidir, por exemplo, quando for um Juiz ou uma autoridade administrativa. Explica-se: quanto à distinção entre os sujeitos, Kelsen defende que o cientista pode e deve sempre realizar atos de conhecimento, portanto objetivos e descritivos quando interpreta o Direito. Já os juízes, para ficar-se apenas nesse exemplo, realizam um ato misto, primeiramente objetivo e num momento posterior subjetivo. Mas qual a diferença entre esses sujeitos? Há de fato uma diferença em termos de capacidade hermenêutica entre ambos? Na interpretação autêntica, a subjetividade é desconsiderada ou eliminada quando do suposto conhecimento do sentido da norma. Veja-se que novamente num caso a subjetividade é apenas parcialmente considerada no ato interpretativo e no outro é totalmente desconsiderada. Hermeneuticamente apregoa-se que o cientista possa se colocar fora do círculo hermenêutico e o Juiz o adentre apenas em certas ocasiões.

A despeito das críticas aqui levantadas, não há como desconsiderar a contribuição de Kelsen, principalmente quanto à renovação por ele proposta à ciência jurídica, seara na qual até hoje exerce grande influência. Ademais, a proeminência que o conceito de norma recebeu em sua construção teórica, a ideia de estrutura escalonada do ordenamento e a importância dada ao Direito positivo no interior do seu pensamento, com alguns ajustes em termos hermenêuticos, podem render com certeza ainda bons frutos para a compreensão do fenômeno jurídico atual. Pensa-se que Friedrich Müller deu passos importantes nesta direção, tendo por isso seu pensamento recebido destaque como ponto alto da tradição ora estudada.

Müller com sua Teoria Estruturante do Direito e com sua metódica jurídica, ao realizar um profundo diálogo com a tradição que o precedeu, bem como tendo presentes os pressupostos da hermenêutica filosófica e da filosofia da linguagem de cariz pragmático, construiu uma teoria da norma radicalmente nova. Pensou a relação entre Direito e realidade sem cair nos dualismos abstratos a partir dos quais a ciência jurídica até então trabalhava. Nessa linha buscou caracterizar o fenômeno jurídico não mais de forma polarizada, seja com ênfase na realidade em detrimento das previsões jurídicas formais, seja nessas a despeito da realidade, mas em sua relação de condicionalidade recíproca inexorável e produtiva. Rompeu totalmente com a distinção entre ser e dever ser como ponto de partida. Ademais, trabalhou conscientemente com o elemento da pré-compreensão presente em qualquer forma de compreensão (jurídica) que, por conseguinte, determina a interpretação e encerra sempre um momento de aplicação, contextual e temporalmente situada.

A concepção da norma como resultado a interpretação dos textos normativos a partir do contexto fático por eles regulado e no qual eles estão inseridos, põe a descoberto aquilo que permaneceu velado na tradição, é dizer, a impossibilidade de se pensar a partir de cisões estruturais como fato e norma, por exemplo. Não há fato jurídico sem norma (leia-se texto normativo), nem tampouco norma sem fatos. Muito menos há como pensar ambos, ou norma no sentido que Müller propõe, que já é resultado da relação, sem considerar a participação dos indivíduos que trabalham com o Direito.

Müller utiliza a expressão “*Rechtsarbeiter*”, que é usualmente traduzida por “operador do Direito”. Mas essa tradução não dá conta do que o autor quer caracterizar com a expressão. Literalmente significa “trabalhador do Direito”, o que denota a noção de constante construção, ou seja, de que o Direito não está nem dado na realidade nem nos textos normativos. Assim, a expressão “operários do Direito” parece melhor se amoldar, seja por ser corolário da ideia incompletude do Direito, seja por colocar o sujeito em uma posição mais respeitosa diante de seu “objeto” de trabalho. Não é o sujeito que opera, domina com seu conhecimento, um sistema lógico, cujas conexões estão já de antemão perfeitamente ajustadas, esperando apenas ser corretamente manipuladas, nem um sujeito que cria sempre um novo sistema a partir de sua vontade, mas um sujeito que, em sua relação diária com este mesmo objeto (textos normativos e fatos sociais) e juntamente com os demais sujeitos, constrói cotidianamente, ou nas palavras de Müller, concretiza o Direito.

Desde que perspectivada a partir da nova teoria da norma, a noção de Estado Democrático como Estado textual, permite pensar um novo ponto de partida, mais realista, entre vinculação ao Direito e participação nele. O texto normativo não esgota o Direito, mas é sempre o ponto de partida e o limite máximo para a concretização. A norma de decisão, que pressupõe a construção da norma mediante a relação entre âmbito normativo e programa normativo, jamais pode ser feita sem amparo mínimo em textos normativos ou contra eles.

Trata-se de um limite negativo para a interpretação extremamente relevante e que assume caráter normativo, é dizer, decorre da ideia de vinculação própria do Estado de Direito. Vislumbra-se neste aspecto, uma possibilidade de se recuperar a dignidade dos textos normativos, entre nós por demais desgastada em virtude do fantasma do positivismo, que além de ser mal compreendido, é confundido com o Direito positivo. A suposta superação do modelo positivista, ainda que não esteja muito claro o que isso deve representar no Brasil, não pode jamais significar a superação do Direito positivo, sob pena de não mais existir Estado de Direito e sequer Direito.

Em termos positivos, a metódica jurídica estruturante proposta por Müller oferece um instrumental adequado ao objeto (a norma), e que permite a construção de decisões legítimas, na medida em que procura trabalhar de forma transparente, e assim deixa em aberto para discussão, todos os elementos que envolvem o processo de interpretação, aqui com Müller designado de concretização. No que tange às decisões judiciais, desde a formação do programa normativo, com a seleção dos textos normativos que a partir do caso concreto seriam em tese pertinentes, até a reanálise, agora dos fatos, pertinentes sob a ótica desses textos normativos, chegando-se à formulação da norma e, por derradeiro, da norma de decisão, há o dever do julgador de demonstrar como sua pré-compreensão obrou.

Não são escolhas arbitrárias, ou apenas volitivas, são atos hermenêuticos e, portanto, hermenêuticamente e intersubjetivamente controláveis. Por todo o exposto, assevera-se que a teoria de Friedrich Müller, de forma breve e parcial aqui explorada, oferece um modelo de hermenêutica jurídica geral, no qual tanto a atividade científica quanto – e sobretudo – a judicial podem receber novas luzes e novos horizontes para atuação.

## BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Ética e retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. 2. ed. Traducción de Jorge M. Seña. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Versión Castellana de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; Hans Georg Flickinger; Luiz Rohden. *Hermenêutica Filosófica: nas trilhas de Hans Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”*. Revista Eletrônica de Direito do Estado. (REDE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 05 de maio de 2009.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica Contemporânea*. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. Compilada por Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *O pensamento jusfilosófico de Friedrich Müller. Fundamento de uma nova Hermenêutica*. (In) BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Teoria estrutural do direito de Friedrich Müller*. (In) MÜLLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. e.d. revista e atualizada. Vários tradutores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em 25/01/2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 25/01/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 - Ação direta de inconstitucionalidade. Origem DF – Distrito Federal. Relator Min. Aires Britto. Requerente: Procuradoria Geral da República. DJ Nr. 198 do dia 14/10/2011. Acórdãos Plenário.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 - Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Origem RJ – Rio de Janeiro. Relator Min. Aires Britto. Requerente. Governo do Estado do Rio de Janeiro. DJ Nr. 198 do dia 14/10/2011. Acórdãos Plenário.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Disponível em <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=>. Acesso em 25/01/2013.

BÜLOW, Oskar Von. *Gesetz und Richteramt*. Leipzig: Duncker und Humblot, 1885.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição para o Estudo do Direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e o conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra, Almedina, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CHRISTENSEN, Ralph. *Teoria estruturante do Direito*. (In) MÜLLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. e.d. revista e atualizada. Vários tradutores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CORETH, Emerich. *Questões Fundamentais de Hermenêutica*. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, 1973.

CREIFELDS, Carl; WEBER, Klaus (Herausgebers). *Rechtswörterbuch*. 20. Auflage. München: C.H. Beck, 2011.

DANZ, Erich. *Richterrecht*. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1912.

\_\_\_\_\_. *Rückständigkeit der Rechtswissenschaft: Richterrecht und Gesetzesrecht. Neue Rechtsprechung*. Deutsche Juristen-Zeitung. Jg. 16, 1911.

DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito: na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DILTHEY, Wilhelm. *Crítica de la razón histórica*. Edición de Hans-Ulrich Lessing. Traducción y prólogo de Carlos Moya Espí. Barcelona: Ediciones Península, 1986.

\_\_\_\_\_. *Introducción a las ciencias del espíritu. En la que trata de fundamentar el estudio de la sociedad y de la historia*. Versión, nuevamente revisada, prólogo, epílogo y notas de Eugenio Imaz. México: Fondo de la Cultura Económica, 1949.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

\_\_\_\_\_. *Libre investigación del Derecho y ciencia del Derecho libre*. (In) EHRlich, Eugen. *Escritos sobre Sociologia y Jurisprudência*. Traducción, notas y estudios preliminares de Juan Antonio Gómez García, José Luiz Muñoz de Baena e Gregório Robles Morchón. Madrid: Editora Marcial Pons, 2005.

\_\_\_\_\_. *Sociologia y Jurisprudência*. (In) EHRlich, Eugen. *Escritos sobre Sociologia y Jurisprudência*. Traducción, notas y estudios preliminares de Juan Antonio Gómez García, José Luiz Muñoz de Baena e Gregório Robles Morchón. Madrid: Editora Marcial Pons, 2005a.

\_\_\_\_\_. *Respuesta a Kelsen*. (In) EHRlich, Eugen. *Escritos sobre Sociologia y Jurisprudência*. Traducción, notas y estudios preliminares de Juan Antonio Gómez García, José Luiz Muñoz de Baena e Gregório Robles Morchón. Madrid: Editora Marcial Pons, 2005b.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6. e.d. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

FERNANDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *Hermenéutica Jurídica. En torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1992.

FERRARA, Francesco. *Como Aplicar e Interpretar as Leis*. Tradução de Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Líder, 2002.

FERRARIS, Maurizio. *Historia de la hermenéutica*. Traducción de Jorge Pérez de Tudela. Madrid: Ediciones Akal, 2000.

FERRATER MORA, José. *Dicionário de Filosofia. Tomo III*. 2. ed. Tradução de Maria Stela Gonçalves et. al. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 2. ed. rev. e ampliada. São Paulo. Malheiros, 1998.

FUCHS, Ernst. *Die soziologische Rechtslehre: Eine Erwiderung*. Deutsche Juristen-Zeitung. Jg. 15, 1910.

GADAMER, Hans Georg. *Hermenéutica como filosofia prática*. (In) *La razon em la época de la ciencia*. Traducción de: Ernesto Garzón Valdés Barcelona: Editorial Alfa, 1981.

\_\_\_\_\_. *Kant y el giro hermenêutico*. Traducción de Angela Ackermann Pilári (In) GADAMER, Hans Georg. *Los caminos de Heidegger*. Barcelona: Herder, 2002.

\_\_\_\_\_. *La hermenêutica de la sospecha*. Traducción de Enrique López Castellón. (In) Cuaderno Gris. Época III, 2 (1997): 127-135. (Monográfico: Horizontes del relato: lecturas y conversaciones con Paul Ricoeur / Gabriel Aranzueque (coord.)). Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1997.

\_\_\_\_\_. *O problema da consciência histórica*. Pierre Fruchon (Org.). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

\_\_\_\_\_. *Razão e filosofia prática*. (In) *Hermenêutica em retrospectiva. Volume III: Hermenêutica e filosofia prática*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Tradução de Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 2004.

\_\_\_\_\_. *Verdad y Metodo II*. Tradujo Manóel Olasagasti. Ediciones Sigueme: Salamanca, 1998.

\_\_\_\_\_. *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. 7. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

GARAGALZA, Luiz. *Hermenéutica Filosófica*. (In) *Diccionario Interdisciplinar de Hermenêutica*. Dirigido por Andrés Ortiz Osés y Patxi Lanceros. 3. e.d. Revisada. Bilbao: Universidad de Deusto, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. Porto Alegre: Editora Unisinos, 1999.

\_\_\_\_\_. *Sources of hermeneutics*. New York: State University of New York Press, 1995.

GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

\_\_\_\_\_. *Interpretive Statements*. (In) ZACCARIA, Giuseppe (Hrsg./ed.) *Text und Recht/Text and Law. Ars Interpretandi*. Jahrbuch für juristische Hermeneutik. Journal of Legal Hermeneutics. Münster: LIT, 1998.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Dialética e Hermenêutica. Para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM. 1987.

HECK, Philipp. *El problema de la creación del Derecho*. Tradução de Manuel Entenza. Granada: Editorial Comares, 1999.

\_\_\_\_\_. *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue*. Deutsche Juristen-Zeitung. Jg. 10, 1905.

\_\_\_\_\_. *Interpretação da lei e Jurisprudência dos Interesses*. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1947.

\_\_\_\_\_. *Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen?* Deutsche Juristen-Zeitung. Jg. 14, 1909.

HEIDEGGER, Martin. *Hermenêutica de la facticidad*. Traducción e introducción de Manuel Jiménez Redondo Curso de doctorado "El discurso filosófico de la modernidad", Universidad de Valencia: curso 1998-99. Disponível em <http://www.heideggeriana.com.ar/hermeneutica/indice.htm>

\_\_\_\_\_. *Ser y Tiempo*. Traducción, prólogo y ñolas de Jorge Eduardo Rivera Edición electrónica de [www.philosophia.cl](http://www.philosophia.cl) /Escuela de Filosofía Universidad ARCIS.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto alegre: Fabris, 1991.

\_\_\_\_\_. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HOLLERBACH, Alexander. *Ciência do Direito*. Tradução de Eduardo Schenato Piñero. (In) HECK, Luis Afonso. org. *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Vários tradutores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ISAY, Hermann. *Zur Frage der Prozessverschleppung : III. Die Abgrenzung von Richterrecht und Parteibetrieb im Civilprozess*. Deutsche Juristen-Zeitung. Jg. 7, 1902.

JESTAEDT, Matthias. *El derecho público: una ciencia*. (In) LYNETT, Eduardo Montealegre. (coord.) *La Ponderación en el Derecho*. Traducción de Irmgard Kleine. Universidad Externado de Colombia, 2008.

\_\_\_\_\_. *El positivismo jurídico aplicado al Tribunal Constitucional alemán*. (In) LYNETT, Eduardo Montealegre. (coord.) *La Ponderación en el Derecho*. Traducción de Irmgard Kleine. Universidad Externado de Colombia, 2008.

\_\_\_\_\_. *La teoría de la ponderación: sus fortalezas e debilidades*. (In) LYNETT, Eduardo Montealegre. (coord.) *La Ponderación en el Derecho*. Traducción de Irmgard Kleine. Universidad Externado de Colombia, 2008.

JHERING, Rudolf Von. *A Luta Pelo Direito*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

\_\_\_\_\_. *Bromas y veras en la ciencia jurídica*. Traducción del alemán por Tomás A. Banzahf. Madrid: Editorial Civitas, 1987.

\_\_\_\_\_. *El fin en el Derecho*. Traducción de. Buenos Aires: Ed. Atalaya, 1946.

\_\_\_\_\_. *La dogmática jurídica*. Traducción directa de Enrique Príncipe y Satorres. Buenos Aires: Editorial Lozada, 1946.

\_\_\_\_\_. *¿Es el Derecho una ciência?* Editado de los fragmentos póstumos de Okko Behrends. Estudio preliminar y traducción del alemán de Federico Fernández-Crehuet López. Granada: Editorial Comares, S.L. 2002.

\_\_\_\_\_. *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*. Edición de Federico Fernández-Crehuet López. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

JOUANJAN, Oliver. *De Hans Kelsen a Friedrich Müller. Método jurídico sob o paradigma pós-positivista*. (In) MÜLLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. e.d. revista e atualizada. Vários tradutores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

KANTOROWICZ, Hermann. (Gnaeus Flavius) *La lucha por la ciencia del Derecho*. Traducción directa por Werner Goldschmidt. In: *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949.

\_\_\_\_\_. *Rechtswissenschaft und Soziologie*. Tuebingen: J.c.b. Mohr, 1911.

\_\_\_\_\_. *Some rationalism about realism*. New Haven: The Yale Law Journal, vol. 43, No. 8, Jun. 1934.

\_\_\_\_\_. *The Battle for Legal Science*. Translated and Annotated By Cory Merrill, 12 German Law Journal 2005-2030 (2011), available at <http://www.germanlawjournal.com>.

KANTOROWICZ, Hermann; PATTERSON, Edwin W. *Legal Science. A Summary of its Methodology*. New York: Columbia Law Review, Vol. 28, No. 6, Jun., 1928.

KAUFMANN, Arthur. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*. (In) KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

\_\_\_\_\_. *Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica*. (In) *Hermenéutica y Derecho*. Edición a cargo de Andrés Ollero y José Antonio Santos. Granada: Editorial Comares, 2007.

\_\_\_\_\_. *Ideas para una fundamentación ontológica de la hermenéutica jurídica*. (In) *Hermenéutica y Derecho*. Edición a cargo de Andrés Ollero y José Antonio Santos. Granada: Editorial Comares, 2007.

\_\_\_\_\_. *La comprensión hermenéutica del método jurídico*. (In) *Hermenéutica y Derecho*. Edición a cargo de Andrés Ollero y José Antonio Santos. Granada: Editorial Comares, 2007.

\_\_\_\_\_. *La espiral hermenéutica*. (In) *Hermenéutica y Derecho*. Edición a cargo de Andrés Ollero y José Antonio Santos. Granada: Editorial Comares, 2007.

\_\_\_\_\_. *Sobre la argumentación circular en la determinación del derecho*. (In) *Hermenéutica y Derecho*. Edición a cargo de Andrés Ollero y José Antonio Santos. Granada: Editorial Comares, 2007.

KELSEN, Hans. *La Teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*. 2. ed. Traducción de Jorge G. Tejerina. Buenos Aires: Editorial Losada, 1946.

\_\_\_\_\_. *Legal formalism and the Pure Theory of Law*. (In) SCHLINK, Bernhard & JACOBSON, Arthur J. Editors. *Weimar. A jurisprudence of crisis*. Translated by Belinda Cooper [et. al.]. Los Angeles: University of California Press, 2000.

\_\_\_\_\_. *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado. Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*. Traducción de la segunda edición del alemán por Wenceslao Roces. México: Editorial Porrúa, 1987.

\_\_\_\_\_. *On the theory of interpretation*. Translation from Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. *Legal Studies*, Oxford, v. 10, n. 2, July, 1990.

\_\_\_\_\_. *O que é positivismo jurídico?* Tradução de Luis Afonso Heck. (In) HECK, Luis Afonso. (org.) *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Vários tradutores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*. Studienausgabe der 1. Auflage, 1934. Herausgegeben von Matthias Jestaedt. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

\_\_\_\_\_. *Teoria Pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

\_\_\_\_\_. *The Pure Theory of Law, 'Labandism' and Neo-Kantianism. A letter to Renato Treves.* (In) *Normativity and Norms. Critical perspectives on Kelsenian Themes.* Edited by Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson. New York: Oxford University Press, 1998.

\_\_\_\_\_. *Una fundamentación de la Sociología del derecho.* Doxa, 12, Año 1992.

KIRCHMANN, Julius Von. *El carácter a-científico de la llamada ciencia del Derecho.* Traducción directa por Werner Goldschmidt. (In) *La ciencia del derecho.* Buenos Aires: Losada, 1949.

KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions.* 2. ed. Enlarged. Chicago: University of Chicago Press, 1970.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

LARENZ, Karl. *La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado.* Traducción de E. Galan Gutierrez y A. Truyol Serra. Madrid: Editorial Reus, 2008.

\_\_\_\_\_. *Metodologia da Ciência do Direito.* 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no Direito. Vol. 1. Das origens à Escola Histórica.* Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_. *Sistema e estrutura no Direito. Vol. 2. O século XX.* Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito.* 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

MERKL, Adolf Julius. *Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes.* (IN) MERKL, Adolf Julius. *Gesammelte Schriften. Band. 1. Grundlagen des Rechts.* Hrsg. von Dorothea Mayer-Maly et, al., Berlin, Duncker und Humblot, 1993.

MEYER, Uwe; REGENBOGEN, Arnim. (Herausgebers). *Sein-Sollen-Dichotomie* (In) *Wörterbuch der philosophischen Begriffe.* [Gebundene Ausgabe]. Hamburg: Meiner Verlag, 1998.

MÜLLER, Friedrich. *Concretization and precedent. Observations on modern continental European Law from the perspective of "structuring legal theory".* (In) *Coletânea de estudos jurídicos.* Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito, linguagem e violência. Elementos de uma teoria constitucional I.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

\_\_\_\_\_. *Legitimidade como conflito concreto de Direito Positivo: uma comparação atual entre as constituições brasileira e alemã*. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. n. 56, 2002.

\_\_\_\_\_. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. Revista e ampliada. Tradução de Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis Von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*. Berlin: Duncker & Humblot, 1966.

\_\_\_\_\_. *O Novo Paradigma do Direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. e.d. revista e atualizada. Vários tradutores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Richterrecht. Elemente einer Verfassungstheorie IV*. Berlin: Duncker & Humblot, 1986.

\_\_\_\_\_. *Teoria Estruturante do Direito*. v. 1. 2. ed. Revista e atualizada. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance Souza. São Paulo: RT, 2009.

MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph. *Juristische Methodik. Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*. Band I. Zehnte, neu bearbeitete und stark erweiterte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

MÜLLER, Friedrich; MANCEBO, Luís-Quintín Villacorta. *Postpositivismo*. Santander: Ediciones TGD, 2008.

NEVES, Antônio Castanheira. *Escola Histórica do Direito*. (In) *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico da sua Metodologia e outros*. Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

\_\_\_\_\_. *Jurisprudência dos Interesses*. (In) *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico da sua Metodologia e outros*. Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

\_\_\_\_\_. *Escola do Direito Livre*. (In) *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico da sua Metodologia e outros*. Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006.

PAULSON, Stanley L. *Formalism, 'free law', and the 'cognition' quandary: Hans Kelsen's approaches to legal interpretation*. University of Queensland Law Journal. FindArticles.com. 27 Jun, 2012.

PUCHTA, Georg Friedrich. *Outlines of Jurisprudence as the Science of Right. A Juristic Encyclopaedia*. (In) PUCHTA, Georg Friedrich et al. *Outlines of the Science of*

*Jurisprudence. An introduction to the systematic study of Law.* Translated and edited from the Juristic Encyclopaedias by Willian Hastie. Edimburg: T & T Clark, 1887.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia, 5: Do Romantismo ao Empiriocriticismo.* Tradução de Ivo Storniolo. - São Paulo: Paulus, 2005.

REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Vom 23. Mai 1949. Disponível em <http://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/index.html>. Acesso em 25/01/2013.

RICOEUR, Paul. *Hermenêutica e Ideologias.* Tradução de Hilton Japiassu. Petrópolis: Vozes, 2008.

RIEBSCHLÄGER, Klaus. *Die Freirechtsbewegung. Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule.* Berlin: Duncker & Humblot, 1968.

RIO DE JANEIRO. Decreto-Lei n° 220 de 18 de julho de 1975. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/e00625242f74e100032569bb0074c7c1/cb7fc6f032ee6e5683256eb40054bd0e>. Acesso em 25/01/2013.

ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica. Entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem.* 1ª reimpressão. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

RÖHL, Klaus F.; RÖHL, Hans Christian. *Allgemeine Rechtslehre.* 3. Auflage. München: Carl Heymanns Verlag, 2008.

RÜTHERS, Bernd. *Teoría del Derecho. Concepto, validez y aplicación del derecho.* Traducción de Minor E. Salas. México: Editorial Ubijus, 2009.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Juristische Methodenlehre.* Stuttgart: K. F. Koehler, 1951.

\_\_\_\_\_. *Metodologia jurídica.* Tradução do alemão para o espanhol de J. J. Santa-Pinter, Tradução para o português Hebe A. M. Caletti marenco. Campinas, SP: Edicamp, 2001.

\_\_\_\_\_. *Sistema del Derecho Romano actual. Tomo I.* Traducido del alemán por M. CH. Guenoux. Madrid: F. Górgora y Compañía Editores, 1878.

SCHLEIERMACHER, Friedrich E. D. *Hermenêutica. Arte e técnica da interpretação.* Tradução de Celso Reni Braidá. Petrópolis: vozes, 1999.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica e Crítica.* Volume I. Editado e introduzindo por Manfred Frank a partir da edição original de Friedrich Lücke. Tradução de Aloísio Ruedell. Ijuí: Editora Unijuí, 2005.

SCHMITT, Carl. *Sobre los três modos de pensar la ciencia jurídica.* Estudio preliminar, traducción y notas de Montserrat Herrero. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.

SCHROTH, Ulrich. *Hermenêutica filosófica e jurídica*. (In) KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Kelly Susane Alften da. *Hermenêutica Jurídica e Concretização Judicial*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

\_\_\_\_\_. *Dialética e Hermenêutica: Uma controvérsia sobre o método em Filosofia*. (In) HABERMAS, Jürgen. *Dialética e Hermenêutica. Para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM. 1987.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

\_\_\_\_\_. *Seis estudos sobre Ser e Tempo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1990.

STRECK, Lênio Luiz. *Heidegger, Martin*. BARRETO, Vicente Paulo (coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica*. (In) BARRETO, Vicente Paulo (coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica (Jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn*. In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito*. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *O que é isto - Decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de repostas corretas em direito*. 3. ed. revista, ampliada e com posfácio. Rio de Janeiro: Edita Lúmen Juris, 2009.

VERJAT, Alain. *Hermes*. (In) *Diccionario Interdisciplinar de Hermenêutica*. Dirigido por Andrés Ortiz Osés y Patxi Lanceros. 3. e.d. Revisada. Bilbao: Universidad de Deusto, 2001.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição a investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Tradução. Kelly Susane Alften da Silva. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 4. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1967.

WU, Roberto. *Heidegger e o neokantismo de Windelband e Rickert*. Revista Estudos Filosóficos n° 5 . 2010 - versão eletrônica – disponível em [http://www.ufsj.edu.br/revistaestudosfilosoficos/revista\\_no\\_5.php](http://www.ufsj.edu.br/revistaestudosfilosoficos/revista_no_5.php). Acesso em 12/01/2013.

ZITELMANN, Ernst. *Las lagunas del Derecho*. Traducción directa por Carlos G. Posada. (In) *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949.