

Artigo retirado de:

ARANHA, M. I. *O método apropriado à interpretação da parte dogmática das constituições*. In: **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios** 5: 143-155, 1997.

O método apropriado à interpretação da parte dogmática das constituições

Márcio Iorio Aranha

A falha da teoria do ordenamento jurídico, tida por Bobbio como a originalidade do positivismo jurídico, está em que aquela entende por ordenamento jurídico um sistema dotado de unidade, coerência e completude, que é infenso, em sua dimensão formal, a uma finalidade. As características de valoração são inevitáveis no sistema, para lhe dar *direção*. Um sistema sem direção, é absolutamente sem sentido para um estudo que lhe ultrapasse as fronteiras. Está muito bem para um sistema fechado¹, mas tal sistema fechado, o seria mediante uma remissão, ou à regra de reconhecimento de Hart, e aqui as duras críticas de Dworkin, ou à norma fundamental de Kelsen², ou mesmo a todas as justificações jusnaturalistas de referência a um postulado moral auto-evidente³. *Há argumentos de princípio; há necessidade de delimitação e ponderação de valores.*

¹Fala-se aqui dos sistemas fechados, mas sem se olvidar da diferenciação destes dos sistemas autopoieticos, que pretendem ser identificados não pela forma *hiper-cíclica* tendentes “à produção das suas próprias condições originárias de produção, tornando-se *desse modo* independentes do respectivo meio envolvente”, mas por uma *auto-referecibilidade ou clausura organizacional* (*organization closure* ou, seu sinônimo, *selbstreferentielle Geschlossenheit*), que reflita uma *circularidade básica* para garantir a “estabilização de sistemas auto-subsistentes” (TEUBNER, Gunther. ***Recht als autopoietisches System***. 1989. (trad. it. de José Engrácia Antunes. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 32-33). Ainda, relacionado ao tema da *autônoma constituição normativa*: cf. CASTANHEIRA NEVES, A. **Metodologia jurídica. Problemas fundamentais**. Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 205 e seguintes.

²Cf.: KELSEN, Hans. ***General Theory of Law and State***. *Russel and Russel Inc.*, 1961 (trad. it. de Luís Carlos Borges. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Brasília, Editora Universidade de Brasília e Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1990, p. 119 e seguintes; VILLANOVA, Lourival. *Teoria da norma fundamental*. In: Cavalcanti Filho, Teófilo (org.). **Estudos em homenagem a Miguel Reale**. São Paulo, Editora Universidade de São Paulo e Editora Revista dos Tribunais, 1977, pp.1 à 52.

³Kelsen (1881-1973), citado por Bobbio, dá uma diferença central entre a “unidade formal, relativa ao modo como as normas são postas *versus* unidade substancial ou material, relativa ao conteúdo das normas” para situar as definições de direito positivo e direito natural. Diz Bobbio: “Segundo os jusnaturalistas, portanto, o direito constitui um sistema unitário, porque todas as suas normas podem ser deduzidas por um procedimento lógico uma da outra até que se chegue a uma norma totalmente geral, que é a base de todo o sistema e que constitui um postulado moral auto-evidente (para Hobbes tal norma diz *pax est quaerenda*; para Santo Tomás diz: *bonum est quaerendum, male vitandum*; para Pufendorf, essa norma prescreve a busca da conservação da sociedade humana; para Thomasius, prescreve a busca da felicidade; para Kant ela exige a garantia da liberdade do homem ...)” (BOBBIO,

O sistema é dinâmico porque evolui com as instituições, mas tal evolução é amarrada, tanto mediante a estrutura decisória de base institucional de Dworkin, quanto mediante o papel influente da norma jurídica de Santi Romano⁴, por uma *essência necessária* que deve ser reconhecida, não aos conceitos em si, mas às conseqüências de uma racionalidade institucional⁵, que lida com argumentos de princípio. Aqui a segurança jurídica essencial ao ser humano.

Todo o referido deflui da constatação de que não há como compreender uma proposição jurídica senão no contexto em que se insere. O compreender, no plano hermenêutico, envolve necessariamente o *aplicar*⁶. O sentido do ordenamento é *construído* a cada caso e somente com eles, os casos, mas não exclusivamente através deles, pode-se extrair um critério de medição da correção de uma decisão ou de sua interpretação. A assertiva é direcionada, sobretudo, à seara dos direitos fundamentais, que são reconhecidamente dotados de uma estrutura diferenciada das demais normas constitucionais, ou seja, uma estrutura normativo-material apresentada em forma de *mandato de otimização*⁷, e não em *ordenações de vigência*⁸, tendo, portanto, afastada de seu núcleo de sentido, a estrutura funcional de premissa maior de um silogismo subsuntivo⁹, porquanto os direitos fundamentais têm, por pressuposto para seu reconhecimento, a identificação de estruturas

Norberto. **O positivismo jurídico**. *Lições de Filosofia do Direito*. Compiladas pelo Dr. Nello Morra, trad. de Márcio Publiesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Editora Ícone, 1995, p.199).

⁴ROMANO, Santi. **L'ordinamento giuridico**. (trad. it. de Sebastián Martín-Retortillo & Lorenzo Martín-Retortillo. *El ordenamiento jurídico*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963, p.107): “*Todo esto valorado en su conjunto [sobre a teoria da objetividade do ordenamento jurídico], nos conduce siempre al mismo punto de partida: la llamada objetividad del ordenamiento jurídico no puede circunscribirse y limitarse a las normas jurídicas. Se refiere y se refleja sobre ellas, pero arranca siempre de un momento lógico y materialmente anterior a las mismas, y en ocasiones, incluso frecuentemente, existen valoraciones que no pueden identificarse ni confundirse con las peculiares de las propias normas; lo que equivale a decir que éstas son o pueden ser, desde luego, una parte del ordenamiento jurídico, pero que sin embargo están muy lejos de agotar en su totalidad la integridad del mismo*”.

⁵Essa racionalidade institucional utiliza como elemento de decisão, o que poderia ser chamado também de processo de *simplificação qualitativa*, criticado pelo próprio autor da expressão, mas que traduz um método de determinação de conteúdos normativos, mediante a identificação de *corpos jurídicos*, ou institutos jurídicos. Jhering é aqui bem útil, como representante de duas formas de expressão do direito científico alemão — jurisprudência dos conceitos e dos interesses. O método do direito é universal, aplicado a todos os ordenamentos jurídicos, o que se contrapõe ao nacionalismo de Savigny, e significa: a “universalidade da ciência jurídica é possível porque se serve de um método próprio, de certas técnicas de pesquisa elaboradas e refinadas através dos séculos, as quais são válidas para o estudo de qualquer ordenamento. Jhering define este método como um *precipitado* da sã razão humana em matéria de direito” (p.123). “A operação mais importante à qual se deve dedicar o jurista além daquela da aplicação do direito, é, segundo Jhering, a simplificação dos materiais jurídicos. Ele distingue uma simplificação quantitativa e uma qualitativa” (p.124). A simplificação qualitativa significa a *construção jurisprudencial* que “consiste na individualização e no isolamento dos *institutos jurídicos*” (p.126) in BOBBIO, Norberto. op.cit. Mas tal isolamento não é algo que exerce uma mera função passiva de pura descoberta de conteúdo, mas o próprio conteúdo revelado e reconstruído incessantemente dentro das balizas institucionais, que dão forma e sentido ao material jurídico.

⁶Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 44.

⁷Para Hesse, a demanda constitucional por um labor de otimização provém do princípio da unidade da Constituição. (HESSE, Konrad. **La interpretación constitucional**. In: _____. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 48-49).

⁸Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. op.cit., pp.84/85 e 97: item n.º 9.

⁹Cf. SCHAPP, Jan. **Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre**. Tübingen, J.C.B. Mohr, 1983. (trad. it de Ernildo Stein. *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1985); cf. também, HESSE, Konrad. op. cit., p. 40.

*diferenciadas*¹⁰, estruturas normativo-materiais necessariamente *abertas*¹¹, *polissêmicas* e *indeterminadas*¹², muito embora a subsunção possa ser encarada, como um *controle adicional de concordância*¹³.

É com respeito à chamada parte *dogmática* das constituições, onde se encontram os direitos fundamentais, que as considerações expostas são melhor compreendidas. A natureza principiológica¹⁴ deste foco constitucional clama uma interpretação de seus dispositivos por pautas axiológicas, em que sobressaem ideais *prospectivos*¹⁵ de *concretização*¹⁶. As disposições *abertas, polissêmicas e indeterminadas* da parte dogmática das constituições têm seu significado apreensível por um processo incessante de lapidação de sentido, por intermédio das suas inúmeras concretizações, que lhe dão *densidade conceitual*¹⁷. Mas, então, surge um questionamento de fundo: como introduzir neste contexto aberto de evolução de conteúdo pautas estabilizadoras do progresso?; como afastar as tentações do voluntarismo?. Há de se ressaltar um *papel sobrevivente da regra positivada* sob pena de compadecer, o direito, com a *degradação da normatividade da constituição*¹⁸. Renunciar ao caráter normativo da constituição significa renunciar à possibilidade desta *conformar a realidade, normalizar a sociedade, pautar condutas, influenciar a*

¹⁰Cf.COELHO, Inocêncio Mártires. op. cit., p. 25-26; 96(7); 97(8).

¹¹A porosidade do objeto cultural reflete a abertura e porosidade do ser humano.

¹²Cf.COELHO, Inocêncio Mártires. op. cit.: especialmente p. 26.

¹³Cf. SCHAPP, Jan. op. cit., p. 100.

¹⁴Uma abordagem clara da distinção entre regras e princípios e a assertiva de serem as Constituições *catálogos de princípios*, cuja evidência sobressai-se na sua parte dogmática tem-se em: COELHO, Inocêncio Mártires. op.cit.: especialmente p. 79-87.

¹⁵Sobressai, neste tópico, a idéia do Estado Social, significando o compromisso de conformação do futuro a renegar a anterior posição de passividade do Estado Liberal. Negar o ideal prospectivo da norma jurídica significa negar a possibilidade de conformação da realidade pelo Direito. Em outras palavras, significa menosprezar a *vontade de Constituição* de Konrad Hesse, e abraçar cegamente a Constituição real de Ferdinand Lassale.

¹⁶Neste sentido, o trecho seguinte é esclarecedor: “Reconhecida, afinal, a especificidade da *matéria* constitucional — ainda que restrita à parte *dogmática* das constituições —, torna-se evidente que a chamada interpretação *especificamente* constitucional, ao fim e ao cabo, é apenas uma *hermenêutica de princípios*, de pautas axiológicas para cuja efetividade deve-se substituir a idéia *retrospectiva* de interpretação pela idéia *prospectiva* de concretização.” — grifos nossos. (COELHO, Inocêncio Mártires. op.cit., p.98: item n.º 18). Ainda: “A extensão da pauta ou a determinação de seu conteúdo só se revelam, efetivamente, na solução de casos concretos; mas essa concretização, por outro lado e ao mesmo tempo, enriquece e desenvolve a pauta, sem que esse processo jamais chegue ao seu termo. (§) Nisto consiste o processo dialético da compreensão como atividade *infinita*” (idem. p.37). Conferir, ainda: HESSE, Konrad. op.cit., pp.43 e ss., segundo o qual, interpretação constitucional é concretização. Para uma visão global, clara, porém sintética, do método de interpretação constitucional hermenêutico-concretizador de Konrad Hesse e Friedrich Müller: cf.BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 30-35.

¹⁷Inocêncio Mártires Coelho explica, remetendo-se a ensinamentos de Böckenförde: “(...)do ponto de vista da literalidade e da morfologia das suas palavras [das disposições], as disposições da parte *dogmática* das constituições dos Estados de direito são *fórmulas lapidares e preceitos de princípio* que — diversamente do que ocorre com as normas legais —, exigem uma interpretação não só explicativa, como também *densificadora*, interpretação que, não raro, se apresenta como *decifração* ou *concretização*” — grifos nossos. (COELHO, Inocêncio Mártires. op. cit., p. 85-86).

¹⁸A incapacidade de preservação da normatividade da constituição está referida por Böckenförde como a grande falha dos métodos interpretativos de hoje: “*Todos los métodos interpretativos tratados* [hermenêutico-clássico; tópico; realista; hermenêutico-concretizador] *producen como resultado en definitiva — quiza con la excepción del de F.Müller — la degradación de la normatividad de la Constitución*” (BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. op.cit., p. 35).

realidade, ou seja, desprezar sua *vigência normativa*, ou ainda, sua *pretensão de validade do dever-ser*¹⁹.

Quanto a isto, Radbruch (1878-1949) traz luminosas observações na sua indispensável obra de filosofia do direito²⁰. Há um papel sobrevivente da regra jurídica na determinação da evolução do sistema; há uma *força plasmadora* da lei frente a sua transformação²¹. Partindo da assertiva de que o órgão emanador de regras não detém, e nem pode deter, um conhecimento prévio de todas as vicissitudes de enquadramento e conexão de sua emanção de vontade²², particularizada no tempo e no espaço, Radbruch pondera pela inevitável existência de lacunas traduzidas nas inúmeras potenciais localizações e conexões de uma regra em um ordenamento jurídico. Somente através das infinitas concretizações da proposição jurídica é que aquelas *lacunas*, ínsitas à visão limitada²³ do *legislador empírico*, assimiladas à objetividade do sistema jurídico, são *preenchidas*²⁴.

¹⁹Afastar a influência da constituição sobre a realidade, significa, no reverso da moeda, retirar da conformação jurídica a possibilidade da *compreensão* mediante uma dialética de influências recíprocas.

²⁰RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. trad. Cabral de Moncada, vol. I, 4ª ed., Coimbra: Arménio Amado Editor, 1961, p. 271 e seguintes.

²¹Os princípios são abertos, todavia os *sentidos literais possíveis* de suas proposições são *início e limite* à interpretação: cf. LARENZ, Karl. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**. 5ª ed., Berlin: Springer-Verlag, 1983. (trad. de José Lamago). *Metodologia da Ciência do Direito*. 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 385 e seguintes). Ocorre, contudo, que, para normas abertas, os limites diluem-se necessariamente na criatividade da sua construção institucional. O limite para esta criatividade está na manutenção da *autonomia do objeto de análise*, para que se preserve um requisito essencial do conhecimento, vale dizer, a dualidade sujeito-objeto.

²²Radbruch ensina que a vontade do legislador está inserida na vontade do Estado, pois aquela somente torna-se inteligível quando *compreendida* no ordenamento jurídico, já que o legislador põe-se como “a personificação do conteúdo da legislação”, ou antes, como uma “fictícia unidade de consciência”, que reflete aquele conteúdo. Cf. RADBRUCH, Gustav. op. cit., p. 273. Sob este enfoque, o embate entre *mens legis* e *mens legislatoris* resume-se a pontos de vista do mesmo fenômeno, ou a faces da mesma moeda: ambas origens volitivas iniciais; ambas origens volitivas conformadoras de sua alma gêmea; ambas origens volitivas de sentido e conteúdo da regra; ambas, enfim, a conformarem o nascimento e a evolução do universo envolvente de sua cara metade. Talvez, por isso, Radbruch faça referência a Marck (*Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie*, 1925, p. 77), que vê na oposição entre *sentido subjetivo* e *sentido objetivo* apenas uma diferença de grau.

²³Atente-se para o fato de que o termo “limitada” não está sendo utilizado no seu sentido pejorativo de apreciação subjetiva, mas sim para expressar a realidade objetiva de impossibilidade efetiva do legislador empírico transcender o momento e o lugar em que está situado. Neste sentido Radbruch fornece uma comparação: o “movimento de uma peça no jogo de xadrez pode também ter no conjunto do jogo um sentido e um alcance muito diversos daqueles com que o jogador a jogou. Não será exagerado afirmar que toda a palavra ou frase que nós pronunciamos se acha um pouco no caso da pedra de xadrez, sobre cujo destino o jogador não é a única pessoa a decidir. «A linguagem pensa e rima também por nós próprios». Isto é: quando pensamos e falamos, o nosso pensamento é como que atirado para um mundo de idéias que têm as suas leis próprias. (...) É sabido que no mesmo momento em que utilizamos as forças naturais nos abandonamos a elas. O mesmo acontece com as leis lógicas. Estas adquirem também império sobre nós, logo que as utilizamos. (...) «Nenhum tecelão pode saber o que está tecendo». Pelo mesmo motivo constitui um enriquecimento para a consciência e uma alta lição de modéstia o saber-se cada um de nós, em seus pensamentos, parte dum todo, de repercussão incalculável, ou dum universo «espírito objectivo», dentro do qual, na nossa pobre subjectividade, nada mais somos do que simples parcelas ou átomos.” (RADBRUCH, Gustav. op. cit., p. 283-285). Porém isso não chega ao ponto de retirar a razão pela qual a peça foi movimentada: para que o jogo prossiga, preferencialmente, com a vitória de quem o jogou.

²⁴Neste sentido é que Radbruch afirma que “os autores da lei não são, de facto, os legisladores” (RADBRUCH, Gustav. op. cit., p. 272). Dizer, como diz Radbruch, que a lei deve ser sempre mais inteligente que o seu autor, significa remeter o conteúdo da lei a considerações do fenômeno total, de imbricação subjetivo-objetiva e à necessária maior riqueza de completitude e inteligibilidade da lei vista pelos dois ângulos implicadores de sentido à mesma.

Por isso dizer-se que o sentido da lei é *construído* mediante sua interpretação²⁵. Esta lhe supre as deficiências de incompletitude *conformando* a sua aparência através da insigne do *legislador ideal*, à semelhança de um quebra cabeças, em que somente vai sendo possível uma melhor captação do desenho que ele contém pela insistência de tentativas interpretativas a seu respeito. Sua imagem vai adquirindo sempre maior nitidez com o preenchimento dos claros de seu esboço inicial. Mas este jogo tem uma característica que lhe é essencial: a descoberta do sentido global e completo do fenômeno é projetado para o infinito. A princípio, a vontade do legislador empírico pincela no quadro objetivo da realidade jurídica um *esboço*, que estará eternamente tomando forma e clarificando a sua imagem a cada olhar atento, perquiridor de conexões daquele elemento com o resto do arcabouço normativo. Aos poucos ele passa a *fazer sentido* no universo em que fora inserido, antes com um déficit gigantesco de sentido sistêmico, mas que, aos poucos, cria teias estabilizadoras de sua localização no espaço ordenamental. Passo a passo, começa a revelar seu propósito; a transparecer a consciência de seu ser com o rumo tomado pelas orientações de suas manifestações. Com isso, passa a integrar o senso comum, ou por outras palavras, passa a refletir cada vez mais um entendimento decorrente do conjunto de julgamentos vivenciados, aptos a desenvolverem uma faculdade de apreciação comum.

A característica social vinculante *de manifestações da consciência jurídica individual dos aplicadores da Constituição*²⁶ deve tangenciar o rumo da *consciência jurídica geral*²⁷, respeitando-se, portanto, aquilo que Reale traduziu por *due process of law*: uma *devida atualização da lei* como instrumento de racionalização da atividade hermenêutica.

Retoma-se o tema central, reafirmando a interdependência entre compreensão e aplicação da parte dogmática das constituições, pois, mesmo da perspectiva de anterioridade essencial dos valores humanos, aceita neste estudo, não se pode olvidar que os direitos fundamentais estão inseridos em um contexto de *fricção histórica* a limitar a própria absorção de seus conceitos às possibilidades de suas manifestações empíricas. Os direitos fundamentais, abstratamente considerados, são antagônicos — e aí a postura revolucionária francesa de limitação recíproca de extensão real dos direitos subjetivos —, mas, no caso particular, os direitos são ponderados e é encontrado o equilíbrio. Isto tudo desagua, insiste-se, no entendimento de que a compreensão pressupõe a aplicação. Erige-se, pois, à frente de batalha, a necessidade de identificação de uma teoria promotora de sínteses da consciência jurídica geral e, ao mesmo tempo, transparente de balizas de evolução do sistema, mediante uma referência, presente a cada passo, da ponderação efetiva de princípios. Os princípios estão no mesmo grau hierárquico²⁸, logo, somente podem ser determinados num juízo de ponderação prático.

²⁵Konrad Hesse afirma que “*el contenido de la norma interpretada sólo queda completo com su interpretación*” (HESSE, Konrad. op. cit., p. 43).

²⁶Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. op. cit., p. 99: item n.º 18.

²⁷Inocêncio Mártires Coelho salienta como válida a utilização do conceito de *consciência jurídica geral* como parâmetro de avaliação *razoável*, em sintonia com a necessidade de manutenção da possibilidade criativa do intérprete do direito e com a possibilidade de contenção de voluntarismos de teorias do mesmo. Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. op. cit., p. 23. Para tanto, assimila critérios *objetivos* de determinação daquela consciência jurídica geral, retirados de Karl Larenz: cf. idem, p.76-77.

²⁸Exceção à afirmação da igualdade hierárquica dos princípios, no direito constitucional brasileiro, está no destaque à dignidade humana, expressa no art.1.º, III da Constituição Federal de 1988, mas que somente detém tal *status* enquanto reflita a formulação de uma característica do homem que mais próxima está da sua natureza transcendente.

A discussão reflete corolários da moderna crítica à metodologia jurídica da doutrina tradicional do direito, no tocante à aplicação da lei ao caso concreto, esta última pregando que haveria, *sempre*, a subsunção de um concreto estado de coisas à uma *lei universal* — a plenitude e suficiência do modelo subsuncional de aplicação do direito. É bem verdade, que a reação à teoria tradicional, muitas vezes parece pecar pelo excesso em repeli-la, pregando a absoluta inidoneidade do modelo subsuncional a todo o complexo normativo. Jan Schapp entende que a questão *universal-singular* sequer é posta no campo jurídico, pois a lei, para ele, já é o singular projetado para o futuro. O autor aplica o seu *modelo de casos* a todo o ordenamento jurídico, o que já demonstra ter dado passos muito mais amplos que os que aqui se pretende dar²⁹. Radbruch esclarece melhor o papel dos *casos* no direito: significam o entendimento do direito pelo seu aspecto teleológico³⁰. A natureza normativo-material da parte dogmática das constituições, e, portanto, a singularidade do objeto de análise, demanda um modelo mais elaborado de sua aplicação — o objeto impõe a escolha do método —, não se afastando, de antemão, a possibilidade de utilização do modelo subsuncional como um *controle adicional de concordância*³¹. Todo o exposto por Schapp pode ser aplicado, com algumas reservas, à parte dogmática das constituições, tanto naquilo de crítica às considerações objetivistas extremistas do direito³², quanto à interdependência entre o *universal* e *singular*³³, como também, à determinação do teor jurídico dos direitos fundamentais por uma assimilação histórica de práticas institucionais, e a perspectiva de análise da imbricação do preceito jurídico e da decisão judicial³⁴.

²⁹O método de interpretação de Schapp aproxima-se do método tópico, pois menospreza o conteúdo normativo à condição de mero argumento, de força potencialmente idêntica às decisões concretas. O *caso positivado* participa, assim, somente como ponto de vista para a solução do problema, este sim, que se apresenta como pólo original de pesquisa. Uma exposição sintética do método tópico e sua crítica no âmbito da interpretação constitucional tem-se em Böckenförde (pp.19-27), segundo o qual, no método tópico, o preceito deixa de ser “*un punto de referencia normativo de la interpretación, sino un punto de vista de fundamentación orientado al problema en el marco del proceso argumentativo topico*” (BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. op. cit., p. 21). Para uma visão geral do pensamento tópico: cf. VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Brasília: Editora Universidade de Brasília e Departamento de Imprensa Nacional, 1979. Quanto à necessidade da sobrevivência da normatividade da Constituição, as ressalvas já foram feitas no corpo deste estudo.

³⁰Revela-se, portanto, uma dimensão do problema, que, por ser apenas um seu aspecto, não pode ser isolada como síntese do todo. A respeito: “sabe-se que o caso jurídico singular não constitui apenas um exemplo a acusar a existência de lei geral, como acontece com os fenômenos da natureza. Precisamente, ao invés disso, pode dizer-se que é a lei geral que existe por causa dos casos singulares e da sua decisão, vindo assim o direito a ser, num sentido teleológico, não o conjunto das normas, mas o conjunto das decisões” (RADBRUCH, Gustav. op. cit., p. 292).

³¹Vide nota 13 e texto pertinente.

³²Schapp busca em Schönfeld, a postura própria do jurista na interdependência da subjetividade e da objetividade: “Numa perspectiva filosófica também Walter Schönfeld viu o problema. Schönfeld resolve o problema com base na filosofia de Hegel. Segundo sua concepção, o direito é como idéia, possibilidade, mas que é uma possibilidade na perspectiva de sua possível efetivação. O direito não se opõe ao tribunal, mas é com ele posto. Ambos são apenas enquanto tal síntese. O direito somente alcança atualidade no caso e em sua decisão. O direito em sua objetividade, separado do prático e de sua subjetividade é uma “abstração” morta e sem esperança.” (SCHAPP, Jan., op. cit., p. 14).

³³Neste tópico, a teoria de Schapp é no sentido de que não há uma diferença categorial entre *universal* e *singular*. O preceito é por ele entendido como o próprio particular, sob uma perspectiva diversa: a do legislador. Prefere-se, entretanto, neste estudo, incorporar as visões de Kaufmann e Schönfeld, segundo os quais, *o universal e o singular devem ser levados a uma correspondência recíproca*, sob pena de se esvaziar o caráter influente da regra positivada. Cf. KAUFMANN, Arthur. **Analogie und “Natur der Sache”**, p. 29 e seguintes. (citado por SCHAPP, Jan. ibidem).

³⁴Erige-se, como pauta direcionadora da evolução de conteúdo de uma norma, manifestações institucionais expressas em decisões judiciais. Para Schapp, em um segundo passo à jurisprudência dos

Michel Villey, ao tratar do surgimento e desenvolvimento do individualismo, remete-se ao embate dos dois grandes fundadores daquela corrente. Fala-se de Guillaume d'Occam, contrário à idéia dos universais, e de outro teólogo do século XIV, Duns Scot, este, tal qual o primeiro, individualista, porém defensor dos universais, agora sob a forma de *naturezas*, entendidas como *realidades*, provando-se, com tal embate, que mesmo o nominalismo não conseguiu extirpar, por completo, a autoridade dos universais. E assim o foi porque estes servem a diversos propósitos. Há a necessidade de ponderação destas correntes, de compatibilização do *universal* com o *unitário*, do *todo* com o *átomo*, do *político* com o *individual*, do *social* com o *liberal*, do *real* com o *nominal*. Aqui se propõe novamente o intento deste estudo em retirar as contribuições sobreviventes das correntes históricas do pensamento para o alcance de uma síntese ou compatibilização abrangente. O nominalismo serviu à chamada de atenção para o valor historicamente perdido da individualidade e de sua importância frente ao mundo, mas exagerou em desconsiderar como *real* tudo que não fosse o *singular* ou *individual*³⁵.

Afastam-se, assim, os extremismos. Não se trata de aceitar posicionamentos radicais dos empiristas adeptos do direito livre (*Freiheitsbewegung*), ou das demais conformações do nominalismo³⁶, ou, por outro lado, dos juristas da jurisprudência dos conceitos, que são adeptos do realismo do conceito — ultrarrealismo —, todos calcando o sistema, unicamente num dos dois aspectos: universal ou particular³⁷. A solução, como não poderia deixar de ser, está no equilíbrio, no meio termo, na devida dotação de peso a cada pólo influente, e é exatamente neste ponderar de forças, que o ordenamento jurídico insere um componente decisivo no sistema normativo, por intermédio de um processo de *esclarecimento recíproco*³⁸. Somente assim, mantém-se o *status* do positivado, mediante o enquadramento de sua natureza influente.³⁹

A existência de um *conteúdo valorativo* é um legado do jusnaturalismo, que também foi assimilado pela evolução do positivismo jurídico por

interesses de Engisch, Kaufmann, Hassemer e Fikentcher, que igualaram preceito e caso após um processo de aproximação hermenêutica, o preceito é tão concreto quanto a decisão judicial: eles se igualam como encarnações institucionais, e somente se diferem na mudança de perspectiva: o legislador, para um caso individual futuro; o juiz, para um caso individual passado. O juiz e o legislador *emolduram* o caso de dois lados. Cf. SCHAPP, Jan. op. cit., p. 20 e 29.

³⁵“Os filósofos, deixando de centrar seus estudos em entidades singulares como o homem, a alma humana, esforçam-se de novo por apreender *estruturas* gerais do mundo: isso desde Hegel, hoje no estruturalismo. (§) De fato, nenhuma decisão jamais foi mais arbitrária do que a de não ter por *real* no mundo senão os indivíduos.” (VILLEY, Michel. *Philosophie du Droit*. France, Jurisprudence generale dalloz Michel Villey, 1974. (trad. it. de Alcidema Franco Bueno Torres. *Filosofia do direito. Definições e fins do direito*. São Paulo: Editora Atlas, 1977, p. 115)).

³⁶Sobre o surgimento, definição, aplicações e críticas ao nominalismo, há uma abordagem de muita clareza e de grande poder de síntese em: VILLEY, Michel. op. cit., p. 106-134.

³⁷Para os nominalistas, o universal é apenas nome, denominação do que inexistente em realidade e que, assim, não pode ser cognoscível. Os juristas do conceito entendem que o universal possui uma existência própria e *autônoma*, e, por isso, dotada de uma possível cognoscibilidade.

³⁸Eis o entendimento de Schapp: “De um lado, a norma é por tanto tempo interpretada com os olhos voltados para o caso concreto, até que ela pareça uma norma talhada para este caso. De outro lado, o caso a ser decidido é valorado no sentido da norma (...). E então, a seguir, tanto o processo de interpretação, como o de valoração, são vistos como processos de esclarecimento recíproco. O caso é valorado na direção de um sentido de norma que sempre se concretiza mais, enquanto de outro lado, sem dúvida, a norma também somente pode ser interpretada, tendo em mira um caso que se encontra em processo de valoração”. (SCHAPP, Jan. op. cit., p. 95).

³⁹Vide nota 43, onde estão considerações de Miguel Reale a este respeito. Vide, também, notas 18 e 19.

ser essencial à natureza mesma da pesquisa científica⁴⁰, expresso numa convicção em se estabelecer uma *ética objetiva*, que consiste em uma ética fundada em um princípio objetivamente estabelecido e cientificamente verificado⁴¹. A evolução, pela qual passaram as teorias, o foi no sentido da objetivação de técnicas de determinação de conteúdo, mas que não são, no seu todo, desvinculadas do indivíduo⁴². O conteúdo jurídico é conformado e revelado pelo ordenamento jurídico, mas não detém em seu bojo a sua fonte última, muito embora já encerre em si sínteses temporárias da mesma, pois se assim não fosse, nenhuma sua conformação poderia ser controlada por valores básicos do ser, e a negativa desta constatação seria admitir o que Reale bem chamou de *instrumentalização do ser humano*⁴³. O valor pode ser identificado objetivamente

⁴⁰Contribuição de inegável atualidade nos dá Theophilo Cavalcanti Filho: “Essas circunstâncias todas [da discussão sobre a existência de valores anteriores ao Direito e norteadores do mesmo] foram ainda recentemente patenteadas, em um simpósio que teve a cidade do México por palco [XIII Congresso Internacional de Filosofia — Symposium sobre Derecho Natural y Axiología — 1963], e do qual participaram alguns dos mais representativos juristas de nossa época. Mais uma vez, na aludida reunião, se tornou claro que o pensamento jurídico contemporâneo não repudia, ao contrário, reconhece francamente a imprescindibilidade de certos dados, marcadamente de natureza axiológica, como essenciais à ordem jurídica positiva. É com base neles que se ergue, em qualquer época e em qualquer lugar, o edifício jurídico que institui ordem e permite uma convivência em termos jurídicos, isto é, em termos de segurança.” (CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1964, p. 62).

⁴¹Cf. BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 92.

⁴²“Según Legaz y Lacambra, la idea de persona representa algo previo y fundante de la idea de vida social. Aunque lo social sea lo impersonal o genérico o típico, sin embargo lo social se funda en la persona, porque la presupone, y porque sólo la persona puede impersonalizarse. Pues el hombre, que, en cuanto persona en sentido ético-metafísico, es titular de una vida personal auténtica, tiene que impersonalizarse para ser persona en el plano social y jurídico; en tanto que en estos planos el hombre se convierte en el actor que representa un papel. El hombre puede y tiene que impersonalizarse en la vida social porque es un ser que convive con otros seres humanos. Pero esto en nada afecta a su intrínseca dignidad, como sujeto de fines propios, ni afecta tampoco al reconocimiento de esa dignidad por los demás, y por el orden jurídico, ni a la garantía que ese orden jurídico le dé. Por ser persona, el hombre tiene la libertad que le constituye como tal, y que se concreta en poderes de hacer y ser todo cuanto le define como persona, y todo lo que necesita para existir como persona (...). La persona es el fundamento de todo. La persona vive necesariamente en la dimensión social de la impersonalidad, sin agotarse en ésta, antes bien, trascendiéndola. La libertad en que consiste el Derecho no es la libertad interior de la persona, sino una libertad en el plano social.” — grifos nossos. (RECASENS SICHES, Luis. **Iusnaturalismos actuales comparados**. Curso ministrado na Faculdade de Direito da Universidade de Madrid em dezembro de 1969, Madrid: Sección de Publicaciones y Intercambio de la Universidade de Madrid, 1970, p. 42-43).

⁴³Miguel Reale ilumina o tema militando contra as concepções unilaterais extremistas de plena objetivação do jurídico, quando, ao falar da *virtude de justiça*, como sendo o significado subjetivo da justiça, salienta que “quando esta [a virtude de justiça] inexistente, a justiça objetivada converte-se em “ordem nua”, em puro regulamento funcional, prevalecendo a melancólica instrumentalização do ser humano”, e acrescenta, em passagem exuberante: “É meditando sobre temas como este [justiça, ordem, segurança e certeza jurídica] que cada vez mais me convenço que só oferece resultados fecundos, não mutiladores do ser complexo do homem, uma dialética de referências móveis, numa pluralidade de perspectivas, sendo o campo unitário da *praxis* traçado, digamos assim, pelas infinitas combinações (ah, a precariedade das comparações geométricas, a insuficiência dos símbolos e dos signos lingüísticos, sempre aquém das linhas projetantes do pensamento!) pelas possíveis teorias realizáveis numa elipse que tenha como focos o *subjetivo* e o *objetivo*, no plano teórico, ou, no correspondente plano prático, o *valor* e a *realidade, dever ser e ser*.”: em prefácio seu ao livro de Theophilo Cavalcanti Filho: **O problema da segurança no Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1964, p. V-VI. A conexão dos conceitos ainda pode ser melhor definida com a contribuição de Schapp, quanto ao último vínculo que se entende pertinente. Está-se a referir a união destes temas com a questão dos *universais*: “A distinção de ser e dever-ser vem subterraneamente dentro da distinção de universal e particular que possui uma história muito mais longa na tradição ocidental. O dever-ser pode ser atribuído ao universal e o ser ao particular” (SCHAPP, Jan. op. cit., p. 34).

em um sistema, justificado pela sua dinâmica institucional, e instrumentalizado por uma *teoria de implicação objetiva dos conteúdos do sistema*, esta última com a incumbência de organizar a objetividade daquele para a delimitação dos núcleos essenciais. Tal teoria certamente seria de grande contribuição na identificação de núcleos emanadores da já falada *essência necessária* ao direcionamento, à previsibilidade, à identificação enfim das vicissitudes das posições institucionais da evolução do sistema jurídico⁴⁴. Para tanto, parte-se do entendimento de que não há hierarquia fixa entre métodos de interpretação, pois esta significa o *conjunto* dos métodos nas suas contribuições em iluminar cada aspecto do objeto analisado. A presente contribuição revela outro enfoque do fenômeno da transformação do conteúdo jurídico, a fim de tornar mais rico aquele conjunto.

⁴⁴Para uma visão mais detalhada do conceito de sistema jurídico: cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4.^a ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1993, p. 75-119.

Bibliografia

- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. Compiladas pelo Dr. Nello Morra, trad. de Márcio Publiesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Editora Ícone, 1995.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1993.
- CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1964.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HESSE, Konrad. *La interpretación constitucional*. In: _____. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Russel and Russel Inc., 1961 (trad. Luís Carlos Borges). *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Brasília: Editora Universidade de Brasília e Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1990.
- LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 5ª ed., Berlin: Springer-Verlag, 1983. (trad. José Lamego). *Metodologia da Ciência do Direito*. 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. trad. Cabral de Moncada, vol. I, 4ª ed., Coimbra: Arménio Amado Editor, 1961.
- RECASENS SICHES, Luis. *Iusnaturalismos actuales comparados*. Curso ministrado na Faculdade de Direito da Universidade de Madrid em dezembro de 1969, Madrid: Sección de Publicaciones e Intercambio de la Universidad de Madrid, 1970.
- ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. (trad. Sebastián Martin-Retortillo & Lorenzo Martin-Retortillo). *El ordenamiento juridico*. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1963.
- SCHAPP, Jan. *Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre*. Tübingen, J.C.B. Mohr, 1983. (trad. Ernildo Stein). *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985.
- TEUBNER, Gunther. *Recht als autopoietisches System*. 1989. (trad. José Engrácia Antunes). *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Brasília: Editora Universidade de Brasília e Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- VILLANOVA, Lourival. *Teoria da norma fundamental*. In: Cavalcanti Filho, Teófilo (org.). *Estudos em homenagem a Miguel Reale*. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo e Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 1-52.
- VILLEY, Michel. *Philosophie du Droit*. France, 1974. (trad. Alcidema Franco Bueno Torres). *Filosofia do direito. Definições e fins do direito*. São Paulo: Editora Atlas, 1977.