

MÉTODO JURÍDICO E INTERPRETAÇÃO DO DIREITO:  
REFLEXÕES PROGRAMÁTICAS SOBRE A  
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS

*LEGAL METHOD AND INTERPRETATION OF LAW:  
REFLECTIONS ON THE PROGRAMMATIC  
REALIZATION OF COLLECTIVE RIGHTS*

*Rafael Tomaz de Oliveira\**

**Resumo:** As presentes reflexões se pretendem como um programa para elaboração um quadro temático apto a pensar o problema da concretização dos direitos, em especial os coletivos. Nesse aspecto, os problemas que gravitam em torno do método jurídico e da interpretação do direito ocupam lugar privilegiado. Para levar a cabo o objetivo traçado, procurou-se, em um primeiro momento, precisar os conceitos de método e metodologia no contexto da discussão. Posteriormente, passou-se a reconstruir o desenvolvimento do debate a respeito do método jurídico no contexto do pensamento jurídico alemão, tendo como elemento nuclear a chamada *ciência dogmática do direito*. Por fim, tratou-se de alguns pontos importantes que se referem à relação do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) com a *Jurisprudência dos Valores* e a recepção – equivocada – desse debate pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras.

\* Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Possui Mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Franca. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP).

**Palavras-chave:** Concretização de Direitos Coletivos, Método Jurídico, Interpretação do Direito.

**Abstract:** These reflections are intended as a program for drawing an apt to think the problem of realization of rights, in particular the collective thematic framework. In this respect, the issues revolving around the legal method and interpretation of the law occupy a privileged place. To carry out the plot goal, we tried to, at first, clarify the concepts of method and methodology in the context of the discussion. Later, it moved to reconstruct the development of the debate about the legal method in the context of German legal thought, with the main element of the *dogmatic science of law*. Finally, treated some important points that relate to the relationship of the German Supreme Court (*Bundesverfassungsgericht*) with the Jurisprudence of Values and the reception - mistakenly - that this debate by Brazilian doctrine and jurisprudence.

**Keywords:** Realization of Collective Rights, Legal Method, Interpretation of Law.

## 1. Notas Introdutórias

As presentes reflexões se pretendem como um programa para elaboração um quadro temático apto a pensar o problema da concretização dos direitos, em especial os coletivos. Nesse sentido, procurou-se, a partir de um cotejo com a construção do pensamento jurídico-metodológico germânico, aproximar-se das ferramentas e métodos de trabalho que, classicamente, aparelharam o Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) no manejo dos direitos afirmados pela Lei Fundamental de Bonn de 1949.

Esse cotejo com a experiência germânica não se faz de forma aleatória. Na verdade, as questões atuais que giram em torno dos chamados “novos direitos” – dimensão no interior da qual florescem formas mais expressivas de direitos coletivos – tem um marco importante de deflagração representado pela redemocratização do Estado alemão, ao final da Segunda Guerra Mundial. Na verdade, toda a sociedade ocidental sofreu profundas alterações na ordem política e econômica. A década de 1950 marcou o início da chamada “era de ouro do capitalismo”. No caso especificamente alemão, as instituições democráticas criadas pela Lei Fundamental de 1949 pavimentaram o caminho da reconstrução e possibilitaram que, em um curto espaço de tempo, o país pudesse erguer-se novamente como uma potência no contexto dos Estados europeus. É fora de dúvidas que, nessa caminhada, o Tribunal Constitucional teve um papel fundamental. Principalmente porque assumiu a responsabilidade de tornar concreto o sistema constitucional de direitos estabelecidos pela Lei Fundamental. No desempenho dessa tarefa, as ferramentas metodológicas utilizadas pelo tribunal para interpretar a Constituição possui relevância impar.

É certo que não foi apenas a atividade interpretativa do Tribunal Constitucional que possibilitou esse incremento na discussão sobre a concretização dos direitos. Na verdade, a própria formação do sistema de governo – baseado em um novo tipo de governo parlamentar – também contribuiu significativamente para a efetividade dos direitos em território alemão. Com efeito, na “nova separação de poderes” proposta por Bruce Ackerman<sup>1</sup>, a experiência do parlamentarismo alemão assume uma condição privilegiada. Segundo o autor, a formatação dos sistemas de governo dos países que perderam a guerra – Alemanha, Itália e Japão – servem como amostra de que, embora a elaboração dos textos das Constituições

1 Cf. ACKERMAN, Bruce. *La nueva división de poderes*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2011, Kinde Edition.

ou Leis Fundamentais durante o governo de transição tenha sido profundamente influenciada por juristas estadunidenses, os sistemas implantados pelos novos Estados Constitucionais foi o parlamentarismo. Para Ackerman isso é um indício de que o presidencialismo – e seu sistema de separação de poderes – não pode ser exportado para outros contextos culturais, sem sofrer corrupções e deformidades estruturais. Na verdade, Ackerman se mostra muito mais afinado com o sistema parlamentarista de governo do que com o presidencialismo de tipo estadunidense. Sua proposta é a de um *parlamentarismo limitado* do qual o caso alemão seria um embrião. Uma espécie de proto-parlamentarismo limitado. Aqui, diferentemente daquilo que ocorre no tradicional modelo britânico de Westminster, o sistema possui uma série de controles recíprocos que se apresentam como freios para as minorias ocasionais. E isso se opera tanto com relação à dinâmica governo-parlamento, quanto com relação aos atos normativos aprovados pelo governo e seu impacto sobre as minorias eleitorais.

No primeiro caso, a Lei fundamental cria regras para qualificar as maiorias parlamentares que se apresentam contrárias ao gabinete do chanceler. No caso, não basta a simples vontade da maioria para dissolver o gabinete do executivo com a consequente queda do chanceler. Havendo desacordo entre a maioria parlamentar e o gabinete do executivo, a eventual dissolução deste último deve ser proposta apenas se essa mesma maioria já estiver em condições de obter um consenso em torno de um novo nome para ocupar o cargo. É o que se chama de *moção de censura construtiva*.<sup>2</sup> Algo que confere, indubitavelmente, maior estabilidade institucional para o regime democrático aqui praticado. Nos casos de outros modelos parlamentares, como é o caso de Westminster, a maioria pode dissolver o gabinete do primeiro ministro sempre que não houver

2 Conferir, nesse aspecto, SARTORI, Giovanni. *Ingeniería Constitucional Comparada*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2011, Kindle Edition.

condições políticas que o façam permanecer no cargo. Vale dizer: não existe, a princípio, um mecanismo de limitação para a formulação do *voto de desconfiança*. É certo que, por questões específicas, ligadas à cultura política britânica, mesmo dentro dessa absoluta adversidade, há exemplos históricos de governos estáveis e duradouros. Por outro lado, temos exemplos de outros países europeus que, por terem adotado um mecanismo não tão eficaz de bloqueio de maiorias ocasionais, acabaram por passar por períodos de grande instabilidade política, com a troca sucessiva de governos.

De outra banda, a relação entre as maiorias ocasionais e as minorias eleitorais encontra-se preservada, também, pela concepção de um Tribunal Constitucional que se apresenta como um órgão com a função de garantir os direitos das minorias. Esse é um fator primordial para a compreensão da engenharia constitucional dos países que passaram por um processo de redemocratização durante o Segundo Pós-Guerra. Sem embargo dos eventuais problemas, a Alemanha oferece a experiência mais bem sucedida desse modelo.

Daí sua percuciente influência tanto nos demais países Europeus que adotaram fórmula parecida em suas Constituições (v.g. Espanha e Portugal), bem como no âmbito do direito constitucional brasileiro.

Todavia, é preciso ressaltar que, no Brasil, não dispomos dos mesmos elementos que aparelha o sistema político germânico. Temos aqui um sistema presidencialista de tipo estadunidense que se relaciona com um caótico sistema multipartidário, gerando problemas que já foram nomeadas por diversos estudiosos como “presidencialismo de coalisão” e “pemedebismo”. Por outro lado, não temos um Tribunal Constitucional nos moldes do sistema alemão. A opção do constituinte de 1988 foi manter a tradicional estrutura de Corte Constitucional ao estilo da Suprema Corte estadunidense.

Embora esses problemas estruturais – de engenharia constitucional – não possam ser perdidos de vista quando se fala em con-

cretização de direitos, é certo que a discussão metodológica obedece a outro conjunto de princípios. No caso do presente artigo, nosso interesse se concentra no modo como essa discussão se projetou nos quadros do pensamento alemão desde meados do século XIX até a segunda metade do século XX. O objetivo é demonstrar como a discussão sobre o método jurídico se apresenta tributária da racionalidade jurídica própria do direito privado e de que modo isso gera uma consequência para a atividade do tribunal nos primeiros anos de vigência da Lei Fundamental de Bonn. O modelo metodológico-interpretativo que se projeta a partir da chamada *Jurisprudência dos Valores* representa um elemento importante de transformação dessa racionalidade privatista e teve um papel importantíssimo na jurisprudência inicial do tribunal. Mas, veremos, há autores atuais que atribuem a essa jurisprudência da valoração uma consequência maléfica que é o agigantamento das funções do tribunal. No contexto atual, há por lá quem aponte para um fator que é intrigante: o fato de o tribunal, em seus julgamentos, realizar mais autorreferências à própria jurisprudência, do que ao texto da lei fundamental propriamente dito. É interessante perceber que fenômeno parecido ocorre também em nosso Supremo Tribunal Federal.

Todos esses fatores são importantes para se projetar corretamente o tema da concretização dos direitos coletivos. Esse texto pretende compor um primeiro painel para essa discussão. Por certo, não existe aqui nenhuma pretensão de esgotar assunto posto. Trata-se apenas de um programa; um primeiro esboço de um projeto muito maior.

Assim, em um primeiro momento, ocupar-nos-emos de precisar os conceitos de método e metodologia no contexto de nossa discussão. Posteriormente, passaremos a reconstruir o desenvolvimento do debate a respeito do método jurídico no contexto do pensamento jurídico alemão, tendo como foca a chamada “ciência dogmática do direito”. Por fim, trataremos de alguns pontos impor-

tantes que se referem à relação do *Bundesverfassungsgericht* com a *Jurisprudência dos Valores* e a recepção – equivocada – desse debate pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras.

## 2. Método e Metodologia no âmbito da Teoria do Direito

De um modo geral, é possível dizer que a polêmica sobre o método se apresenta como o cerne das discussões quando o assunto é filosofia ou ciência<sup>3</sup>. Com efeito, representa um lugar comum imaginar que o conhecimento ou a técnica que se constituem sob o fio condutor de um rigoroso pensar metodológico são mais perfeitos do que aqueles que se manifestam de forma – até certo ponto – aleatória no âmbito do chamado *senso comum*. A discussão sobre essa questão é infundável. Tanto no que tange aos defensores do rigor metodológico quanto no âmbito daqueles que pretendem reconhecer maior dignidade ao *senso comum*. Nos últimos séculos, a tendência cada vez mais frequente para a fragmentação do conhecimento, somada à enorme propulsão de técnicas científicas nos mais diversos campos do saber, fizeram com que o debate sobre o método pudesse ser encarado como uma espécie de polo unificador do discurso. Vale dizer, independentemente da área em que se situe o filósofo ou o cientista, a discussão sobre o método por meio do qual eles organizam seus conhecimentos ou suas técnicas representa uma preocupação comum.

3 A discussão sobre o método, tanto no âmbito da filosofia como no campo das diversas ciências, foi objeto de exaustiva análise de muitos autores das mais diversas tradições teóricas e recortes argumentativos. Indicamos aqui obras que, de um modo ou de outro, capilarizam os debates realizados. Cf. STEIN, Ernildo, *A Questão do Método na Filosofia*. 3ª. ed., Porto Alegre: Movimento, 1983, em especial capítulo II, n. 4, pp. 97-112. Para determinação do método no âmbito das chamadas ciências humanas ou do espírito (*Geisteswissenschaften*) – discurso no interior do qual está inserido o Direito – assume particular importância a obra de Dilthey. Nesse sentido, consultar DILTHEY, Wilhelm. *Introdução às Ciências Humanas*. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, n. XII, pp. 68-74. Nesse sentido, conferir também TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbelini. *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, passim.

No âmbito do Direito essa situação pode ser facilmente visualizada. Não é de hoje que a proficiência do jurista sobre determinado ramo do direito exige conhecimentos e técnicas específicas. Isso responde a diversos fatores que podem ser de modo genérico explicados pelo grau de complexidade da sociedade contemporânea, a exigir uma carga de regulamentação que atinge especificidades que antes ficavam fora do direito, e pelo próprio desenvolvimento da disciplina jurídica em questões que, no contexto atual, produzem um volume imenso de publicações, que acabam por contribuir para um endurecimento da linguagem de modo que se torna cada vez mais difícil a visualização de um cabedal conceitual comum, que abarque todo o “mundo jurídico”. Desse modo, é cada vez mais corriqueira a figura do especialista em Direito Tributário, ou em Direito Constitucional, ou em Direito Processual, etc., que domina as especificidades mais profundas de sua disciplina mas que, ao mesmo tempo, tem dificuldades para lidar com questões que envolvem os fundamentos mais abrangentes do fenômeno jurídico. Vale dizer, torna-se cada vez mais complicada a instauração de uma via de acesso que apanhe o direito em uma dimensão global na perspectiva de uma espécie de Teoria Geral.

A discussão sobre o método possui essa finalidade. Ela pode se apresentar de duas maneiras distintas:

- a) na configuração e explicitação de uma teoria geral do direito que possibilite o acesso (conhecimento) ao fenômeno jurídico e à explicação dele;
- b) na constituição de uma dogmática do direito ou, na expressão de Larenz, de uma “*ciência dogmática do direito*”, que possui como objeto a análise da apreciação judicial de casos, possibilitando, assim, a solução de questões jurídicas<sup>4</sup>

No primeiro caso, intenciona-se a constituição de uma ciência

4 Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, prefácio pp. XXI e XXII.

do direito, no sentido descrito no item precedente deste trabalho a partir da obra de Kelsen. No segundo, a intencionalidade do jurista está direcionada para a “*solução de questões jurídicas no contexto e com base em um ordenamento jurídico determinado*”.<sup>5</sup>

No presente capítulo desenvolveremos a questão do método no objetivo perseguido por esta última perspectiva. Nossa análise visa encaminhar a questão no sentido de encontrar-se uma via para o estabelecimento de uma teoria da decisão judicial que, certamente, representa a grande questão contemporânea do direito.<sup>6</sup>

A definição de **método** é complexa e pode sugerir certa gama de diferentes significados. Martin Heidegger lembra-nos que, etimologicamente, método é uma palavra de raiz grega e que significa “*o caminho pelo qual sigo uma coisa*”.<sup>7</sup> No mesmo sentido, Friedrich Rapp afirma que “*en su sentido más estricto por ‘método’ ha de entenderse una manera consecuyente de proceder que se aplica para alcanzar un determinado fin*”.<sup>8</sup>

A modernidade filosófica, principalmente pelas mãos de Descartes, alterou de forma radical o conceito de método de modo que, a partir de então, método é um termo que remete à ideia de certeza e segurança do conhecimento que se obtém através do emprego de certas estratégias de pensamento. Nesse âmbito de análise, há uma crença difusa de que, se respeitadas determinadas formas de organização do pensamento, o conhecimento obtido através dessas fórmulas é certo e indiscutível.<sup>9</sup>

5 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. cit., Introdução, p. 1.

6 Nesse sentido, consultar STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, passim.; \_\_\_\_\_. *O que é Isto – Decido conforme minha Consciência?* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, passim.

7 HEIDEGGER, Martin. *Os Conceitos Fundamentais da Metafísica*: Mundo – Finitude – Solidão. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, § 11, b), p. 47.

8 RAPP, Friedrich. Método. In: KRINGS, Hermann; BAUMGARTEN, Hans; WILD, Christoph. *Conceptos Fundamentales de Filosofía*. Tomo II. Barcelona: Herder, 1978, p. 530.

9 Também Gadamer faz essa observação quando aborda a questão do método: “Em verdade, a palavra método soa muito bem em grego. Todavia, enquanto uma palavra estrangeira moderna, ela designa algo diverso, a saber, um instrumento para todo conhecimento, tal como Descartes a denominou em seu *Discurso do método*. Enquanto um

Outro ponto que causa complexidade na definição de método diz respeito à diferença que existe entre *método* e *metodologia*. Com efeito, independentemente de se movimentar no interior de uma definição mais clássica ou numa definição mais moderna do termo método, este último sempre se refere a um conjunto de procedimentos específicos que foram utilizados pelo agente para consecução de um determinado desiderato. Já a *metodologia* refere-se a uma espécie de “discurso do método”. Novamente com Larenz, podemos afirmar que a “*metodologia é uma reflexão da ciência sobre sua própria atividade*”.<sup>10</sup> Ou seja, se o método diz respeito a um “dado método”, a um procedimento específico já utilizado pelo pesquisador, cientista, filósofo, etc.; a metodologia representa a teoria que se faz sobre o método.

Por exemplo: a realização de uma dedução lógica de enunciados dentro de um sistema axiomático-dedutivo representa a execução do chamado *método dedutivo*; a perspectiva de descrever situações particulares e, através delas, chegar a um conceito geral, representa uma figuração do chamado *método indutivo*.

A descrição abstrata de todas essas estratégias metodológicas com a finalidade de se debater qual o melhor método a ser empregado para a solução de um determinado problema é que se chama de *metodologia*. A metodologia, como dito anteriormente, constitui-se em verdadeira teoria sobre o método.

Assim, é possível dizer que a *metodologia jurídica* constitui-se em um discurso sobre o método jurídico, ou ainda, em uma *teoria sobre o método jurídico* a ser utilizado para solucionar os casos judiciais tendo por base a *interpretação* de textos que compõem a base normativa de uma determinada ordem jurídica.

---

termo grego, a palavra tem em vista a multiplicidade, com a qual se penetra em uma região de objetos, por exemplo, enquanto matemático, enquanto mestre de obras ou enquanto alguém que filosofa sobre ética” (GADAMER, Hans Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Vol. II, Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 164).

10 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. cit., prefácio p. XXI.

A metodologia jurídica, porém, não se resolve a partir da simples aplicação de mecanismos dedutivos, indutivos, dialéticos, etc.. Essa disciplina reveste-se da peculiaridade de manifestar-se com uma intenção normativa de base: deve fornecer os elementos necessários para a correta aplicação das normas jurídicas; da interpretação dos textos jurídicos aos casos submetidos à apreciação do direito. Não é, portanto, uma simples estratégia de leitura de textos, sua compreensão e correta interpretação. Manifesta-se também como a perspectiva de elaboração de composições teóricas que determinem o papel desempenhado pelos casos concretos para a construção da solução normativa adequada.<sup>11</sup>

Tradicionalmente, tende-se a tratar o problema do método jurídico colado à questão da interpretação e às regras daquilo que se chama de hermenêutica jurídica. Nestes casos, a metodologia representaria uma série de estratégias utilizadas pelo intérprete do direito para atingir a correta significação do texto legal que possui como fiadores ora a *vontade da lei*, ora a *vontade do legislador*. Neste momento, é importante colocar corretamente a questão da metodologia jurídica e o ambiente discursivo que lhe é correspondente.

Há pelo menos duas modalidades de pensamento metodológicos no âmbito do direito:

- a) uma de corte mais abstrato-filosófico, constituído a partir do declínio do jusnaturalismo moderno e da emergência do fenômeno da codificação que culminou com a edição do *Code civil* francês de 1804 e do BGB alemão em 1900. Na senda desses acontecimentos aparecem as posturas metodológicas cristali-

---

11 De se consignar que existem propostas metodológicas de refinado matiz teórico que procuram retratar a metodologia jurídica como uma estratégia para equacionar a complexa relação existente entre sistema (âmbito textual) e problema (âmbito fático-normativo). Esse é o caso de Antônio Castanheira Neves e da verdadeira escola que se constitui em torno de sua obra, que pode ser notada na obra de autores como Fernando Pinto Bronze e José Manuel Aroso Linhares. No que tange à proposta mencionada, Cf. CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993, em especial n. 3, p. 155ss.

zadas na chamada *escola da exegese* francesa e na *jurisprudência dos conceitos* alemã;

- b) uma segunda modalidade de pensamento metodológico apresenta uma característica mais sociológica, inspirada no movimento positivista que encontrou seu paroxismo na segunda metade do século XIX. São representativas desse modelo as escolas nomeadas como *movimento do direito livre*; *jurisprudência dos interesses* e *realismo jurídico*.

De se consignar que, ao final da primeira metade do século XX, no período pós-guerra, houve uma retomada filosófica na metodologia jurídica consubstanciada, principalmente, na corrente chamada *jurisprudência dos valores*.

A referência à filosofia e à sociologia remete-nos, aqui, à clássica oposição feita por Pontes de Miranda em seu *Sistema de Ciência Positiva do Direito*<sup>12</sup>. Para Pontes, as possibilidades de análise do “mundo jurídico” oscilavam sempre entre posturas racionalistas, historicistas ou daquilo que ele nomeava como “método científico do direito”. As posturas racionalistas e historicistas estão identificadas – no modo como o jusfilósofo constrói seu argumento – com a filosofia, pois, no caso da primeira, a produção do conhecimento jurídico está ligada a modelos de pensamento que perquirem por formas jurídicas já sempre dadas à razão, enquanto conceitos gerais e universais, sendo que a tarefa do jurista seria conhecer essa “generalidade universal” e deduzi-las aos fatos concretos. O historicismo, por outro lado, apenas inverte a polaridade, dando ênfase ao caráter particular e singular da história dos povos como fator de composição do direito. Pontes rejeita ambos os modelos de ciência do direito e opta por uma terceira via, que ele nomeia como “método científico” e que teria, no contexto do que era produzido pelo

12 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. 4 tomos. Campinas: Bookseller, 2000.

movimento do direito livre e pela jurisprudência dos interesses, um forte colorido sociológico de base<sup>13</sup>. Neste caso, o direito não seria procurado nem em ideias inatas da razão, nem nas particularidades da história, mas nos próprios fatos sociais.

A definição deste “método científico” era defendida por Pontes de Miranda como uma exigência dos novos tempos para agregar ao conhecimento do direito maior rigor de investigação e de construção de sentenças. De se anotar que Pontes reconhecia *poder criativo* ao juiz – na linha, inclusive, do que era moda à época – mas apontava claramente para a necessidade de restrição desse “poder de criação”. Para ele, o modo de restringir esse espaço criativo era dado pela construção de um “rigoroso método científico” que, poderíamos acrescentar, possibilitasse maior *objetividade* para o conhecimento do direito.

Assim, a análise correta da chamada metodologia jurídica passa pelo enfrentamento da construção sistemática e dos problemas que advêm dessas escolas do pensamento jurídico. A seguir trataremos de recompô-las, ainda que em linhas gerais.

---

13 De se ressaltar que a interpretação que Pontes oferece sobre o movimento do direito livre discrepa da sua tradicional retratação como um movimento em favor do simples reconhecimento da liberdade criativa do juiz (o imbróglgio sobre as “lacunas” do direito). Na verdade, nos termos formulados pelo jusfilósofo, o movimento do direito livre implicava *liberdade de investigação* no direito. Vale dizer, a institucionalização da possibilidade de investigar cientificamente o direito, para além do dogmatismo ingênuo do conceitualismo alemão (jurisprudência dos conceitos), do exegetismo francês e do formalismo anglo-americano (vale lembrar que o movimento do direito livre, diferente das escolas metodológicas que possuíam clara identificação nacional, internacionalizou-se). Essa interpretação é corroborada, inclusive, pelo título do opúsculo que dá vida ao movimento: A luta pela *ciência do direito* (*Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, opúsculo de Hermann Kantorowicz publicado, na verdade, sob o pseudônimo Gnaeus Flavius) que indica, a toda evidência, seu caráter científico e não apenas jurisprudencial (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Vol. II. Campinas: Bookseller, 2000, p. 220ss). Em última análise, o movimento do direito livre seria – ressalvadas as inúmeras peculiaridades da época – um ato de afirmação do desprendimento do Direito da Metafísica; de constituição verdadeira de uma ciência do direito.

### 3. Desenvolvimento e fases da metodologia jurídica no pensamento jurídico germânico

#### 3.1. Escola Histórica

Diferentemente da França – em que a codificação teve lugar e foi legitimada pelo poder legislativo – na Alemanha a codificação é fruto de um decantado processo acadêmico de apuração conceitual. A partir desse dado inicial, Van Caenegem constrói a tese de que, enquanto na França a figura proeminente para a criação e aplicação do direito é o legislador (os juízes e doutrinadores eram vistos com desconfiança); na Alemanha a figura do erudito (doutrinador) assume o papel mais relevante.<sup>14</sup>

A Escola Histórica, certamente, marca a cristalização do prestígio dos eruditos no ambiente jurídico alemão. Nesse ambiente, na medida em que a figura do erudito passa a ser realçada, a reconstrução dos aspectos metodológicos de uma determinada escola passa a reivindicar a indicação dos autores (doutrinadores) que captanearam cada uma das correntes teóricas. No caso da Escola Histórica, o grande nome é Friedrich Carl von Savigny<sup>15</sup>.

Importante referir, já de início, que a escola histórica apresenta elementos importantes para a afirmação posterior do *pandectismo*, cujo ponto culminante é atingido com o formalismo conceitual da *Jurisprudência dos conceitos* e que dará vida ao BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) de 1900. Além disso, Savigny e seu historicismo influenciou, de maneiras diversas e em variados graus, juristas como Rudolf von Ihering e Friederich Puchta.

14 O historiador belga retrata essa tese em diversas obras. Em maiores detalhes ela aparece em CAENEGEM, R. C. Van. Judges, Legislators & Professors. *Chapters in European Legal History*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. No mesmo sentido, Cf. \_\_\_\_\_, *European Law in the Past and the Future*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

15 Sobre a vida e obra de Savigny Cf. LÓPEZ, Frederico Fernández-Crehuet. *La perspectiva del sistema en la obra y vida de Friedrich Carl von Savigny*. Granada: Editorial Comares, 2008.

Sobre o historicismo e o método da Escola Histórica, calha começar com uma afirmação de José Lamego que aponta para a existência de um peculiar tipo de miscigenação – uma ambiguidade, na verdade – no interior do historicismo, que envolve elementos claramente modernos (como o ideal de sistema), com ingredientes de reação ao processo de afirmação da modernidade (de afirmação das vivências históricas, de crítica ao racionalismo e de reabilitação da tradição).<sup>16</sup>

Na verdade, o historicismo opera, efetivamente, o trânsito do jusnaturalismo para o juspositivismo (entendido como ênfase ao direito positivo, mas não numa perspectiva de ciência positivista, como se constrói a partir do século XIX). Fica ao meio do caminho, mas não é nem jusnaturalista (ao contrário, representa uma postura crítica com relação ao racionalismo) e tampouco positivista, haja vista a ênfase que se dá à contextualização histórica – quase exotérica – dos institutos jurídicos.

A escola histórica, nessa perspectiva, opera uma reação aos postulados de supratemporalidade dos ideais de justiça existentes no ambiente jusnaturalista, afirmando ser o direito um produto histórico (portanto, temporal). Desloca-se, assim, a atenção do jurista para a positividade do direito e sua realidade, temporalmente condicionada.

Todavia, diferentemente do exegetismo francês, o historicismo não afirma essa positividade na figura de um estatuto aprovado por um corpo legislativo determinado, mas procura remeter a formação das instituições jurídicas à história de um ente chamado povo. Esse ponto é particularmente interessante e sua compreensão absolutamente importante porque, em não raras vezes, induz a certos equívocos. O principal deles é identificar a Escola Histórica com um positivismo do tipo exegético e considerar Savigny um legalista (entendendo por legalista o tipo de experiência que se tem

---

16 Cf. LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência*. Análise de uma “recepção”. Lisboa: Fragmentos, 1990, n. 1.1.1., p. 19

no ambiente francês). É verdade que Savigny, em diversas ocasiões, equipara Direito à lei.<sup>17</sup> Mas não no sentido de um livro editado por uma autoridade parlamentar e, sim, como algo que emerge da história de uma comunidade; algo que emerge daquilo que ele nomeou de *Volksgeist* (espírito do povo). O direito (lei), assim, não é o produto de um corpo legislativo, mas sim das “*forças históricas [...] que transcendem a consciência dos indivíduos; é no povo que se identifica o autêntico criador do Direito positivo*”.<sup>18</sup>

Em resumo: o Direito (Lei) é algo “vivo” emanado da experiência vivencial de um povo, que o legislador exprime e, em algumas circunstâncias, até integra, mas não pode, arbitrariamente, criar (algo muito diferente do que acontece na França, em que o legislador é Soberano para criar as disposições normativas, que faz *ex nihilo*, ou seja, de forma arbitrária). Novamente com Lamego, podemos afirmar que, para a Escola Histórica “o Direito não era manifestação ou produto de um legislador racional (...). A crença na imanência de um sentido criador nas manifestações históricas é comum ao que se denomina ‘*historicismo*’”.<sup>19</sup>

Assim, era da análise das concretas e típicas formas de conduta que se poderia identificar os institutos jurídicos que deveriam ser recompostos na perspectiva da evolução do direito, entendido como um organismo vivo. Esses institutos apresentam os nexos orgânicos dos quais se extraem as regras. Estas – as regras – são na verdade o resultado de uma intuição global dos institutos que, por sua vez, são o resultado das vivências de um determinado povo.

Ao lado de conceber o direito como uma ciência que opera segundo um método histórico, Savigny também visualizava um caráter filosófico para essa mesma ciência.<sup>20</sup> Mas, ao contrário das

17 Sobre essa problemática Cf. LÓPEZ, Frederico Fernández-Crehuet. *La perspectiva del sistema en la obra y vida de Friedrich Carl von Savigny*. cit., p. 117ss.

18 LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência*. Análise de uma “recepção”. cit., p. 20.

19 LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência*. Análise de uma “recepção”.cit., p. 22.

20 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. cit., passim.

filosofias do direito natural (que Savigny chamava de “filosofia do direito propriamente dita”), que procuravam compor o direito a partir de fórmulas lógicas atemporais que podem ser apreendidas pela razão, Savigny identificava um *elemento* filosófico no direito: a *sistematicidade*. Assim, a sistematicidade aplicada ao direito pres-supõe a filosofia. Mas descarta a necessidade do conhecimento do direito natural: o direito, numa perspectiva sistemática, pode ser estudado com ou sem o Direito Natural.<sup>21</sup>

Segundo Larenz, a ideia de sistema é tão importante para Savigny que, em determinado ponto da sua obra ele chega a afirmar que “o todo do Direito só em sistema é reconhecível”.<sup>22</sup>

Desse modo, é da combinação dos métodos histórico e sistemático que emerge a característica metodológica fundamental da Escola Histórica. Todos os autores são unânimes em afirmar que é dessa estrutura metodológica que a ciência do direito da Europa continental, ainda hoje, retira seus fundamentos.

### 3.2. Jurisprudência dos Conceitos

A Jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*) também reivindicava um ideal de sistema para o Direito. Seus mais representativos expoentes foram formados no ambiente do historicismo de Savigny. Todavia, o formalismo conceitual da Jurisprudência dos conceitos não se confunde com aquilo que foi produzido pela escola histórica. O método formalista-conceitual da jurisprudência dos conceitos representa o apogeu daquilo que Franz Wiacker chama de “ciência das pandectas”<sup>23</sup>, sendo a face mais evidente do movimento nomeado de *pandectismo*. Os mais importantes autores dessa corrente são, certamente, Puchta e Bernhard Windscheid.

21 Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. cit., p. 11.

22 Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. cit., p. 11.

23 Cf. WIACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. cit., parte IV.

Como bem assinala Lamego, a Jurisprudência dos Conceitos é – ressalvadas as peculiaridades históricas e os contextos específicos de cada realidade nacional – o equivalente alemão da escola da exegese francesa.<sup>24</sup> A aproximação, evidentemente, se dá por motivos formais: equiparação do direito ao conteúdo colocado no texto estatutário; a concepção de que a atividade do juiz é uma simples atividade de conhecimento, não comportando interpretações que alterem o significado dos conceitos que compõem a legislação, etc.. No que tange ao modo como essa mesma legislação tem origem, contudo, as diferenças se apresentam visíveis: a Jurisprudência dos conceitos continua a apresentar um papel de destaque para a figura do erudito, enquanto que a experiência francesa, como vimos, coloca ênfase na figura do legislador.

No contexto da obra de Puchta, a ciência do direito deveria realizar uma “genealogia dos conceitos” e agrupá-los na forma de uma pirâmide, estruturada segundo os critérios da lógica formal. Do conceito mais geral, deduzem-se conceitos mais específicos e o conhecimento jurídico deve articular-se no interior desses vários estratos de estrutura ascendente e descendente.

Essa rígida estrutura conceitual funciona na perspectiva do sistema.<sup>25</sup> Todavia, diferentemente da proposta de sistema encampada por Savigny, a estrutura sistemática da Jurisprudência dos conceitos não é aferida pelo nexo de institutos (dos quais derivam regras específicas de conduta, nos termos propostos pela escola histórica), mas, sim, de um nexo de proposições que estão alocadas no contexto da pirâmide conceitual<sup>26</sup>. O nexo orgânico reivindicado pela escola histórica transmuta-se em um nexo lógico de conceitos.

Um exemplo de como funciona o método da Jurisprudência dos conceitos pode ser retirado da obra de van Caenegem. Depois

24 Cf. LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência*. cit., p. 30.

25 Cf. LOSANO, Mario. *Sistema e Estrutura no Direito*. Vol. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2010, cap. XIII, n. 5, p. 337ss.

26 Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. cit., p. 24.

de afirmar que a principal contribuição acadêmica para a formação do BGB foi dada pelo “eminente pandectista Bernhard Windscheid”, Caenegem assevera: “o BGB é um código sistemático e teoricamente coerente, inteiramente no espírito dos pandectistas, como mostra sua importante Allgemeiner Teil (“Parte Geral”). (...) Um exemplo da estrutura sistemática do BGB e da maneira pela qual caminha de princípios gerais até normas específicas – a pirâmide conceitual, acrescentamos – é fornecido pelo contrato de compra e venda. Primeiro é preciso consultar o Allgemeiner Teil (artigos 116 e seguintes, artigos 145 e seguintes), em seguida os artigos sobre os princípios gerais das obrigações (artigos 275 e seguintes), depois os princípios gerais sobre obrigações contratuais (artigos 305 e seguintes) e, finalmente, os artigos sobre contratos de venda em particular (artigos 433 e seguintes)”.<sup>27</sup>

Nesse ilustrativo exemplo apresentado por Caenegem, fica fácil assimilar o movimento dedutivo descendente presente no método da Jurisprudência conceitual. No caso retratado por Caenegem o procedimento se instala no sentido geral-particular. Todavia, o movimento poderia, também, ser inverso, ascendente, particular-geral: de um contrato de venda particular induzir-se-iam elementos sobre os princípios gerais das obrigações contratuais, voltando-se às disposições sobre os princípios gerais das obrigações, até desaguar nas regras contidas na Parte Geral. Qualquer movimentação, seja ela ascendente (indutiva), seja ela descendente (dedutiva), está abarcada pelo método da Jurisprudência dos conceitos.

Diante disso, é possível perceber que o modelo de Direito Privado, em especial o Código Civil, existente no Brasil é caudatário desse tipo de procedimento metodológico. Mesmo o Código promulgado em 2002, manteve, em suas grandes linhas, o método formal-conceitual produzido pela “ciência das pandectas”.

Nesse sentido, é extremamente instigante uma colocação efetuada por José Reinaldo de Lima Lopes tendo em vista o tipo de

27 CAENEGEM, R. C. van. Uma introdução histórica ao Direito Privado. cit., pp. 221-222.

pensamento jurídico que predominava no Brasil no século XIX. Segundo Lima Lopes, a essa época nos tornamos uma nação fortemente influenciada pela pandectística alemã e, ao mesmo tempo, passamos a fazer doutrina com autores franceses e italianos que, como vimos com relação aos franceses, pouco ou nada tem a ver com o direito civil alemão.<sup>28</sup>

Na verdade, como bem acentua Lenio Streck, sempre estivemos envolvidos com esse tipo complicado de sincretismo que procura conciliar diversos pensamentos e métodos jurídicos que, no mais das vezes, apresentam características conflituosas entre si<sup>29</sup>. Isso decorre, em grande parte, do fato de o estudo sobre a metodologia jurídica ser deficiente, principalmente no âmbito da graduação brasileira, mas permanecendo insatisfatório o seu desenvolvimento também no ambiente da pós-graduação. Falta a constituição daquilo que Rapp nomeia “consciência de método”: não basta desenvolver uma ação e, faticamente, atingir o resultado correto; é necessário, para que essa ação possa ter caráter científico, que o agente tenha consciência das etapas metodológicas que utilizou em seu procedimento.<sup>30</sup>

De todo modo, fica claro que, no ambiente metodológico da Jurisprudência dos conceitos, a solução para as questões judiciais do direito estavam já desde sempre assentadas na estrutura sistemática da legislação (do BGB, no caso). Não há margem de criação para os juízes: sua tarefa é simplesmente um ato de conhecimento das estruturas lógicas que compõem os dispositivos do código.

Por fim, para evitar malentendidos sobre as diferenças existentes entre escola histórica e o legalismo exegético, é importante registrar aqui uma advertência feita por Lamego. Essa passagem do professor português corrobora a afirmação que fizemos quando tratamos da Escola Histórica, no sentido de afirmar sua desvincula-

28 LIMA LOPES, José Reinaldo de. *O Direito na História*. Lições Introdutórias. op., cit., n. 3, p. 24.

29 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. cit., Introdução, p. 28ss.

30 Cf. RAPP, Friedrich. *Método*. cit., p. 534ss.

ção tanto com relação ao jusnaturalismo quanto com relação ao positivismo jurídico. Nas palavras do autor: “*é completamente errônea a assimilação corrente entre a filosofia jurídica do historicismo (e a Begriffsjurisprudenz, formada na sua esteira) e o positivismo legalista. (...) a filosofia jurídica do historicismo – e de Savigny em particular – não só é estranha a representações positivistas-legalistas, como, do ponto de vista epistemológico e metafísico, se coloca em contraponto ao positivismo*”.<sup>31</sup>

### 3.3. Jurisprudência dos Interesses

Até aqui tratamos de posturas metodológicas que estão enraizadas na filosofia. Mais especificamente: que deitam suas raízes, em maior ou menor medida, na filosofia racionalista dos séculos XVII e XVIII ou no historicismo. A partir deste item, passaremos a retratar as posturas que, influenciadas pelo positivismo científico que predominou na segunda metade do século XIX, podem ser apresentadas como de inspiração sociológica.

Importante salientar que esses movimentos críticos com relação ao formalismo conceitual da pandectologia – na expressão de Caenegem – emergem em um contexto de formação e estruturação do direito público que erigem em torno do Estado liberal dos novecentos. Uma leitura atenta dos itens anteriores é suficiente para perceber que toda a discussão da escola histórica ou do conceitualismo é travada no seio do direito privado. O aparecimento de disciplinas jurídicas ligadas à regulação do fenômeno estatal também deve ser levado em conta para a formação dessas novas escolas metodológicas, muito embora a grande maioria dos autores dessas correntes ainda continuem ligados, de alguma maneira, ao direito privado.

31 LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência*. cit., p. 30.

No caso da chamada Jurisprudência dos interesses (*Interessen-jurisprudenz*), o grande corifeu teórico foi Philipp Heck, que era o líder da chamada “escola de Tübingen”. Na raiz desse movimento metodológico estão outras duas posturas teóricas que, cruzadas, servem de impulso para Heck e seus seguidores: trata-se do pensamento professado pelo segundo Ihering e dos postulados defendidos pelo chamado movimento do direito livre.

Com relação a Rudolf von Ihering, calha registrar que é comum, entre os estudiosos de sua obra, dividi-la em dois momentos distintos:

- a) em um primeiro momento – registrado no magistral *Espírito do Direito Romano* – encontramos um Ihering ainda ligado a filosofia sistemática que, embora já demonstre um profundo senso crítico com relação às teses do historicismo de Savigny, continua ainda a buscar os nexos orgânicos que possibilitem a construção do fenômeno jurídico. Na referida obra, o jusfilósofo trata, em diversos parágrafos, daquilo que ele chamava de “alfabeto jurídico”, uma espécie de cabedal conceitual que o jurista precisa ter à disposição para poder articular o conhecimento sobre o Direito.<sup>32</sup>
- b) Em um segundo momento tem-se uma ruptura com esse elemento sistemático, que ligava sua obra à pandectística, e o jusfilósofo passa a professar um tipo de “proto Jurisprudência sociológica” – inspirado no darwinismo social – com sua ideia de finalidade do direito.<sup>33</sup>

É esse segundo momento da obra de Ihering<sup>34</sup> que irá inspirar os partidários da Jurisprudência dos interesses.

32 IHERING, Rudolf von. *O Espírito do Direito Romano*. Vol. III. Rio de Janeiro: Alba, 1943, § 43, I, p. 24ss.

33 Cf. IHERING, Rudolf von. *A Finalidade do Direito*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2002, I, p. 225ss. Essa divisão entre os momentos da obra de Ihering é também explorada por Losano em seu *Sistema e Estrutura no Direito*, cit., vol. 1., n. XIV, pp. 349 e segs., e vol. 2., n. IV, p. 150ss.

34 Importante consignar que a obra de Ihering tem sido dividida pelos seus estudiosos em duas fases. A primeira fase (ou o Ihering I) corresponde aos seus primeiros trabalhos, incluindo o monumental *Espírito do Direito Romano*. Nesse primeiro momento, as premissas de sua teoria ainda se encontram em alguma medida vinculadas à escola

Outro elemento, que também oferece as bases para a Jurisprudência dos interesses, é a eclosão do *movimento do direito livre*. Esse movimento também tem em Ihering uma espécie de “fiador intelectual” (ao menos em sua vertente germânica). Duas curiosidades cercam esse movimento: de um lado sua brevidade, seu ápice teve lugar entre os anos de 1905 e 1914; por outro lado sua “internacionalização”, uma vez que o movimento começa com um autor francês (François Géný), passa pela obra de autores alemães (com destaque para Hermann Kantorowicz) e dissemina-se por várias partes do mundo com o final da primeira guerra mundial e a ascensão do nacional socialismo na Alemanha (isso porque muitos de seus expoentes eram socialistas e acabaram perseguidos e exilados pelos nazistas). Houve também relações deste movimento nos Estados Unidos, como pode ser notado nas obras de Cardoso, Holmes e Pound.<sup>35</sup>

A princípio o “direito livre” que se menciona na nomenclatura dessa escola metodológica quer apontar para um tipo específico de libertação. Trata-se de uma libertação científica do direito do método predominante no interior do formalismo conceitual dos pandectistas e dos exegetas franceses. Isso fica claro quando analisamos o título do livro que inaugura o movimento em solo alemão: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, escrito por Kantorowicz, mas assinado com o pseudônimo Gnaeus Flavius.<sup>36</sup>

---

histórica e ao desenvolvimento da “Ciência das pandectas”. Embora haja peculiaridades com relação à composição de seus textos, é certo que essa sua primeira fase é marcada por um certo esforço conceitualista, na linha do que vinha sendo desenvolvido até então. Por outro lado, a segunda fase de seu pensamento (ou Ihering II) é marcada profundamente por uma aproximação ao que, naquele tempo, ficou conhecido como darwinismo social. O texto que marca essa viragem da obra de Ihering é *A finalidade do Direito*, no qual se desenvolve um raciocínio teleológico-evolucionista para a construção da teoria jurídica (há algumas traduções para o português que traduzem o título dessa obra por *A Evolução do Direito*). Foi esse segundo momento da obra de Ihering que acabou por influenciar os movimentos libertários da ciência jurídica a que o texto faz referência). Para aprofundamento, Cf. LOSANO, Mário. *Sistema e Estrutura no Direito*. op., cit., volumes I e II, passim

35 Cf. LOSANO, Mário. *Sistema e Estrutura no Direito*. cit., vol. 2., n. IV, 5, p. 150-151.

36 Importante registrar que autores importantes, ligados aos altos círculos da universidade alemã, foram influenciados pela leitura desse texto. Esse é o caso de Oskar von

O texto de Kantorowicz – de claras inspirações iheringnianas – procurava apontar para um dos principais problemas que a Jurisprudência dos conceitos insistia em ignorar: no momento em que o juiz preenche as lacunas do sistema ele, efetivamente, desenvolve uma função de criação do direito. Assim, como afirma Losano, “*ao lado do direito formal, emanado pelo legislador, existe um direito livre, um freies Recht: também dessa expressão recebeu o nome o Movimento do Direito Livre*”.<sup>37</sup>

Todavia, Kantorowicz ia além, afirmando que – em casos específicos e como uma espécie de mal necessário – os juízes poderiam decidir inclusive *contra legem*. Losano afirma que o autor tentou, posteriormente, restringir os efeitos dessa sua declaração. Porém, para muitos, ela nunca deixou de surtir o efeito bombástico que acarretara. Ora, em um ambiente extremamente vinculado a uma ortodoxia lógico conceitual, a simples reivindicação de uma “liberdade”, seja ela de investigação seja ela de criação do direito nos casos de lacunas, já representa uma atentado contra o *status quo*. A afirmação da possibilidade de decisões *contra legem*, assim, foi recebida com reservas inclusive por aqueles que seguiam ou simpaticizavam com as teses principais do movimento.

Esse foi o caso de Philipp Heck. Sua proposta de uma Jurisprudência dos interesses nasce de uma secessão (Losano) com o

---

Bülow – tido como o fundador da “ciência processual”. Mario Losano, no segundo volume de seu *Sistema e Estrutura do Direito*, indica a vinculação de Bülow a esses movimentos antissistemáticos que polularam no final do século XIX e início do século XX. Interessante é que Losano traz à colação um depoimento de Gustav Radbruch – à época também vinculado ao Direito Livre – no qual se afirma que a opção pelo pseudônimo é que levou ao relativo sucesso do manifesto, pois conferiu ao texto de um jovem pesquisador a aparência de um escritor experiente, com “autoridade” para tratar dos temas ali abordados. Nos termos do depoimento de Radbruch, foi esse fator, provavelmente, que possibilitou a leitura e aderência de juristas de renomado prestígio como é o caso de Franz Klein e do próprio Bülow (Cf. LOSANO, Mário. *Sistema e Estrutura no Direito*. Vol. II. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 153-154).

37 LOSANO, Mário. *Sistema e Estrutura no Direito*. Vol. II. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 160.

movimento do direito livre que se dá, justamente, em razão de uma discordância com relação ao problema da possibilidade de decisões *contra legem*. A Jurisprudência dos interesses, então, pode ser entendida como uma “ala moderada do movimento do direito livre”.<sup>38</sup>

Tal qual os adeptos do direito livre, Heck criticava a “falácia conceitual” da Jurisprudência dos conceitos. Segundo Losano, essa falácia se apresenta da seguinte maneira: considerar ser possível deduzir logicamente as normas umas das outras, quando na verdade a dedução opera a partir de conceitos gerais preexistentes na mente de quem aplica do direito.<sup>39</sup>

Como alternativa, Heck apontava para a dimensão concreta dos interesses em conflito de modo a demonstrar como a obra mais preciosa da pandectística – o BGB de 1900 – não conseguia regular plenamente o tecido social. Era preciso suprir as insuficiências do pensamento lógico dedutivo puro com elementos intuitivos que o jurista perceberia na realidade social concreta. Portanto, apenas um estudo sociológico da gênese dos interesses que levaram o legislador a criar a lei é que poderia preencher os espaços lacunosos dessa mesma lei. O método para compor os interesses em conflito era dado por uma *ponderação* (*Abwägung*), que deveria apontar para o interesse que deveria prevalecer.

Assim é que se inaugura uma nova perspectiva metodológica que voltará a aparecer na chamada *Jurisprudência dos valores*: a *ponderação*. Para Heck, toda norma jurídica representa uma tentativa de conciliar, segundo um princípio de ponderação (*Abwägung*) os interesses opostos que, sociologicamente, aparecem na base dessa mesma norma.

38 LOSANO, Mário. *Sistema e Estrutura no Direito*. Vol. II. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p 164.

39 LOSANO, Mário. *Sistema e Estrutura no Direito*. Vol. II. São Paulo: Martins Fontes, 2010, Idem.

### 3.4. Jurisprudência dos Valores

A chamada Jurisprudência dos valores (*Wertungsjurisprudenz*) representa mais uma continuidade do que uma verdadeira ruptura com o método da Jurisprudência dos interesses. Como já adiantamos linhas acima, a principal diferença entre essas duas correntes metodológicas reside no fato de que a Jurisprudência dos interesses possui um acentuado corte sociológico (da identificação dos interesses em conflito que levaram o legislador a editar a norma), ao passo que a Jurisprudência dos valores é revestida de um colorido filosófico: auxiliar o julgador a identificar os valores que subjazem ao direito naquele dado conflito levado à sua apreciação. Como afirma Lamego: “*se a Jurisprudência dos interesses tinha empreendido a crítica aos procedimentos abstrato-classificatórios e lógico-subsuntivos da Jurisprudência dos conceitos mediante o recurso a modos de pensamento ‘teleológicos’ a Jurisprudência da valoração, em vez de pensamento ‘teleológico’, prefere falar de pensamento ‘orientado a valores’*”<sup>40</sup>

Uma segunda diferença está no lugar privilegiado para o *Leitmotiv* da discussão: na Jurisprudência dos interesses – nos termos propostos por Philipp Heck – as atenções estão voltadas para a atividade do legislador. A tarefa do intérprete, aqui, é reconstruir os argumentos e *ponderar* os interesses que levaram à edição do diploma legislativo. Já no caso da Jurisprudência dos valores, o polo da discussão é deslocado para a atividade jurisdicional e o principal problema a ser enfrentado é a fundamentação da decisão final. Aqui a preocupação é orientar a decisão dos juízes segundo os valores que constituem os fundamentos do convívio social.

Trata-se de uma época retratada por autores como Larenz, Lamego e Haverkate como a da “perda das certezas jurídicas”<sup>41</sup>.

40 LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência*. cit., p. 87.

41 Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. cit., p. 1; José Lamego. *Hermenêutica e Jurisprudência*. cit., passim.

Isso deve-se, em grande parte, a uma peculiaridade histórica que cerca a Jurisprudência dos valores. O final da Segunda Guerra Mundial representa um marco para composição de uma nova ordem, social, política e jurídica. Em termos sociais, os anos que se seguiram a 1945 vivenciaram as agruras do período da reconstrução da Europa e, a partir da década de 1950, desenvolveram condições de vida e igualdade sem paralelo na história (a chamada “era de ouro do capitalismo”). Politicamente, a queda do nazismo e do fascismo – enquanto inimigos comuns – abriu espaço para a polarização do mundo entre as duas grandes ideologias: o capitalismo e o socialismo. É o tempo da chamada “guerra fria”. Juridicamente, a principal mudança operada pelo fim do período bélico é, certamente, o novo papel desempenhado pelas Constituições e um remapeamento global do direito público em face da força normativa dos direitos fundamentais. Todavia, um elemento que permanece pouco explorado diz respeito ao papel que a “redescoberta cultural dos Estados Unidos”<sup>42</sup> desempenhou nessa reconfiguração do jurídico.

Na última década, começaram a surgir estudos – muitos deles oriundos da ciência política – que dão conta da expansão do *judge made law* no continente Europeu e, mais recentemente, pelos países periféricos (hoje chamados de emergentes, como é o caso do Brasil)<sup>43</sup>. Ou seja, as transformações operadas pelo constitucionalismo do segundo pós-guerra e o papel efetivo desempenhado pelo Tribu-

42 Cf. LOSANO, Mario. *Sistema e Estrutura no Direito*. cit., p. 245.

43 Nesse sentido, é importante mencionar as seguintes obras: Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder. The global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics. In: Chester Neal Tate; Torbjörn Vallinder. (Orgs.). *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995; Martin Shapiro; Alec Stone Sweet. *On law, politics & judicialization*. New York: Oxford University Press, 2002; Ran Hirschl. *Towards juristocracy*. The origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007. Há também textos traduzidos para o português e publicados recentemente na Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas: HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. In *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, maio/agosto de 2009, p. 139-175.

nal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) alemão para efetividade da Lei Fundamental de Bonn de 1949, passam por essa tendência, hoje global, de “expansão do poder judicial”.

Essa é outra diferença decisiva que a Jurisprudência dos valores guarda com relação à Jurisprudência dos interesses. No caso da primeira, seus postulados metodológicos não se restringem ao âmbito acadêmico, mas têm como grande “laboratório” a atividade do Tribunal Constitucional Federal Alemão nas primeiras décadas da segunda metade do século XX, que recepcionou muitas de suas teses.

No âmbito acadêmico, autores importantes como Karl Larenz, Josef Esser, Claus-Wilhelm Canaris, defenderam – cada um ao seu modo – os postulados da Jurisprudência dos valores.

Não cabe aqui – pelos limites de uma obra com finalidade didática – discutir em pormenores a obra de cada um destes autores. Todavia, é importante apresentar um panorama geral de cada uma delas.

### 3.4.1. *Karl Larenz*

Pelo menos dois traços característicos marcaram o pensamento de Larenz: filosoficamente, seu trabalho se alinha ao neohegelianismo, de onde decorrem suas noções de Estado e Sistema; politicamente, é preciso observar que, em um primeiro momento, sua obra apresenta traços marcadamente nacionais-socialistas (Larenz chegou a ser um dos principais teóricos do regime). Porém, no pós-guerra, sua obra se concentrou em elementos metodológicos do direito. Sua obra influenciou diretamente os sistemas de Walter Wilburg e Canaris. Importante advertir, com Losano, que com essas afirmações não queremos dizer que as concepções mais recentes sobre metodologia e sistema sejam de inspiração nacional- socia-

lista.<sup>44</sup> Apenas entendemos ser importante advertir para esse dado absolutamente fundamental da biografia do autor.

Do ponto de vista da sua teoria produzida no segundo pós-guerra, é ponto fundamental mencionar sua proposta de distinção entre *jus* e *Lex* (Direito e Lei). Essa é uma operação comum entre os teóricos do direito na Alemanha do pós-guerra. Como afirma Lenio Streck, o equacionamento da tensão provocada pela edição da Lei fundamental e sua compatibilização com o direito vigente ao tempo de sua promulgação reivindicava “*a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a valores aparece, assim, como mecanismo de abertura de uma legalidade extremamente fechada*”.<sup>45</sup>

Assim que, para este autor, a decisão de uma questão judicial que exige um juízo de valoração – e ao final, todas elas exigem, porque o direito é concebido aqui como uma ordem positiva de valores – pode até ser *praeter legem*, mas será, necessariamente, *intra jus*. Vale dizer, na decisão orientada por valores o juiz pode ir para além daquilo enunciado pelo texto da lei. Mas sua decisão, que positiva valores, será de acordo com o Direito.<sup>46</sup>

Esse traço decorre diretamente de seu neohegelianismo. Com efeito, como nos lembra Losano, essa distinção entre *jus* e *Lex* não coloca Larenz nos trilhos de um jusnaturalismo. Na verdade, Larenz aposta em um sentido de justiça existente em cada indivíduo, a partir de algo que ele nomeia “consciência jurídica”. Assim, “*A justiça não é nem a norma fundamental do ordenamento, nem o axioma do qual deduzir outras normas, mas um ideal que o direito positivo tenta realizar, conseguindo-o apenas em parte*”.<sup>47</sup>

Nessa medida, Larenz propõe um método para resolver o problema das lacunas apresentando três casos com instrumentos para preenchê-las. No primeiro, a lacuna é “patente” e pode ser colma-

44 Cf. LOSANO, Mario. *Sistema e Estrutura no Direito*. p. 219.

45 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. cit., p. 48.

46 Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. cit., n. 2, p. 172ss.

47 LOSANO, Mario. *Sistema e Estrutura no Direito*. n. 4, p., 255.

tada por *analogia*; no segundo, a lacuna é “oculta” e deve ser integrada por meio de uma *redução teleológica*; no terceiro, que é uma extensão do segundo, a lacuna pode ser coberta por meio de uma *extensão teleológica*.

Nos dois últimos casos, o intérprete não deve ficar restrito ao texto da lei mas, sem desconsiderá-lo – vale dizer, de forma imaneente – ele deve aperfeiçoá-lo de modo que atinja a finalidade nele contida e amparada pelo direito. Se esse aperfeiçoamento implica restrição do conteúdo, têm-se uma *redução teleológica*; se implica extensão de conteúdos, têm-se uma *extensão teleológica*.<sup>48</sup>

Todavia, Larenz cerca essa atividade de cautelas, colocando-a na esteira de uma *Rechtsfortbildung* (que pode ser traduzida, im- perfeitamente, como “formação do Direito”), entendida como uma atividade *extra legem intra jus*.

Outro ponto importante da proposta teórica de Larenz – e que se apresenta como elemento central da Jurisprudência dos valores – é a aposta na chamada “ponderação de bens” como forma de so- lução de lacunas do direito em virtude da “colisão de normas. *Pon- deração de bens, interesses, valores* ou, como se passou a falar a par- tir de Robert Alexy, *fórmula da ponderação*, são expressões que se constituem e consolidam a partir da Jurisprudência dos Interesses e da *Abwägung* de que falava Philipp Heck. Em Larenz e nos demais partidários da Jurisprudência dos valores que tratam do problema da ponderação, essa questão diz respeito a uma ponderação da coli- são normativa em caso orientada por uma pauta valorativa.<sup>49</sup>

Por fim, importante transcrever a seguinte passagem de Lo- sano: “a expressão *intra ius demonstra que o direito é ainda enten- dido como um conjunto coerente (um sistema em sentido clássico, talvez), em cujo interior pode-se, porém, ir além do direito positivo, ou seja, além do direito estatuído segundo os procedimentos consti- tucionais*”.<sup>50</sup>

48 Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. cit., Parte V, letra “c”, p. 555ss.

49 Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. cit., Parte V, n.3, p. 574s.

50 LOSANO, Mario. *Sistema e Estrutura no Direito*. n. 4, p., 256.

### 3.4.2. Josef Esser

Josef Esser é certamente um dos juristas mais importantes da teoria do direito alemã do segundo pós-guerra. Embora esteja atrelado à Jurisprudência dos valores, sua obra difere sensivelmente da de Larenz e de Canaris. O ponto em comum com esses autores aparece na preocupação com a questão das lacunas – ou da indeterminação do direito – e o problema da chamada criação judicial do Direito.

Como vimos anteriormente, o problema da criação judicial do direito se apresenta como objeto de análise dos juristas desde o movimento do direito livre e de sua vertente “moderada” que é a Jurisprudência dos interesses. A diferença é que, no caso da Jurisprudência dos valores, esse momento da “criação judicial do direito” deve ser guiado por determinados requisitos objetivos que são os valores culturais de uma sociedade. O modo de tornar “objetivo” o conhecimento desses valores é que varia de autor para autor. Em Larenz, como vimos, há uma ênfase na “consciência jurídica” dos indivíduos; Esser, por sua vez, procura estabelecer esses valores a partir da própria sociedade e de seu contexto de vivências.

Em seus trabalhos, o autor procura desenvolver uma espécie de “Jurisprudência comparativa”, colocando lado a lado as experiências interpretativas que se manifestam em países de *common law* e aqueles que se operam em países de *civil law*. No livro *Princípio e norma na elaboração judicial do direito privado*, Esser pratica esse tipo de metodologia procurando desenvolver – a partir da distinção anglo-saxã entre *principle* e *rule* – uma distinção entre *princípio* e *norma*. Com isso o jusfilósofo se aproxima de uma abordagem que confere ênfase à figura do juiz procurando, todavia, explorar meios de contenção dessa mesma atividade. Numa passagem extremamente percuciente, Losano afirma o seguinte sobre a obra de Esser: “Visto que Esser se move num ambiente de direito continental, a ligação entre o mundo dos princípios e as normas do ordenamento

*jurídico deve, de qualquer maneira, passar através de um elemento legislativo, que para Esser é constituído pelas cláusulas gerais*.<sup>51</sup>

A importância de Esser deve ser referida também em face de sua peculiar preocupação em apontar para a insuficiência de um pensamento jurídico autossuficiente apontando, chamando a atenção para a necessidade de se constituir um saber jurídico a partir de um diálogo com a filosofia, a sociologia e demais ciências sociais. Além disso, seu inegável tino comparativista, abrirá o estudo do direito para um diálogo produtivo entre as tradições que compõem o direito ocidental.<sup>52</sup>

#### 4. Considerações a Jurisprudência dos valores e a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* e seus reflexos na concretização dos direitos

Como afirmado no início deste item, a Jurisprudência dos Valores possui, com relação às demais posturas metodológicas que aqui retratamos, a peculiaridade de ter repercutido, de alguma forma, na atividade concreta dos tribunais. Em especial, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão.

Neste caso, aquilo que ficou conhecido como “revolução copernicana do direito público”<sup>53</sup>, produziu uma série de debates reconduzindo a Constituição e o Direito Constitucional a um lugar realmente novo no âmbito da experiência jurídica vivenciada pela Europa continental.

51 LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no Direito*. cit., n. VI.5., p. 260.

52 Cf. ESSER, Josef. *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Barcelona: Bosch, 1961, passim; ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Camerino: Edizione Scientifiche Italiane, 1983, passim.

53 A expressão é de Jorge Miranda e é mencionada em STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma Nova Crítica do Direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 216ss.

Dentre as mais variadas concepções, nunca é demais lembrar as ideias de *força normativa da constituição*<sup>54</sup> e de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais que, nesta quadra da história, condicionam efetivamente o legislador infraconstitucional.

O Tribunal Constitucional Federal alemão, em diversas oportunidades<sup>55</sup>, firmou a concepção de que a Lei Fundamental se assenta em uma ordem plural de *valores* garantidos pelos princípios constitucionais. Tais valores, por serem plurais, no mais das vezes, encontram-se em rota de colisão. Vale dizer, as circunstâncias concretas sobre as quais se assenta o caso a ser decidido podem fazer com que dois valores, igualmente amparados por princípios constitucionais, estejam agindo como forças opostas para solução do caso. Assim, é necessário que haja um procedimento para apurar qual deles possui mais força para reger a relação estabelecida naquele dado caso. Esse procedimento é a chamada ponderação que o tribunal afere segundo critérios de proporcionalidade.

Esse tipo de solução acabou espalhando-se por todos os ramos do direito na medida em que esse novo fenômeno constitucional provocou algo que é chamado por diversos autores de *constitucionalização do direito*.<sup>56</sup>

O mencionado fenômeno nada mais quer significar do que a invasão das disposições constitucionais – mormente aquelas garantidoras de direitos fundamentais – em todos os ramos do direito, inclusive no âmbito do direito privado que, classicamente, se colo-

54 Cf. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991, passim.

55 Como referência, podemos citar: *BverfGE* 7, 198; *BverfGE* 7, 377; *BverfGE* 35, 202; *BverfGE* 41, 251. Importante referir que todos os casos aqui citados são amplamente discutidos em livros já traduzidos para o português. Eles podem ser facilmente encontrados em LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. cit., Parte V, n. 3, p. 576-579; ou em ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, passim.

56 Nesse sentido, JESTAEDT, Mathias. El positivismo jurídico aplicado al Tribunal Constitucional Alemán. El poder del guardián y la impotencia del señor de la Constitución. In: *La ponderación en el Derecho*. Eduardo Montealegre (org.). Bogotá: Universidad Externado, 2008, p. 255ss.

cava como um “feudo” inviolável. Assim, é interessante citar o caso que constitui o *Leitmotiv* do *BfverGE 7 377*. Nesse caso, o tribunal teve de decidir se um determinado dispositivo de uma lei de um Estado que limitava a abertura de farmácias a partir da instituição de certos requisitos estava de acordo com o princípio da liberdade profissional garantido pela Lei Fundamental. Nesse caso, o tribunal ponderou sobre a importância do direito fundamental à liberdade de profissão e o bem comunitário do direito à saúde pública. No caso em específico, o tribunal entendeu inconstitucional a lei do Estado por ferir “em grau muito elevado” a liberdade profissional estatuída (como valor) pela Lei Fundamental.

Essa atividade de constante intervenção do tribunal nas mais variadas questões apresentadas pela sociedade provocou grande reação por parte da comunidade intelectual alemã. Autores da estatura de um Jürgen Habermas passaram a criticar duramente a jurisprudência do tribunal classificando-a como *ativista*, nos termos das discussões que têm lugar nos Estados Unidos.<sup>57</sup>

Já no caso de autores como Robert Alexy, a postura que se apresenta é mais de legitimação teórica da atividade do tribunal, do que propriamente de crítica. Alexy aprova, em alguma medida, a Jurisprudência da valoração praticada pelo tribunal. Todavia, reconhece que, nalguns momentos, o apelo a valores pode levar a certo irracionalismo decisório, na medida em que não existem critérios objetivos para determinar qual dos valores em conflito deve prevalecer. Assim, em sua obra, Alexy opõe um modelo decisionista a um modelo fundamentado de sopesamento. O modelo decisionista representa as decisões “irracionais”. O fundamentado, por sua vez, tem lugar no momento em que a lei da ponderação é aplicada às decisões do tribunal.<sup>58</sup>

57 Para maiores informações sobre a discussão norte-americana acerca do chamado “ativismo judicial”, Cf. WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review*. From constitutional interpretation to judge-made law. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

58 Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, n. 2.2.2.1., p. 164ss.

Mais recentemente, Mathias Jastaedt afirma que a jurisprudência do Tribunal Constitucional, na perspectiva de concretizar a constituição, acabou criando um aglomerado de decisões que, hodiernamente, são constantemente referidas para oferecer soluções para os novos casos apresentados ao tribunal. Assim, o autor fala de um poder cada vez maior do “guardião da Constituição” em detrimento do poder de revisão da Constituição, que é do legislador constitucional.<sup>59</sup>

Por certo que decisões “ativistas” ou que ultrapassem os limites estabelecidos juridicamente na Constituição devem ser criticadas e proibidas. Uma teoria da decisão, como será apresentada nos itens seguintes, tem como missão criar as condições para o controle jurídico das decisões judiciais, condenando qualquer tipo de decisionismo político por parte dos tribunais. Todavia, não se deve confundir esse tipo de postura – que defende uma autonomia para o jurídico no momento da construção das soluções apresentadas aos casos concretos – com uma vetusta proibição de interpretar. A tarefa de concretização exige, sim, um exercício interpretativo. Mas essa interpretação sofre limites e essa é a grande questão a ser abordada. Definitivamente, o fato de ser inexorável interpretar para se fazer direito não pode autorizar decisões arbitrárias por parte do intérprete. Toda essa problemática reivindica uma revisão e uma nova postura com relação ao dever constitucional de fundamentação das decisões proferidas pelo judiciário (art. 93, IX da CF/1988).

## 5. À Guisa de Conclusão: Crítica à “recepção” da Jurisprudência dos valores pela doutrina e jurisprudência brasileiras

No Brasil, o final do regime militar e o processo de redemocratização que culminou com a promulgação da Constituição de 1988,

59 Cf. JESTAEDT, Mathias. El positivismo jurídico aplicado al Tribunal Constitucional Alemán. El poder del guardián y la impotencia del señor de la Constitución. In: *La ponderación en el Derecho*. Eduardo Montealegre (org.). Bogotá: Universidade Externado, 2008, p. 255ss

trouxe à tona todo o debate sobre Direito Constitucional que esteve presente no campo jurídico europeu na segunda metade do século XX. Assim, é possível dizer – numa expressão de Gomes Canotilho – que, no interior da doutrina brasileira, o Direito Constitucional, realmente, passou *de disciplina assessória para disciplina estruturante*. Não faltam livros, teses de doutoramento e dissertações de mestrado para fazer referência a mantras como *força normativa da Constituição; normatividade dos princípios constitucionais; efetividade dos direitos fundamentais*, etc.

Evidentemente, esses fatores apontam para um aperfeiçoamento democrático da academia jurídica no Brasil e devem ser, na sua devida medida, festejados.

Todavia, a questão problemática surge no momento em que todas essas questões são ventiladas sem o necessário enquadramento e equacionamento das peculiaridades culturais que marcaram a discussão nos países europeus.

Esse problema que acomete parte da doutrina brasileira vem sendo fortemente denunciado por Lenio Streck<sup>60</sup>. Com efeito, segundo o jusfilósofo, a doutrina brasileira operou três recepções equivocadas: *a)* dos postulados da Jurisprudência dos Valores; *b)* da Ponderação Alexyana; *c)* do ativismo judicial norte-americano.

Aqui, nos interessa mais de perto a questão que diz respeito aos equívocos presentes na recepção dos postulados da Jurisprudência dos Valores.

Tornou-se comum no Brasil o discurso sobre a chamada *constitucionalização do direito* – em referência ao espalhamento das disposições constitucionais para todos os demais ramos do direito. É comum a referência ao fato de que o direito (infraconstitucional) não pode ficar imune aos “valores” introduzidos pela nova ordem constitucional.<sup>61</sup> Valores esses que são conduzidos para dentro do

60 Essa crítica aparece na introdução à 4ª Edição de STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. cit., Introdução, n. 4, p. 47ss.

61 Por todos, Cf. BARROSO, Luis Roberto e Barcellos, Ana Paula de. O começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: Virgílio Afonso da Silva (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

sistema jurídico pela via dos princípios constitucionais que devem ser aplicados segundo as regras da ponderação.

Streck afirma que as teses da Jurisprudência dos valores serviram, na realidade alemã, para oferecer um método que possibilitasse a abertura de uma estrutura de legalidade extremamente fechada e rígida. As concepções de sistema predominante, inclusive, também apontavam para um fechamento rigoroso do direito e para uma restrição forte da criação da atividade judicial. Isso começou a se alterar com a partir das denúncias do *movimento do direito livre* e das críticas à “falácia conceitual” efetuada pela jurisprudência dos interesses. Ocorre que os fatores históricos levaram a uma dificuldade de implementação dessas teses, que só chegaram a ser efetivamente ventiladas no âmbito judicial com o final da Segunda Guerra Mundial. A Jurisprudência dos valores, nesse sentido, pode ser vista como um aperfeiçoamento das teses da jurisprudência dos interesses. Sua contribuição é conduzir a solução da “criação judicial do direito” nos casos de lacunas pelos valores que sustentam todo o discurso sobre o direito.

Esse ponto é que parece não ter sido bem compreendido por parte da doutrina brasileira. Como afirma Streck: “*os juristas brasileiros não atentaram para as distintas realidades (Brasil e Alemanha). No caso específico do Brasil, onde, historicamente, até mesmo a legalidade burguesa tem sido difícil de ‘emplacar’, a grande luta tem sido estabelecer um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional*”.<sup>62</sup>

Também no direito privado há uma acentuada incidência das teses presentes na Jurisprudência da valoração. Isso acontece, no mais das vezes, na senda aberta pelas chamadas “cláusulas gerais” que, nem sempre são articuladas de forma adequada pela doutrina brasileira, deixando excessiva margem de discricionariedade para o

62 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. cit., Introdução, n. 4, p. 48ss.

julgador no momento da decisão de um caso que esteja coberto por uma dessas regras.<sup>63</sup>

Em suma, há que se ter presente que a Jurisprudência dos valores produziu um tipo de discurso metodológico que, ainda hoje, faz parte de nossa doutrina e jurisprudência. As críticas que são feitas aos partidários da valoração passam pelo excesso de subjetivismo que existe na ideia de valores (que estão a depender do sujeito que os conhece e os articula) chegando às acusações de irracionalidade a que o procedimento da ponderação submete o direito.<sup>64</sup>

## Referências bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. *La nueva división de poderes*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2011, Kinde Edition.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

---

63 Por todos, Cf. COSTA, Judith Martins. *As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico*. In: Revista dos Tribunais, vol. 680, p. 47, Jun/1992; Costa, Judith Martins. *O Direito privado como um “sistema em construção” – As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro*. In: Revista dos Tribunais, vol. 753, p. 24, Jul/1998.

64 Nesse sentido são as críticas de Friedrich Müller: “Tal procedimento (a ponderação) não satisfaz as exigências, imperativas no Estado de Direito e nele efetivamente satisfáveis, a uma formação da decisão e representação da fundamentação, controlável em termos de objetividade da ciência jurídica no quadro da concretização da constituição e do ordenamento jurídico infraconstitucional. O teor material normativo de prescrições de direitos fundamentais e de outras prescrições constitucionais é cumprido muito mais e de forma mais condizente com o Estado de Direito com ajuda dos pontos de vista hermenêutica e metodicamente diferenciadores e estruturante da análise do âmbito da norma e com uma formulação substancialmente mais precisa dos elementos de concretização do processo prático de geração do direito, a ser efetuada, do que com representações necessariamente formais de ponderação, que conseqüentemente insinuem no fundo uma reserva de juízo (Urteilsvirbehalt) em todas as normas constitucionais, do que com categorias de valores, sistema de valores e valoração, necessariamente vagas e conducentes a insinuações ideológicas”. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho de Direito Constitucional*. cit., p. 36.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In: Virgílio Afonso da Silva (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAENEGEM, R. C. Van. *Judges, Legislators & Professors. Chapters*. In: *European Legal History*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

\_\_\_\_\_. *European Law in the Past and the Future*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993.

DILTHEY, Wilhelm, *Introdução às Ciências Humanas*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ESSER, Josef. *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

GADAMER, Hans Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Vol. II, Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

HEIDEGGER, Martin. *Os Conceitos Fundamentais da Metafísica: Mundo – Finitude – Solidão*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

IHERING, Rudolf von. *A Finalidade do Direito*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2002.

JESTAEDT, Mathias. *El positivismo jurídico aplicado al Tribunal Constitucional Alemán. El poder del guardián y la impotencia del señor de la Constitución*. In: *La ponderación en el Derecho*. Eduardo Montealegre (org.). Bogotá: Universidade Externado, 2008.

LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência. Análise de uma “recepção”*. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

LÓPEZ, Frederico Fernández-Crehuet. *La perspectiva del sistema en la obra y vida de Friedrich Carl von Savigny*. Granada: Editorial Comares, 2008.

LOSANO, Mario. *Sistema e Estrutura no Direito*. Vol. 1 e 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. 4 tomos. Campinas: Bookseller, 2000.

RAPP, Friedrich. *Método*. In: Hermann Krings, Hans Michael Baumgarten e Christoph Wild. *Conceptos Fundamentales de Filosofía*. Tomo II. Barcelona: Herder, 1978.

SARTORI, Giovanni. *Ingeniería Constitucional Comparada*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2011, Kindle Edition.

STEIN, Ernildo, *A Questão do Método na Filosofia*. 3. ed., Porto Alegre: Movimento, 1983.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *O que é Isto – Decido conforme minha Consciência?* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

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

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbelini. *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.