



**O TEXTO E O CONTEXTO: UMA ABORDAGEM SOBRE A APLICAÇÃO DO
DIREITO NA TEORIA GERAL DO DIREITO**

**TEXT AND CONTEXT: NA APPROACH TO APPLICATION OF LAW IN LEGAL
THEORY**

Matheus Ferreira Bezerra¹

RESUMO

O presente trabalho traz uma proposta de análise sobre a aplicação do Direito, a partir da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, considerando a sua compreensão sobre a neutralidade jurídica e a da aplicação lógico-formal, bem como pensamento de Alf Ross e Ronald Dworkin, críticos do pensamento kelseniano, para o desenvolvimento e expansão do conteúdo jurídico voltado para um direito mais ligado aos fenômenos sociais existentes, tais como a moral e a política, que influenciaram os pensamentos denominados de pós-positivistas, que tanto veem o direito como um conjunto de princípios e regras, ampliando os horizontes de conhecimento do intérprete, antes limitado às regras, quanto como uma proposta metodológica que se valha da moral para a resolução das proposições existentes, de modo que o direito deva buscar uma solução justa, ao menos no caso concreto, complementando a subsunção com a ponderação, que desemboca na teoria neoconsitucionalista muito discutida na atualidade que propõe um novo modelo de abordagem a ser utilizado pela Teoria Geral do Direito.

Palavras-chave: Interpretação. Neoconstitucionalismo. Positivismo Jurídico. Pós-Positivismo Jurídico.

ABSTRACT

This paper presents a proposal for analysis of the application of the law, from the Pure Theory of Hans Kelsen Law, considering their understanding of the legal neutrality and the logical-formal application and thought of Alf Ross and Ronald Dworkin, critics of Kelsen thought, for the development and expansion of legal content geared toward a more connected right to the existing social phenomena, such as the moral and political, that influenced the so-called thoughts post-positivist, which both see the law as an set of principles and rules, expanding the interpreter's knowledge horizons before limited to the rules, and as a methodology that is worth the moral to the resolution of existing proposals, so that the law should seek a fair solution, at least in concrete case, complementing the subsumption with the weighting, which empties into neoconsitucionalista theory much discussed today proposing a new approach model to be used by the General Theory of Law.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor Assistente da Universidade do Estado da Bahia (UNEB).



Keywords: Interpretation. Neoconstitutionalism. Legal positivism. Post-Positivism Legal.

1 INTRODUÇÃO

A abordagem do Direito passou por constantes transformações ao longo dos anos, para melhor compreender e regular os fenômenos jurídicos e sociais, não presumidos aos pensamentos típicos, de modo tentar estabelecer uma relação precisa, ou mais precisa possível, entre o fato e a norma jurídica.

Para tanto, a Teoria Geral do Direito se vale do estudo da compreensão do próprio Direito e de métodos deste ramo do conhecimento humano, para o qual se buscará uma maior adequação entre o fenômeno social e o fenômeno jurídico, capaz de melhor responder a necessidade social, com uma proposta harmonizadora dos conflitos sociais existentes, e levados para a prática jurídica que exige a aplicação do Direito.

Neste momento, ao se trazer a norma jurídica de sua concepção predisposta, fruto de um racionalismo formalista, muitas vezes definida em um texto normativo abstrato, o Direito busca promover a sua aplicação sobre o fato, no caso prático, existente, limitando o papel do intérprete ao de um aplicador do Direito, de forma meramente descritiva e lógica, incapaz de corroborar significativamente com o conteúdo normativo.

Deste modo, o Direito precisa se valer de mecanismos que, de forma abstrata, conceba uma predisposição, para estabelecer, de antemão quais as regras que regerão o mundo dos fatos, estabelecendo uma segurança para todos aqueles que se subordinam à norma jurídica, como real.

Todavia, em busca de uma metodologia mais dinâmica e que se adapte mais rapidamente ao social, a ponto de atender ao fato que deu origem ao conflito apresentado ao Direito, de forma justa e atual, o que, contrariamente, muitas vezes não se consegue fazer de forma abstrata e apriorística, procura-se um método menos distante da sociedade.

Por isso, a proposta do presente trabalho consiste na análise do Direito, na sua aplicação, unindo-se a importância do “texto jurídico” ao “contexto social” existentes, para entender os métodos utilizados pela ciência jurídica para oferecer uma resposta condizente com uma solução justa ao caso concreto que alie a disposição abstrata com a realidade fática existente.



2 O DIREITO EM SI MESMO: UMA ABORDAGEM SOBRE O PENSAMENTO DE Kelsen

A teoria do direito tem uma inegável contribuição de Kelsen (2009), em Teoria Pura do Direito, sobre a análise da ciência jurídica como um conjunto de regras, na qual é feita uma abordagem metodológica do direito em si, voltado para a sua estrutura interna e afastando-se o conhecimento advindo de outros ramos do conhecimento, embora o referido autor não negue a relação existente entre eles.

Neste sentido, registre-se que a teoria de Kelsen possui grande importância por fazer o Direito pensar em si mesmo, alheio a outras formas do conhecimento humano, de modo a possibilitar a filosofia do direito buscar o entendimento do que o Direito de fato corresponde e como o mesmo pode estar dissociado do ideal de justiça ou de moral, como se entendia anteriormente.

Em arrimo com este pensamento a norma jurídica, constituída por um “dever ser”, caracterizadoras de atos jurídicos, representa a principal fonte do direito, destinada a disciplinar o comportamento humano, cuja vontade representa o “ser”, que estará sujeita a uma coação caso não venha a se adequar ao comando normativo previsto pela lei. Desse modo, a própria norma representa um juízo de valor sobre a conduta ser considerada como “boa” (positiva), ou “má” (negativa), de acordo com o seu tratamento pela norma jurídica, na qual, expressando o seu poder de norma através da coação do Estado.

Sendo assim, toda a conduta humana seria determinada pelo ordenamento jurídico, para permitir, proibir ou autorizar determinado comportamento, de sorte que, assim, tem-se como consectário que se pode fazer, se deve fazer ou não se deve fazer.

Por sua vez, este direito estaria fundamentado pelo que Kelsen (2009) chamou de “norma fundamental”, que seria uma premissa maior que confere legitimidade a todo sistema, uma norma pressuposta (“Grundnorm”), que se posiciona no ápice do sistema, capaz de conferir validade a todas as outras. Trata-se de uma norma que não foi “querida” pela ciência jurídica, mas apenas pensada, como explica o autor:

[...] Neste sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-



positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior. (KELSEN, 2009, p. 220).

A partir da construção de um sistema lógico-formal, iniciado por uma norma pressuposta, Kelsen (2009) identifica as normas como válidas ou não-válidas e estabelece as distinções para a solução do conflito de normas, tais como a distinção de hierarquia, com a norma de escalão superior dando validade e de escalão inferior e a distinção temporal (*lex posterior derogat priori*), em que a nova derroga a antiga, o autor. Para tanto, ressalte-se, ambas as normas devem estar ligadas ao fundamento de validade geral do sistema jurídico, isto é, a norma fundamental, que embora de natureza metafísica, servirá como elemento aferidor que, uma vez modificada, levará consigo a aplicabilidade de leis que nela se basearam.

A construção jurídica do Direito para Kelsen (2009) se mostra escalonada em níveis, posto entender que o ordenamento jurídico não se encontra num mesmo plano, gerando uma condição de dependência entre uma norma e outra que, fatalmente, não se encontram posicionadas uma ao lado da outra. Sendo assim, pela construção desenvolvida por ele, somente se pode compreender uma organização de normas no sentido vertical, donde se tem a constituição, a legislação, o costume etc.

Apenas para argumentar, no que se refere à jurisprudência, Kelsen (2009) entende que a mesma consiste na aplicação do direito vigente, não sendo uma função meramente declaratória, de modo que compete ao juiz indicar a norma aplicável. Nesse sentido, embora não ignore outras fontes do direito, as demais não possuem a mesma força normativa que a lei, como é o caso da decisão judicial, que Kelsen (2009), considera não possuir força de lei, no sentido de ser geral, mas apenas servir como força normativa para o caso analisado.

Neste ponto, o pensamento de Kelsen defende uma atuação contida e limitada do Poder Judiciário muito próxima do pensamento formalista evidenciado no momento do Código Civil de Napoleão, como relatado por Gilissen (1995, p. 540): “o art. 5º proíbe aos juízes pronunciarem-se sob a forma de disposição geral: em virtude da separação dos poderes, o juiz não pode legislar. O *Code civil* reage assim contra todas as decisões de regulamentação genérica dos antigos Parlamentos franceses”. Aliás, embora não seja o objeto direto deste



trabalho, vale ressaltar que o papel do juiz e a sua atuação perante o direito ainda consiste num dilema na doutrina, como se observa pelo magistério de Nader (2006, p. 177):

[...] Os juízes devem ser leais guardiões da lei e o seu papel consiste, conforme assina Bacon, em *iudicare*, isto é, a sua função é a de interpretar o Direito e não a de criá-lo. Esta opinião não exclui a contribuição da jurisprudência para o progresso da vida jurídica, nem transforma os juízes em autômatos, com a missão de encaixar as regras jurídicas aos casos concretos. É através dela que se revelam as virtudes e as falhas do ordenamento. É pela interpretação executada pelo Poder Judiciário que as determinações latentes na ordem jurídica se manifestam. Portanto, a atividade dos juízes é fecunda e, sob certo ponto de vista, criadora [...].

Sendo assim, o sistema jurídico positivo de Kelsen (2009) se mostra bastante fechado, concebido como uma estrutura lógica, formal e isolada, concebida através de um sistema legal, que permite um funcionamento voltado para si mesmo, de modo geral e abstrato, que, a despeito de ser muito criticando quanto a sua aplicabilidade, isto é, o uso no direito na sociedade, no plano estrutural, a concepção do direito em si, ainda é muito utilizado e ensinado no meio jurídico, o que demonstra a importância desta teoria.

Doravante, duas contribuições devem ser destacadas da Teoria Pura do Direito, primeiro, o fato de se buscar um isolamento do Direito, que permitiu uma maior compreensão do fenômeno jurídico, destacado de outros fenômenos sociais e segundo, o fato de que a estrutura lógica desenvolvida por este pensamento permitiu o desenvolvimento de um arcabouço jurídico que justificou o Direito, senão de forma precisa, pelo menos, de forma lógica e com uma coerência muito própria.

Todavia, a despeito da contribuição de Kelsen para o pensamento jurídico e da construção lógica do seu sistema, algumas críticas se mostram pertinentes ao seu pensamento, sendo o alvo deste trabalho a neutralidade da norma e o seu conteúdo.

3 ALGUMAS CRÍTICAS AO PENSAMENTO DE KELSEN

Apesar do pensamento kelseniano trazer elementos importantes para a prática do Direito, em alguns posicionamentos esboçados na Teoria Pura do Direito, faz-se por merecer as críticas apresentadas pelos pensadores que lhe sucederem que, embora não sejam apresentados de forma sistemática, serão apresentados de acordo com a proposta de abordagem ora trabalhada.



Sendo assim, algumas considerações devem ser feitas, pois o esforço metodológico de Kelsen se baseia na neutralidade, na qual a ciência jurídica não se propõe a resolver problemas práticos ou valorativos, mas apenas descritivos e na autonomia, em que a ciência jurídica deve seguir um método essencialmente jurídico para alcançar as suas respostas (ARIZA, 2007).

Neste sentido, Ariza (2007, p. 247) apresenta duas críticas essenciais ao pensamento de Kelsen nos seguintes termos:

El coste que paga la teoría kelseniana para conseguir que la ciencia jurídica sea en realidad una ciencia parece quizá demasiado alto. Respecto a la autonomía, *no me parece posible* que los juristas puedan explicar el Derecho mediante un discurso que se caracteriza por su insularidad, ya que el fenómeno jurídico no es independiente de las consideraciones morales y de las circunstancias empíricas. Respecto a la neutralidad, que se presenta como la característica más significativa de la pureza teórica desde el momento en que se debilita el papel de la norma básica – la fuente de la validez que permite la autonomía – al reconocer en su última obra que es una ficción, *no parece deseable* porque limita la función de los juristas a describir, aunque sea a través de proposiciones de carácter normativo que, sin embargo, pueden ser verdaderas o falsas. Es indubitable que el interés que tiene la ciencia jurídica por el Derecho no se agota o no se limita sólo a su conocimiento.

Destarte, a teoria de Kelsen passou a ser criticada sob diversos prismas, em especial por propor um afastamento da lei e dos elementos circunstanciais que compõe o arcabouço jurídico no meio social em que se insere e a redução do papel dos juristas a um trabalho meramente descritivo.

A partir das críticas formuladas sobre o pensamento kelseniano sobre a ciência jurídica, entende-se que dois elementos devem ser considerados para o entendimento da aplicação do Direito, uma no plano externo que deva considerar as influências sociais sobre o conteúdo da lei e outro no plano interno, sobre o que e como o direito deve ser encarado pelo seu intérprete no momento da aplicação, capaz de construir uma solução para o caso concreto, em nome da realização do direito justo, o que fora combatido por Kelsen, por compreender que não existe uma unidade no que se entende por justiça.

Com efeito, de acordo com Ferraz Júnior (1994), a teoria das fontes utilizada por Kelsen não corresponde mais a realidade atual do direito, que versa mais para uma construção que propriamente para um dado, nos seguintes termos:



A teoria das fontes, nas suas origens modernas, reporta-se à tomada de consciência de que o direito não é essencialmente um dado, mas uma *construção* elaborada no interior da cultura humana. Ela se sobrevive, pois, desde o momento em que a ciência jurídica percebe o seu objeto (o direito) como um produto cultural e não mais como um dado da natureza ou sagrado. Com isto se cria, porém, um problema teórico, pois o reconhecimento do direito como uma construção não exclui seu aspecto como dado, posto que, afinal se o direito é feito, é obra humana, a matéria-prima não se confunde com a própria obra. (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 222).

Por conseguinte, pode-se entender que a “norma” precisa de mais do que de uma análise hierárquica, espacial ou de especialidade, para a resolução do caso concreto, devendo também ser submetida a sua fundamentação, sua interpretação e sua aplicação, de modo que a norma individualizada não consiste mais de uma função lógico-formal, mas sim construtiva.

Neste sentido, partindo-se de críticas ao pensamento de Kelsen, deve-se analisar dois pontos de extrema relevância para a aplicação do Direito, que consistem tanto no “texto” da norma quanto do “contexto” em que existe.

5 O TEXTO E O CONTEXTO

A partir da visão trazida por Kelsen sobre o Direito, muito se discutiu e muito se debateu sobre os acertos e os erros trazidos pela sua teoria à ciência jurídica, o que permitiu uma nova compreensão do próprio Direito e uma nova construção sobre os seus conceitos e as suas abordagens.

Desse modo, o pensamento que sucedeu Kelsen advoga que a realidade da compreensão de uma norma jurídica não se encerra na própria Ciência Jurídica, sob uma perspectiva pura, necessitando mais do que de um “texto” denominado de “norma”, mas de um próprio “contexto”, capaz de permitir a aplicabilidade do Direito.

Sendo assim, este trabalho fará duas abordagens, uma voltada para o meio social em que a norma jurídica se insere e outra sobre o próprio conteúdo da norma jurídica e como a mesma deve ser trabalhada pela ciência do Direito.

5.1 O Direito e o contexto: o aspecto externo da aplicação do direito



Numa perspectiva mais concreta, dita realista, e menos voltada para o pensamento lógico-formal de Kelsen, alguns pensadores foram de encontro ao isolamento do direito e idealizaram uma forma mais concreta de sua concepção.

Nesse sentido, vale ressaltar o pensamento de Ross (2000), para quem a expressão “direito vigente” diz respeito a um conjunto de ideias que servem de esquema interpretativo, garantindo, assim, a sua aceitação social na medida em que foram acatadas pela experiência social.

Destarte, se por um lado Kelsen (2009) defende a necessidade de individualização da norma jurídica geral, através de uma decisão judicial, uma vez que o conteúdo geral e abstrato não precisa ser complementada no caso concreto, haja vista a impossibilidade de se estabelecer previamente todas as circunstâncias de um caso concreto, por outro lado, Ross (2000) defende que o Direito é uma experiência concreta, da qual ele chama de direito “vivo”, aquele que se desenvolve na vida em sociedade, posto que a escola analítica, na busca por uma pureza, concebe o direito efetivo independentemente de influências éticas, políticas e sociais.

Nesse sentido, Ross (2000) defende que as leis não buscam estabelecer verdades teóricas, mas determinados comportamentos para os juízes e os cidadãos, reconhecendo o papel importante desempenhado pela política no ensino das faculdades de direitos, de modo que a lógica também deve ser desenvolvida sobre o âmbito jurídico-político, sendo a sociologia aplicada uma parte integrante deste processo, posto que as proposições jurídicas se referem a uma realidade social.

Doravante, Kelsen (2009) entende que, diante de uma omissão legislativa o ordenamento jurídico, deverá conduzir para uma resposta, de modo que a criação do direito é sempre um aplicação do direito, embora possa trazer um elemento novo, posto que, como não considera a existência de lacunas² o juiz não preenche uma lacuna deixada pela lei, mas acrescenta a norma geral válida, uma norma individual válida.

Nesse sentido, registre-se que Vilanova (1997) defende que o papel a ser exercido pelo magistrado, diante da omissão legislativa, é que assegura a completude do sistema, pois o dever de julgar não decorre da completude do sistema, mas é a completude do sistema que

² Segundo defende Kelsen (2009, p. 215): “[...] A teoria das lacunas no Direito, na verdade, é uma ficção, já que é sempre logicamente possível, apesar de ocasionalmente inadequado, aplicar a ordem jurídica existente no momento da decisão judicial. Mas o sancionamento dessa teoria fictícia pelo legislador tem efeito desejado de restringir consideravelmente a autorização que o juiz tem de atuar como legislador, ou seja, de emitir uma norma individual com força retroativa nos casos em consideração”.



decorre do dever-de-julgar, o que permite concluir que a existência de lacuna do direito deve ser compreendida não como uma falha do ordenamento jurídico, mas como uma possibilidade de que o mesmo possa ser complementado no seu processo de desenvolvimento.

Por outro lado, Ross (2000) traça uma possibilidade mais ampla para a complementação do direito, não somente atrelada ao ordenamento jurídico, pois entende que, a depender do grau de aplicação de uma regra pelo juiz, que exija do juiz uma aplicação ou um labor de modo que afirma existir três possibilidades: primeiro, se fonte completamente objetivada, utiliza-se a legislação em sentido amplo; segundo, se a fonte for parcialmente objetivada, utiliza-se os costumes e o precedente e terceiro, se a fonte não é objetivada, utiliza-se a razão.

Em arrimo a este pensamento, Dworkin (2010) faz considerações importantes em dois momentos. Primeiro, no que tange ao poder discricionário, considera essencial a sua existência para permitir que se tome decisões de acordo com os padrões estabelecidos, estando estes ligados a uma capacidade de julgar e não a um ato mecânico de repetição ou de aplicação legal, incluindo atos que não podem ser revistos por outros servidores, o que chamou de sentido fraco, e de decisões que permitem que o funcionário aja além dos limites estabelecidos pelo padrão de autoridade, o que considera sentido forte.

Note-se que este pensamento de Dworkin (2010) muito se assemelhe ao entendimento de Alf Ross quando afirma sobre a possibilidade de utilização da razão para a resolução de casos. Senão, vejamos:

[...] O poder discricionário de um funcionário não significa que ele esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade, mas apenas que sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular que temos em mente quando colocamos a questão do poder discricionário. Sem dúvida, esse último tipo de liberdade é importante; é por isso que falamos de um sentido forte de poder discricionário. Alguém que possua poder discricionário nesse terceiro sentido pode ser criticado, mas não por ser desobediente, como no caso do soldado. Podemos dizer que ele cometeu um erro, mas não que tenha privado um participante de uma decisão que lhe era devida por direito, como no caso de um árbitro esportivo ou de um juiz de uma exposição (DWORKIN, 2010, p. 53-54).

Nesse sentido, Dworkin (2010) parte para uma crítica ao positivismo jurídico, por entender que os juízes não somente aplicam as regras, mas também se valem do poder discricionário para a construção do direito, através da interpretação e da reinterpretação da regra existente,



valendo-se dos padrões tanto para o conhecimento a ser aplicado e quanto para o norteamento sobre a tomada de decisões, como no trecho abaixo transcrito:

Na maior parte das jurisdições americanas, e atualmente também na Inglaterra, não é infrequente a rejeição de regras estabelecidas. Regras de direito costumeiro (*common law*) - aquelas formuladas por decisões anteriores às dos tribunais - são algumas vezes diretamente revogadas, outras vezes radicalmente alteradas por formulações posteriores. As regras criadas por leis estão sujeitas à interpretação e reinterpretação, por vezes mesmo quando disso resulta a não-execução daquilo que é chamado de "intenção do legislador". Se os tribunais tivessem o poder discricionário para modificar as regras estabelecidas, essas regras certamente não seriam obrigatórias para eles e, dessa forma, não haveria direito nos termos do modelo positivista. Portanto, o positivista deve argumentar que existem padrões, obrigatórios para os juízes, que estabelecem quando um juiz pode e quando ele não pode revogar ou mudar uma regra estabelecida. (DWORKIN, 2010, p. 59).

Ademais, complementando a sua crítica, Dworkin (2010) traz à tona que o direito é um sistema composto de regras e de princípios, de modo que o juiz não deverá estar atrelado somente ao conteúdo das regras para a tomada de suas decisões, embora também não seja todo o princípio que possa ser invocado para a resolução de uma demanda concreta, mas apenas de acordo com o seu grau de relevância e importância.

Nesse sentido, a aplicação do direito não se resume a um papel meramente mecânico de identificação da norma e aplicação, como se poderia entender através do método subjuntivo, ligado a completude de um sistema, mas racional, ponderativo, ligado a análise do caso concreto e da norma, composta por regras e princípios, dentro do poder de atuação conferido pelo magistrado para a complementação do sistema jurídico.

A aplicação do direito, num primeiro momento, trata-se de uma atuação complementar e conjugada, não se falando em substituição de um método por outro, mas de uma complementação, haja vista envolverem problemas distintos da teoria do direito, como ensina Sanchis (2007, p. 144):

Suele decirse que la ponderación es el método alternativo a la subsunción: las reglas serían objeto de subsunción, donde, comprobado el encaje del supuesto fáctico, la solución normativa viene impuesta por la regla; los principios, en cambio, serían objeto de ponderación, donde esa solución es construida a partir de razones en pugna. Ello es cierto, pero no creo que la ponderación constituya una alternativa a la subsunción, diciendo algo así como que el juez ha de optar entre un camino u otro. A mi juicio, operan en fases distintas de la aplicación del Derecho; es verdad que si no existe un problema de principios, el juez se limita a subsumir el caso en el supuesto o



condición de aplicación descrito por la ley, sin que se requiera ponderación alguna. Pero cuando existe un problema de principios y es preciso ponderar, no por ello queda arrinconada la subsunción; al contrario, el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que en el caso examinado resultan relevantes o aplicables dos principios en pugna. En otras palabras, antes de ponderar es preciso “subsumir”, constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los principios [...].

Sendo assim, a compreensão do direito no seu plano estrutural ganha mais um grau de análise através da ponderação dos princípios que estende o poder do intérprete para além do texto normativo, contemplando, também a dinâmica do ordenamento jurídico composto por regras e princípios jurídicos.

Deste modo, o contexto social, político, cultural exerce uma influência sobre o interprete, uma vez que oferece os elementos circunstanciais a serem utilizados pelo juiz no momento de aplicação do direito, a fim de que o ideal de justiça ao caso seja adequado ao que a sociedade entende como justo naquele local e naquele momento específicos.

Neste sentido, diante deste processo de transformação, ensina Soares (2010b, p. 121):

Uma das tendências mais marcantes do pensamento jurídico contemporâneo reside na convicção de que o fundamento do sistema jurídico não deve ser procurado na esfera metafísica do cosmos, da revelação religiosa ou da estrutura de uma razão humana universal. Tais argumentos jusnaturalistas, baseados na existência de supostos direitos naturais, revelam-se inadequados em face da constatação de que a ordem jurídica deve ser compreendida em sua dimensão empírica e, portando, vinculada ao plano histórico-cultural da convivência humana. De outro lado, consolida-se o entendimento de que o fenômeno jurídico não pode ser justificado pela manutenção de um conjunto meramente formal de regras jurídicas, apartadas do mundo dos fatos e valores, como sugere o idealismo típico das diversas doutrinas positivistas que promovem o distanciamento social e o esvaziamento ético do Direito.

Diante dos limites do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, a ciência jurídica atual vem buscando formular novas propostas de fundamentação e legitimação do Direito, de modo a permitir a compreensão de suas múltiplas dimensões – normativa, fática e valorativa – e a realização ordenada da justiça no âmbito das relações concretas. Esse novo momento de reflexão do conhecimento jurídico, intitulado de pós-positivismo jurídico, vem procurando reconstruir os laços privilegiados entre o Direito e a Moral, aproximando o fenômeno jurídico das exigências da realidade social.

Esta é uma mudança de postura do Direito é claramente manifestada na atual dicotomia entre o Constitucionalismo e o Neoconstitucionalismo, apresentada pela doutrina que considera o primeiro como um movimento de controle aos poderes do Estado e a proteção



dos direitos fundamentais de defesa, ao passo que o segundo, que representa uma corrente mais voltada para uma mudança de paradigma na teoria geral do direito, traz como elementos uma Constituição invasora, que visa a garantia dos direitos fundamentais representando uma ponte entre o Direito e a Moral (COMANDUCCI, 2007)

Assim, a lei e o princípio passam por uma análise externa, uma verdadeira contextualização, para que os mesmos sejam trazidos para o caso concreto, com todos os valores neles presentes. Por outro lado, uma vez que se encontre diante deste contexto social (externo), o juiz deverá se debruçar com o texto normativo, para entender qual o seu verdadeiro conteúdo (interno), a partir de um processo interpretativo que resulta numa das fases da aplicação da norma jurídica.

5.2 O Direito e o texto: o papel interno da aplicação.

Além de uma vertente externa sobre a aplicação do direito, que consiste no poder conferido ao juiz para determinar a concretização da norma jurídica ao caso concreto, o sistema jurídico ainda contempla uma vertente interna, voltada para a concretização da norma a partir do seu significado, no qual se estabelece uma incidência ou não, assim como uma maior ou menor abrangência ao seu conteúdo.

De acordo com o pensamento de Kelsen (2009), o direito não representa uma previsão de conduta em face do juiz, mas sim uma disciplina de conduta voltada para o indivíduo, o que assegura que uma decisão seja emitida num certo grau de previsibilidade, que garante um sistema pautado na segurança jurídica.

Contudo, atualmente, entende-se que a segurança jurídica não se constitui num valor absoluto a ser defendido a qualquer custo pelo ordenamento jurídico, pois como afirma Soares (2010a, p. 131):

[...] não mais se aceita o argumento formalista, típico do positivismo jurídico, de que a segurança jurídica e a certeza bastariam para a materialização do direito justo. O sistema normativo, como expressão da cultura humana, está em permanente mudança, exigindo a apropriação de novos valores e fatos na experiência jurídica. Sendo assim, a segurança jurídica e a certeza do Direito não são dados absolutos, nem tampouco a justificativa para que uma norma jurídica possa permanecer em vigor, mesmo que a sua aplicação, num dado caso concreto, seja desprovida de efetividade e, sobretudo, legitimidade, por comprometer a idéia de justiça.



Doravante, uma vez que a lei não traz mais uma norma jurídica fechada e pré-estabelecida, o papel do juiz na aplicação do direito também deixa de ser meramente descritivo-formal, com a simples indicação da norma aplicável e passa a representar uma função interpretativa de compreensão do conteúdo da norma, dentro de um contexto existente. Nesse sentido, num primeiro momento, o papel do intérprete consiste em compreender a norma jurídica no momento histórico, posto que, o seu conteúdo não se encontra atrelado a um determinado espaço-tempo estático, devendo estar em constante evolução jurídica, o que exerce outra faceta importante da aplicação do direito, como ensina Nader (2006, p. 176):

É princípio assenta na moderna hermenêutica jurídica que os juízes devem interpretar o Direito evolutivamente, conciliando velhas fórmulas com as novas exigências históricas. Nesse trabalho de atualização, em que a letra da lei permanece imutável e a sua compreensão é dinâmica e evolutiva, o juiz colabora decisivamente para o aperfeiçoamento da ordem jurídica. Ele não cria o mandamento jurídico, mas apenas adapta princípios e regras à realidade social. Mantém-se fiel, portanto, aos propósitos que nortearam a elaboração de normas. Ihering valorizou essa atividade, lembrando a importante função da *interpretatio romana*, que não consistia na simples aplicação de normas aos casos concretos, mas na conciliação do Direito com os fatos sociais.

Destarte, além de se entender que o direito precisa estar adequado ao momento histórico em que existe, não se pode perder de vista que a análise do próprio texto deve ser feita à luz deste contexto social, de modo que o texto deve ser adequado ao ideal de justiça existente num dado momento, sob pena de se tornar anacrônico e não atender aos propósitos para os quais fora criado, como defende Häberle (1997, p. 27), ao tratar da noção de mutação constitucional:

O processo político não é o processo liberto da Constituição; ele formula pontos de vista, provoca e impulsiona desenvolvimentos que, depois, se revelam importantes da perspectiva constitucional, quando, por exemplo, o juiz constitucional reconhece que é a missão do legislador, no âmbito das alternativas compatíveis com a Constituição, atuar da esfera pública daquela forma. O legislador cria uma parte da esfera pública (*Öffentlichkeit*) e da realidade da Constituição, ele coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais. Ele atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional. Ele interpreta a Constituição, de modo a possibilitar eventual revisão, por exemplo, na concretização da vinculação social a propriedade. Mesmo as decisões em conformidade com a Constituição são constitucionalmente relevantes e suscitam, a médio e longo prazo, novos desenvolvimentos da realidade e da publicidade (*Öffentlichkeit*) da Constituição. Muitas vezes, essas concretizações passam a integrar o próprio conteúdo da Constituição



Nesse contexto, o trabalho a ser desenvolvido pelo intérprete consiste em conciliar o conteúdo normativo trazido pela lei (fato anterior), levando em conta as contribuições pretéritas, com uma projeção de sua adequação para o futuro, como ensina Dworkin (2005, p. 237-238):

[...] Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele *deve* interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então.

Sendo assim, para continuar mais adaptado a cada momento histórico, o que é feito, atualmente, através da utilização de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais³, que permitem o preenchimento da norma no momento de sua aplicação, deixando uma margem de discricionariedade para que o intérprete possa trazer uma visão mais adequada ao contexto concreto ou normativo.

Nesse sentido, Dworkin (2005) critica o pensamento de que a abstração jurídica implica em imprecisão do conteúdo da lei, uma vez que o Direito deve se valer da interpretação para buscar o conteúdo da lei, mesmo que este não tenha sido claramente estabelecido, capazes de permitir entender o real conteúdo das expressões textuais usadas na norma jurídica.

Esta busca pelo conteúdo da norma jurídica deve considerar que a interpretação do direito, na atualidade pós-positivista, trabalha com a proposta integrativa dos direitos fundamentais, de modo que se constituem em pressupostos do neoconstitucionalismo a garantia jurisdicional da Constituição, que demonstra a importância do controle jurisdicional sobre os preceitos constitucionais; a força vinculante da Constituição, sob o ponto de vista ideológico, que incluem desde a estrutura do Estado aos direitos fundamentais; a sobreinterpretação, que permite a extração de diversas normas implícitas dos preceitos

³ Nesse sentido, Ricardo Maurício Freire Soares (2010a, p. 114) explica que: “[...] verifica-se uma diferença entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados. No primeiro caso, a hipótese normativa e a providência a ser tomada pelo intérprete não estão previamente fixadas em lei, havendo, pois, um maior campo para a construção hermenêutica. No segundo caso, a hipótese normativa não está definida previamente, embora a providência final a ser tomada pelo intérprete seja fixada de antemão pela norma geral.



constitucionais, a fim de assegurar os direitos fundamentais; a aplicação direta das normas constitucionais, que representam a inserção dos valores constitucionais nas relações sociais, sejam elas de natureza pública ou privada e a interpretação conforme a lei, de modo que uma interpretação deve estar adequada ao ordenamento jurídico existente; além de uma Constituição rígida e a influência da interpretação sobre as relações políticas (GUASTINI, 2007).

Em arrimo a este pensamento, Dworkin (2005, p. 239) reafirma a integração da ciência jurídica com elementos sociais, como a política, demonstrando a importância da relação existente entre ambos para se alcançar uma proposta de Direito aliada a justiça:

[...] Uma interpretação plausível da prática jurídica também deve, de modo semelhante, passar por um teste de duas dimensões: deve ajustar-se a essa prática e demonstrar sua finalidade ou valor. Mas finalidade ou valor, aqui, não pode significar valor artístico, porque o Direito, ao contrário da literatura, não é um empreendimento artístico. O Direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas. (Essa caracterização é, ela própria, uma interpretação, é claro, mas permissível agora por ser relativamente neutra.) Assim, uma interpretação de qualquer ramo do Direito, como o dos acidentes, deve demonstrar seu valor, em termos políticos, demonstrando o melhor princípio ou política a que serve.

Portanto, o conteúdo da norma em si não representa a resposta a ser dada ao caso em concreto. Com efeito, a busca pela justiça do caso concreto implica numa compreensão de que o conteúdo normativo deve estar consolidado nos valores, principalmente, os constitucionais estabelecidos, de sorte que o alargamento ou o estreitamento das expressões devem ser realizados para a consagração destes direitos fundamentais.

Neste sentido, Dworkin (2003) ainda ressalta que a interpretação na verdade não se constitui em um momento isolado e desconexo com a realidade, mas num verdadeiro processo interpretativo que repercute na prática social, expresso através de três momentos distintos da relação do intérprete para com a sua realidade, que são elas: pré-interpretativa, interpretativa e pós-interpretativa.

Amiúde, segundo Dworkin (2003), o primeiro momento da interpretação deve consagrar a fase pré-interpretativa, que consiste na identificação dos padrões que compõem a prática a ser analisada; no segundo momento, a fase interpretativa, na qual se deve buscar uma



justificativa para os fatos identificados na etapa pré-interpretativa e, por último, no terceiro momento, a fase pós-interpretativa que propõe uma reformulação da prática identificada, a fim de permitir um ajuste entre a prática social verificada e a justificativa existente.

Desse modo, o processo interpretativo consiste numa relação direta com o contexto social, havendo uma constante visão e revisão da prática com a justificativa para esta prática, a fim de que exista um verdadeiro ajuste em caso de descompasso, na busca pela adequação entre uma norma e a realidade em que existe.

6. CONCLUSÃO

A estrutura jurídica do positivismo, principalmente estruturada sob a perspectiva do pensamento de Kelsen, a partir da proposição de uma Teoria Pura do Direito, permitiu o isolamento da ciência jurídica capaz de lhe conferir uma auto-compreensão na busca de um método voltado para a resolução de suas proposições que se resolvessem pelas respostas a serem dadas pelo próprio ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o Direito se mostraria como sistema hermético, voltado para si mesmo, com a proposta de resolução de forma lógica de suas proposições, afastando-se os elementos tidos como extrajurídicos, tais como a moral, a justiça, a política, para que o Direito se aproximasse de uma resolução jurídica pura, atribuída de forma segura e neutra para a resolução dos conflitos.

Embora apresente grande relevância para o conhecimento jurídico, o pensamento purista formulado por Kelsen somente contempla uma parte dos problemas enfrentados pelo Direito que venham a ser resolvidos pela aplicação direta da norma jurídica, com a individualização da mesma pelo Poder Judiciário, sem que este se mostre como uma fonte principal de produção jurídica.

Contudo, a crise no sistema positivista demonstrou que a proposta de Kelsen precisava ser substituída por um sistema que acompanhasse a evolução social e que não desconsiderasse que o direito não se resume a um sistema de normas, concebidas num sentido estrito, previstas pelo ordenamento.

Para além disso, o ordenamento jurídico é uma previsão que precisa tanto ser adaptada constantemente, para que o seu conteúdo não se mostre ineficaz para a harmonização das relações sociais, como se pretende o Direito, lida a partir de um contexto social, quanto



interpretada dentro de uma perspectiva não limitada somente ao aspecto do texto, mas que o texto se coadune com o contexto em que o mesmo existe.

Neste ponto, registre-se que o sentido atribuído pela norma jurídica não deverá ficar estático, preso ao momento histórico em que foi concebido, mas voltado a compreensão do momento em que precisa ser aplicado de modo que o texto e o contexto apresentem uma relação direta, capaz de inserir os valores externos ao Direito na estrutura lingüística desenvolvida, para extrair uma interpretação que traga uma aplicação mais condizente com as expectativas sociais existentes.

REFERÊNCIAS

ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Trad. de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaístra Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. De João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.



NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. De Alysso Leandro Mascaro. Bauru, SP: EDIRPO, 2000.

SANCHIS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderacion judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010a.

_____. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010b.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.