

**UNIVERSIDADE DE COIMBRA**

**FACULDADE DE DIREITO**

**MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-FILOSÓFICAS**



**UM BÁCULO PARA HÉRCULES: O PAPEL DESONERADOR DA DOUTRINA  
JURÍDICA FACE À JURISPRUDÊNCIA**

**A STAFF FOR HERCULES: THE UNBURDENING TASK OF LEGAL  
DOCTRINE REGARDING THE JURISPRUDENCE**

Danielle Osorio Santos

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, conducente ao grau de Mestre, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Filosóficas*

*Orientador: Professor Doutor José Manuel Aroso Linhares*

Coimbra  
2017

**DANIELLE OSORIO SANTOS**

**UM BÁCULO PARA HÉRCULES: O PAPEL DESONERADOR DA DOCTRINA  
JURÍDICA FACE À JURISPRUDÊNCIA**

Dissertação apresentada no âmbito  
do 2º Ciclo de Estudos em Direito da  
Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Professor Doutor José Manuel Aroso Linhares**

---

**Professor Doutor**

---

**Professor Doutor**

*“The judge should trust 400-  
500 years of tradition more than  
his own theories”*

*MATHEW HALE*

## AGRADECIMENTOS

Nenhum homem é uma ilha, já dizia *John Donne*, e eu jamais chegaria aqui sem o auxílio de muitos outros, por isso, neste dia em que escuto os sinos dobrarem por essa conquista, lembro-me desses muitos que me socorreram.

À minha família, que não mediu esforços e palavras de incentivo, por suportar a ausência e os muitos momentos de alegria e de tristeza dos quais não pude participar. E principalmente pelo auxílio para que eu suportasse estar separada por um oceano; à família que me acolheu nestas terras lusitanas; aos meus colegas de Mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, aos amigos de uma vida, de lá e de cá do Atlântico, o meu muito obrigada.

Aos professores na Universidade de Coimbra que tive oportunidade de conhecer e de conviver. Aprendi tanto com seu empenho, clareza, rigor científico, compromisso com o conhecimento e com o ensinamento.

Especialmente ao Professor, Doutor José Manuel Aroso Linhares, que me orientou nesta empresa, sempre com sua clareza e polidez incansáveis, por não ter medido esforços para que eu pudesse fazer sempre mais e melhor.

## RESUMO

O objeto desse estudo é a tarefa desoneradora da doutrina em face da jurisprudência, com especial atenção à dimensão que concebe o direito como argumentação. Como objetivos específicos, propõe: localizar a origem da doutrina jurídica; identificar a racionalidade que lhe é pressuposta; identificar que tipo de autoridade a doutrina assume, e as suas funções, para então discorrer sobre como opera a função desoneradora. Para tanto, efetuou-se a pesquisa bibliográfica em livros, manuais, artigos de revista e decisões judiciais brasileiras. A metodologia empregada nos conduziu a uma abordagem geral dos temas diretamente relacionados à problemática geral, em especial, as escolas metodológicas de direito dos séculos XIX e XX, e a racionalidade jurídica implicada na ciência do direito como teórica, prática e funcional, admitindo três momentos: lógico, hermenêutico e empírico, e também uma característica conciliadora. De posse desses dados, ingressamos nas funções da doutrina para localizar a tarefa de afastar do decidente o encargo de problematizar exaustivamente todos os casos jurídicos que soluciona. Centrando-nos na função desoneradora, com arrimo nas teses de ALEXY e nas explicitações que dela fazem AARNIO e PECZENIK, justificamos o tema pelo relevo que tem a doutrina enquanto estrato de um sistema jurídico que se propõe prático-normativamente orientado e que ao mesmo tempo precisa respeitar as constrações de tempo que uma sociedade frenética como a nossa impõe e, de outro lado, o princípio democrático a exigir a fundamentação das decisões jurídicas quando da realização do direito.

**Palavras-chave:** Tarefa Desoneradora. Direito como Argumentação. Doutrina Jurídica. Racionalidade Jurídica. Escolas Metodológicas.

## ABSTRACT

The object of this study is the unburdening task of the doctrine regarding the jurisprudence, with specific attention to a dimension which conceives the law as argumentation. As specific objectives, we set ourselves to: locate the sources of law, identifying rationality to it presupposed; identify what kind of authority the legal doctrine assumes, and its functions, and then discuss how it operates the unburdening function. Therefore, we went through a literature search in books, scientific journals and Brazilian judicial decisions. The methodology led us to a general approach to issues directly related to the general problem, especially methodological law schools of the nineteenth and twentieth centuries, and the legal rationality in science of law as theoretical, practical and functional, assuming three stages: logical, hermeneutic and empirical, and also a feature of conciliation. With this data, we discussed functions of the doctrine in order to locate the task of allowing the judge not to an exhaustive problematization of all the issues put before him to solve. Focusing on the unburdening task with retaining the theses of ALEXY and the clarifications that form AARNIO and

**PECZENIK, we justify this study when consider the importance that legal doctrine has as a layer of the juridical system, taken as a practical-argumentatively oriented, and at the same time a system in which the decisor needs, in one hand, to respect time, in an anxious society as the one we are in; and on the other hand, demands respect to the democratic principle who requires that every judicial decision to be rationally grounded when implementing the law.**

**Keywords: Unburdening Task. Law as Argumentation. Legal Doctrine. Legal Rationality. Methodological Schools.**

## SUMÁRIO

1. Introdução -----	9
2. A doutrina como fonte de Direito: possibilidades -----	16
2.1. As fontes do direito consideradas pelo normativismo, funcionalismo e jurisprudencialismo -----	19
3. As principais escolas metodológicas de realização do direito -----	37
3.1. Breve percurso pela <i>praxis</i> romana -----	38
3.2. A formação da ciência jurídica -----	41
3.3. Movimentos metodológicos do século XIX -----	44
a) <i>Escola da Exegese</i> -----	45
b) <i>Escola Histórica</i> -----	47
c) <i>Jurisprudência dos Conceitos</i> -----	50
d) <i>O positivismo jurídico de KELSEN</i> -----	53
e) <i>Jurisprudência dos Interesses</i> -----	56
3.4. Um quadro geral da metodologia na atualidade -----	58
3.5. O caráter dogmático do direito -----	60
4. A(s) racionalidade(s) jurídica(s) -----	63
4.1. A racionalidade lógico-formal (teorética) -----	66
4.2. A racionalidade tecnológica (funcional) -----	67
4.3. A racionalidade prática (argumentativa) -----	69
4.4. Racionalidade e a decisão judicativa -----	70
4.5. Racionalidade e a doutrina jurídica -----	71
5. A doutrina: modos e proposições -----	76
5.1. Uma discussão a partir dos modelos de desenvolvimento e objeto da doutrina jurídica -----	76
a) <i>O modo analítico (ou lógico-conceitual) da doutrina</i> -----	78
b) <i>O modo hermenêutico da doutrina</i> -----	80
c) <i>O modo empírico da doutrina</i> -----	83
5.2. Classificação das proposições doutrinárias -----	86
a) <i>Conceitos jurídicos normativamente vinculados</i> -----	86
b) <i>Proposições sem vinculação normativa</i> -----	88

<i>c) Descrições e designações do estado das coisas</i> -----	89
<i>d) Formulação de princípios</i> -----	89
5.3. Uma doutrina jurídica comprometida com a realização do direito -----	89
6. As funções da doutrina jurídica, com especial relevo à função desoneradora ---	95
6.1. A necessidade de justificação das decisões judiciais -----	101
6.2. As funções da doutrina jurídica-----	103
<i>a) Função de estabilização</i> -----	103
<i>b) Função de desenvolvimento</i> -----	103
<i>c) Função técnica</i> -----	104
<i>d) Função de controle</i> -----	105
<i>e) Função heurística</i> -----	105
<i>f) A função desoneradora da doutrina</i> -----	106
<i>f.1) casos de utilização da doutrina em sua função desoneradora</i> -----	110
7. Conclusão -----	114
BIBLIOGRAFIA -----	118



## 1. INTRODUÇÃO

Há algum tempo, um ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro deu azo a certa celeuma quando afirmou não se submeter à doutrina para suas decisões e dever satisfações à sua consciência somente; sujeitando-se somente a ela quando de suas decisões<sup>1</sup>.

Tal juiz recebeu inúmeras críticas sobre sua postura de hermetismo intelectual; muitos artigos científicos, e algumas teses de mestrado, de doutoramento e artigos científicos originaram com intenção de discutir a questão que se formou a partir desse posicionamento, de forma que, no cenário jurídico brasileiro, a discussão somente se acirra, especialmente com o advento da Lei 13.105, de 2015, que promulga o Novo Código de Processo Civil Brasileiro, e nos leva a vislumbrar que a discussão acerca da fundamentação das decisões judiciais está longe de encontrar convergência. É que o art. 489 e os parágrafos do referido diploma legal define os elementos essenciais da sentença e, no ponto em que trata dos motivos da decisão, impõe a necessidade de fundamentação à medida em que elenca o que entende por não ser uma decisão fundamentada. Acresce-se à essa questão levantada em torno da fundamentação das decisões judiciais, a discussão acerca da eliminação do livre convencimento do juiz pelo novo diploma legal, que salientamos ter sido redigido sob a pena dos maiores doutrinadores processuais do Brasil na atualidade. E é nesse ponto que nos toca nessa pesquisa, não porque seu objeto seja o livre convencimento do juiz, mas nosso tema toca de forma transversal, a fundamentação da decisão judicial, e a formação do convencimento do decidente (se livre ou não, não é nosso tema), já que buscamos escavar o papel da doutrina como desonerador do trabalho do decidente.

O parágrafo primeiro do art. 489 dispõe, *in verbis*: “*Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à*

---

<sup>1</sup> “*Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.*” (Min. Humberto Gomes de Barros – AgReg em Embargos de Divergência RESP n° 279.889-AL em 07/04/2003).

*indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”*

A principal questão que se levanta diante dessa “inovação” legal é a dúvida sobre o livre convencimento do juiz: teria sido sepultado por um dispositivo que discrimina não exaustivamente as hipóteses de fundamentação de uma decisão? Como salientamos acima, não é do livre convencimento que pretendemos tratar, no entanto, não podemos deixar de reconhecer que a influência que a doutrina tem na formação de uma decisão judicial, que pretendemos ser uma decisão judicativa, junção de um momento decisório (no qual entraria o livre convencimento) e juízo (dimensão fundamentante) guarda conexões com a formação desse convencimento.

Não se pretende atribuir força normativa aos textos doutrinários, mas como prática comum entre os decidentes e estudiosos do direito, o compulsar os manuais jurídicos, para, então, aprender e apreender o direito como recurso que o auxilie a realizá-lo diante do caso concreto<sup>2</sup>. Essa pode ser uma prática muito pertinente no exercício metodológico do direito, pois o que está nos manuais, o que está sistematizado pelo pensamento que se revolve sobre o direito posto (vigente), já passou por todo o tratamento, seja do conhecimento, seja de aproximação com a sociedade, seja de verificação do discurso.

Pelo dito, podemos vislumbrar porque o papel da doutrina toca de forma transversal todas as formas de concepções da juridicidade que conhecemos, seja funcionalista, prática, positivista, todas, em seu caminho confrontam-se com o papel assumido pela ciência do direito em seu meio.

---

<sup>2</sup> ALEXY, na tradução em inglês de sua Teoria da Argumentação Jurídica, refere-se à função desoneradora, em tradução literal, como aquela que afasta o aprendizado e ensino dos materiais jurídicos, no sentido de poupar o decidente da tarefa de problematizar todos os questionamentos que se lhe são apresentados.

A doutrina, como não está ligada a um poder institucionalizado, é questionada como fonte de juridicidade em um mundo que cada vez mais reconhece autoridade somente às esferas da realidade dotadas de poder político. No entanto, ela continua a subsistir, mesmo porque o direito não é totalmente compreensível e apreendido em um simples olhar, aliás, é preciso apreendê-lo, é preciso refletir sobre ele.

Como a doutrina se forma, que tipo de categorias de inelegibilidade, e mesmo seu estatuto epistemológico, vão ter implicações diretas na sua atuação junto à jurisprudência, e é o que pretendemos analisar neste trabalho, com especial relevo à função de redução do encargo da jurisprudência.

Ao tratarmos de produção doutrinária, é a interpretação um dos aspectos que primeiramente se destaca, ou seja, a tarefa realizada pelos estudiosos do direito, juristas, que ao se debruçarem sobre os materiais jurídicos de um sistema (ou mesmo sobre o texto que expressa o direito, a depender da concepção de juridicidade que tratamos), ao considerarem a realidade social, os valores informadores, ou mesmo os fins a que o direito se propõe, realizam uma atividade interpretativa *in abstracto*, isenta de interesses pessoais, por não ter diante de si um caso concreto a decidir (quando muito, um caso em tese). Trabalham para esclarecer, interpretar uma lei, uma decisão, os fundamentos de validade da normatividade vigente. Pode servir de guia para o legislador e para o julgador.

A doutrina, no entanto, não encerra sua atuação em uma atividade interpretativa, ela vai além, ela apresenta outros momentos de atuação, e tem intenções em relação ao direito que não se limitam a elucidar textos. Assume um papel de fundamental importância no direito, por expor-lhe um rigoroso tratamento científico (saliente-se, como veremos à frente que esse *status* de ciência não é reconhecido por todos). Dentre as funções que iremos ao longo de texto enumerar, a doutrina revela-se capaz de diante do direito, concorrer para sua constituição e evolução.

A doutrina jurídica também responde pelos termos dogmática jurídica, ou direito dos juristas, ou *communis opinio doctorum* (termo herdado do período romano, não obstante não guardar relação direta com o direito dos juristas que se desenvolveu a partir das universidades medievais). Todas são diversas denominações que iremos encontrar para referir-se ao estudo do direito, nos mais diversos manuais.

Convém uma pequena diferenciação, e aqui já explicamos a utilização do termo dogmática. A palavra dogmática advém do termo dogma, que encontramos quando fazemos

um percurso pela problemática da fundamentação,<sup>3</sup> uma problemática do conhecimento geral, pela qual, em atenção ao princípio da razão suficiente, de ordem metódica, impõe a busca de uma fundamentação suficiente para todas as convicções. Levada ao extremo,<sup>4</sup> essa busca de fundamentação vai encontrar três problemas, situação denominada por H. ALBERT de *Trilema de Münchhausen*, pelo qual recair-se-ia em uma das três situações seguintes: primeiro, a busca por fundamentos levaria à busca pelos fundamentos dos fundamentos, num regresso ao infinito; segundo, um círculo lógico produzido por uma cadeia de fundamentação, no qual os enunciados são fundamentados em outros que já surgiram antes e fundamentaram aqueles que agora os fundamentam; o terceiro problema (que na verdade é a solução dada pela dogmatização) é a interrupção do procedimento de fundamentação em um determinado ponto e, *consequentemente, suspender o postulado da fundamentação neste ponto, que é denominado de ponto arquimédico do conhecimento*.

Falamos que se trata de uma solução ao problema da fundamentação, mas precisamos reconhecer que é também considerado um problema porque a assunção de um dogma não é o alcance dos fundamentos últimos, pode representar mais um desistência; pois se a intenção primeira é encontrar fundamentos, o dogma pode não ser fundamento, ele é uma escolha, um corte autoritário naquela cadeia lógica de fundamentação, e que, para sustentar-se, busca arrimo em princípios, como da inegabilidade dos pontos de partida Essa afirmação, esse enunciado que se qualifica agora como ponto arquimédico, chama-se *dogma*, donde substitui-se a busca por fundamentos, por uma decisão<sup>5</sup>: a de estabelecer premissas de forma arbitrária e a impossibilidade de sua negação<sup>6</sup>.

Por isso assume-se ser o direito dogmático, porque estabelece premissas normativas à ação, que a orientam de forma paradigmática, de maneira que não se necessite sempre buscar as razões das determinações de *dever-ser*; deve-se agir assim porque a ordem normativa estabeleceu - fundamentando-se em uma ordem de validade - que assim é o

---

<sup>3</sup> Cf. para essa explanação: ALBERT, Hans, *Tratado da Razão Crítica*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1976. pp. 25-28.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 26: “Se o nosso princípio é levado a sério, apresenta-se, então, o seguinte problema: quando se exige uma fundamentação para tudo, então que se exigir, também, uma fundamentação para os conhecimentos aos quais foi remetida a concepção – ou seja, o referido conjunto de enunciados a fundamentar.”

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 27: “então a nossa terceira possibilidade se resume naquilo que não se deveria esperar na solução do problema da fundamentação: a fundamentação mediante o recurso a um dogma”

<sup>6</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito (técnica, decisão, dominação)*. São Paulo: Atlas, 2003. pp. 48: “Um exemplo de premissa desse gênero, no direito contemporâneo, é o princípio da legalidade, inscrito na Constituição, e que obriga o jurista a pensar os problemas comportamentais com base na lei, conforme à lei, para além da lei, mas nunca contra a lei.”

desejável. O corte na cadeia de fundamentação assenta-se sobre aquele dogma já (no caso das sociedades modernas: politicamente) instituído. A essa descrição corresponde o termo dogmática em *lato sensu* e como exemplo, podemos citar desde a realidade jurídica até as prescrições legislativas, decisões judiciais, entre tantos outros. Essa dogmática (*lato sensu*) está alicerçada no caráter normativo impresso em todos os estratos do sistema jurídico; ou seja, estabelecem de forma vinculativa as diretrizes para a ação, ligados à prática legislativa e jurisdicional (e mesmo a executiva em uma determinada atuação).

Quando se trata da dogmática *stricto sensu*, não se exclui o seu caráter normativo, pois também estabelece diretrizes para a ação, ainda que de forma não vinculativa; existe uma vinculatividade, mas ligada à *auctoritas* (pela autoridade da razão) e não à *potestas* (em razão da autoridade) como veremos mais à frente. Esse direito dos juristas, dado que não isento ao princípio da inegabilidade dos pontos de partida, diz-se também dogmática (*stricto sensu*), porque estabelece como ponto de partida o sistema jurídico, com toda sua carga de normatividade. A doutrina é uma “espécie” do “gênero” dogmática *lato sensu*, já que ocupa um posto nos diversos estratos do sistema jurídico, mas é “espécie” que assume a denominação dada ao “gênero” e isso, muitas vezes pode causar uma confusão terminológica. Daremos preferência aqui ao termo “doutrina” (jurídica) para evitar confusões, no entanto, essa não é a terminologia sempre encontrada na bibliográfica pesquisada, portanto, em algumas citações e referências vamos ter o termo dogmática.

Vencidas essas considerações terminológicas, cumpre explicitar a que se presta essa pesquisa; a questão que se volta contra a doutrina, apesar do rigor científico que a envolve, e os melhores estudiosos que lhe endossa, é faltar-lhe *potestas* – em um sentido de poder institucional, o que nos coloca diante das questões: qual a relação com a doutrina e o seu papel junto ao decidente? Qual será sua classificação epistemológica, já que não tem positividade política, tal como as normas ou outros estratos do sistema que emanam de um poder institucionalizado, apesar de apresentar vinculatividade?

Para compreendermos seu papel desonerador, aquele que exerce precipuamente em sede de um pensamento jurídico prático-normativamente orientado, precisamos trilhar um percurso que nos colocará na linha certa de desenvolvimento daquele raciocínio. Para tanto, precisamos navegar pelas teorias das fontes do direito, para compreendermos até que ponto e porque o decidente pode lançar mão da doutrina quando da realização do direito. Então, refletiremos sobre o tipo de racionalidade convocada pelo direito, pela doutrina jurídica e as

formas de concepção do fenômeno jurídico, seguindo especificamente a classificação de CASTANHEIRA NEVES: o normativismo (e seu legalismo positivista consequente), o funcionalismo (reduzindo em uma só rubrica os diversos funcionalismos existentes) e as correntes práticas de realização do direito (contando mais uma vez com a guia de CASTANHEIRA NEVES e seu jurisprudencialismo, bem como da Teoria da Argumentação Jurídica de ALEXY), fazendo o recorte final específico do problema, não sem antes nos referirmos às correntes metodológicas que primeiro arrimaram-se no formalismo, e aquelas que com ele romperam.

Uma ponte feita a partir das considerações acerca da racionalidade assumida pelo direito e pela doutrina, ligará a primeira parte, mais catalogadora e histórica, e a segunda parte, onde abordaremos a doutrina mais aprofundadamente, com seus modos de atuação, seu *status* epistemológico e suas funções.

Não pretendemos contrapor as considerações feitas por aquele Ministro do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, elas nos serviram mais como inquietação inicial, somada com outras que comumente nos acometem enquanto estudiosos do direito, de forma que chegamos a essa temática. Pretendemos sim formar um entendimento alinhado àqueles que reconhecem à doutrina um papel metodológico importante, na medida em que vai que vai colher da realidade social (onde os demais subsistemas jurídicos, o econômico, biológico entre outros se refletem) informações que aparentemente carecem de juridicidade, com o intuito de dar tratamento jurídico, e auxiliam o decidente na realização do direito, não só através dessa operação, mas como veremos, através do conhecimento, interpretação e outros momentos e formas pelas quais se desenvolve. Mas a doutrina não deve ser pensada somente como essa intermediária entre direito e realidade social, ela é ciência e produz conhecimento científico, teorias; ela interpreta, ela integra, assumindo, por isso, diversas funções no sistema jurídico.

O que a doutrina produz, seja proposições doutrinárias, seja teorias, não se confunde com “súmulas (doutrinárias)”, como o são alguns dos materiais produzidos pela jurisprudência (falamos das “súmulas jurisprudenciais”<sup>7</sup> vinculantes ou não), reconhecemos

---

<sup>7</sup> Cada vez mais, mesmo os mais arraigados sistemas de *civil law* vão cedendo espaços a uma construção jurisprudencial de seu sistema jurídico; mesmo em países como o Brasil, de tradição civil, é comum uma “evolução” no direito em que surgem a figura de decisões jurisprudenciais sumuladas e repetidas e, em alguns casos extremos, vinculam instâncias inferiores. É o caso das súmulas vinculantes no Brasil, introduzidas no ordenamento jurídico por força da emenda constitucional n. 45 que incorporou o dispositivo A ao art. 103, e dispôs: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços

que às proposições doutrinárias falta a *potestas* daquelas, mas o que milita em seu favor é a racionalidade que lhes vem embutida, de forma que vai sendo assumida por muitos estudiosos, como fonte de direito.

Doutrina e decisão jurídica são os dois eixos em torno dos quais gravitará essa discussão aqui posto, pois reconhecemos na decisão jurídica uma fundamental importância na estrutura do edifício social, e portanto, seu operador, o decidente, assume, a nosso ver, o papel de também constituir o direito, na medida em que o realiza.

Na sociedade moderna, em que o poder jurisdicional vem assumindo importância quase de centro do sistema, ocupado antes pelo legislador, hoje estamos diante de um direito em constante construção, que se dá com ativo papel da jurisdição, onde as decisões jurídicas são manejadas em conjunto com as legislativas, os textos doutrinários, os princípios jurídicos, entre outros operadores sistemáticos.

Nesse cenário, encontramos os decidentes, como ativos colaboradores com a construção do sistema jurídico, e por isso, já comparados ao herói da mitologia grega Hércules, que teve diante de si o desafio de completar impossíveis tarefas. Assim são os decidentes em nossas sociedades complexas e plurais de hoje, assumem um trabalho sobre-humano de realizar o direito a partir de materiais jurídicos aparentemente incipientes diante de problemas incontornáveis e complexos.

Acreditamos e defendemos que nessa empresa pode contar com um importante elemento desonerador de seu fardo: pode arrimar-se na doutrina jurídica, como um báculo, onde encontrará além de sustento, guia para seus passos, pois além de poder fundamentá-los, marcará o chão no seu caminhar, para que possa ser visto por quem o seguir, ou mesmo demandar as razões daquele caminho empreendido, o que sempre precisará restar demonstrado.

---

*dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”*

## 2. A DOUTRINA COMO FONTE DE DIREITO: POSSIBILIDADES

Existem algumas teorias pelas quais se pode abordar a questão das fontes do direito, o problema é talvez tão antigo quanto o próprio direito, sendo atribuída a Cícero a introdução da metáfora da fonte como “local” de emanção do direito, o que corresponderia a uma abordagem tradicional do problema ao limitar-se a perquirir o lugar onde encontramos o direito, ou os “*fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas*”<sup>8</sup>. CASTANHEIRA NEVES perspectiva abordagem apontando três tipos de experiência que tentam responder a essa questão: a *experiência consuetudinária*, a *experiência legislativa* e a *experiência jurisprudencial*.

A perspectiva tradicional vai considerar a teoria das fontes do direito centrada no poder; é uma perspectiva *político-constitucional* porque preocupa-se em saber, dentro de uma ordem jurídica, quem pode criar o direito, implicando, nesta pesquisa, a pressuposição de que o direito está ligado à institucionalização<sup>9</sup>. O conceito de BOBBIO, que considera como fonte aquilo que emana, em última instância, de um poder originário, é bem claro no tocante a essa vinculação ao poder. Mas tencionamos alargar essa compreensão das fontes do direito, a partir também de um correspondente alargamento da perspectiva de constituição do fenômeno jurídico, e para isso descemos nessas experiências jurídicas que CASTANHEIRA NEVES considera em sua consideração sobre o tema.

Numa abordagem sob a perspectiva da *experiência consuetudinária*, direito seria constituído a partir da experiência da “juridicização” dos costumes, poderíamos afirmar ser uma experiência diretamente ligada ao passado, como que o direito a perguntar ao passado o que é válido àquela sociedade e a resposta é erigida como direito, como escolha ética para suas condutas, aquelas que já foram praticadas e seus resultados e suas consequências aceitos e desejados. O polo constituinte do direito está localizado no costume, esse é erigido como critério normativo jurídico.

---

<sup>8</sup> Fonte de conhecimento ou fonte genética, como a perspectiva tradicional costuma classificar a abordagem. Cfr. ainda: BOBBIO, Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico*, 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. pp. 45.

<sup>9</sup> Cf. *Idem*, pp. 20: “*Em cada ordenamento o ponto de referência último de todas as normas é {seria} o poder originário, quer dizer, o poder além do qual não existe outro pelo qual se possa justificar o ordenamento jurídico. Esse ponto de referência é necessário, além de tudo, para fundar a unidade do ordenamento. Chamamos esse poder originário de fonte das fontes.*”



Destacamos aqui a maior contribuição legada por essa perspectiva é a categoria validade que vai carregada de um conteúdo histórico-social (que a experiência positivista posteriormente irá abandonar, em nome de uma concepção formal do direito e que as demais experiências, principalmente a partir dos sociologismos jurídicos, procurarão reabilitar) como fundamento que justifique a vinculação normativa que o direito intenciona<sup>10</sup>. Essa experiência consuetudinária é típica das sociedades pré-modernas, nas quais existe maior engajamento comunitário, coincidência de valores, em que o comunitário se sobrepõe ao individual, sem diluí-lo.

Nossas sociedades atuais, complexas e plurais, afastam-se dessa perspectiva de constituição do jurídico por não se conjugar à realidade que encontramos. Nas nossas sociedades, o costume dificilmente emerge como fonte de direito; vejamos: o costume pode ser reconhecido como direito na medida em que refletir uma prática reconhecida pela comunidade, porém, em uma sociedade plural dificilmente encontramos essa prática, pois cada pequena célula ou grupo da sociedade tenderia a identificar-se com uma prática diferente, associada a um valor que é estimado apenas naquele contexto comunitário que partilha os mesmos referenciais axiológicos. Em outras palavras, nas sociedades modernas, por serem plurais, falta o *consensus omnium*, nelas há a experiência estatal e a *complexificação* da teia social, com a diluição do homem na sociedade, a exigir uma constituição do direito que seja impositiva e não de reconhecimento, que seja arbitrária e não consenso e nisso caracterizamos a *perspectiva jurídica-legislativa*, porque nela, o direito emana de um poder político, é uma perspectiva onde há a supervalorização do político sobre o social, do formal sobre o axiológico, entre tantas outras substituições que foram propostas pelas experiências que se seguiram.

A experiência consuetudinária não prescinde da lei, ela, em verdade, é a experiência de direito associada à legislação pré-moderna pretendida pelo iluminismo, em que a lei teria uma função declarativa, reconhecendo como direitos esses costumes observados no seio social, que constituía seu fundamento de validade. É nesse sentido que teríamos o costume

---

<sup>10</sup> Cf.: CASTANHEIRA NEVES, António, Fontes do Direito in *Digesta*, vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2010 (reimpressão). pp. 8, bem como o que o autor aduz em pp. 10: “*Quanto às fontes de validade, referem elas decerto um momento capital da constituição da juridicidade e sem o qual a sua normativa vinculação não poderá mesmo pensar-se, pois será esse momento que a sustenta ao dar-lhe o seu fundamento.*”

como fonte de direito, uma fonte de fundamentação à lei. Enquanto a lei desempenharia papel de fonte direta de direito<sup>11</sup>.

Vamos preferindo orientar-nos no sentido de uma abordagem das fontes do direito que se afastem dessas duas teorias tradicionais e inclinando-nos encarar a questão a partir da abordagem de CASTANHEIRA NEVES que vai antes preocupar-se com uma *perspectiva fenomenológico-normativa*<sup>12</sup>, ou seja, pesquisa o que constitui o direito e como ele se objetiva no horizonte social e histórico.

As teorizações daquela perspectiva tradicional se dedicam mais ao tratamento das fontes já consideradas do que em acrescentar novas, porém, uma renovada teoria das fontes do direito nos permitirá novos contornos a essa classificação das fontes, levar-nos-á a refletir sobre a pertinência de uma hierarquização entre elas, e refletirá de forma mais sentida no exercício metodológico do direito<sup>13</sup>, além de nos fazer compreender que o sistema jurídico pode ser pluridimensional.

Salientamos que conforme anotado em BRONZE, uma reflexão acerca das fontes do direito é diretamente ligada à experiência que temos do direito em si, a nossa concepção do direito<sup>14</sup>, e isso fica emblemático nos dois autores acima convocados: BOBBIO, orientando-se por uma concepção positivista do direito faz-lhe corresponder uma teoria das fontes que privilegia a constituição política do direito, enquanto CASTANHEIRA NEVES, que concebe o

---

<sup>11</sup> Interessante notar que mesmo na perspectiva legislativa como a de BOBBIO, *op. cit.* 8, pp. 38-39, vai o autor estabelecer a existência de fontes reconhecidas e fontes delegadas. As fontes delegadas seriam aquelas autorizadas pela lei, que assume o estatuto de fonte direta superior. Dentre as fontes reconhecidas, o autor aloca o costume: “*Típico exemplo de recepção, e, portanto, de fonte reconhecida, é o costume nos ordenamentos estatais modernos, onde a fonte direta e superior é a Lei. Quando o legislador se atém expressamente ao costume numa situação particular ou se atém expressamente ou tacitamente ao costume nas matérias não-reguladas pela Lei (...), ele acolhe normas jurídicas já feitas, e enriquece o ordenamento jurídico em bloco com um conjunto, que pode ser também considerável, de normas produzidas em outros ordenamentos, e talvez em tempos anteriores à próprias constituição do ordenamento estatal.*”

<sup>12</sup> Cf. *Idem*, pp. 15, perspectiva que se “*refere à fenomenologia do acto constitutivo de uma específica positividade normativa pela qual se constitui e objectiva o direito como direito (como juridicidade vigente numa determinada comunidade)*”.

<sup>13</sup> Exercício esse que de per si é também considerado uma de duas dimensões constitutivas da juridicidade, ao lado da dimensão da validade que abordaremos à frente. Sobre isso cf.: BRONZE, Fernando José, *Lições de introdução ao direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 727: “*ao contrário do pressuposto em que falaciosamente se insistira... – o direito não é só constituído pelo legislador, participando nessa sua criação mais instâncias, com diversas legitimidades e outros modos de actuação, dentre as quais se destaca a jurisprudência judicial, através da decisão judicativo-concreta dos específicos problemas que é chamada a resolver) – o que logo contribui para nos desvelar (aliás, na linha do que já antes tivemos oportunidade de sublinhar) a metodologia jurídica como verdadeira... ‘fonte do direito’*”.

<sup>14</sup> Cf.: BRONZE, *Idem*, pp. 686, “*trata-se de um problema com um sentido naturalmente dependente da perspectiva privilegiada para a respectiva consideração*”.

direito jurisprudencialista, liga-se à perspectiva fenomenológico-normativa de constituição do mesmo.

## 2.1. AS FONTES DO DIREITO CONSIDERADAS PELO NORMATIVISMO, FUNCIONALISMO E JURISPRUDENCIALISMO

Merece, para melhor compreensão das fontes do direito, que façamos a esse ponto um corte para, seguindo CASTANHEIRA NEVES, naquela que acreditamos ser a mais adequada forma de classificar as concepções do direito<sup>15</sup>, compreende-las em seus aspectos mais relevantes à nossa discussão: consideramos o normativismo (com uma breve incursão pelo positivismo legalista dele derivado), funcionalismo e jurisprudencialismo (como representante de um pensamento prático normativamente orientado).

Começando pelo **normativismo**, a pergunta que nos guia é: “seria a doutrina fonte de direito?” E até que ponto a resposta positiva ou negativa teria influência em ser ou não manejada pelos órgãos jurisdicionais no momento da decisão de um caso concreto (que aqui traduz-se pela aplicação do direito).

Cada modelo de juridicidade posiciona-se de forma diversa diante do direito; o normativismo entende ser o direito objeto do conhecimento, pois é dado inteiramente na norma, e, sendo pressuposto, é possível de ser conhecido<sup>16</sup>. Tal visão é herdada do iluminismo moderno que visava respaldar de racionalidade todo o conhecimento, a dar-lhe um método, e, assim, o saber científico. A projeção para o direito dessa racionalidade encontrou abrigo no normativismo e no *jusracionalismo*, que visava uma abordagem científica a todos os campos do saber humanos, viu, também no direito, um objeto a ser conhecido<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Cf. CASTANHEIRA NEVES, António, *Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito* in *Digesta*, vol. 3, Coimbra, 2010. pp. 164.

<sup>16</sup> Cf.: ADEODATO, João Maurício, *Filosofia do direito (uma crítica à verdade na ética e na ciência)*. São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 141: “o direito é objetivo porque se dá na intersubjetividade, nasce das diversas exteriorizações dos espíritos individuais que se apartam deles e formam um campo autônomo”.

<sup>17</sup> É o que FERRAZ JÚNIOR diz ao referir-se a Kelsen, em FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, Por que ler Kelsen, hoje” in Coelho, Fabio Ulhoa, *Para entender Kelsen*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. XV, mas que pode ser aplicada a toda a escola: “Para outros a libertação da ciência jurídica deveria desembocar em critérios de livre valoração, não faltando os que recomendavam uma volta aos parâmetros do direito natural. Nesta discussão, o pensamento de Kelsen seria marcado pela tentativa de conferir à ciência jurídica um método e um objeto próprios, capazes de superar as confusões metodológicas e de dar ao jurista autonomia científica. Foi com esse propósito que Kelsen propôs o que denominou princípio da pureza, segundo o qual método e objeto da ciência jurídica deveriam ter, como premissa básica, o enfoque normativo.”

Desse modelo de juridicidade, e como seu maior representante, já que assume suas premissas ao extremo, decorre o positivismo legalista, que podemos compreender como a substituição do direito natural com fundamento na razão (o direito seria expressão de uma razão universal), por um direito posto, cuja validade não mais adviria da natureza humana, mas da vontade do legislador. No entanto, remanesce um ponto em comum entre jusracionalismo e positivismo: “*são ambos tributários da filosofia sistemática do racionalismo, que tem por fim erigir um sistema fechado de conhecimentos certos e exactos*”<sup>18</sup>, o direito que quer reconhecer-se como ciência. Ressalte-se que essa atitude dogmática normativista segue um ramo que foi aberto pela Escola Histórica, na medida em que foi esta que primeiramente abriu uma bifurcação no pensamento jurídico entre o direito racional, e o direito como expressão do espírito do povo<sup>19</sup>.

A norma é a categoria principal do normativismo, é ela que conterà todo o direito de determinada ordem jurídica e assim permitirá conhecê-lo, o direito-objeto está formalizado na norma. Quanto às categorias de inteligibilidade, o destaque é a cognoscibilidade; para ele, o direito é um objeto, um dado exterior a ele que pode ser conhecido, alcançado pela razão. Daí uma atitude epistêmica (ou mesmo dogmática) que assume o direito como um “sistema”, o direito pode ser conhecido pela ciência, que procura a abstração de conceitos e de princípios retirados da própria norma; por meio do método da indução, a abstração a partir da norma vai permitindo a elaboração de paradigmas generalizantes da ação, consentindo que aquele tratamento dado em uma norma específica possa ser aplicado em outros casos que não aqueles em que originariamente tratavam, sem, porém, adicionar nada ao direito, sem criar direito que não exista na norma, em uma atitude de generalização, e não de criação do direito.

O normativismo não vê na doutrina uma instância de produção de direito, e, portanto, não vê nela uma fonte de direito, ela pode conhecer o direito, porque ele é um objeto, mas não o integra. Para esse modelo de juridicidade, é fonte de direito a norma, e

---

<sup>18</sup> KAUFMANN, Arthur, *Filosofia do Direito*, 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. pp. 48.

<sup>19</sup> REALE, Miguel, *Filosofia do direito*, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.p. 423“*Eis em luta, no início do século, as duas orientações que iriam marcar a sístole e a diástole, digamos assim, do processo jurídico da centúria passada e que ainda são o ritmo de nosso tempo: - uma corrente a preferir o Direito expresso de maneira abstrata e racional nas leis; e outra a querer o Direito tal como ele aparece na vida histórica, na espontaneidade do viver social, tendo como símile o fenômeno da linguagem.*”

somente aquilo que ela determinar como fonte de direito, e assim mantém vínculo de poder institucional.

Sob essa influência, a grande maioria dos códigos civis de tradição romano-germânica abrem suas considerações com um artigo dedicado às fontes do direito: no Direito Brasileiro, cabe a Lei de Introdução ao Código Civil (Lei 4.657 de 1942), em seu artigo 4º, a descrição desse rol: “a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, em caráter subsidiário à lei. No caso português, o Código Civil dedica os arts. 1º ao 4º ao tratamento do tema, e diferencia entre fontes imediatas: a lei e as normas corporativas, e as fontes mediatas: os assentos (revogados) os usos e a equidade. A influência normativista se sente quando todas essas fontes elencadas na lei estão ligadas ao poder, e seguem uma hierarquia entre elas.

Essa é a perspectiva da teoria tradicional, uma perspectiva ligada ao normativismo porque conecta o direito ao poder, e, portanto, sua manifestação dá-se na medida da vontade legislativa<sup>20</sup>. O direito é ligado ao poder, expressão legislativa, e aquilo que o legislador disser que é direito, e no âmbito da constituição do direito, este se dará de acordo com as previsões legais, uma verdadeira *fons fontium*, em que o direito será aquilo que ela disser que é.

Duas notas dignas de relevo (e que serão ainda mais aprofundadas quando tratarmos das correntes metodológicas associadas ao normativismo do Século XIX): a categoria conceito e o dualismo normativista<sup>21</sup>; a primeira, categoria conceito<sup>22</sup> implica uma categoria lógica do sistema jurídico para o normativismo, enquanto a norma assume-se a única categoria substancial e a relação entre ambas. Aquela visa o domínio ou a determinação dogmática que o conceito intenciona a partir da norma enquanto categoria substancial. O pensamento jurídico normativista prescindindo da realidade histórico-social que contingenciaria o direito, reclamando sua aplicação e também pondo em segundo plano valores que lhe deram origem, busca na norma o universo de significações a terem abstraídas

---

<sup>20</sup> Cf.: *Op. cit.* 10., pp. 13 “o direito seria o que um poder, para tanto politicamente (político-constitucionalmente) legitimado, criasse como tal; a juridicidade seria a normatividade prescrita por esse poder. O constituintes do direito tê-lo-íamos, pois, no poder, e as fontes não seriam mais do que as formas ou os modos por que a sua potestas prescritiva se manifestaria”.

<sup>21</sup> CASTANHEIRA NEVES, António, *Teoria do Direito* A4, pp. 63 e A redução política do pensamento metodológico jurídico in *Digesta*, vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2010 (reimpressão). pp. 383 “à reconhecida politicização da imperativa criação do direito contrapunha uma pretendida apoliticização no método jurídico (na determinação e na aplicação desse direito politicamente criado). Não obstante a criação política do direito, a metodologia dos juristas, enquanto juristas, seria puramente jurídica (não política)”.

<sup>22</sup> *Idem*, pp. 52-55.

as intenções normativas, para obter conhecimentos gerais. Os termos conceitos, conceitos fundamentais, institutos jurídicos, natureza jurídica, todos eram produzidos a partir dessa abstração generalizante perpetrada pelo pensamento jurídico exclusivamente sobre a categoria norma.

KELSEN, não obstante ser o grande ícone do positivismo legalista, não contentou-se com o formalismo normativista, e como produto do cientismo de sua época, inquietou-se na busca pelos fundamentos do direito, e a partir disso, cunhou um sistema jurídico no qual a sua unidade era alcançável por consistência.

A noção de unidade é presente em todo sistema, pois é de sua própria natureza, ser dotado de unidade, onde todos os seus elementos pertencem à mesma categoria e estão colocados e ligados por consistência entre si. O positivismo *kelseniano* aposta na unidade do sistema por consistência, e consistência sistemática<sup>23</sup>, sendo um sistema escalonado de normas, em que uma norma inferior encontraria fundamentação em uma norma superior, que, por sua vez, reside em um fundamento, a norma hipotética fundamental (*Grundnorm*).

Enquanto que, para os teóricos normativistas (indo em direção contrária nesse ponto), o sistema jurídico era dotado de unidade por coerência, o direito dito nas normas estaria inteiramente nelas contido e essas normas estariam todas ordenadas em um mesmo plano, situadas uma ao lado das outras, em um sistema comum, sem hierarquias entre si, e, portanto, o que confere unidade ao sistema é sua coerência, e de terem, todas, uma intenção normativa, a expressão de um dever-ser que se encontra em harmonia em todo o sistema, e as normas não apontam para algo transcendente a si<sup>24</sup>.

Nessa estrutura sistemática de KELSEN, em unidade por consistência, o problema da fundamentação estaria resolvido, mas o Autor, além disso, enfrentava, também, o problema que ele considerava político (o Autor pretendeu a uma teoria pura do direito, e, por isso, buscava no sistema jurídico os seus fundamentos), pois, para ele, o fundamento último do sistema jurídico não estava em um poder e nem a validade do sistema assenta-se em aspectos axiológicos, mas era um pressuposto normativo-transcendental: a norma hipotética fundamental<sup>25</sup>, que legitima e fundamenta todo aspecto normativo do sistema que dela decorre, e por sob seu patrocínio é produzido.

---

<sup>23</sup> Cf. LINHARES, José Manuel Aroso, *Introdução ao pensamento jurídico contemporâneo (sumários desenvolvidos)*, (versão em A4) (policopiado), pp. 44.

<sup>24</sup> *Idem.* pp. 43.

<sup>25</sup> Cf.: FERRAZ JÚNIOR, *Op. cit.*, 6, pp. 119.

Quanto à segunda nota digna de relevo ao tratarmos do normativismo: o modelo metódico adotado, convém ressaltar que o normativismo propugna um dualismo metódico, onde a jurisdição “*é pensada segundo o paradigma da aplicação*”<sup>26</sup>. A atitude do juiz normativista na aplicação do direito, é mobilizar os materiais jurídicos dispostos no ordenamento legal (momento que assume o cariz interpretativo), e, ao ser confrontado com problemas concretos, aplicar esse direito por meio de um raciocínio lógico-dedutivo, a convocar as operações de silogismo e de subsunção;<sup>27</sup> a norma continha todo o direito, o juiz decidia juridicamente aplicando-a, e a fundamentação da decisão era a própria norma, já que ela retira sua validade de sua legalidade, e nada transcendente a isso.<sup>28</sup>

Voltando aqui a KELSEN, para ele, a lei oferece ao decidente uma moldura dentro da qual ele poderá encontrar diversas possibilidades de decisão. Em KELSEN, a aplicação do direito é simultânea à produção do direito, há a produção de uma norma individual, que, por sua vez, encontra validade na norma, e essa na sua norma de produção, e, assim, sucessivamente, até encontrar o fundamento último na *Grundnorm*.

O dualismo metódico normativista caracteriza-se, portanto, em ter dois momentos: o de criação do direito, na norma, um momento político-constitutivo; e outro, é o de aplicação do direito, este não produz o direito, mas aplica aquela regra prevista abstratamente ao caso concreto que reclama solução. Assim como, é importante observar, a doutrina não constitui o direito, quando muito, poderíamos arriscar dizer: teoriza-o com a intenção de tornar a dimensão prático-normativa do direito disponível para todos os casos que surjam, o que faz por meio da abstração generalizante indutiva da estrutura normativa do direito estatuído, e também por meio da interpretação.

É nessa abordagem que também, tradicionalmente, faz-se uma classificação das fontes do direito. Existe uma classificação que toma por base a produção do direito, e

---

<sup>26</sup> Cf.: CASTANHEIRA NEVES, *Op. cit.*, 15, pp. 178.

<sup>27</sup> Sobre o paradigma da aplicação, ver-se: *Idem*, pp. 390: “*É que se o direito se considerava pressuposto nas normas e no seu sistema, e tal como aí se manifestava e se conhecia pela sua determinação hermenêutica e dogmática, apenas se havia ele de repetir na solução concreta. Que é o mesmo que dizer que essa solução deveria obter-se, sem nenhuma mediação normativo-juridicamente constitutiva, por mera <<aplicação>> – pois de contrário o direito realizado não existira totalmente ou não estaria afinal de todo existente e objectivado nas normas do sistema.*” E sobre o dualismo metódico, CANARIS, Claus – Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. pp. CI, quando explica que há dois momentos compartimentados na realização do direito, segundo a acepção clássica – aquela normativista – um, de interpretação-aplicação, onde os cânones legais serão interpretados e outro momento assumido pelo método subsuntivo.

<sup>28</sup> Conforme lemos em LINHARES, *Op. cit.*, 23, pp. 31: “*recusa-se uma compreensão da validade normativa das prescrições (do fundamento objectivo das prescrições)... que seja procurada fora da norma (e que como tal se diga ou possa dizer-se transcendente)*”.

distingue entre fontes formais e fontes materiais. As fontes formais seriam aqueles atos normativos a permitir ou a ordenar a produção do direito, estariam ligados ao próprio processo legislativo, normas de competência, etc. As fontes materiais seriam a causa da produção daquela norma, os fatos sociais que deram origem a ela, um exemplo, no ordenamento jurídico brasileiro, seria a lei que instituiu o Programa de Combate à Intimidação Sistemática, chamada *Lei Anti-Bullying*, concebida após ter-se verificado casos de violência e de intimidação sistemática contra adolescentes no Estado de Pernambuco, que deu origem a uma lei estadual, e, posteriormente, à Lei Federal n. 13.185/2015.<sup>29</sup> Dentre as causas que deram origem à lei, estariam aqueles fatos sociais indesejáveis, seriam esses a fonte material da referida lei. Outra forma de classificar as fontes, seriam, em diretas e indiretas, conforme tenham ou não força vinculativa, em que diretas seriam as normas, os princípios; e indiretas, o costume, a equidade e a doutrina<sup>30</sup>.

Ainda como reflexo de uma *experiência legislativa* no que se refere à de abordagem das fontes do direito, cumpre-nos destacar os **funcionalismos jurídicos**. Como corolário de um estado político-constitucional, a lei, ou o direito, assume o papel de inovar a realidade jurídico-social, com o intuito não somente de modificar, mas de revolucionar ou planejar, de acordo com uma estratégia definida.

---

<sup>29</sup> A título de curiosidade citamos algumas fontes materiais que no Brasil acabaram por virem popularmente consagradas no dispositivo normativo que dão origem: temos a correntemente chamada “Lei Maria da Penha” (mesmo o Judiciário, o Ministério Público, a Polícia e a Advocacia usam essa referência), à Lei n. 11.340/2006, onde estão previstos os crimes de violência doméstica e que tiveram sua importância mais identificada no caso emblemático da Sra. Maria da Penha, que sofreu violência doméstica ao extremo, e que alertou o sistema jurídico brasileiro no sentido de intensificar o seu combate. Outro exemplo é a conhecida “Lei Carolina Dieckmann” a Lei 12.737/2012, que tipifica crimes informáticos, e teve como paradigma o caso da atriz Carolina Dieckmann que teve seu computador invadido digitalmente e suas fotos pessoais disseminadas pela internet.

<sup>30</sup> Cf.: PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*, vol. 1, 20ª ed (3ª tiragem). Rio de Janeiro: Forense, 2005. pp. 75s: “Nessa linha de noções concorre a doutrina, e surge a indagação se constitui fonte de direito. Historicamente, não há dúvida, pois é na obra dos juriconsultos romanos, nas *responsa prudentium*, que se alicerçam princípios estruturais do sistema. Em determinadas fases da cultura jurídica, sobressaem escritores, a cujos trabalhos todos recorrem e de tal forma que as suas opiniões se convertem em preceitos obrigatórios. No século XIX e no começo do século XX os livros de Lafayete, Teixeira de Freitas, Coelho Rodrigues tiveram esse prestígio: citados pelos juizes, fundamentavam as decisões. Também Clóvis Beviláqua em nosso tempo. Codificado nosso direito civil, a sistematização dos preceitos reduziu a importância da obra doutrinária. Mas nem por isso a doutrina deixa de constituir fator relevante como fonte indireta. Expõe os princípios gerais, debate idéias e revive as discussões de temas que alargam o conteúdo das regras jurídicas. São os escritores que ventilam com o poder de sua inteligência os textos e arestos, formulando e desenvolvendo conceitos que realizam a evolução do direito. Que se limite ao trabalho exegético, e preste serviços ao entendimento dos princípios legais, quer se alce em vãos mais altos e proponha soluções a problemas de mais extrema complexidade, a doutrina é fonte de inspiração para o juiz na aplicação da regra, como do próprio legislador na elaboração das normas.”



Esse novo atributo reconhecido à lei se dá em função de uma nova forma de compreender o fenômeno jurídico, como um instrumento político-social; o direito, no funcionalismo, “*surge da imputação da validade do Direito a certas decisões*”<sup>31</sup>, ou seja, enquanto o modelo normativista centrava-se em uma dogmatização do direito, por meio de uma decisão legislativa, aqui, reconhece-se a essa posição normativa um caráter funcional, e não somente formal, ao direito começa a importar o conteúdo da lei, que deve atender a certas opções e planejamentos, passando a atuar como uma tecnologia, ou como um instrumento político de atuação social, por isso é o adjetivo tecnológico ou social ao funcionalismo, porque o direito assume uma função na sociedade, com essas intenções que o qualificador revela.

A visão do homem, aquele liberto da visão comunitária pré-moderna, e que o iluminismo autonomizou numa virada individualista, passa, agora, a segundo plano, e a sociedade assume seu papel de “centro do sistema”. O direito – também como um sistema social, integrante do todo – passa a ser instrumento dessa sociedade, ou de seus fins.

O direito existe como instrumento para o alcance de uma finalidade e, por isso, não é objeto do conhecimento, simplesmente porque seu próprio ser está condicionado à sua função. Em verdade, o funcionalismo não se debate em pretensões filosóficas de saber se é possível conhecer o direito. Para seus teóricos, isso é irrelevante. Tudo isso desagua em uma concepção do direito própria do funcionalismo, o que não é uniforme em todas as suas modalidades, que são duas principais: funcionalismo material e sistêmico.

O funcionalismo material apresenta-se em vertente política e social (classificação que obedece a relevância que dá à matéria em questão: política ou sociedade); o funcionalismo político, como se infere da própria terminologia, compreende que o centro do tecido social é a política e a organização política da mesma. O direito identifica-se como um programa político a ser alcançado por meio da transformação da sociedade, e será ele esse instrumento que possibilitará tal transformação. Sob essa rubrica, o direito tem uma intenção “reformadora”, da realidade do regime, a implementar o programa de fins definidos na constituição de cada estado.

O funcionalismo social por sua vez, é uma concepção da juridicidade que vê no direito mais uma estratégia para alcançar determinados fins sociais contidos em um programa, que aqui não intenciona transformar politicamente o sistema social. Segundo a

---

<sup>31</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Op. cit.*, 21, pp. 88.

classificação apresentada por CASTANHEIRA NEVES, pode ser dividido em funcionalismo social tecnológico e econômico, sendo que este último se orientará pelo critério da eficiência econômica. A prescrição legislativa se apresenta com uma estratégia social, não há vinculação a uma ordem de validade (o que esvazia o direito de seu caráter normativo), há uma decisão estratégica.

Por tudo o que foi dito sobre o funcionalismo material, e embora pouco, entendemos que este coloca o direito a serviço da realidade, seja social, política, econômica, e, portanto, em função desta, a ser instrumento da implementação do programa previamente previsto, com vistas à consecução das decisões feitas no programa de fins, decisão que é requerida em uma sociedade de dimensão dinâmica, por natureza instável, sujeito às influências do meio, em constante transformação, que impossibilita, segundo o funcionalismo, uma ordem de validade que referencie um sistema de normas, então o direito apresenta prescrições legislativas.

Temos ainda o funcionalismo sistêmico, que como falamos, guarda com o funcionalismo material, o reconhecimento de uma função ao direito. Enquanto aquele concede ao direito ser instrumento para alcançar um programa, no funcionalismo sistêmico, o direito é um sistema a par do sistema social e sua função consiste em estabelecer um programa que se baseia nas expectativas normativas selecionadas, e que será implementado a partir de decisões. Por isso, chama-se programa condicional, sendo a condição determinada pelo código legal/ilegal.

Por essas considerações, conseguimos entrever que o exercício metodológico em que implica essa concepção do direito é diverso daquele normativista; o normativismo acreditava em um direito-objeto totalmente contido nas normas, a ser aplicado no caso concreto, sob a forma de subsunção, no confronto com o problema, para que a decisão fosse suficientemente fundamentada. O funcionalismo pressupõe um programa previamente definido, alcançável por meio da decisão, orientada pelos seus efeitos ou pelo código. A orientação aqui é já prática, e não teórica, como no normativismo. Não é por meio da subsunção, partindo da norma mais geral (prescrição) para o particular (o caso), mas leva em consideração as consequências da decisão. Os fins são pré-fixados, mas cabe à decisão dizer a melhor forma de alcançá-los, seja com maior precisão, ou pela orientação utilitarista ou condicional.

Como representação desse pensamento, e em função da relevância que assume a doutrina, convocamos o funcionalismo sistêmico de LUHMANN<sup>33</sup>, para explicar como, em sua visão, a dogmática assume papel de fonte de direito. Para o AUTOR, o direito deve ser compreendido com o subsistema social, sendo que primeiramente a palavra sistema não tem aquela acepção de conjunto de elementos unidos por guardarem relação entre si, como o que tomamos aqui ao longo desse texto, mas como uma unidade promovida pela relação entre os elementos do sistema, e a diferenciação com os elementos que pertencem a outro sistema, conjugando-se assim: identidade e diferenciação. Outra característica importante desse funcionalismo sistêmico, na compreensão do papel da doutrina é sua clausura normativa e abertura cognitiva. Fechado em sua autorreferencialidade constitutiva (*autopoiesis*) e aberto em relação ao meio exterior, de quem, por meio da comunicação alimenta-se.<sup>35</sup>

Nesse modelo de pensamento, o direito assume um caráter funcional, mas não uma função como nos funcionalismos materiais de estar a serviço de um fim<sup>37</sup>, na verdade, não só a categoria sistema, mas também a categoria função precisam ser compreendidas aqui: nos funcionalismos materiais, a função era categoria instrumental, no funcionalismo sistêmico, a função se emancipa e torna-se fundamental, uma função definida pela escolha de uma alternativa que mais aproxima a redução das complexidades, a função do direito é a estabilização de expectativas normativas.

O pensamento jurídico, nesse modelo de direito, assume o papel de fonte de direito, nas medida em que atua nesse processo de diferenciação dos materiais jurídicos<sup>38</sup>, além de

---

<sup>33</sup> Cf.: LUHMANN, Niklas, L'unité du système juridique in *Archives de philosophie du droit*, tome 31. Paris: Editions Sirey, 1986. pp 163-188.

<sup>35</sup> *Idem*, p. 173: "Les système juridiques utilisent cette différence pour combiner la clôture de l'auto-reproduction et l'ouverture de leur relation à l'environnement. En d'autres termes, le droit est un système <<de clôture normative>>, mais <<d'ouverture cognitive>> (22). L'auto-création du système juridique est normativement fermée par le fait que seul ce système peut conférer un caractère juridiquement normatif à ses éléments et par là les constituer comme éléments.

(...)

*En même temps, et précisément en rapport avec cette clôture, le système juridique est cognitivement ouvert. Dans chacun de ses éléments et dans leur constante reproduction, il dépend de sa capacité à déterminer si certaines conditions se trouvent, ou non, remplies. Par la programmation, il se rend lui-même dépendant des faits, et il peut aussi changer son programme si la pression des fait l'impose. Ainsi, toute opération juridique, tout oricessus juridique d'information utilise simultanément les orientations normatives et les orientations cognitives, qui ont entre elles des liens simultanés et nécessaires, mais sans avoir la même fonction. Le caractère de norme sert à l'auto-création du système. à son auto-continuation, qui le différencie de l'environnement. Le caractère cognitif sert à la coordination de ce processus avec l'environnement du système (23)."*

<sup>37</sup> CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.* 21, p. 25

<sup>38</sup> *Idem*, p. 28: "Numa palavra, a dogmática será a sistematização conceitual do material jurídico (das "proposições jurídicas") que não só definiria os critérios jurídicos (para que juridicamente se operasse só em critérios jurídicos), como delimitaria a juridicidade ("o juridicamente possível") e a elevaria a um grau

atuar na elaboração de modelos decisórios que atendam aos informes do sistema: função de estabilização das expectativas normativas. Decisão que, no funcionalismo sistêmico, é ação que engloba tanto a escolha das alternativas normativas, bem como a solução de problemas concretos.

Se, com os funcionalismos, pretendemos ampliar as fontes do direito, não seria mais certo referirmos a esses outros fatores como fundamentos de uma decisão jurídica? Falamos de realidade social, cultural, as contingências a serem levadas em consideração na constituição do direito, mas poderíamos falar de princípios informadores do sistema, e a tudo isso não daríamos o *status* de fonte, mas de fundamento.

Fonte “*são os processos, actos ou modos de constituição e manifestação do direito vigente em que participam constitutivamente esses princípios*”<sup>39</sup>, enquanto por fundamento entendemos exatamente esses referentes axiológicos que se encontram na base da intencionalidade normativa da fonte propriamente dita, a fonte liga-se à vigência, a um direito que vige e que por isso é exigível, demanda realização, o fundamento intenciona. Qual dessas duas características podemos encontrar na doutrina: vige ou intenciona dar validade normativa? Essa é a pergunta que nos deve servir de pano de fundo para compreender que a doutrina não pode ser fundamento, porque não é ela em si mesma um referente axiológico, o que ela se presta é a apontá-lo, ela desvela esses elementos que vai descobrindo no sistema jurídico.

Se a doutrina é considerada um material utilizado, e informador da concreta realização do direito, então encaixa-se naquele conceito anterior, como um ato, ou modo de manifestação do direito vigente, portanto refere-se ao direito vigente, ao invés de dar-lhe sustento, como seria o papel de um fundamento.

Voltando à abordagem das fontes de direito, falta-nos falar do **jurisprudencialismo**, que corresponde a uma perspectiva *fenomenológica-normativa* propondo que a reflexão orbite antes em torno dos momentos constituintes do direito que no poder de onde emana.

---

*adequado de abstracção, i. é, simultaneamente enquadrante e possibilitante, no seu quadro abstracto, da contingência concreta e portanto de uma correlativa liberdade (resultante “do facto que o sistema deve oferecer uma possibilidade de decisão para qualquer caso de conflito juridicamente relevante”). Concepção esta da dogmática jurídica que naturalmente excluiria – ponto de enorme relevo neste pensamento jurídico sistêmico – a validade de nela se considerarem “os efeitos como critérios” – os efeitos seriam realidades sociológicas, não entidades jurídicas.”*

<sup>39</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Op. cit.*, 10, pp. 53.

A teoria das fontes do direito, proposta aqui, radica-se na *experiência jurisprudencial* de constituição do direito, pela qual o direito “*constitui-se e manifesta-se enquanto se realiza*”<sup>40</sup>.

Para esse modelo de juridicidade, o sistema jurídico é pluridimensional “*porque assimilou dimensões materiais de que se foi enriquecendo*”<sup>41</sup>, daí porque, no quesito fontes de direito, o jurisprudencialismo tenha uma abordagem *fenomenológico-normativa*, destacando o problema centrado na vigência, a considerar um sentido do direito como objetivado no sistema e um que vige, já que *o direito existe vigorando*, assumindo quatro momentos constitutivos: momento material (dimensão sociológica), momento de validade (dimensão axiológica), momento constituinte (dimensão institucional) e momento de objetivação (dimensão positivadora).

Nessa concepção de direito, as suas fontes não se contentam em uma indagação formal sobre onde ele está, mas o conteúdo mesmo do direito é o que importa, e a busca se dá em torno dos critérios que o dizem ser dotado de juridicidade. São os critérios de sua constituição<sup>42</sup>.

O *momento material* destaca a dimensão sociológica de constituição do direito, o modo como a realidade histórico-social é constitutiva. São os problemas suscitados pela contingência histórico-social que provocam a constituição do jurídico, a criação de materiais jurídicos que irão solucioná-los. A normatividade deve ser referida a situações da vida social, comum, que serão o seu referente. Destaque-se que é esse momento que será o responsável pela efetividade das normas jurídicas, quando elas deixam de ter conexão com a realidade, a norma deixa de ter efetividade, pois a realizabilidade do direito depende dessa conexão fática<sup>43</sup>.

Tomando em empréstimo conceitos da *Teoria Tridimensional do Direito*, de MIGUEL REALE, esse momento corresponderia ao aspecto fático do direito. Na sua Teoria Tridimensional, o autor apresenta-o como uma relação bilateral atributiva, da qual

---

<sup>40</sup> CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 10, pp. 29.

<sup>41</sup> BRONZE, *Op. cit.*, 13, pp. 622.

<sup>42</sup> Seguimos CASTANHEIRA NEVES, *Op. cit.*, 10, pp. 56-72.

<sup>43</sup> Lembremos no Brasil da caducidade do art. 215 do Código Penal, que, por não mais condizer com a realidade fática que lhe dava eficácia, veio a ter nova redação dada pela Lei nº 12.015/2009. O artigo em questão tipificava a conduta de posse sexual mediante fraude contra mulher honesta. A revogação se deu porque a lei não mais encontrava conexão com a realidade social em que se encontrava, de forma que não suprimindo o crime, mas em acordo com a realidade fática da sociedade atual exige, o tipo venha a proteger qualquer pessoa e não só a mulher e nem mesmo a *mulher honesta*, expressão que hoje não tem mais sentido na sociedade.

participam um aspecto normativo, fático e axiológico. Fato, valor e norma, seriam as três dimensões do direito, integradas entre si, não sendo possível compreender o fenômeno jurídico sem a concorrência de qualquer desses três elementos numa unidade integrante, dimensões que se implicam e se exigem reciprocamente<sup>44</sup>.

O *momento de validade* a remeter a constituição do jurídico aos valores sociais que o direito intenciona realizar na prática. Seria o valor a que o direito intenciona, com referência àquela realidade social considerada em sua constituição – pelo que entendemos que vai aí implicado o momento material<sup>45</sup>. Esse momento corresponderia ao rompimento com todo e qualquer formalismo normativista. A normatividade, o direito, é um direito que tem conteúdo, um sentido de justiça referido a um determinado fato da vida social. Nesse momento de validade, o funcionalismo, por sua vez, faz corresponder à tomada de decisão por parte de um poder, daqueles valores/intenções que pretendem ver contemplados no plano social. A norma, nessa sua dimensão, pode assumir conexão fático-axiológica já vivida ou propor novas conexões fático-axiológicas a virem a ser.

O *momento constituinte* por excelência, quando a legislação, com o poder institucional, “transforma” a validade em direito. E o momento de objetivação, quando os fundamentos e os critérios jurídicos recebem constituinte positividade jurídica. É o momento decisório de constituição do direito, no qual se decide pela positividade de uma *ratio* que se fundamente na realidade histórico-social e lhe imponha um sentido axiológico<sup>46</sup>. Nesse modo de compreensão do jurídico, o momento constituinte é compartilhado, não é privilégio da legislação, como na experiência legislativa, mas nele também concorre a experiência jurisdicional.

Poderíamos repetir essas mesmas notas feitas para o funcionalismo, nesse momento constituinte, aqui é onde o modelo funcionalista definirá os seus programas de fins, visto

---

<sup>44</sup> Cf. REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, 27ª ed. (4ª tiragem). São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 59-68.

<sup>45</sup> Ponto em que novamente convocamos MIGUEL REALE, que vê as três dimensões do direito não isoladamente consideradas, mas imbricadas num fenômeno integrativo: o direito. A dimensão valor, que tomamos como ponto de convergência quanto ao momento de validade, como aquele reconhecido pela consciência social, valor esse que a normatividade deve dar relevo a atingir determinado fim por ela visado.

<sup>46</sup> Castanheira Neves, *Op. cit.*, 10, pp. 69: “Nestes termos se haverá de considerar, no global processo constitutivo do direito como direito positivo, também um momento especificamente constituinte da sua positiva normatividade – momento constituinte que é assim chamado a conexionar, numa particular síntese assimiladora e síntese em que o próprio positivo afinal se traduz, a *ratio* e a *auctoritas*, convertendo assim o *ethos* (a validade) em *ius* (direito positivo).” Em referência à norma, REALE compreende como a dimensão que media a integração entre fato e valor. E em termos de critérios jurídicos, ele completa assim sua *teoria tridimensional do direito*.

que, no direito, cabe à lei instituir esse programa – já que a ela é assegurada a prerrogativa de inovação (revolução) na ordem jurídica.

O quarto momento constitutivo da juridicidade, proposto por CASTANHEIRA NEVES, é o *momento de objetivação*, em que radica a categoria sistema. Tudo acima referido aos demais momentos recebe positividade em um sistema jurídico, é nele que a normatividade jurídica se objetiva. Os fundamentos, os critérios revelados pelas diversas vias, são positivados em um sistema, aí eles se objetivam, e esse, apesar de uno, compõe-se de diversos estratos.

Feita a explanação acerca da teoria das fontes proposta pelo pensamento jurisprudencialista, este é o momento de peregrinar por entre os estratos do sistema jurídico que constitui o direito como direito, nessa concepção, ligado a uma *experiência constitutiva jurisdicional*, compreende-se como um caminho que se faz caminhando, na medida em que vai se constituindo com o concurso da dimensão de realização, pelo que a metodologia jurídica assume particular relevância.

Em verdade, sendo o direito ligado à práxis, prático-juridicamente intencionado, o jurisprudencialismo assume duas categorias principais: o sistema jurídico – por sua vez formado por quatro estratos: princípios, normas, jurisprudência e dogmática – o problema (caso decidendo). O sistema jurídico é o modo de objetivação do direito em um universo sociocultural-historicamente determinado, é composto por uma multiplicidade de elementos, e reclama traços de unidade e de coerência.

Como pressupostos à sua concepção, mesmo antes da consideração do sistema e de seus estratos ou do outro polo categorial do problema prático, encontramos algumas noções caras ao jurisprudencialismo, em primeiro, destacamos a concepção do *homem como pessoa*.

Tal como os dois modelos precedentes, o jurisprudencialismo também tem uma orientação antropológica determinante à sua compreensão do direito, vendo no homem a matiz orientadora da prática jurídica, porque assume estatuto de categoria ético-axiológica.<sup>47</sup>

O normativismo, como herança do liberalismo-iluminista, rompeu com a visão comunitária do homem, e proclamou o primado do individualismo. O funcionalismo, historicamente situado no pós-guerra, e, portanto, na tentativa de compreender o novo

---

<sup>47</sup> Cf.: LINHARES, *Op. cit.*, 23. pp. 97: “a perspectiva do homem enquanto antropologia axiológica a pressupor-assumir um sentido renovado da práxis e a justificar uma perspectiva microscópica de interpelação do direito”.

mundo, marcado, principalmente, pelos horrores do holocausto, levou a situação a outro patamar, diluindo o individual no meio social.

O jurisprudencialismo, visando superar essas visões, escolhe um caminho de recondução do homem ao centro do sistema. O homem, no jurisprudencialismo, é tomado não a partir da visão individualista do modernismo e nem na visão diluída no estrato social do funcionalismo, mas um homem concebido enquanto pessoa, a considerar a sua relação e constituição no meio em se encontra. Essa concepção da juridicidade concebe o homem enquanto em relação, com valores inerentes a si, por ser homem, categoria ético-filosófica, mas que em relação na comunidade, adquire responsabilidades para com ela e com os outros homens, como ele.<sup>48</sup> Vale ressaltar, a fim de diferenciar da dimensão social preconizada pelo funcionalismo: o jurisprudencialismo autoriza-se uma perspectiva microscópica polarizada no homem, em modo antagônico à perspectiva macroscópica funcionalista polarizada na sociedade.

Outro pressuposto é a *dimensão valorativa da práxis*, que acima referimos como o momento de validade de constituição do direito, o seu referencial axiológico excogitado da realidade social e que, ao mesmo tempo, visa imputar um sentido de valor a essa realidade por mediação normativa do direito. Essa dimensão, no jurisprudencialismo, é subtraída da eventual transformação que o funcionalismo lhe possibilita, quando permite que a validade assuma, além de reconhecer e de imputar esses valores, e promova valores desejáveis pelo direito. O jurisprudencialismo rompe com essa concepção, por conceber o homem como pessoa, não somente como um sujeito de direitos, mas também em sua dimensão de responsabilidade pela sociedade, pela humanidade, senhor da transformação social, cuja responsabilidade não é transferível ao *poder*, não é um encargo político, mas ético.

Ao que podemos passar à análise do sistema jurídico, tendo em conta que o que pretendemos aqui é analisar essa concepção, orientados pela teoria das fontes que propõem, em que a reflexão quanto ao poder de onde emana o direito (perspectiva político-constitucional) é substituída por uma perspectiva fenomenológico-normativa que se preocupa antes em saber como se constitui o direito que vige, como a juridicidade é constituída. Pergunta essa que respondemos tendo como pressupostos acima referidos: a

---

<sup>48</sup> CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 15, pp. 189: para o “*reconhecimento comunitário da pessoa e da sua dignidade ética*”.



concepção do homem como pessoa, o sentido axiológico da *práxis*, e o sentido do direito que irá sendo construído no desvelo dos critérios jurídicos que integram o sistema.

O primeiro estrato que podemos abordar são os princípios normativos – ligados ao momento de validade a que tratamos acima – são “*exigências de sentido axiológico-normativo em que radica a validade do sistema*”<sup>49</sup> – são a pretensão de sentido objetivada, referem-se aos fundamentos da juridicidade (dimensão de validade do sistema jurídico), ao tempo em que as normas, segundo estrato aqui tratado, assumem *status* de critério (e refletem a dimensão de autoridade, o momento constituinte)<sup>50</sup>.

As normas têm, por certo, asseguradas o caráter que lhes é próprio de *potestas*, têm força vinculante, é o modo constituinte polarizador do sistema. A normatividade, no sistema, oferece critérios para a solução de problemas<sup>51</sup>. No modelo metódico correspondente ao jurisprudencialismo, assume um critério a ser tomado como *posterius* e não como *prius* (função a ser exercida pelo problema decidendo)<sup>52</sup>. Em se tratando de um sistema aberto e constituindo, cumpre-nos ressaltar que essa normatividade não é totalmente emanada da legislação (poder político legislativo), nas palavras de CASTANHEIRA NEVES, existem três planos de *determinação normativa*, um de determinação *positivo-social*, outro de emanção da validade, enquanto específica *principiologia jurídica* (e que corresponde ao estrato acima referido e que no exercício de determinação e de realização do direito vai dialeticamente compondo o sistema, ao tempo que o fundamenta) e *uma substantiva e dialética axiologia essencial*.

---

<sup>49</sup> BRONZE, *Op. cit.*, 13, pp. 627.

<sup>50</sup> CASTANHEIRA NEVES, António, *Metodologia jurídica (problemas fundamentais)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013 (reimpressão). pp. 142: “*Falamos de critério em sentido próprio, a distinguir de fundamento: ‘fundamento’ refere sempre o substantivo, se não o último elemento judicativo; e ‘critério’ antes um disponível operador técnico que pré-esquematiza a solução. Além de que só os critérios são interpretáveis, ou se oferecem como objecto de interpretação, enquanto os fundamentos possibilitam, condicionam ou sustentam a própria interpretação. No sistema jurídico são fundamentos, como veremos, os princípios e são critérios as normas (legais, jurisprudenciais) ou os precedentes.*”

<sup>51</sup> BRONZE, *Op. cit.*, 13, pp. 651: “*as normas são critérios jurídicos gerais e abstractos que visam solucionar imediatamente um determinado conjunto (tipo, séries...) de problemas. A estrutura lógica de um preceito legal íntegra – acentuámo-lo logo no início desta lição – uma hipótese ou previsão, e uma estatuição ou consequência jurídica, articuladas por uma cúpula, que traduz sempre, irredutivelmente, um ‘dever-ser’*”.

<sup>52</sup> O que se sustenta no jurisprudencialismo pelo fato de a dimensão normativa ser um critério a ser sustentado sobre um fundamento de validade. O normativismo, como tinha a norma em seu caráter formal, indiferente a seu conteúdo ou referencial, partia da norma como premissa lógica, e não do problema. Pensamento que encontra consonância com o que diz REALE, *op. cit.*, 44, pp. 91: “*Se há algo, com efeito, que caracteriza o pensamento jurídico contemporâneo é a luta contra todas as modalidades de ‘formalismo’, pelo reconhecimento de que a plena compreensão do Direito só é possível de maneira concreta e dinâmica, como dimensão que é da vida humana.*”

À norma exige-se validade a fundamentá-la, a vinculá-la, e essa, por sua vez, funda-se na concepção do homem como pessoa. O papel da realização concreta do direito vai ao ponto de assumir sentido do direito, a autorizar a afirmação de que o direito é uma validade alcançável por meio da sua prática<sup>53</sup>.

Outro estrato é ocupado pela jurisdição, com a sua concreta realização da normatividade jurídica, é o *momento de experimentação problemático-casuística, com a sua particular presunção de justiça*. É constitutivo do sistema, ainda como dimensão de *auctoritas*, na medida em que as soluções para os problemas, emanados por meio da decisão judicativa, são integrados (redensificados e reconstituídos) ao sistema e servirão de critério para a solução de novos problemas, soluções a favor das quais advoga uma presunção de justiça.

A doutrina, nesse modelo de compreensão da juridicidade, assume um momento de racionalidade sistemático-reconstrutiva, reconhecido como um momento constitutivo na objetivação da normatividade jurídica. Em que se passa de uma dogmática reprodutiva (de conceitos, institutos extraídos da norma), para uma dogmática constitutiva, de uma dogmática de autoridade (como o modelo das *responsa*), para uma dogmática de fundamentação. Assumir uma dimensão prático-argumentativamente orientada possibilita à dogmática ser uma instância constitutiva do sistema, e não uma dimensão lógica dele. Ela pode assumir cinco funções: estabilizadora, heurística, desoneradora, técnica e de controle.

Importante na formação de critérios mobilizáveis pelas instâncias de decisão é a dogmática que vai possibilitar a articulação dos diversos critérios da juridicidade, para orientar decisões e a reconstituição do sistema. Tudo isso, enfim, pressupõe uma compreensão da realização do direito segundo uma orientação prática, e um direito que se pense não totalmente contido em normas, mas que se assume constituindo, com um papel na construção histórico-cultural do homem e a ela referido. À dogmática cabe a *racionalizada e sistemática objetivação do normativo*.

Segundo ALEXY, a dogmática “é uma mistura ao menos de três atividades: (1) aquela de descrever a lei em vigor. (2) aquela de sujeitá-la a uma análise conceitual e sistemática e (3) aquela de elaborar propostas sobre a solução própria do problema

---

<sup>53</sup> Cf. CASTANHEIRA NEVES, António, O sentido actual da metodologia jurídica in *Digesta*, vol. 3, Coimbra, 2010, pp. 396, onde o autor afirma: “o direito não é um objecto a conhecer, é uma validade a assumir e a problematizar na sua realização”.

*jurídico;*”<sup>54</sup>, nosso compromisso a esse ponto, é acompanhar seu processo evolutivo, de uma categoria lógica (em que chegou mesmo a exercer um caráter de Matemática pura) que desaguava em um modelo metódico de aplicação, até uma categoria de fundamentação, em modelo prático-argumentativo, em que a dogmática assume essas funções que lhe reconheceremos ao longo dessa discussão. Ressaltamos, como já fora dito acima, que essa fundamentação não significa que a proposição doutrinária seja o referente vinculativo de uma decisão, ela aponta para ele, sua proposição doutrinária fundamenta uma decisão revelando o referencial normativo a ser utilizado, tendo sido por ela tratado.

Além do que já foi explicitado, acrescentamos apenas – em uma perspectiva de compreensão do direito como argumentação, ou o direito que se constitui a medida em que é realizado – uma referência à visão trazida por SHINER<sup>55</sup>, que propõe a existência de “*strictly institutionalized sources of law*” e “*quasi-institutionalized sources of law*” que centra o debate em relação às fontes do direito, no quesito validade.

Validade, diga-se, aquele fundamento da vinculatividade do direito, a referência que se estabelece entre o direito (com sua normatividade vinculante) e a razão de ser desse dever-ser. Ou seja, o direito é uma ordem normativa vinculante, não pode dispensar a sua positivação (do contrário, confundir-se-ia com a ética), e nem sua intenção de orientar comportamentos; mas deve *dar testemunho de um fundamento de validade no processo constituinte das fontes*<sup>56</sup>.

Pensamos que se conjuga à perspectiva fenomenológico-normativa que trouxemos acima, pois SHINER, assim como CASTANHEIRA NEVES, não aborda o problema das fontes considerando-as como fontes de conhecimento do direito, ou o lugar onde se encontra o direito; ambos, privilegiam a perspectiva mais alargada, aquele partir da perspectiva fenomenológico-normativa, uma pesquisa pelas fontes em que o direito se manifesta; este, a

---

<sup>54</sup> ALEXY, Robert, *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001. pp. 241.

<sup>55</sup> SHINER, Roger A., Legal institutions and the sources of law in *A treatise of legal philosophy and general jurisprudence*, vol. 3. Dordrecht: Springer, 2007. p. 4ss

<sup>56</sup> CASTANHEIRA NEVES, op. cit. 10, p. 10 e ainda em LINHARES, José Manuel Aroso, *Validade comunitária e contextos de realização anotações em espelho sobre a concepção jurisprudencialista do sistema*. (versão em A4). Policopiado: Coimbra, p. 19: “*processo de institucionalização internamente assumido pelo mundo prático do direito – ou mais rigorosamente na inter-relação constitutiva que vincula as oportunidades de construção-reconstrução dos sentidos comunitários (e da validade fundamente crítica que os contextualiza) à exigência de projectar estas numa determinação normativa plausível (que possa dar conteúdo à validade assumida)*”

partir da institucionalização do direito, pela qual a pesquisa por suas fontes deve centrar-se nas características essenciais que fazem do direito o que ele é, e não outra coisa.<sup>57</sup>

Para SHINER a perspectiva tradicional centra-se em fontes institucionalizadas do direito, ou seja, o direito que provém de uma instituição, e deve-se abandonar outras fontes. O Autor, no entanto, admite que fontes não institucionalizadas devem enriquecer o debate, admitindo que em alguns casos, assumem a força vinculativa em função de serem aceitas em um grupo institucional, a título de exemplo, as normas admitidas na mediação e arbitragem, ou seja, ele admite a institucionalização, porém para ele, a questão não se esgota aí.

A discussão, considerando a institucionalização, deve centrar-se na capacidade que uma fonte revela de resolver os problemas legais diretamente, o que ele denomina *strictly institutionalized sources*, pois geram, de forma direta, validade para as normas legais. Em paralelo a elas, existem as *quasi-institutionalized sources*, que são fontes que por si só são incapazes de oferecer soluções para os problemas, mas oferecem suplementação de conteúdo às fontes ditas diretas, através da argumentação<sup>58</sup> (nessa “categoria” acreditamos incluir-se a doutrina jurídica, que, por si só, não é capaz de resolver um problema jurídico, já que sempre informará uma fonte normativa institucionalizada, seja norma legal, princípio, costume entre outros, consideradas pelo autor como autoritativas para decisões jurídicas).

Ao final de sua reflexão, o Autor analisa a questão sob o ponto da autoridade, para ele as normas legais lastreiam-se de padrões internos de aceitabilidade ou validade. Sua vinculatividade resulta da institucionalização, vemos aí as *strictly institutionalized sources*, por outro lado, reconheça-se, como dito ao início do pensamento do autor, que existem fontes que auxiliam, por intermédio da argumentação, o processo de decisão jurídica, essas as *quasi-institutionalized sources*. Em suma, SHINER conjuga os institutos de institucionalização, autoridade e decidibilidade para abordar a teoria das fontes do direito que se afaste da perspectiva tradicional que não só centra-se apenas na institucionalização como pedra angular de seu edifício, mas a partir disso estabelece uma hierarquia entre as diversas fontes.

---

<sup>57</sup> SHINER, *op. cit.* 55, p; 2 “An enquiry, therefore, into the sources of law is an enquiry into one essential characteristic of law, into part of what makes law what it is and not another thing.”

<sup>58</sup> *Idem*, p. 4 “A distinction can be drawn between cases decided by the content of a legal source ‘directly’ and cases decided after supplementation of the content of the legal source by one or more acceptable forms of legal argumentation.”

### 3. AS PRINCIPAIS ESCOLAS METODOLÓGICAS DE REALIZAÇÃO DO DIREITO

Temos visto que a forma de entender o direito tem relação direta com a teoria das fontes que lhe corresponda. Assim, pretendemos confirmar que, para além disso, acresce-se que ambas (concepção do direito e teoria das fontes) correspondem a uma doutrina hermenêutico-jurídica, preconizando uma forma metodológica (específica à sua concepção) para o momento de realização concreta do direito.

Vimos anteriormente as fontes de direito e navegamos pelas concepções do jurídico disponíveis e o traço que liga estes aspectos com o tema geral é a viragem da visão de um direito que na antiguidade clássica era uma prática, para um direito que se compreende uma ciência, onde a sua teoria vai assumindo uma relevância não ligada à realização do direito, porque nesse movimento de cientificização, esses momentos: conhecimento (interpretação) realização vão se autonomizando. A sua relevância parte mesmo daquele primeiro momento: o de conhecer o direito como um objeto dado.

Em suma, podemos traçar uma linha na história do pensamento jurídico, e tirar conclusões para sua metodologia: na era clássica, temos um direito que se desenvolve como *práxis*, com prevalência da *phonesis* e *tópica*, na Idade Média temos o direito que é primariamente a recepção de regras do direito romano do período clássico, que passam a ser interpretadas, compiladas, esclarecidas, integradas primariamente pelo trabalho dos glosadores e já se intenciona como ciência. Com a Idade Moderna, o direito passa a um estatuto epistemológico diverso, e o trabalho dos doutrinadores muda de *status* – mais teórico e menos prático - consequentemente, veremos em cada escola metodológica uma doutrina a atuar diversamente, mesmo porque esses movimentos não são constates. Essas correntes metodológicas que explanamos aqui em diante, marcam a virada moderna dada a uma ciência que se via eminentemente teórica, para os domínios da prática.

Assim, escolhemos como percurso a trilhar, primeiramente fazer essa identificação do direito romano, e a forma pela qual se realizada, depois localizaremos o nascimento da ciência jurídica, muito identificada à prática, na era medieval, e então partiremos para a era moderna, com a metodologia desenvolvida pelas primeiras escolas do positivismo do Século XIX, em que situamos a Escola da Exegese, Escola Histórica, Jurisprudência dos Conceitos, Teoria Pura do Direito. Nesse contexto, destacamos também as concepções contrárias ao

dogma legal (anti-conceptualistas): Movimento do Direito Livre e Jurisprudência dos Interesses, a partir das quais seguiremos até as escolas contemporâneas. No decorrer deste estudo, veremos que cada escola terá correspondência com a compreensão do Direito que tratamos acima, e, conseqüentemente, com a teoria das fontes que lhe corresponda, e ainda, o que para nós mais importa: a intenção que a doutrina jurídica assume perante o direito, ou vice-versa.

### 3.1. BREVE PERCURSO PELA *PRAXIS ROMANA*

Se é muito comum para compreendermos diversos ramos do direito, remontarmos à sua origem nas instituições do direito romano, então segue bem justificada a necessidade de refazermos o caminho do direito enquanto prática, e localizar esse embrião na prática romana. E ao fazê-lo, pretendemos destacar as semelhanças e as diferenças, e, principalmente, analisarmos que tipo de doutrina jurídica pode-se vislumbrar nesse período, a princípio, destacamos os jurisconsultos e os *responsa*, institutos que nos interessam diretamente no objeto de nossa discussão, mas importa bem demonstrar como chegamos a eles e como foram transmitidos ao direito atual.

Direito Romano, grosso modo, é considerado aquele que regulava as relações desenvolvidas entre o povo romano<sup>59</sup>, no período correspondente ao Império Romano (desde a fundação de Roma no século VIII a.C. até a morte de Justiniano, no Século VI d.C.). O nível de desenvolvimento deste direito permitiu que tivesse “vigorado” (não uniformemente) por 13 séculos, mas o seu pragmatismo e a sua sistematização reverberam em grande parte dos sistemas jurídicos até hoje.

Por ter vigorado efetivamente por 13 séculos, e por regular períodos do Império tão distintos, aquilo que chamamos Direito Romano, sob o ponto de vista de suas fontes, não é uniforme, podemos destacar o período inicial, pré-clássico, como um período acentuado na tradição, nos costumes (o qual foi perdendo sua força a partir da edição da Lei das 12 tábuas, em que pese nunca ter desaparecido do Direito Romano como fonte de direito), ao passo em que as obras dos jurisconsultos passaram a ter relevância no período clássico, que coincide com a influência da cultura grega; e o Direito Romano vai, aos poucos, assimilando o método da *phronesis*, no contato com a cultura grega desponta a ciência jurídica que, através da

---

<sup>59</sup> Cfr: CRUZ, Sebastião, *Direito Romano (ius romanum)*, vol. 1, 4ª ed. Coimbra: 1984. pp. 35s.

*análise e da síntese, procura elaborar conceitos jurídicos e ordená-los num sistema interno sem, todavia, incorrer em teorizações alheias à realidade e ao sentido prático dos Romanos*<sup>60</sup>.

A atividade dos jurisconsultos era direcionada para indicar as formas dos atos processuais aos magistrados e às partes (eles eram, como diz o nome, consultados, e não tomavam parte no “processo”) e consistia em quatro atos: *agere*, *respondere*, *cavere* e *exempla*, em que *agere* correspondia à indicação que davam às formas e aos atos processuais, direcionadas aos magistrados e às partes; *cavere* chamava o ato de auxiliar a elaboração de instrumentos/negócios jurídicos. Parte de seu trabalho, ainda, era a elaboração de pareceres para orientar a decisão dos magistrados, e a isso se chamava *respondere*, ao passo que esses se transformariam em modelo para decisões futuras, os *exempla*.

De características *ad persona* do *iurisprudente*, que inicialmente eram sacerdotes, e depois juristas leigos, advinha a força que embasava os *respondere* que não tinham força vinculativa, isso até o Imperador Augusto, em I a.C.<sup>61</sup>, entender de dar a esses jurisconsultos o poder de emitir pareceres em seu nome, os *ius respondendi ex auctoritate principis*, quando passam a valer como se tivessem emanado do próprio *princeps*, já não sendo mais essas “decisões” *responsa* – pareceres doutrinários – mas jurisprudência institucionalizada.

Ressalte-se ainda, do período romano, a importância da influência grega, com os Jurisconsultos, a realização do direito assume uma orientação prática, “*procurando a solução clara para os problemas jurídicos concretos que a vida apresenta, sem se preocupar com a elaboração de teorias abstratas*”<sup>62</sup>, fruto do próprio pragmatismo com o qual nasce o próprio Direito Romano.

Outra nota digna de atenção no percurso que assumimos, é a forma como a dialética grega agia em sua construção. A palavra *iurisprudencia* liga-se à prudência, e essa, por sua vez, à virtude grega da *phronesis*, virtude do homem prudente, capaz de avaliar situações, tomar decisões sábias, “*para que a fronesis se exercesse, era necessário o desenvolvimento de uma arte no trato e no confronto de opiniões, proposições e idéias que, contrapondo-se,*

---

<sup>60</sup> JUSTO, Santos A., A evolução do direito romano in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume comemorativo do 75º Tomo. pp. 51.

<sup>61</sup> Cf. CASTRO, Flávia Lages de, *História do Direito Geral e do Brasil*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. pp. 90: “*mesmo porque os Jurisconsultos passaram a responder ex auctoritate principis, ou seja, com a mesma autoridade do Príncipe*”.

<sup>62</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Função social da dogmática jurídica*, São Paulo: Max Limonad, 1998. pp. 56.

*permitiam uma explanação das situações*”<sup>63</sup>. A virtude da prudência, em seu sentido aristotélico, é aquela que emerge quando o homem sábio (de sabedoria – *phronesis* e não de sapiência – *sophia*) volta-se para as questões mutáveis da vida do homem, em oposição àquela que se sobressai quando o homem busca a contemplação das verdades eternas e imutáveis (*sophia*). Essa *responsa* era fruto de um pensamento dialético lançado sobre a realidade. A essa virtude estava associada uma prática, a dialética, mais uma arte, pela qual o discurso era a via para encontrar os primeiros princípios das ciências, ou as causas fundamentais das coisas contempladas. Os romanos utilizaram a dialética para encontrar as soluções emanadas nos *responsa*, e o toque romano à técnica grega deveu-se à orientação prática para a solução de problemas concretos por meio da argumentação<sup>64</sup>.

O Direito Romano sofreu compilação pelo Imperador Justiniano, no Século VI, indo, por sinal, de encontro à atitude clássica do Direito Romano que se afastava de abstrações e enveredava, preferencialmente, pelos caminhos da *práxis*<sup>65</sup>, proibiram-se as interpretações e os comentários, e a atividade interpretativa ficou ao encargo único do Imperador. Justiniano promoveu um engessamento do Direito Romano com a elaboração do *Corpus Iuris Civilis*, que era composto de quatro partes: a Institutas de Justiniano; o *Digesto*, no qual se incluiu justamente toda a produção dos jurisconsultos, elaborada até então; o *Codex*, conjunto de leis dos Imperadores Orientais; e as *Constitutiones*.

Como percebemos, a doutrina, enquanto atividade de juristas leigos, tal como compreendemos, de produção livre (ainda que não dotada de cientificidade), e sem vinculação com o poder, existiu por pouco tempo em Roma, logo o poder político apoderou-se dela, com o *ius respondendi ex auctoritate*, e depois engessou-a, com a elaboração do *Corpus Iuris Civilis*. Mas no tempo em que exerceu maior influência, seu trabalho interpretativo foi responsável pela evolução do direito.

A *responsa*, que se assemelha ao que hoje temos pelos pareceres doutrinários, porque ambos são produzidos por um jurista leigo, diante de um caso concreto, e sem força vinculativa perante o juiz. Não podemos deixar de notar, no entanto, que hoje desses pareceres doutrinários não se pode dizer que sejam fruto somente de estudos intelectuais,

---

<sup>63</sup> *Idem*, pp. 27.

<sup>64</sup> Cf. *Idem*, pp. 31: “o Direito assumiu a forma de um programa decisório no qual eram formuladas as condições para uma decisão correta. É justamente aqui que surge o pensamento prudencial com suas regras, princípios, figuras retóricas, meios de interpretação, instrumentos de persuasão etc.”

<sup>65</sup> Cf. CURA, António Alberto Vieira, *Mora debitoris no Direito Romano Clássico*. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. pp. 29, especialmente nota 50.



pois, tendo sido custeados pela parte interessada, são normalmente produzidos em favor dela. Em seu favor, milita a presunção de racionalidades, ou seja, a *auctoritas*, que vem do verbo *augere*, de onde vem também a palavra autor<sup>66</sup>, com o sentido de dar legitimidade ao que é produzido por aquele autor, seu trabalho serve de modelo aos demais.

Já os *ius respondendi ex auctoritate* tem a força vinculativa porque emitida pelo poder político, ou seja, guarda a *potestas*, que vem do termo *potis*, com o significado de senhor, aquele que exerce o poder - tem a ver com o poder no sentido institucional<sup>67</sup>; por isso não há relação entre esse instituto e o trabalho doutrinário nos sistemas jurídicos atuais, pois o trabalho doutrinário não tem força vinculativa.

Essa distinção entre *potestas* e *auctoritas* - feita pelo gênio romano, e em consonância com a realidade daquele povo, onde as relações privadas tinham grande relevância e o Império se expandia por diversos territórios, possibilitando o surgimento de um estado forte - andava a par com a institucionalização do poder e das relações nesse contexto. Essa distinção é a que seguimos aqui, ou seja, para nós *potestas* corresponde àquilo que dá força vinculativa a uma proposição, em função de emanar de um poder institucionalizado; enquanto *auctoritas* reflete a dignidade individual (seja por qualidades pessoais, seja em função do rigor de um estudo ou argumentação) de alguém que propõe uma solução, cuja força que leva à adesão reside no consenso: o reconhecimento de que é válido porque passou por um estudo racional de suas premissas.

### 3.2. A FORMAÇÃO DA CIÊNCIA JURÍDICA

---

<sup>66</sup> Cfr. GREENOUGH, J.B., Latin etymologies in *Harvard Studies in Classical Philology*, vol. 4, 1893, pp. 143-149. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/310404>>. Acesso em 03 de novembro de 2016, p. 14.

<sup>67</sup> GOTTER, Ulrich, Cultural differences and cross-cultural contact: greek and roman concepts of power in *Harvard Studies in Classical Philology*, vol. 104, 2008, pp. 179-230. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/27809337>>. Acesso em 03 de novembro de 2016.p. 200: “A good translation of *potestas* into English would therefore be ‘the right to give orders’. Ideally, the assertion of *potestas* should not require physical coercion; rather, it was expected that a command from someone holding a magistracy, or performing a social role that was endowed with *potestas*, was met with obedience.

*In contrast to potestas, which was always attached to offices and roles, auctoritas was a personal quality. It derived from the rank, status, and dignity that an individual or a social group enjoyed in the roman commonwealth. (...) Within the senate, the possession of auctoritas established distinctions among aristocratic peers. The term thus referred to the ability of individual senators to assert themselves in political deliberations. Communication in the sphere of auctoritas did not rest on common and obedience, but anticipated consent. (...) A fundamental difference existed between the vote of the senate in favour of a specific policy and the power of a magistrate (potestas) to put a course of action into practice.”*

Como visto, o direito romano evoluiu, com auxílio da doutrina, até a codificação por Justiniano, no século VI d.C., e, assim, por meio do engessamento, tornado imutável. No tempo medieval, esse direito não tinha mais a aplicação ou a importância que tinha nos idos primitivos. Esse desprestígio seguiu-se à queda do Império Romano, e durou até aproximadamente o século XI, quando se deu, na Europa a recepção do direito romano em duas frentes: uma, a recepção teórica, que englobava o *Corpus Iuris Civilis*, mas como direito subsidiário, e, destaque-se nesse ponto o trabalho dos compiladores, que tiveram, a essa altura, a incumbência de reassumir a lei, fazendo-o com suas próprias palavras, frequentemente apostando comentários seus ao texto. Esse é a primeira influência que destacamos em relação à doutrina, no tempo medieval. A segunda, é a justamente a recepção prática do direito romano, que contou imiscuiu-se na ciência jurídica italiana que se formava.<sup>68</sup>

A ciência jurídica europeia surgiu com a tentativa de tornar o Direito Romano, que se apresentava repleto de contradições, obscuridades e conclusões antinômicas, realizável nas realidades europeias. Nesse período, na Idade Média, as formas de comentário e de ensino do *trivium* – a saber, gramática, dialética e retórica herdadas da antiguidade – foram aplicadas ao estudo do *Corpus Iuris Civilis*, surge, assim, aos finais do Século XI em Bolonha, uma escola de estudiosos que seguia essa “metodologia”, os chamados *glosadores*. Seu trabalho consistia em análise do texto, a indicação da espécie (*casus*), a indicação dos textos paralelos e a conciliação das decisões contraditórias que adivinham dessas indicações. Esses textos conciliatórios eram organizados (a primeira sistematização desse material de que se tem notícia é a *Summae*) e recebiam comentários ou brocados (como regras gerais) sobre o tema que havia sido discutido<sup>69</sup>. Essa escola é considerada o embrião da jurisprudência

---

<sup>68</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos; NETTO, Silvia Marina L. Batalha, *Filosofia jurídica e história do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 369

<sup>69</sup> WIEACKER, Franz, *História do direito privado moderno*, 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. pp. 53-54 “Só através da exploração ininterrupta e comparativa do material das fontes os glosadores se apropriaram completamente da problemática jurídica global do *Corpus Iuris*. Através da exegese, da harmonização, da construção de regras, constitui-se um edifício doutrinal de princípios harmônicos, talvez a primeira dogmática jurídica autônoma da história universal; a sua forma externa de manifestação é a *Summa ordinária*. Este edifício doutrinal, que de qualquer modo, não chegou a constituir um sistema formal ou a consumir-se nos conceitos mais gerais, através da superação das formas analíticas de interpretação, é, não obstante, ainda o antepassado da actual dogmática jurídica do continente europeu. Na verdade, a jurisprudência manteve-se até à actualidade (como para além dela, apenas a teologia) como uma dogmática – que pressupõe uma autoridade pré-estabelecida e absoluta de certos dogmas acerca da verdade – em oposição às ciências exactas – que constituem um sistema de axiomas e deduções liberto de pressupostos (autoritários), (como a geometria euclidiana ou a física clássica de Newton); e em oposição às

européia, e é um marco na história do direito, assumindo grande importância no conhecimento do direito e na sua prática. Essa escola localiza-se em Bolonha, na Itália, berço da primeira universidade de direito, e que a partir de então tantas outras surgiram na Europa, que tinham nos glossadores seu modelo de estudo e ensino do direito. Seu objetivo consistia em estudar o direito como uma ciência, autonomizando-o do estudo do *Trivium*, onde antes estava ligado à retórica e à dialética.

Com a fim da idade média, o Direito Romano, como direito subsidiário, foi caindo desprestígio, e foi surgindo, na modernidade, os estados nacionais e o reconhecimento do “espírito do povo” de que trata a escola histórica, que tornou o direito nacionalizado, e posteriormente codificado, e somado a tudo isso, o legalismo, resultou em uma realidade jurídica que cada vez mais compartimentalizou os momentos de criação, de interpretação e de realização do direito, em momentos autônomos e estanques. Os demais movimentos pelos quais a ciência jurídica foi passando, ao longo dos séculos, poderão ser mais bem percebidos em consonância com a evolução da racionalidade jurídica, bem como nos diversos movimentos metodológicos que se desenvolveram ao longo dos Séculos XIX e XX.

Duas notas a respeito da escola dos glosadores e dos comentadores que se seguiram nesse início da ciência jurídica, são dignas de atenção: primeiro, que é por meio desse trabalho sistemático que se tornou possível a utilização do Direito Romano (do *Corpus Iuris Civilis*) a toda a Europa; segundo, que surgiu justamente com a pretensão de aclarar pontos obscuros e resolver o que a ciência moderna viria a denominar de lacunas e antinomias. Também se ressalte que há a inclusão do que não havia anteriormente no trabalho dos *iurisprudenti*: o elemento abstração. No que tange aos elementos científicos que as escolas medievais contribuíram ao pensamento jurídico, ressaltamos o fato de encararem o direito como um objeto dado em normas (e normas entendidas como texto<sup>70</sup>) e totalmente objetivado nelas, e a inclusão do elemento lógico na sua realização; essas “novidades científicas” vão dar azo às ideias basilares do normativismo<sup>71</sup>.

No entanto, essa ciência medieval distingue-se da moderna pelo menos no ponto da intenção com a qual se orienta, aquela guarda a intenção jurisprudencial herdada da *praxis*

---

*ciências naturais descritivas e às ciências históricas – cujo objecto apenas é exclusivamente apreendido através da experiência.*”

<sup>70</sup> No qual se incluiu o *Corpus Iuris Civilis* e também o *Corpus iuris canonici*.

<sup>71</sup> LINHARES, *op. cit.* 23. pp. 18.

romana, a ciência moderna vai afastar-se dessa orientação por intencionar conhecer o jurídico em um processo independente de sua realização.

Aqui convivem como fonte de direito, o direito romano, o trabalho doutrinário, o direito canônico, os costumes medievais e as leis de cada povo.

### 3.3 MOVIMENTOS METODOLÓGICOS DO SÉCULO XIX

O movimento que se segue à escola dos glosadores, de influência humanista atribui o fenômeno de recepção do direito romano uma influência de poder, mais que relativa a suas características de sistema jurídico apto a regular as novas relações da modernidade<sup>72</sup>. Os nacionalismos e o humanismo, bem como a influência dos movimentos de codificação e a relevância dada ao “espírito do povo” no direito, faz com que o direito vá aos poucos tomando características próprias em cada estado nacional que surge, e com ele, escolas metodológicas correspondentes.

Os séculos XVII e XVIII assistiram ao surgimento do Direito Natural, que, unido ao nacionalismo, autonomizou o papel da lei como fonte do direito, e o direito, unificado eminentemente por obra dos doutrinadores pode ser estudado, ensinado e realizado. A unificação do direito é o corolário da própria necessidade de uma legislação.

A partir de concepções jurídicas não conceptualistas - ou seja, aquelas que se afastam da tese fundamental de que o direito deve ser revelado inteiramente pela lei, e o Direito é um sistema de conceitos com fundamento nessas declarações normativas - essa hermenêutica declaratória passou a ser colocada em xeque, pois se salientou que realizar o direito não significava apenas interpretar cânones para serem aplicados, mas antes adequá-lo à realidade social, de modo que o direito não seria somente interpretado, mas encontrado, a partir do diálogo ou a partir do confronto com o problema.

A divisão que fazemos abaixo, bem poderíamos tomar outro parâmetro classificatório, quiçá mesmo outra nomenclatura, porém, o que nos norteia nesse ponto é o olhar para essas teorias metodológicas, com base na importância que cada escola dá à lei. As primeiras, conceitualistas ou positivistas ou tradicionais, entendem que, antes da aplicação da lei, esta precisa ser interpretada (correntes que propugnam pela hermenêutica como “método” jurídico de realização do direito). Já as segundas, de orientação contemporânea e

---

<sup>72</sup> KOSCHAKER apud BATALHA, *op. cit.* 68, p. 377

prática, incluem aqueles que permitem encontrar o Direito à medida que é realizado, ou pelo menos admitem que a interpretação não integre o primeiro plano, ou, no mínimo, seriam as escolas que, se não alcançaram esse estatuto, prepararam as bases para que o pensamento jurídico contemporâneo se lançasse por essas veredas.

### *a) Escola da Exegese*

Escola metodológica, que, em meio ao positivismo legalista que reinava em seu período, teve prestígio no vasto período entre 1804 e 1900 – encontrando especial arrimo nos movimentos de codificação – e teve seu auge (pelo menos na França, onde esse movimento teve berço) com as discussões acerca do Código Civil de Napoleão, de 1804 (refletindo também com a elaboração do Código Austríaco, de 1811).

A Escola da Exegese, em termos de fontes do direito, admitia somente a lei, o código (já que nascia no âmbito da codificação), mas essa teoria das fontes, somada ao reconhecimento do caráter lacunoso do direito, bem como uma hermenêutica que acolhia o elemento gramatical, e também lógico, buscava alcançar, na vontade histórica do legislador, a solução para o caso concreto, culminando, assim, na aplicação do direito segundo o esquema lógico-subsuntivo, mas uma subsunção que se abria a esse elemento subjetivo, tendo em vista que admitia a indagação pela vontade do legislador.

Admitir a existência de lacunas significava reconhecer que existiam casos que não haviam sido previstos na lei, no entanto, esse movimento não possibilitava que o juiz se recusasse ao julgamento com base nessa alegação, pois a ausência expressa de um regramento – de uma situação de *ainda* não havia sido prevista – deveria autorizar ao juiz que buscasse, pela *analogia*, solução em casos semelhantes.

Os pressupostos filosóficos do movimento que nos apresenta CASTANHEIRA NEVES são o *jusnaturalismo moderno-iluminista*, o *legalismo demo-liberal* e a *codificação*.<sup>73</sup> O jusracionalismo, ao contrário de ser incompatível com o legalismo, é apresentado pela escola como o fundamento de validade das leis que compõem o sistema codificado.

No entanto, a Escola da Exegese tutela a exclusividade da lei como critério jurídico, e, como expressão do legalismo, apresentava o dualismo metodológico, um polarizado na

---

<sup>73</sup> Seguimos o autor na breve explanação que fazemos do movimento, especialmente em: CASTANHEIRA NEVES, António, Escola da Exegese in *Digesta*, vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2010 (reimpressão), pp. 181-191.

interpretação do direito, outro na sua aplicação, privilegiando o primeiro momento (no que vai diferenciar-se da Escola Histórica). A interpretação seguiria a hermenêutica com ênfase nos critérios gramatical e lógico, sendo esse critério lógico aquele que permite a pesquisa da vontade histórica do legislador, uma pesquisa racional, que se daria por meio dos textos referentes aos trabalhos de elaboração da lei, entre outros. Era, portanto, uma hermenêutica balizada, que não admitia outros trilhos que não os oferecidos no critério legal.

Ressalte-se que há, na Escola da Exegese, a presença dos comentadores do código, que nada mais seriam que professores dedicados à pesquisa na ciência jurídica que, por sua vez, também estava orientada para a interpretação dos dogmas legais.<sup>74</sup> Tal ciência jurídica devotada ao estudo dos textos não nos pode levar a afirmar que essa escola admitisse a doutrina como fonte de direito, pois sua característica principal era exatamente o pressuposto político de que o direito se identificava à lei, tida unicamente como aquela abstratamente prescrita pelo legislador.

No período histórico anterior – caracterizado pelo jusracionalismo ainda não de caráter iluminista –, o direito era elaborado pelos próprios juristas, aqui os juristas limitam-se a emprestar-lhe sua interpretação, mas a elaboração, segundo a tradição jusnaturalista moderno-iluminista, dar-se-ia pelas forças sociais.<sup>75</sup> No entanto, o trabalho dos comentadores, exegetas da lei, contribuía para que o juiz pudesse dizer o direito na sua aplicação, e não o demovia de sua posição de *instrumento passivo da legislação*.

Digno de nota é a *mentalidade dos juristas dominados pelo princípio da autoridade* do legislador.<sup>76</sup> O que essa faz em relação ao pensamento jurídico é: transferir o argumento

---

<sup>74</sup> *Idem*, pp. 190: “Os participantes da E. E. formam, sobretudo, autores de comentários, obras de exposição, interpretação e explicação dos códigos e pela própria ordem destes – seguindo-os de artigo por artigo, se commentaires em sentido estrito; mediante divisões em livros, títulos, capítulos, secções, se tomavam a designação de traités. E sendo a maioria deles professores das Faculdades de Direito – a E. E. foi também uma escola universitária –, o seu ensino era do mesmo tipo, exegetico-analítico, dirigido apenas ao estudo dos códigos numa sua explicação comentarista, segundo o seu sistema e na sucessão dos seus artigos.”

<sup>75</sup> WIEACKER, *op. cit.* 69, pp. 368.

<sup>76</sup> BOBBIO, Norberto, *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito* (compiladas por Nello Morra). São Paulo: Ícone, 1990. pp. 99: “A tentativa de demonstrar a justeza ou a verdade de uma proposição, apelando para a afirmação de um personagem cuja palavra não pode ser colocada em discussão, é permanente e geral na história das ideias. (...) No pensamento científico e filosófico moderno, o princípio de autoridade foi completamente abandonado – não faria sentido hoje apelar para a palavra de um mestre (por maiores que sejam os seus méritos) para demonstrar a validade de uma proposição.

O recurso ao princípio da autoridade é, entretanto, ainda comumente praticado no campo do direito, e, pelo contrário, tal princípio é de máxima importância para compreender a mentalidade e o comportamento jurídicos. Tal recurso não se deve a um mau hábito dos juristas (isto é, ao fato de o pensamento jurídico permanecer numa fase pré-científica), mas à própria natureza do direito, que é uma técnica de organização social, que deve estabelecer, de modo obrigatório para todos os concidadãos, o que é lícito e o que não é. Se os juristas devessem proceder exclusivamente com base em afirmações racionais ou empiricamente verificáveis,

de autoridade, a legitimidade na produção dos dogmas da fundamentação ao legislador; e, à doutrina, relegar o papel de comentador do código. Certo é que, após a produção desses primeiros comentários, eles mesmos foram incorporados no mundo jurídico como dogmas. No entanto, seu valor criativo é sacrificado em nome da exegese, seu papel é explicar e não criar, e explicar o direito contido no código.

Segundo BOBBIO, esse foi o embasamento ideológico do próprio movimento de codificação, em que o ensino jurídico limitar-se-ia ao ensino do código, do direito positivo, eliminando o ensino das teorias gerais de direito, as concepções filosóficas, sociológicas, e exorcizando o direito natural dos quadros do estudo do direito.<sup>77</sup>

### ***b) Escola Histórica***

Enquanto a Escola da Exegese buscava a expressão racional do direito, em uma atitude manifestamente idealista, a Escola História reclama uma visão da realidade concreta na vida social que o direito assume.<sup>78</sup>

Como grande expoente da Escola Histórica, temos FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY, a quem credita-se o mister de assumir no mínimo duas posições, em termos de pensamento jurídico, identificando-se o Primeiro e o Segundo SAVIGNY, conforme a “evolução” de suas reflexões e de seu posicionamento diante do fenômeno jurídico, que via o direito “como expressão sociocultural – análoga a outras expressões não menos originárias, como a língua, os costumes, etc. – do ‘espírito’ desse povo, da sua espiritual consciência comunitária”.<sup>79</sup>

O “Primeiro” SAVIGNY (1802-1803) entendia que a dimensão histórica do direito autorizaria a Teoria da Interpretação, cuja tarefa principal residia na reconstrução do pensamento expresso na lei, por força da busca das circunstâncias históricas que teriam dado causa a seu aparecimento. Teoria da Interpretação a ser orientada por três elementos: lógico, gramatical e histórico, mas que nem por isso deixaria de ter como direito tudo aquilo que é

---

*não poderiam cumprir sua função, visto que não seria sempre possível chegar a um juízo unânime, cientificamente fundado, sobre o que é lícito e o que não é. Por isso se torna necessário atribuir a uma pessoa qualquer o poder de estabelecer o que é justo e o que é injusto, de modo que sua decisão não possa ser colocada em discussão, e conseqüentemente os juristas possuem um seguro ubi consistam em seu raciocínio: este personagem é precisamente o legislador.”*

<sup>77</sup> Chegou-se a afirmar que o ensino do direito resumia-se ao ensino do Código de Napoleão, como vemos BOUGNET *apud* CASTANHEIRA NEVES, *Op. cit.*, 73, pp. 190: “*Je ne connais pas le droit civil, je n’enseigne que le code de Napoléon.*”

<sup>78</sup> REALE, *op. cit.* 19, p. 422

<sup>79</sup> CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.* 73, p. 181

expresso na lei, não autorizando o intérprete a “criar direito”, apenas aplicá-lo, razão pela qual excluía a possibilidade de interpretações restritivas ou ampliativas e ainda teleológicas, porque esse SAVIGNY considerava o direito produto de um legislador racional<sup>80</sup>, ao contrário do segundo SAVIGNY, que encontrava a causa última do direito no espírito do povo (*Volkgeist*).

O “Segundo” SAVIGNY (1814), por reconhecer no espírito do povo a causa última de fundamentação de todo direito, reconhece-se o “costume” como fonte de direito, por ser sua manifestação e, assim, na interpretação a ser realizada pela jurisprudência, esta deve proceder à interpretação desses costumes para alcançar os sentidos normativos expressos na lei (que tem função, lembre-se, de sancionar o direito que emerge do espírito do povo) para gerir a vida social e, com isso, a partir desses sentidos, propor conceitos formais. Em relação à Escola da Exegese, vemos aqui um alargamento da objetivação do direito, para considerar as experiências histórica e consuetudinária, e, para além disso, em seu dualismo metodológico, a Escola História centrar-se-á no momento de aplicação do direito menos que em sua interpretação.

Na teoria da interpretação que lhe corresponde, SAVIGNY inclui o elemento sistemático que “*refere-se ao ‘nexo interno que liga em uma grande unidade todos os institutos e regras jurídicas’*”<sup>81</sup>, pois todos os institutos e conceitos jurídicos encontram sentido no sistema, no todo que os engloba e os une.

Na Escola Histórica do Direito tem-se uma influência desse elemento histórico na jurisprudência, na Teoria da Interpretação, e também uma renovação da ciência jurídica, pela presença da noção de historicidade, que passa a ter o papel de organizar esse material espiritual do direito de um povo.<sup>82</sup> Se o próprio direito era concebido como histórico, também a ciência jurídica é nesse âmbito, histórica.

Essa escola elevou a ciência do direito à categoria instância constituinte do direito<sup>83</sup>, enquanto a sua elaboração, seria a articulação entre a vida e o direito, a “*explicitação do direito, a partir desse dado histórico*”<sup>84</sup> A ciência jurídica deve ser essa instância em que o

---

<sup>80</sup> LARENZ, Karl, Metodologia da ciência do direito. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. pp. 11.

<sup>81</sup> *Idem*, pp. 16.

<sup>82</sup> *Op. cit.* 69, p. 404.

<sup>83</sup> SAVIGNY, M. F. C., *Traité de droit romain*, tome I, Paris: Firmin Didot Frères, 1840. p. 202

<sup>84</sup> Cfr. CASTANEHIRA NEVES, Escola Histórica do Direito *in Digesta*, vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2010 (reimpressão). , p. 209s, onde aduz: “*E se isto não excluía a legislação – SAVIGNY não deixou mesmo de a reconhecer ‘um dos mais nobres direitos do poder supremo do Estado’ (System I, 39) -, certo é*



espírito do povo era desvelado, são, portanto, duas faces que o Autor atribui à dogmática doutrinária: uma, constituinte do jurídico, a outra, interpretativa, traduzindo a consciência do homem em caracteres precisos.<sup>85</sup>

O espírito que identificava ao direito, era a consciência histórica de um povo, que influenciaria o desenvolvimento jurídico do povo, em suma, o direito não era um simples produto de escolhas do legislador, o direito legislativo é para ele complemento e garantia, o direito positivo é o direito de um povo era produto desse desenrolar histórico e reconhecidos costumes.

Essa é grande contribuição dessa escola à dogmática jurídica, assumindo-se o direito como produto cultural, a ciência jurídica passa a preocupar-se com uma consciência histórica e também com a realidade social. É Savigny quem primeiro entende que a dogmática jurídica deve ser filosófica, em função de reconhecer a categoria sistema ao direito, não um conglomerado de normas vigente em determinado tempo, mas uma unidade que tem como instância integrativa o espírito do povo.

É em SAVIGNY que encontramos ainda aquela sistematização de conceitos a partir de abstrações feitas sobre a própria lei, de que falamos no primeiro capítulo<sup>86</sup>, e agora abordamos para dizer como se dá, segundo esse autor, a criação dos conceitos e dos institutos. Os institutos jurídicos estariam todos integrados em um sistema – razão, porque o segundo SAVIGNY entende a inclusão do elemento sistemático – as regras do sistema não teriam o condão de expressar os institutos, porque esses teriam seu sentido transformado

---

*que lhe recusava o papel predominante, se não exclusivo, que lhe atribuía o legalismo iluminista na manifestação do direito, para só lhe reconhecer legitimidade como expressão do direito originário, do 'direito do povo já existente' (das schon vorhandene Volksrecht), ou enquanto a lei se pudesse considerar órgão desse direito (Organ des Volksrechts) – System, I, 39 - e ainda assim apenas numa função complementar e de garantia: determinando o direito positivo quando ele se mostrasse indeterminado, suprimindo as suas lacunas, colaborando no seu desenvolvimento progressivo sempre que 'a mudança dos costumes, das opiniões, das necessidades' o justificasse (System, § 13; cfr. Vom Beruf, III) – já que se deveria ter sempre presente o princípio 'de que originariamente todo o direito positivo é direito do povo' (Volksrecht) – System, I, 50. E daqui uma importante consequência: limitada desse modo a função legislativa, tornava-se necessária uma geral elaboração determinante desse direito originário – e a essa função seriam justamente chamados os juristas (...) Segundo seus princípios o direito continua a viver na consciência comum do povo, mas a sua elaboração rigorosa e a sua aplicação concreta é a função específica da classe dos juristas (System, 45)''*

<sup>85</sup> SAVIGNY, *op. cit.* 83. p. 44-45 : “Ainsi done, les jurisconsultes exercent sur le droit une double action; l’une créatrice et directe, car, réunissant en eux presque toute l’activité intellectuelle de la nation, ils concituent le droit comme ses représentants; l’autre purement scientifique, car ils s’emparent du droit, quelle que soit son origine, pour le recomposer et le traduire sous une forme logique. Cette dernière fonction des jurisconsultes nous les montre comme dans une position de dépendance, et agissant sur une matière donnée. Mais la forme scientifique qu’ils lui impriment, tendant sans cesse à développer et à compléter son unité, réagit sur le droit lui-même, lui donne une nouvelle vir organique, et la science devient un nouvel élément constitutif du droit.” e p. 202.

<sup>86</sup> Cfr. *Idem*, pp. 13.

pelo decurso do tempo, as regras, portanto, conteriam apenas a sua *intuição*.<sup>87</sup> Para interpretar as regras, o operador do direito deveria partir dessa intuição e conciliá-la com aquilo que era expresso na regra: o conceito que, por sua vez, será alargado ou retificado pela intuição.<sup>88</sup>

SAVIGNY, com essa forma de compreender os institutos e os conceitos – como aqueles que podem ser apreendidos a partir da abstração das regras, e por meio de sua intuição a partir do sistema (apesar de, como nota LARENZ, não ter explicado como o pensamento faz esse “*trânsito da ‘intuição’ do instituto para a ‘forma abstracta da regra’ jurídica, e desta, finalmente para a intuição originária*”<sup>89</sup>) pavimentou o caminho para um outro movimento, a “Jurisprudência dos Conceitos”.

### **c) Jurisprudência dos Conceitos**

Tendo como principal expoente PUCHTA (mas não podemos deixar de recordar aqui o “Primeiro” JHERING e, tampouco, WINDSCHEID), pautou-se pela prevalência do elemento sistemático sobre o elemento histórico.

Já referimos acima que a Jurisprudência dos Conceitos é herdeira da Escola Histórica, e herdeira lá no ponto em que aquela relevou o direito em seu caráter formal, de onde parte essa escola em comento. Para essa escola, são importantes os conceitos – o direito seria mesmo um *sistema de conceitos* (e não de institutos como entendia SAVIGNY) –, e no

---

<sup>87</sup> *Idem*, pp. 10s: “Mais un examen plus attentif nous montre que toutes les institutions de droit forment un vaste système, et que l’harmonie de ce système, où se reproduit leur nature organique, nous en donne seule l’intelligence complète. Quelle soit la distance qui sépare un rapport individuel de droit du système du droit positif d’une nation, il n’y a d’autre différence que celle de proportion, et le procédé par lequel l’esprit parvient à les connaître est absolument le même.”

<sup>88</sup> *Op. cit.*, 80, pp. 13s: “Para a interpretação das regras contidas na lei, significa esta concepção – em contraste com o que defendia SAVIGNY no seu escrito de juventude – que essas regras não podem compreender-se só por si, mas apenas pela intuição do instituto jurídico, pela qual, de resto, também se norteou o legislador ao formulá-las. Entre essa intuição e a forma abstracta de cada regra – que diz respeito sempre a um único aspecto, artificialmente isolado, do conjunto da relação – existe, segundo SAVIGNY, um ‘desajustamento’, cuja superação constantemente se impõe à ciência do Direito. Assim como o legislador tem de ter sempre presente ‘a intuição integral do instituto jurídico’ como todo ‘orgânico’ e há-de, a partir dela, ‘por um processo artificial, estabelecer a preceituação abstracta da lei’, se quer que esta corresponda aos respectivos desígnios, assim quem precisa de aplicar a lei tem, por seu turno, e ‘por um processo inverso, de lhe restituir o nexó orgânico de que a lei mostra uma simples secção’ (pág. 44). Isto quer dizer que o pensamento jurídico não pode mover-se a um nível único, que tem sempre de conciliar intuição e conceito: pois, se a intuição lhe representa o todo, o conceito (e a regra através dele constituída) só consegue abranger um aspecto parcial, e, por isso, precisa de ser constantemente alargado e rectificado de novo por intermédio dessa intuição.”

<sup>89</sup> *Ibidem*, loc. cit.

processo de construção desses conceitos – um processo lógico-dedutivo, existem três fontes das quais se poderão colher o direito: o costume, a legislação e a doutrina.

Para PUCHTA, os elementos do sistema jurídico (o elemento sistemático é herdado de SAVIGNY) seriam proposições jurídicas que constituíam uma unidade ligada pelo espírito do povo, que estava em sua base. A ciência jurídica tinha por função reconhecer essa proposição em sua ligação: de reciprocidade, de derivação. O fazia por meio de movimentos de ascensão e de descida, a partir das normas. As balizas do caminho de ascensão, realizado pelo pensamento jurídico, seriam a genealogia dos conceitos e o ponto máximo dos princípios; então, seguir-se-ia o movimento de descida até as máximas ramificações desses conceitos. Nesses movimentos, temos revelada a importância da ciência jurídica nessa escola, pois a ela era incumbido esse mister e era por meio dela que se revelava o direito contido no sistema.

A atividade dos juristas manifestava-se importante no momento da interpretação da lei, bem como no momento de “integrar” as decisões jurídicas, quando deveriam repetir esse movimento, numa direção ascendente levariam aquela decisão até aos princípios do direito, integrando-as ao sistema.

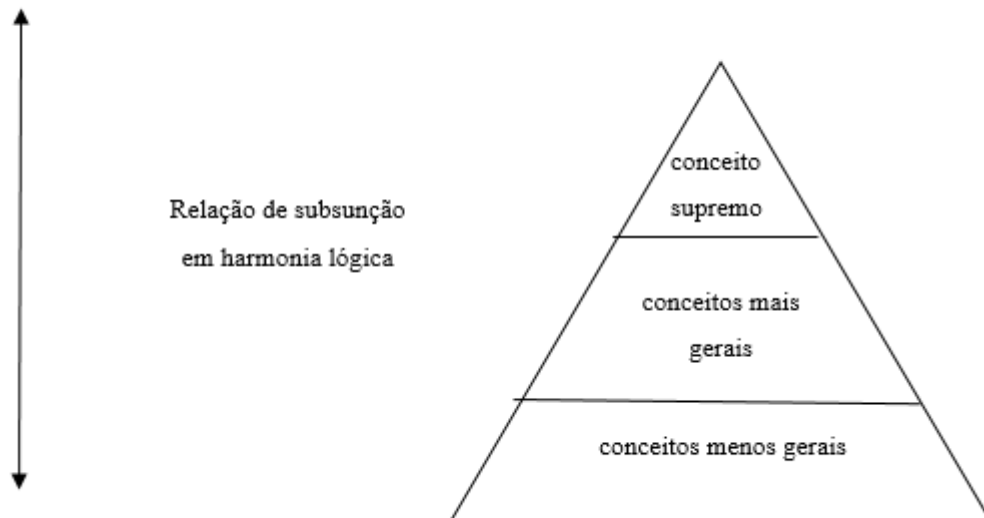
Esse processo de ascender e de descender dos conceitos dava-se não segundo um elemento histórico, mas segundo um elemento lógico.<sup>90</sup> Esse elemento é também o responsável pela transformação da ciência jurídica. Se, em SAVIGNY, essa ciência, o direito dos juristas, era responsável pela articulação entre o elemento histórico, a busca pelo espírito do povo (dado na intuição dos institutos) expresso na regra; em PUCHTA, com *Jurisprudência dos Conceitos*, a doutrina será guiada pelo elemento lógico-sistemático, alheando-se à realidade social, à busca pelo espírito do povo expresso na lei, e é nesse ponto, em que a ciência jurídica assumirá, tal como o direito, um caráter formal.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> WIEACKER, *Op. cit.*, 69, pp. 457: “A legitimidade da norma jurídica baseia-se agora exclusivamente na sua correção sistemática, na sua verdade lógica e na sua racionalidade; a própria criação do direito torna-se num ‘desenvolvimento a partir do conceito. É deste modo introduzido o processo (...) de deduzir a norma e a decisão jurídicas a partir do conceito, em vez de, pelo contrário, produzir o sistema e os conceitos através de indução a partir das normas jurídicas, das decisões jurisprudenciais e das valorações sociais’.”

<sup>91</sup> *Idem*, pp. 458.

### Genealogia dos Conceitos (PUCHTA)



Com essa estrutura de direito, a Jurisprudência dos Conceitos visava constituir um sistema fechado de conceitos jurídicos que estariam aptos a resolver todos os problemas no campo do direito, de forma especial destacamos o papel importante da dedução lógica na construção desse sistema de conceitos.

O pensamento de JHERING nasceu ligado a uma Jurisprudência dos Conceitos, mas dela afastou-se quando se recusou a pensar o direito segundo o formalismo que preconizava. Se a escola histórica e a jurisprudência dos conceitos compreendiam um direito que tem origem no espírito do povo, Jhering, credita a criação do direito aos fins socialmente relevantes. Para ele, “*o fim é o criador de todo direito*”, a jurisprudência dos interesses representava o ponto máximo do racionalismo e cientificismo. A ciência do direito, vai buscar arrimar-se mais ainda nas premissas do pensamento racional de seu tempo, propondo um primado da razão teórica e afastando-se da razão prática que marcou os idos do Direito Romano e da Idade Média.

De JHERING devemos destacar o seu sistema de conceitos, o mesmo encontrava-se dividido da seguinte forma: existem dois grandes domínios no pensamento jurídico, segundo a ótica do sujeito: a jurisprudência inferior e a jurisprudência superior, a este último domínio caberia o tratamento científico dos materiais jurídicos dados no sistema. Os princípios

jurídicos seriam obtidos a partir da abstração das normas jurídicas, seriam apenas normas jurídicas mais abstratas, que são conhecidas pela jurisprudência inferior.<sup>92</sup>

#### *d) O positivismo jurídico de KELSEN*

Retomamos KELSEN, mas no ponto em que expressa o pensamento sobre a aplicação do direito. Do que foi dito no capítulo anterior, é necessário acrescentar que o Autor concebe o direito a partir de seu caráter formal.

Para compreender isso, ressalte-se que o Autor faz uma distinção entre o que seja Direito e a Ciência do Direito, onde o primeiro, o Direito, tomado sob a perspectiva objeto, o Direito é um sistema de normas ou uma ordem normativa; e a Ciência do Direito, assumindo a perspectiva sujeito, *é conhecimento e descrição de normas jurídicas e às relações, por estas constituídas, entre fatos que as mesmas normas determinam*,<sup>93</sup> onde o Autor pretendia um direito destituído de suas causas, em que a teoria das suas fontes reduz-se a uma única: a norma. O direito prescreve, a ciência do direito conhece e descreve,<sup>94</sup> e se diz pura, porque destituída de intenções de racionalização da *práxis*, assumindo o papel de conhecer o fenômeno jurídico, tal como interpretado a partir das normas.

A Teoria da Interpretação, segundo essa visão pura do direito, era um seguir o direito a partir desse esquema de regras escalonadas, de uma norma superior até a norma mais inferior que será aplicada.<sup>95</sup>

KELSEN via na aplicação do direito a criação de uma norma individual, que era produzida a partir da aplicação de uma norma legal e deveria estar nela fundamentada, isso

---

<sup>92</sup> Cfr. LINHARES, *op. cit.* 23, pp. 39-42

<sup>93</sup> KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, 2ª ed (1960), 7ª ed. da tradução portuguesa. Coimbra: Almedina, 2008. p. 53

<sup>94</sup> LINHARES, *op. cit.* 23 p. 43

<sup>95</sup> TEIXEIRA, António Braz, *Breve tratado da razão jurídica*. Sintra: Zéfiro, 2012. pp. 105-106: “*Para o mestre vienense, a interpretação seria ‘uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior’.* Se é verdade que a relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, de acordo com a estrutura piramidal que Kelsen via nessa mesma ordem jurídica, é uma relação de determinação, já que o primeiro regula o processo de produção da norma pelo segundo e, muitas vezes, também o respectivo conteúdo, cabe não esquecer que tal determinação nunca é completa, visto a norma do escalão superior ter sempre de deixar uma margem de livre apreciação, vindo, por isso, a constituir um quadro ou moldura a preencher pelo acto de produção normativa ou de execução que a aplica” “*a actividade hermenêutica tivesse uma função exclusivamente cognitiva, isto é, apurar o preciso sentido da norma aplicada, não conduziria, muitas vezes, a uma única solução, pelo que a ‘correção’ da sua interpretação e aplicação mais não poderia significar do que enquadrar-se ela na moldura normativa.*”

não em termos axiológicos, ou lógico-dedutivos, mas quer dizer que uma norma inferior deve ser produzida em formal consonância com o prescrito em uma norma superior.

O Autor via na interpretação uma atividade autônoma da aplicação do direito, mas a via como compreensão do direito e da decisão, ou seja, escolha dentre as diferentes possibilidades de sentido de uma norma, e entendia, ainda, que toda atividade de interpretação levada a cabo por um órgão aplicador, era atividade criadora de direito, porque é a produção de uma norma inferior.<sup>96</sup>

O autor da Teoria Pura do Direito excluía dela o encargo da dogmática, donde o intérprete poderia conhecer o direito, numa perspectiva sujeito-objeto e, interpretando-o, facilitar sua aplicação pelos órgãos competentes.<sup>97</sup> A aplicação e a interpretação, segundo a matriz de sua Teoria da Interpretação, seria feita pelo órgão jurisdicional, e a aplicação do direito coincidiria mesmo com a produção de uma norma jurídica particular. Para KELSEN, a realização era, ao mesmo tempo, aplicação e constituição. Isso, porque de sua estrutura escalonada, a qual nos referimos<sup>98</sup>, decorria também o seu método. Uma norma superior aplicada produziria uma norma inferior, esta, por sua vez, outra, até chegar-se à norma que será aplicada a um caso concreto, que também produzirá uma norma jurídica constituída na sentença.<sup>99</sup> Sem olvidar aquela margem de discricionariedade que o juiz detém dentro daquela moldura de possibilidades que a norma permite.

No que tange, ainda, à ciência jurídica, convém destacar no pensamento do Autor, que este não reconhece na sentença o binômio conhecimento + decisão – nos moldes do dualismo metódico normativista. Para ele decidir, era tarefa na qual iam incluídos o conhecimento e a criação individual do direito. E ainda, a aplicação do direito caberá ao

---

<sup>96</sup> KELSEN, *op. cit.* 93 pp. 385: “na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um acto de vontade em que o órgão aplicador do Direito efectua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este acto, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um acto de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda. Através deste acto de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica”. Para o autor, A interpretação jurídico-científica cabe apenas estabelecer os significados possíveis de uma norma jurídica.

<sup>97</sup> Cfr. LARENZ, *Op. cit.*, 80. pp. 94.

<sup>98</sup> *Idem*, pp. 10.

<sup>99</sup> *Idem*, pp. 105: “A função da sentença judicial não é, por conseguinte, só declarativa, mas também constitutiva. É um acto de produção do Direito, tal como a lei, só que situado no escalão da individualização ou concretização da norma geral. Porém, assim como a lei surge por um acto de vontade, e não por um acto, digamos, de conhecimento, outro tanto se passa com a sentença do juiz. O trânsito de um nível superior da produção jurídica para o nível imediatamente inferior é sempre as duas coisas: aplicação da norma superior e criação de Direito, isto é: ‘produção’ da norma inferior.”

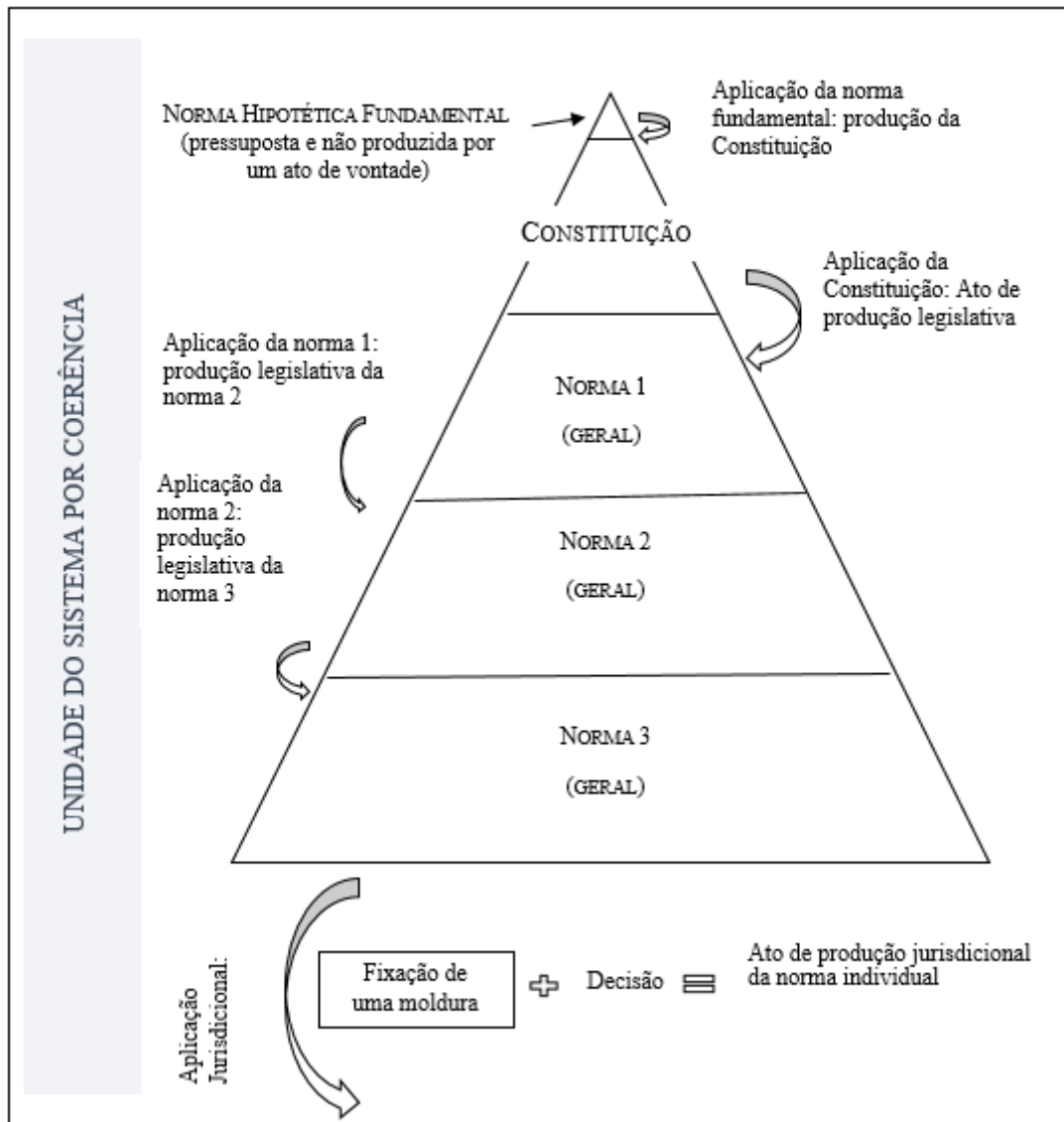
órgão político incumbido a tal; a ciência jurídica não tem o condão de criar o direito, porque não detém legitimidade para tomar a decisão entre as várias alternativas encontradas na interpretação normativa. O que a dogmática pode fazer é interpretar e auxiliar o decidente, fixando balizas pelas quais poderá guiar-se, o seu papel é por meio da ciência, ajudar a conhecer, mas não pode decidir, a ciência jurídica em Kelsen, é descritiva e não prescritiva, o pensamento jurídico não produz norma orientadora à ação.<sup>100</sup>

O quadro que reproduzimos abaixo, ajuda-nos a compreender esse processo de produção de normas escalonada, fundamentadas umas nas outras – em sentido de cima para baixo – até alcançar-se a decisão jurídica concreta e a produção de norma individual.

---

<sup>100</sup> KELSEN, Hans, *Teoria geral das normas*, Porto Alegre: Fabris, 1986. pp. 313.

Método de aplicação, de concretização, de produção de uma norma jurídica por meio de sentença para Kelsen, segundo sua estrutura escalonada do direito:



### e) *Jurisprudência dos Interesses*

Como fonte de inspiração dessa escola, destacamos o pensamento de JHERING, cujo pensamento revela sua opção por uma sociologia do direito, em oposição ao formalismo da jurisprudência dos conceitos<sup>101</sup> e lançou as bases por sobre as quais a Jurisprudência dos

<sup>101</sup> Cfr. BRONZE, Fernando José, Alguns marcos do século na história do pensamento metodológico jurídico, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume comemorativo do 75º Tomo, p. 160



Interesses se desenvolveu. O Autor pretendia, com a inclusão o elemento teleológico, dotar a interpretação, mais de um elemento de sentido e menos do elemento sistemático.

Para a Jurisprudência dos Interesses, o direito tem por objetivo disciplinar as relações sociais entre os homens, e o faz por meio da valorização dos interesses em comento.<sup>102</sup> Assim, essa escola propõe um finalismo em contraponto ao formalismo de escolas contemporâneas suas. O decidente deve buscar a valoração dos interesses expressos na legislação, aqueles valores que orientaram sua escolha, devem partir do sentido e não do texto. O juiz não estaria totalmente alheio à realidade social, apenas produzindo um ato resultante do conhecimento, mas, sim, mais da valoração, devendo convocar *critérios normativos extratextuais*. Ele deve arvorar-se dos interesses que permeavam o legislador e, compulsando-os, resolver a questão concreta, conforme o legislador o faria<sup>103</sup>, sendo-lhe permitido corrigir falhas<sup>104</sup>, suprir omissões, de acordo com o critério valorativo que tenha encontrado<sup>105</sup>, e nisso reside seu mérito, substituir a subsunção fria do legalismo, pela ponderação realizada pelo decidente.<sup>106</sup>

Como expoente dessa corrente, citamos HECK, que rompe com a Jurisprudência dos conceitos, na medida em que ela somente admite os que possam ser obtidos de forma lógica por meio da abstração das normas. Para o Autor, há conceitos que podem, sim, ser obtidos dessa forma, porém, ao lado desses, admite conceitos, como “pessoa”, que não são normativos, mas categorias ontológico-reais, ou éticas. Nessa seara, a ciência jurídica teria uma intenção teórica (a que HECK chamava de problema de formulação, que era convocada a resolver), de conhecer, de reproduzir e de classificar conceitos.

---

<sup>102</sup> Interesses que em CASTANHEIRA NEVES, António, Jurisprudência dos interesses in *Digesta*, vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2010 (reimpressão). pp. 215-216: aprendemos serem os “*transistemáticos factores práctico-sociais que seriam os elementos realmente constitutivos do direito positivo e em referência aos quais ele devia ser compreendido e realizado.*”

<sup>103</sup> *Idem*, pp. 221.

<sup>104</sup> Onde ao juiz seria permitido agir contrário ao teor semântico do critério normativo, caso entendesse que não correspondia aos interesses do legislador.

<sup>105</sup> Cfr. LARENZ, *op. cit.*, 80, pp. 66: “*A interpretação, reclama Heck, deve remontar, por sobre as concepções do legislador, ‘aos interesses que foram causais para a lei’. O legislador aparece simplesmente como um ‘transformador’, não sendo já para Heck nada mais do que a ‘designação englobante dos interesses causais’.*”

<sup>106</sup> Clarifica-nos BRONZE, *Op. cit.*, 102: “*(...) – a Jurisprudência dos Interesses legou-nos basicamente uma teoria da interpretação jurídica ... – Ph. Heck tenha posto a tônica na ‘investigação histórica dos interesses causais’: para compreender o sentido normativo da norma, para aceder à intelecção da decisiva ratio legis e, last but not least, para honrar o pressuposto de que era mister, acima de tudo, pôr o direito ao serviço da vida, o intérprete deveria considerar o conflito (a luta) de interesses que a norma interpretanda tivesse dirimido de determinado modo (...) impondo-se-lhe depois repensar inteligentemente esse critério, atenta a especificidade do caso concretamente decidendo. Isto significa que a norma já não era, como anteriormente, a premissa maior de uma inferência lógica, mas o modelo de uma ponderação prática...*”

A ciência jurídica, nesse cenário, convoca ainda uma intenção não somente teórica, destinada a interpretar e a conhecer, mas um estatuto prático (os chamados problemas normativos que lhes instigava) deveria pautar-se, tal como o juiz, pela busca dos valores (interesses) ínsitos na legislação, e auxiliar o decidente em seu mister, e essa seria verdadeiramente sua função auxiliar, relevada quando o juiz era convocado ao preenchimento das lacunas.<sup>107</sup>

### **3.4 UM QUADRO GERAL DA METODOLOGIA JURÍDICA NA ATUALIDADE**

Tendo feito o percurso por várias escolas metodológicas, e pelas origens históricas da doutrina, em meio a esse caminho, pensamos ser necessária uma breve alusão em relação ao direito hoje, e especialmente a atualidade metodológica de realização deste.

Hoje há as correntes de orientação prática, existem os pós-positivistas, os não positivistas, e esses dois últimos ainda se dividem em includentes e excludentes ou ainda não includentes, e, quando muito, não se referem à mesma coisa. Existem os funcionalistas, estes, materiais ou sistêmicos, e cada um divide-se ainda em outras tantas classificações; existem os críticos, existem os realistas, e, por aí, poderíamos enveredar certos de que jamais chegaríamos a um termo. E já vimos que a orientação dessa concepção da juridicidade nos é cara aqui, porque vai determinar a fonte de direito que cada concepção reclama, e esta, por sua vez, determinará quais critérios jurídicos poderão ser manejados na realização jurídica, e a interpretação nada mais é do que extrair dessa fonte o seu sentido como critério orientador à realização do direito.

A sistematização que propomos pretende passar ao largo dessas caracterizações, tendo em conta que no capítulo anterior lançamos as bases muito gerais de como podemos classificar as concepções jurídicas e olharmos para o modelo de realização do direito, mesmo porque há aqueles que propõem métodos, sem que para isso proponham uma concepção específica.

Muitas abordagens poderiam ser a esse ponto lançadas, mas seguindo a orientação prática e privilegiando as perspectivas que relevam o caráter prático do direito, primeiramente, damos um salto para compreender a realização do direito na visão de HART, DWORKIN e ALEXY.

---

<sup>107</sup> Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 102, pp. 228.

O debate aberto pelos realismos, com e a admissão da realidade social a integrar o direito, tem DWORKIN e ALEXY como grandes interlocutores, mas cuja discussão ganhou destaque com HART. Este, mesmo aproximando-se do positivismo, vai combater o isolamento formalista do normativismo, mas também o realismo, com discussão da possibilidade de inclusão de aspectos morais ao direito.

HART centrou sua teoria na existência de uma *regra de reconhecimento* (de natureza convencional – raramente enunciada, porém, reconhecida pela “audiência”) da qual dependeria toda a validade do sistema jurídico, e que se reflete na realização do direito, no momento em que aceita que se reconheça a juridicidade dos princípios morais.

DWORKIN, por sua vez, em um aberto combate ao positivismo e ao normativismo, vai desenvolver uma teoria da interpretação, que também rechaça a posição do realismo americano que se centra na decisão como fonte de direito. O Autor começa por rejeitar a regra de reconhecimento consensual de HART, e defende a existência de uma comunidade de princípios, e o ponto alto de sua doutrina: DWORKIN vai, pela primeira vez, separar ciência de interpretação, mas para alocar o direito entre a última, e rejeitar o seu cientificismo. Para ele, o direito é interpretação, e esta é dominada pela presença de “*supraprincípios*” que não se limitam àqueles presentes na constituição, e o objetivo da interpretação é encontrar no sistema jurídico uma solução que melhor realize esses princípios, sendo uma resposta jurídica. A falha atribuída ao modelo proposto por DWORKIN consiste em não ter conseguido desenvolver uma metodologia jurídica própria que lhe correspondesse.

ALEXY se autodenomina um não positivista incluyente, já que a tese que formula – a da natureza dual do direito – vai admitir uma relação entre direito e moral; ele defende que defeitos morais não necessariamente atingem a validade do direito a partir de uma releitura da “Fórmula de Radbruch” (“*extreme injustice is no law*”) para defender que apenas em casos de injustiça extrema, defeitos morais afetarão a validade do direito.<sup>108</sup>

O Autor explica a conciliação entre direito e moral, relação pela qual o direito (sua natureza) tenha como característica principal duas dimensões: uma real, fática; e outra, ideal, crítica. Ele sublinha a necessidade da explicação de sua tese (para que seja abstrata e formal) dentro de um sistema, pois aí existe uma institucionalização da razão que se dá em três

---

<sup>108</sup> ALEXY, Robert, *The dual nature of law* in *Ratio Juris*, vol. 23, n. 2, pp. 167-182. June 2010. pp. 177: “*moral defects undermine legal validity if and only if the threshold of extreme injustice is transgressed.*”

passos: 1) o argumento em favor da dimensão ideal do direito; 2) o argumento em favor da dimensão real do direito; 3) a reconciliação da dimensão real e ideal.

A dimensão ideal do direito tem caráter procedimental, está relacionado à justiça, entendendo-se que o direito necessariamente pretende à correção<sup>109</sup>, a significar que o direito exige ser moralmente correto (nessa dimensão reside a intrínseca conexão entre direito e moral), pretensão essa operada pelos representantes do direito.

ALEXY sustenta ainda a Teoria da Argumentação Jurídica, na qual apresenta o discurso jurídico como um caso especial de discurso prático geral, a garantir racionalidade na consideração da dimensão ideal do direito. A Teoria do Discurso é, assim, apresentada como procedimental de racionalidade prática (procedimento – de matriz kantiana – que uma argumentação deve seguir para ser considerada racional), em que o Autor ainda introduz sua “*Special Case Thesis*”, segundo a qual o discurso jurídico é um caso especial dentro do discurso prático geral, pois além de considerar os argumentos morais, também é comprometido com a dimensão real, autoritativa (a considerar leis, precedentes e a dogmática legal). Pelo demonstrado por ALEXY, a Teoria do Discurso (com sua tese da relação especial) apresenta-se como o momento por excelência para a reconciliação das dimensões real e ideal do direito<sup>110</sup>).

### 3.5 O CARÁTER DOGMÁTICO DO DIREITO

De todo esse percurso histórico, tanto filosófico como o metodológico, o que gostaríamos de destacar é que o direito surge como uma prática, que reconhece comportamentos válidos e dignos de reprodução a todos os outros modelos de comportamento humano que se segue, isso corresponde à perspectiva histórico-comunitária, que aos poucos foi sendo abandonada pela existência de um direito romano que mesmo sendo prático, e sistemático, não corresponde às ordens de validade dos povos que vão sendo conquistados, trazendo em si, a noção de domínio pelo poder, e convivia com os vários estatutos pessoais à época medieval inicial. O papel dos compiladores e glosadores foi essa primeira preocupação com a unidade do sistema jurídico, e já se fala em sistema, já que se

---

<sup>109</sup> Correção em ALEXY significa a justificação racional.

<sup>110</sup> *Op. cit.*, 108, pp. 180: “*The special case thesis alone makes it possible to strike na adequate balacnce between the ideal and the real dimension of law in the area of legal argumentation and, what is the same, interpretation.*”

preocupa com a unidade. O jurista medieval encontrou-se em meio ao dilema: em nome da unidade do Império, é imperiosa a unidade do direito, sem essa, a convivência de diversos estatutos pessoais revelaria a coexistência de diversos centros de poder, e, conseqüentemente, a fragilidade do estado.

O mundo moderno assiste à institucionalização do poder e formação do estado, e essa nota vai reclamar para si o poder de fazer emanar imperativos; a esse ponto temos a virada no direito e toda a metodologia que a embasa, o jurista moderno lida com questões estatais, com um direito institucionalizado, e a metodologia que se segue, serve para dar aplicação a ele.

Queremos chamar atenção para a atuação da doutrina, do pensamento jurídico na formação do direito, e no seu exercício metodológico. Se na era moderna, por um breve espaço de tempo, em que o positivismo foi levado ao extremo, esse caráter permaneceu obscurecido, não é assim no restante da existência do fenômeno jurídico.

No direito romano destacamos sua atividade como *ius respondendi*, como demonstramos, em que os *iurisprudentes* encontravam e propunham soluções para casos práticos; no trabalho dos compiladores, a doutrina contribuiu para o recolhimento do direito, onde quer que se encontrasse disperso. Com os glosadores, o direito encontrou interpretação, comentários, que facilitavam sua realização às situações concretas, e, encontrou, principalmente a unidade, passando a ser um sistema.

A escola da histórica deu ao pensamento jurídico a capacidade de reconhecer e revelar o espírito do povo, que seria o referencial de validade do direito, levado em consideração em sua aplicação.

A jurisprudência dos conceitos deu à doutrina suas leis, para que essa, a partir delas extraísse conceitos, institutos; jurisprudência que informaria todo o sistema.

O positivismo de Kelsen deu à ciência do direito, o papel analítico-descritivo do Direito, tornando possível sua aplicação, processo que culmina na produção de uma norma particular.

Nesse percurso histórico, por vezes, vemos o pensamento jurídico a informar o sistema, e em outras o sistema, a entregar ao pensamento uma função específica<sup>111</sup>. Essa

---

<sup>111</sup> CASTANHEIRA NEVES, A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido in *Digesta*, vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2010 (reimpressão), nota 52, p. 110: “o pensamento jurídico, ao mesmo tempo que explicita e assume o normativo da própria ordem jurídica e do seu sistema, concorre decerto para a constituição normativa desse mesmo sistema.”

relação entre direito e pensamento jurídico, revela a unidade que existe entre ambos, como bem destaca CASTANHEIRA NEVES<sup>112</sup>, se a institucionalização (com relação ao poder institucionalizado encarregado de criar o direito) os separa ao menos a validade normativa que reclamam os uns de forma visceral.

---

<sup>112</sup> *Idem*, p. 103: “não vemos diferença entre a intenção do direito e a intenção do pensamento jurídico, ou que a intenção deste deve ser a intenção daquele, havendo por isso o pensamento jurídico de constituir-se para assimilar intencionalmente e realizar praticamente essa intenção. Não pode o pensamento jurídico ficar indiferente ou pôr como que entre parênteses a intenção e o sentido axiológico-normativos do direito para se constituir num mero e formal conhecimento sobre ele, nem o compromisso prático cabe só à pessoa do jurista e não ao jurista enquanto tal, ou apenas ao homem e não já ao jurista, posto que, bem ao contrário, é autenticamente como jurista que lhe compete o problema da validade normativa da praxis.”

#### 4. A(S) RACIONALIDADE(S) JURÍDICA(S)

Em nosso percurso de identificação do papel da doutrina jurídica na decisão judicial, é imperativo que reflitamos sobre a racionalidade implicada na realização do direito, bem como a racionalidade que orienta o estudo jurídico, e assim possamos fazer uma ponte que ligue o tema das fontes e a realização do direito.

Podemos antecipar que o tema relativo ao papel da doutrina como desonerador da jurisprudência encontra melhor abrigo de uma racionalidade que a concebe de ordem prática e ligada à argumentação, mas não necessariamente uma racionalidade isolada que não permita a participação de outra intenção sobre o objeto implicado.

O pensamento científico, em geral, concebeu, desde a filosofia clássica, uma forma de conhecer, e pautava-se, inicialmente, pela busca da verdade, e, por sua vez, levava o filósofo a debruçar-se sobre o objeto a ser conhecido e assim encontrar o seu ser. Era um pensamento de ordem ontológica, direcionado ao conhecimento da essência do ser das coisas. Foi essa a característica que encontramos na filosofia em seu berço na Grécia, no pensamento clássico que tinha por conteúdo a explicação da totalidade das coisas; como método, a explicação racional delas; e como objetivo, o *puro desejo de conhecer e contemplar a verdade*.<sup>113</sup>

Tradicionalmente, atribui-se à palavra racionalidade a origem no termo latino *ratio*, que significa relação, traduzindo a relação entre o sujeito e o objeto, entre o homem e o mundo que pretende contemplar, conhecer, explicar, descrever, apropriar-se subjetivamente; a racionalidade assume-se a mediadora desse contato entre o homem e o mundo. A filosofia é uma forma de saber que traduz o conteúdo, o método e o objetivo desse contato, da mesma forma que a ciência o é, com a diferença que a ciência se contenta em fazer cortes sobre a realidade, dividindo-a em domínios, e conhecer determinado objeto hermeticamente isolado de suas relações com outros objetos ou mesmo com o sujeito (ainda que posteriormente trace formas de contato e de relação entre os diversos objetos ou entre sujeito e objeto), e submetesse ao corte não só de direção, digamos, vertical, mas também horizontal, sem a preocupação com as origens últimas do objeto, que, por sua vez, traduz o anseio de fundamentação racional das conclusões alcançadas pelo pensamento filosófico.

---

<sup>113</sup> ANTISERI, Dario; REALE, Giovanni, *História da filosofia: Antiguidade e Idade Média*, vol. 1, 3ª ed. São Paulo: Paulus, 1990. pp. 22-23.

Filosofia e ciência caminhavam em uma relação intrincada e simbiótica, que vai se autonomizando e se afastando em função das especificidades de cada. É com a autonomização<sup>114</sup> desta última que vamos ter diferenciação do que FERRAZ JÚNIOR<sup>115</sup> (construindo sobre o alicerce terminológico de VIEHWEG) denomina como os âmbitos do pensamento jurídico, em que se encontra a ciência jurídica (ou dogmática jurídica), o fenômeno jurídico a assumir um enfoque *dogmático*, considerando certas premissas ao pensamento, que são fruto de uma decisão arbitrária, sobre as quais advoga o princípio da não negação, premissas que orientam a ação e a decisão. E temos ainda o pensamento jurídico a incorporar o enfoque *zetético*, que é assim chamado por assumir caráter especulativo, de questionamento dos fundamentos do pensamento, colocação de dúvidas, sem limites dogmáticos a lhe imporem um ponto isento de dúvidas (como o é a dogmática com o *princípio da inegabilidade dos pontos de partida*). Para o Autor, o estudo *jusfilosófico* adequa-se dentro de uma abordagem zetética, porque é aqui que existe espaço para poder-se questionar sobre questões mais “teóricas”, como é o direito, no qual existe a liberdade especulativa, ao ponto de podermos mesmo especular se a própria pergunta é pertinente (substituindo-a, por exemplo, por que o direito, para que o direito ou qual o sentido do direito).

Nosso estudo, a título de exemplificação, enquadra-se dentro de um enfoque *zetético*, em que o objeto é a dogmática jurídica e suas funções, tipos de racionalidade envolvidos em seus processos de conhecimento e atuação.<sup>116</sup>

É nesse contexto que reafirma-se a necessidade de um estudo sobre a racionalidade jurídica, visto que o tipo de concepção da experiência jurídica tem influência direta sobre as formas de realização do direito que a corresponda, conforme demonstramos nos dois capítulos anteriores; e o *turning (linking) point* que apresentamos é que o tipo de racionalidade envolvida na realização do direito tem influência direta sobre como a ciência jurídica será apropriada e o papel para o qual se apresentará quando convocada a participar na realização *in concreto* do direito.

---

<sup>114</sup> KAUFMANN destaca que não estão em relação de mais ou menos importante, filosofia do direito e dogmática jurídica se alternam, aquela lida com os problemas fundamentais do conhecimento, e esta de problemas mais especializados. Cfr. KAUFMANN, *op. cit.* 18 pp. 18s.

<sup>115</sup> FERRAZ JÚNIOR, *op. cit.* 6. pp. 39-48.

<sup>116</sup> ADEODATO, *op. cit.* 16, pp. 16: “Uma dessas disciplinas não-dogmáticas, que fornecem o instrumental para semelhante visão, é a filosofia do direito. Dentro desta, ocupa papel primordial a teoria do conhecimento, como dito. O conhecimento, sobretudo o científico, que se pretende mais digno de crédito do que outras formas de contato entre o ser humano e o mundo (...).”



Afinal, pretendemos traçar um panorama de configuração difícil, a dar-nos algumas barreiras ora mais alargadas, ora menos fazendo corresponder o tipo de concepção do direito a um tipo de realização e de racionalidade que se lhe relacione; as fontes do direito, que nesse ponto serão convocadas, e, finalmente, o traçaremos uma descrição das funções da doutrina.

A autonomização da ciência modificou seus objetivos, métodos, conteúdos, e refletiu suas premissas sobre o pensamento filosófico, chegando-se a cogitar a substituição da filosofia pela ciência<sup>117</sup> (pretensão CASTANHEIRA NEVES nos descreve em estudo sobre a crise da filosofia e seus reflexos na filosofia do direito) motivada mais por uma frustração epistemológica que pelos resultados satisfatórios alcançados. Diante das novas facetas que o mundo nos apresenta, o homem cingiu-se à crença da impossibilidade do saber universal, do fundamento único a todas as coisas, e a impossibilidade de alcance da verdade por meio da razão, e, a fim de não decretar a morte da filosofia, o homem muda seu conteúdo, método e objetivos, contenta-se com algo mais tacinho e mais conciliável, em um mundo cada vez mais plural e menos convergente.

Com o movimento moderno-iluminista, em uma simplificação superficial, o pensamento científico trilhou um caminho de, primeiramente, substituir a busca pelo ser por uma busca de um fundamento de validade dos dados, e, então, a importância menor dada à verdade e a crescente valorização da forma; e, por fim, a própria atitude do pensamento passou de orientado para o objeto, para refletir sobre si mesmo (de uma orientação sujeito-objeto, para sujeito-sujeito).

Vimos os métodos jurídicos desenvolvidos no Século XIX, e relevamos que tinham em comum uma orientação conforme aquela ciência que tinha uma intenção *recta* (dizemos que o pensamento é *intentio recta*, quando a *direta* orientação do conhecimento é para o

---

<sup>117</sup> CASTANHEIRA NEVES, António, *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia (tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação)*, BFD/Stvdia Iuridica, Coimbra: Coimbra Editora, 2003. pp. 12. Atente-se para o fato que o referido Autor constata a crise da racionalidade (jurídica), porém, como o título do texto demonstra, não centra sua abordagem na constatação negativa da crise, mas pretende a partir dos pontos positivos que nos são relevados por ela, propor uma reabilitação da Filosofia do Direito. Confira-se ainda ADEODATO, *op. cit.*, 16, pp. 99, que em comentário ao título da obra de Nicolai Hartmann, “*Metaphysite der Erkenntnis*” diz: “*At já está clara a divergência em relação ao ambiente dominado pela teoria neokantiana, marcada por preocupações notadamente metodológicos e pela supremacia da epistemologia como disciplina central na filosofia. Pode-se dizer, em termos gerais, como já mencionamos, que esse quadro permanece até os dias de hoje*” e pp. 16s: “*A ciência substituiu a religião como esteio da verdade, até da verdade ética, critério para distinguir o certo do errado. A filosofia passou, se não a ser ela mesma ‘científica’, pelo menos a ser epistemológica, preocupando-se fundamentalmente com as bases do conhecimento, com as bases da ciência. Mas a atitude científica, baseada na demonstração empírica e na coação racional (...). Na filosofia do direito houve, claro, reflexos dessa atitude de cientificização.*”

objeto; *intentio obliquus*, quando a uma reflexão se orienta ao dobrar do pensamento sobre si mesmo) e, em relação ao objeto, propunham um caminho para a realização do direito que escusava o aplicador de pensar sobre o próprio pensamento.

Em seguida, vimos a metodologia proposta a partir dos realismos, em que *a práxis* entra em debate na determinação do direito, e esse movimento de substituições de intenções, no direito, reflete-se por racionalidades processuais, éticas do discurso e teorias processualistas da justiça, no lugar de uma fundamentação. O pensamento passa a admitir, nessa orientação sujeito-sujeito (*intentio obliquus*), teorias do discurso, que têm por tema central a obtenção de um consenso, a substituir a verdade, como fundamento do pensamento produzido. Para isso, o pensamento de uma intenção teórica a convocar proposições, premissas das quais parte sua reflexão e a ficar tantas outras premissas, utiliza-se de uma orientação prática, que convoca argumentos que serão sintetizados por meio de um consenso a ser produzido pelo discurso. Esse pensamento prático é capaz de produzir um juízo, que é de ponderação e visa à justificação prática ou à fundamentação argumentativa da solução obtida, mostrando-se suscetível de obter aceitabilidade prático-comunicativa no contexto comunitário em que seja vinculante.<sup>118</sup>

A premissa final, resultado de uma ponderação que se guia por um procedimento argumentativo que, por sua vez, supõe o convencimento de um auditório, é o que hoje se entende por juízo, e na realização do direito, o decidente deverá mobilizar, nessa empresa, os operadores dogmáticos nesse procedimento argumentativo: normas, precedentes, bordões procedimentais, práticas consuetudinárias, critérios da realidade social, econômica e política, e modelos doutrinários de decisão, para alcançar um juízo, a dimensão fundamentante da decisão por refletir a carga racional dada ao discurso e tratamento dos materiais jurídicos.

#### **4.1. A RACIONALIDADE LÓGICO-FORMAL (TEORÉTICA)**

---

<sup>118</sup> BRONZE, Fernando José, Breves considerações sobre o estado da questão metodológica in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXIX (1993). pp. 177-199, pp. 185: “o juízo é uma ponderação prudencial de realização concreta orientada, por uma fundamentação (...) O juízo a que assim se alude não se reduz nem ao construtivismo técnico-hermeneuticamente inspirador do recompositivo discurso medieval, nem à impessoal articulação de proposições submetidas ao esquematismo da grelha binária verdade-falsidade, que serviu de marca-de-contraste ao pensamento positivista, mas intenciona autenticamente a procura dialéctico-dialogicamente realizada, num determinado quadro contextual e atenta uma certa situação concreta, dos referentes adequados para uma resolução argumentativamente convincente do problema controvertido, sem cedências à mera persuasividade retórica.”

É a atitude tida por tradicional, assumida pelo pensamento jurídico, que tem a intenção teórica; assumiram essa intenção o *jusnaturalismo* (racional), o positivismo e o realismo jurídico<sup>119</sup>, seguindo o modelo racional do cognitivismo e do objetivismo jurídico, o pensamento jurídico assume-se em uma intenção de conhecimento do fenômeno jurídico como objeto, numa direção *recta*. A ciência jurídica, enquanto em busca da verdade, e partindo do objeto “direito”, seja com a conjugação da realidade jurídica, social ou histórica (o que vai variar de acordo com o modelo metódico adotado), tinha uma função especulativa, explicativa e classificadora.

O direito, no entanto, é um objeto complexo, de difícil caracterização, porque deve ser objetivado; não é dado, é inorgânico; não tem uma forma apresentável e apreensível por meio dos sentidos, ele é manifesto na esfera espiritual, e por isso aí epistemologicamente alocado. O teórico do direito, ao abordá-lo, segundo a racionalidade teórica, vai se deparar com algumas soluções para “encontrar” o objeto jurídico (objetivado): ou entende o direito como um dado da consciência (subjéctiva ou colectiva), o direito como objeto ideal ou transcendente, e o direito objetivado em suas fontes – as leis, regras, princípios, costumes, doutrina, etc.

Cada um desses *locii* de encontro com o direito apresenta no mínimo um problema próprio: pensar em um direito que está na consciência – que não corresponde a um fenômeno – e, portanto, de existência discutível; por ser um objeto ideal, emerge nas relações entre os homens; e não pode reduzir-se às suas formas de objetivação: as normas indo além mesmo delas.

Diante desse problema de determinação do objeto, ao direito resta a alternativa de maior objetivação, que é a emergência do direito por meio das relações entre os homens, aí ele é inequivocamente manifesto aos sentidos humanos, e apreensível.

## **4.2. A RACIONALIDADE TECNOLÓGICA (FUNCIONAL)**

Corresponde a uma atitude que vê no pensamento jurídico uma tecnologia social, e corresponde aos funcionalismos jurídicos. Abandonamos aqui a racionalidade teórica e empreendemos o percurso pela racionalidade prática, enquadrada como racionalidade

---

<sup>119</sup> Seguimos CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.* 50, pp. 50.

prática finalística, que orienta sua ação não para o conhecimento do objeto-direito, mas para a consecução dos fins almejados e tidos como úteis.

A razão prática aqui se serve da relação meio e fim, e, portanto, tem caráter instrumental, finalístico, isso justifica termos aberto uma classe para esse tipo de racionalidade, apesar de estarmos nos domínios da racionalidade prática, ressaltamos que a racionalidade tecnológica é instrumental, finalística, não visa especular, conhecer, mas decidir, e fazê-lo orientado pelos fins almejados. Ela não se aparta da racionalidade teórica para tentar resolver aqueles problemas de objetivação do jurídico, mas prescinde dessa problematização, por compreender que não importa tanto compreender o direito, mas torná-lo útil.

A mediação entre o direito e o pensamento, aqui é feita por juízos de adequação e de oportunidade, serão eles a orientar a ação, que será direcionada para os fins que deseja atingir, e não por fundamentos em valores. Esse tipo de racionalidade, e o pensamento jurídico que lhe corresponde, reduz a função judicial ao exercício da execução de programas político-sociais.

CASTANHEIRA NEVES nos apresenta uma diferença entre racionalidade prática de sentido substancial ou material e racionalidade prática de sentido processual (procedimental) ou formal. Essa diferenciação nos permite ver no primeiro tipo uma racionalidade prática que se refere ou busca uma fundamentação material à ação ou à decisão. Enquanto a racionalidade prática processual prescinde dessa fundamentação, justificando sua ação pelo procedimento que conduziu a ela, faz-se um juízo de adequação que orientará a ação, nessa última se enquadra a racionalidade tecnológica, enquanto à primeira corresponde a racionalidade prática que abordaremos a seguir.

A racionalidade prática escapa ao problema de determinação da objetivação do jurídico, mas tropeça em outro problema: isenta-se de promover a conclusão fundamentante, que por isso orientará a decisão (a racionalidade prática objetiva orientar a ação/decisão), não com base em um conteúdo racionalmente trabalhado, mas lançará como em uma moldura, em que foram previamente trabalhados os critérios de oportunidade, utilidade e adequação (para o programa político/social/econômico) de cada decisão, de acordo com seus efeitos, lançando ao decidente as possibilidades dentro das quais poderá decidir de acordo com sua *voluntas*, e, assim, para os funcionalismos, a realização do direito orientar-se-á segundo um paradigma da decisão.

### 4.3. A RACIONALIDADE PRÁTICA (ARGUMENTATIVA)

Estamos sob o domínio de uma orientação sujeito/sujeito (*intentio obliquus*). É uma racionalidade não votada ao conhecimento, mas votada à ação, ela orienta a ação<sup>120</sup>, seja por meio de fundamentos, seja pelo procedimento que a determina, há uma prática polarizada no diálogo e na comunicação. Não se busca necessariamente pelo conhecimento das coisas, não há explicação do ser, e mesmo o finalismo da racionalidade anterior; há ações (decisões) cuja validade é encontrada por meio da comunicação ou do discurso.<sup>121</sup>

No direito, essa racionalidade prática encontra perfeito abrigo, porque o fenômeno jurídico não se vota ao conhecimento, mas à ação; não visa conhecer e explicar o mundo, mas estabelecer premissas para a ação. Poderíamos, ainda, com CASTANHEIRA NEVES, concluir que o raciocínio jurídico deve ser do tipo prático, de *sentido substancial ou material*, visto que é uma *racionalidade orientada por uma validade normativa fundamentante*.<sup>122</sup> Segundo o Autor, um direito construído segundo um modelo prático-

---

<sup>120</sup> Como já referido acima, a racionalidade teórica, puramente, apresenta algumas dificuldades epistemológicas, pelo que a alternativa por uma racionalidade prática apresenta-se viável, mas não é necessariamente uma alternativa excludente, é aceite que ambas podem conviver em um mesmo momento, ver ATIENZA, Manuel, *O direito como argumentação*. Lisboa: Escolar Editora. 2014, pp. 246: “A distinção, naturalmente, não exclui que entre ambos os tipos de raciocínios, o raciocínio dirigido ao conhecimento ou à acção, existam também muitas pontes: não só porque alguns tipos de premissas, como vimos, são comuns a ambos os raciocínios, mas também porque os problemas (ou a solução de problemas) teóricos costuma ter um aspecto prático (a crença na existência ou inexistência de determinado facto tem como consequência que se actue ou não de certa maneira), da mesma maneira que os problemas práticos costumam ter (ou têm sempre) uma componente teórica (actua-se ou diz-se que se actua com base nas convicções).”

<sup>121</sup> Cfr.: BRONZE, Fernando José, *A metodonomia: entre a semelhança e a diferença (reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, Svdia Juridica III, Coimbra: Coimbra Editora, 1990. pp. 69: “... logo concluímos não ser outro o âmbito em que afinal nos movemos: aquele em que, digamo-lo de novo, se nos impõe discernir o sentido humano dos caminhos da prática, olhando o homem ‘a-caminho’, empenhado na tarefa de humanizar os seus próprios passos – o que o vincula à permanente reflexão crítica do seu agir, pois só por sua mediação o homem se faz homem. E se deste modo se pode afirmar que a filosofia, assim compreendida, terá o tempo de vida da humanidade, é igualmente lícita a conclusão de que, constituindo a realização da justiça uma tarefa historicamente co-determinada pelas circunstâncias concretamente identificadoras de cada situação apelante, também se lhe pode apontar um desenvolvimento em termos como que ‘processuais’, derivado daquele seu carácter de exigência-a-caminho que se flecte e adequa à especificidade de cada caso.”

<sup>122</sup> *Op. cit.*, 50, pp. 63: “esta racionalidade implicada não poderá ser uma racionalidade tecnológico-estratégica, haverá de ser uma racionalidade orientada por uma validade normativa fundamentante, nem esta admite ser reduzida por aquela. Trata-se de tipos de racionalidade distintos e ao serviço de projectos de práticas (ou sentidos da praxis) diferentes: de um lado, temos a validade, do outro, a oportunidade; de um lado, o fundamento, do outro a estratégia; de um lado a justiça, do outro a eficácia; de um lado, o juízo (a fundamentante conclusiva discursiva), do outro a decisão (a volitiva escolha entre possibilidades); de um lado, o direito como uma categoria ética; do outro, o direito como uma categoria técnica.” no mesmo sentido, conferir ainda ATIENZA, *Op. cit.*, 120, pp. 254-255: “O raciocínio jurídico tem que ser considerado, em termos gerais, como um tipo de raciocínio prático. O Direito, obviamente, tem que ver com o comportamento humano,

prudencial culminaria no paradigma do juízo a ser oferecido à realização do direito. Uma decisão judicativa é a aquela que conjuga a decisão (com sua dimensão de opções a *voluntas* do decisor) e juízo (a dimensão fundamentante a refletir a validade do sistema jurídico construída racionalmente por meio do discurso).

#### 4.4. RACIONALIDADE E DECISÃO JUDICATIVA

Compreendendo racionalidade conforme sua etimologia, como relação, ela pode ser invocada como intermediária entre o direito e a decisão jurídica. É mais que assente que o tipo de racionalidade invocada na realização do direito é a racionalidade prática, a orientar uma tomada de decisão perante a realidade.<sup>123</sup>

Assim como cada espécie de concepção jurídica corresponde a uma teoria das fontes, a uma metodologia, assim também é a racionalidade que lhe corresponda, exatamente porque se modifica a postura do sujeito perante o direito. Podemos fazer corresponder ao normativismo uma racionalidade teórica, e, por conseguinte, a realização do direito consiste em um exercício de conhecimento do direito que já havia sido dado na norma, *a decisão jurídica seria redutível a um conhecimento ou o jurista decidiria conhecendo*.<sup>124</sup>

Ao funcionalismo podemos fazer corresponder a racionalidade instrumental (tecnológica), em que o decidente, à luz do que o programa de fins estabelece, das consequências que pretende alcançar e ver relevados, decide (escolhe); dessarte, a racionalidade é guiada pela eficácia e pela eficiência da decisão, não pelo conhecimento do ser das coisas ou da verdade. O pensamento jurídico a ser assumido pelo decidente

---

*é uma técnica de controlo social, e o raciocínio que tem lugar nas diversas instâncias jurídicas está orientado par acção e não (ou não essencialmente) para o conhecimento: assim, a argumentação legislativa dirige-se ao estabelecimento de normas com determinados conteúdos para atingir determinados objectivos; a judicial, para a resolução de conflitos suscitados, em geral, a propósito de casos concretos; a dos advogados, para conseguir que os juízes decidam de certa forma os casos que lhes apresentam, para aconselhar os clientes a que realizem uma determinada acção, etc. E, inclusive, a argumentação da dogmática tem (ou deveria ter) basicamente, uma orientação para a acção: a dogmática (ou dogmáticas), bem podem ser concebidas – como antes se disse – como grandes fábricas de argumentos (construídos em termos mais abstractos e sistemáticos que os das outras instâncias).”*

<sup>123</sup> CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 50, pp. 70: “É evidente que a racionalidade prática apta para fundamentar o juízo nunca conseguirá demonstrar, como pretendia um ‘racionalismo ingênuo’, verdades apodíticas, mas pode justificar argumentativamente, em termos concludentes, a solução discernida. Consistindo aquele empenho fundamentante numa problematização valoradora em ordem a fazer cumprir no caso as exigências do direito – isto é, em (e)levar a pré-compreendida relevância jurídica daquele à compreensão resultante da respectiva assimilação pelo corpus iuris.”

<sup>124</sup> *Idem*, pp. 50.

(tecnólogo) deve ser orientado para uma solução adequada e eficaz, não mais para fundamentar normativamente ou axiologicamente a decisão.

Há o que CASTANHEIRA NEVES define como *substituição dos valores pelos fins, dos fundamentos pelos efeitos, e uma verdadeira legitimação pelos efeitos*<sup>125</sup>, ao que poderíamos dizer que a fundamentação da decisão está na escolha por soluções mais eficazes ou adequadas a realizar o fim desejado, o que implica assumir uma racionalidade orientada pelos fins. Tudo isso culmina como uma teoria empírico-analítica da decisão, que nada mais é que o resultado de todo esse *iter* descrito nesse estudo, e decisão adequada que lhe corresponda.

No entanto, retomando a preferência hoje por uma racionalidade prática<sup>126</sup>, como sendo a condizente à realização do direito, o que se sustenta por ser o direito uma realidade da prática, assente no direcionamento sujeito-sujeito. O homem prescinde de responder à questão se o direito existe, se é algo, um objeto, porque, afinal, o direito não existe sem o homem, e sem o homem social. Sendo, pois, do domínio social, o direito emerge na relação entre os homens, sujeito-sujeito, o que nos leva a compreendê-lo a partir dessa perspectiva, e a analisá-lo a partir daquilo que intermedia a relação entre os homens: a comunicação. E assumir como válidas as opções, ou soluções, que antes de corresponderem à verdade (muitas vezes inatingível), são aceitas pelos interlocutores e pelo auditório como plausíveis do ponto de vista prático.

#### **4.5. RACIONALIDADE E DOUTRINA JURÍDICA**

Não se trata, a nosso ver, de racionalidade estanque, por gozar de uma maior liberdade, já que não está submetida a um poder que exija uma legitimidade (política) em seguir procedimentos previamente estatuídos, a doutrina pode orientar-se por um método a sua escolha, sua legitimidade não é política, é racional; é apresentar as razões para orientar-se segundo esta ou aquela direção. Portanto, a doutrina pode “decidir” adotar uma racionalidade ou mesmo mesclar racionalidades conciliáveis, referimo-nos especificamente

---

<sup>125</sup> *Idem*, pp. 56.

<sup>126</sup> O problema encontrado quanto à racionalidade tecnológica, é que ela culmina com essa teoria empírico-analítica da decisão, que transforma o decidente, em um tecnólogo (estratego, ou *longa manus* do legislador), excluindo a possibilidade de uma decisão *normativamente* fundamentada, posto que contingente, disfuncional.

à possibilidade da convivência pacífica de racionalidade teórica e racionalidade prática no discurso jurídico.<sup>127</sup>

Parece-nos claro que a racionalidade prática visa orientar uma ação, enquanto a racionalidade teórica visa conhecer e decidir, e é precisamente por adotar a racionalidade teórica, que não exclui a prática, que a doutrina, no direito, apresenta-se como a instância legítima à adequada produção de conceitos. Esse é só uma das muitas implicações práticas em que o discurso sobre a racionalidade jurídica importa.

Os conceitos descrevem o ser das coisas e por pesquisar o ser das coisas e descrever, analisar, diferenciar e classificar que a doutrina está apta a produzir conceitos; enquanto que no outro extremo, da racionalidade prática, ela orienta como esses conceitos devem ser aplicados. Escolhendo a legislação como contraponto dessa “função”, entendemos que por ter em sua base uma racionalidade prática, de natureza argumentativa, e deliberativa, não pode produzir conceitos, quando muito pode delimitar seu campo de atuação, mas não sistematizar o ser das coisas, que não pode ser alcançado por meio de uma racionalidade que se norteia antes pelo consenso que pela busca da verdade.

Exemplo dessa usurpação, podemos avançar no Direito Brasileiro em relação ao conceito de empresa. Antes do Código Civil de 2002, era doutrinária a construção do conceito de “comerciante”, e o fazia por meio da filiação a diversas teorias. A lei que instituiu esse Código Civil atual achou por bem escolher uma teoria, a teoria italiana dos atos de comércio, e “definiu” empresário, em seu art. 966, dispõe: “*Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*”. E no seu parágrafo único: “*não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa*”. Se analisarmos a questão sob o ponto de vista da racionalidade empregada em cada domínio legal, devemos entender que quando o legislador faz uma definição como essas, tão somente delimita o campo de “aplicação” das normas que detém,

---

<sup>127</sup> *Op. cit.*, 50, pp. 261-262: “as premissas são razões (boas razões) que apoiam a conclusão; e se partimos da distinção que acabamos de examinar entre raciocínios teóricos e práticos, teríamos dois tipos fundamentais de razões: razões para crer em alguma coisa e razões para actuar. Além disso, as razões estão sempre relacionadas com um agente, são sempre razões para alguém. Ou seja, uma coisa é uma razão para alguém adotar o compromisso teórico de crer em alguma coisa (que de um facto ocorreu, que se explica de determinada maneira ou que terá lugar no futuro), ou o compromisso prático de actuar de determinada maneira (de que ele ou outro deveria ter actuado ou deverá actuar de certa maneira).”



mas não pode definir o que é empresário, porque a racionalidade empregada na produção legislativa é deliberativa, em que não está em jogo a intenção de conhecer, de especular, de definir, não é parte de suas “funções”. Mas a doutrina, ao estudar o objeto, pode fazê-lo, porque pode convocar uma racionalidade teórica e prática.

Dentro dessa discussão empreendida quanto à racionalidade empregada na doutrina jurídica, convém uma menção ao que no ordenamento jurídico brasileiro convencionou-se realizar: as jornadas temáticas de direito. No caso, debruçamo-nos sobre as de Direito Civil e também de Direito Comercial, por serem mais organizadas, sistematizadas, mas não ignoramos que outros ramos da disciplina jurídica já sistematizaram as suas.

Trata-se de uma reunião dos juristas na área, juízes, estudiosos, convidados (no caso da Jornada de Direito Comercial, mesmo autores portugueses foram convidados a ter parte e a fazer uso da palavra, com a contribuição paradigmática do que acontece em seu país, já que muitos institutos se repetem). Interessante notar que foram organizadas pelo Conselho da Justiça Federal, órgão da Justiça Federal, com atribuições de supervisão administrativa e orçamentária, com poderes correcionais, que possui em seu quadro organizacional um Centro de Estudos Judiciários, sendo este que coordena a realização das referidas jornadas.

Vários doutrinadores e operadores do direito se reúnem por alguns dias, e, ao final, aprovam alguns enunciados doutrinários, que não têm caráter vinculativo, mas demonstram o pensamento e as orientações dos especialistas na área, pois são frutos de dias de reflexões e de debates entre os melhores estudiosos nos assuntos, visam orientar toda a doutrina e também a jurisprudência. Essas orientações guardam a racionalidade empregada, e mesmo é possível ter acesso aos debates que culminaram na votação dos enunciados. Mais uma vez, eles não vinculam por força de *potestas*, que não tem, mas pela *auctoritas* e pela racionalidade que se presume ter.

É corrente ver, tanto na doutrina, como na jurisprudência, o socorro a vários desses enunciados, como justificativa pela tomada de alguma decisão teórica, como conceito de algum instituto jurídico, como orientação da melhor doutrina. No caso do ramo civil, no Brasil, existem 611 enunciados, elaborados ao longo de sete jornadas; no direito comercial, totalizando 81 enunciados elaborados em duas jornadas.

Isso nos leva a considerar, portanto, que, além do senso teórico empregado nesses enunciados, eles pressupõem certa racionalidade deliberativa, pois dependem de aprovação dos doutrinadores presentes. Ressaltando que, por ser uma racionalidade sujeito-sujeito

orientada, prescindir de intenções especulativas sobre um objeto (o que no caso vai conjugado) é prática-procedimental.

Convém notar que FERRAZ JÚNIOR, em função da questão da decidibilidade que envolve a dogmática jurídica, atribui-lhe o caráter de pensamento tecnológico, pois, para o Autor, essa característica advém do fato de que a dogmática possibilita a tomada de decisão, orienta a solução de um conflito; ele toma a racionalidade teórica, problematiza as situações que lhes são postas e orienta uma intervenção prática, e para ele, um pensamento que se baliza assim deve ser tido por pensamento tecnológico.<sup>128</sup>

Nesse aspecto, o Autor desenvolve a defesa de que a dogmática assume uma função social perante o direito, por estabelecer essas *guias de ação na aplicação do direito*, assumindo um papel de viabilizar o direito no sistema social, no momento em que *proporciona uma congruência estável entre os mecanismos de controle social*, naturalmente sujeitos a uma incongruência de fato, dada a alta complexidade do sistema social. Note-se que, considerando a doutrina como um pensamento tecnológico, a função que se destaca é exatamente a função de estabilização social, de redução das incertezas, em que o Autor segue a doutrina de LUHMANN.

Em que pese essa racionalidade deliberativa, ao lado das aqui tratadas como sendo as aplicáveis à doutrina (teórica e prático-argumentativa), entendemos que se trata de orientação doutrinária, e analisaremos alguns exemplos jurisdicionais de sua utilização pelas cortes brasileiras, em reflexo dessa natureza, e em respeito à presunção de racionalidade que os embasa, bem como de *autorictas*. De fato, a nosso ver, comprova o que defendemos acima: a doutrina não se restringe ao emprego de um modo de racionalidade em detrimento de outros, mas é capaz de conjugar racionalidade teórica e prática, ou racionalidade teórica e deliberativa.

As funções que doutrina jurídica assumem, pensamos somente serem possíveis, porque esta pode mesclar dois ou três tipos de racionalidade, no fato de lidar com questões jurídicas em um alto grau de abstração, com antecipação, somado ao rigor racional, e a autoridade intelectual de quem elabora as teorias. A doutrina jurídica assume o ponto de unidade dessas racionalidades associadas ao direito, a par de revelar a unidade entre ela e o próprio direito.

---

<sup>128</sup> *Idem*, pp. 90-91.

Ainda nos referindo a um pensamento jurídico que se pense a si mesmo e ainda evite a sua própria ruína, entendemos com STAMMLER<sup>129</sup> que pensamento jurídico precisa respeitar a ideia geral de direito, o seu sentido, a sua intenção, se quiser reconhecer-se como um ponto de unidade do mesmo, seguindo uma cadeia racional, sem rupturas, a assegurar pelo menos uma unidade metodológica entre realização do direito e pensamento jurídico, assumindo, assim o seu carácter dogmático, de objetivação da ordem de validade, tudo isso votado à realização do direito, que também é tarefa da doutrina jurídica.

---

<sup>129</sup> STAMMLER, Rudolf, *The theory of justice*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000. p. 11.

## 5. A DOUTRINA: MODOS E PROPOSIÇÕES

### 5.1. UMA DISCUSSÃO A PARTIR DOS MODELOS DE DESENVOLVIMENTO E OBJETO DA DOUTRINA JURÍDICA

Fixadas as premissas racionais, teóricas e metodológicas gerais, estamos aptos a enfrentar a doutrina jurídica em suas epistemologia e metodologia, acreditando que essa definição nos ajuda na compreensão do modo como a doutrina se desenvolve, a questão acerca de suas vinculações e as suas funções, sua capacidade de decidir ou orientar decisões.

Em termos epistemológicos, destacamos a discussão sobre direito ser ou não ciência, se o entendermos positivamente, então precisamos pressupor que existe uma ciência do direito, de cunho dogmático, inserida no âmbito das ciências culturais (ou do espírito) e de natureza normativa, como pensamos ser a conclusão de uma ciência que se desenvolve por uma atividade prática. Neste capítulo, visamos fixar suas especificidades: método, objeto e sua autonomia em relação aos demais sistemas sociais, etc.

Quanto ao alcance do estudo doutrinário, contemplamos a doutrina como um estudo *dogmático* (em contraposição aos *zetéticos*) “submetendo-se” à inegabilidade dos pontos de partida e à fundamentação suficiente, assumindo um enfoque normativo, ao considerar certas premissas ao pensamento que são frutos de uma decisão arbitrária.<sup>130</sup>

Ao definir o objeto da ciência do direito nos deparamos com alguns caminhos distintos: ou o direito pode ser encontrado na consciência individual ou coletiva; ou deve ser encarado como um objeto ideal ou como um objeto real, considerando-se que suas formas de manifestação, as normas e as decisões judiciais, o contém.

No que se refere à doutrina jurídica, considerando e em defesa de seu caráter científicos, aduzimos que há um recorte da esfera do conhecimento, dentro da grande área cultural, a ciência do direito estuda o fenômeno jurídico, e tudo aquilo que pode assumir juridicidade. Mas o direito é também uma prática, normativamente orientada, e isso faz-nos constatar que o alcance de uma verdade universal vai sendo cada vez mais desnecessária ao plano do direito.

---

<sup>130</sup> Na ciência jurídica, os dogmas - que são esses pontos de partida inegáveis e representam um corte arbitrário na cadeia de fundamentação racional - são oferecidos pelas normas, tomadas em sentido *lato* - leis, regras, princípios, decisões judiciais e doutrinárias - sobre as quais, por convenção, advoga o princípio da não negação.

FERRAZ JÚNIOR vê na doutrina uma tecnologia jurídica, que seria apta a instrumentar o sistema jurídico com o operador da coerência. Para o Autor, uma doutrina de caráter científico somente aumentaria as tensões sociais.<sup>131</sup>

Apesar de já termos discordado desse caráter tecnológico, vamos seguir o Autor quando distingue de três modos (modelos, estilos) de agir da doutrina: analítico (classificatório), hermenêutico, e empírico (decisório). O que não difere da proposta de ALEXY, ao afirmar ser a doutrina a mistura de três atividades: *descritiva-empírica, lógica-analítica e normativa-prática*<sup>132</sup>. Essas atividades vão desembocar em três principais tarefas da dogmática: *análise lógica dos conceitos jurídicos, unificação dessa análise num sistema, e aplicação dos resultados para justificar as decisões jurídicas*, o que revela um caráter conciliador à doutrina, como veremos.

Destacamos que a doutrina se desenvolve segundo três modo<sup>133</sup> de atuação, que são assim classificados segundo a decidibilidade como pedra angular, FERRAZ JUNIOR refere-se a esses modelos a partir de sua perspectiva tecnológica e funcionalista (com forte influência da sociologia jurídica de LUHMANN), em que a principal função da doutrina é a promoção de uma estabilidade, por meio da diminuição das incertezas sociais, na medida em que a doutrina marca com o selo jurídico os materiais que o são, possibilitando a autonomização do sistema jurídico por meio da diferenciação. ALEXY<sup>134</sup> analisa esses momentos a partir de uma perspectiva argumentativa, e aqui pretendemos reconhecer nessa doutrina enormes convergências nesse ponto específico, seja com as teses científicas do direito, seja aquelas

---

<sup>131</sup> FERRAZ JÚNIOR, *Op. cit.*, 62, pp. 176.

<sup>132</sup> ALEXY, *Op. cit.*, 54, pp. 241.

<sup>133</sup> FERRAZ JÚNIOR segue o conceito de modelo traduzido em REALE, Miguel, *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992. pp. 163: “Modelos jurídicos são, em suma, os que surgem na experiência jurídica como estruturação volitiva do sentido normativo dos fatos sociais; modelos do Direito ou dogmáticos são estruturas teóricas, referidas aos modelos jurídicos, cujo valor eles procuram captar e atualizar em sua plenitude. (...) Por outras palavras, os modelos jurídicos se estruturam graças à integração de fatos e valores segundo normas postas em virtude de um ato concomitante de escolha e de prescrição (ato decisório), o que, como veremos, pode ser tanto do legislador ou do juiz, como resultar das opções costumeiras, ou, de estipulações fundadas na autonomia da vontade. Já os modelos dogmáticos são os elaborados no âmbito da Ciência do Direito como estruturas teórico-compreensivas do significado dos modelos jurídicos e de suas condições de vigência e de eficácia na sistemática do ordenamento jurídico.”

<sup>134</sup> Ressaltamos ainda a distinção feita em ALEXY, *Op. cit.*, 54, pp. 241: “Essa ciência jurídica, no sentido mais estreito e apropriado, é uma mistura de ao menos três atividades: (1) aquela de descrever a lei em vigor, (2) aquela de sujeitá-la à uma análise conceitual e sistemática e (3) aquela de elaborar propostas sobre a solução própria do problema jurídico.” Essa compreensão tripartida também é explicitada em LINHARES, José Manuel Aroso, *Introdução ao direito (sumários desenvolvidos)*, vol. II (versão em A4), Policopiado: Coimbra, pp. 140 – 146, quando aborda os momentos operacionais do Método Jurídico, do qual herdamos muitos de seus pressupostos.

prático-prudenciais; é como se todas corresse sobre o mesmo leito de um rio, no que tange aos métodos de desenvolvimento da doutrina (e até mesmo quanto às funções) e, depois, na realização do direito, desaguassem em diques diversos, separados em função da concepção que têm da juridicidade. Em suma, não conseguimos vislumbrar diferenças na doutrina quanto a objeto e método que justificassem não referenciarmos o pensamento tecnológico, do qual nos afastamos enquanto concepção *jusfilosófica*.

#### ***a) O modo analítico (ou lógico-conceitual) da doutrina***

Modo de ser da doutrina que se orienta por uma razão teórica de direção sujeito-objeto: o direito apresenta-se como um objeto sobre o qual atuará seu pensamento que o trará aos domínios de sua consciência para ser apreendido. É nessa atividade que a doutrina produzirá conceitos<sup>135</sup> – além de análises, descrições –, a qual tem fundamento normativo, axiológico e dogmático.

É o emprego da racionalidade teórica que vai permitir essa atuação da doutrina em detrimento da atividade legislativa e em preferência em relação à atividade jurisdicional, que consagra uma racionalidade eminentemente prática. Privilégio e não exclusivismo na utilização da racionalidade teórica, o que implica dizer que, mesmo quando da realização concreta do direito, que pressupõe um recurso à argumentação prática, é possível a presença da racionalidade teórica. ALEXY afirma, em suas regras de transição, que é sempre possível, em sede de discurso prático, fazer uma transição para o discurso teórico.<sup>136</sup>

E esse é o ponto-chave sobre o qual nos debruçamos neste trabalho, como instrumento da função desoneradora da doutrina estão os conceitos (e sua sistematização), bem como descrição de institutos, classificações, análises, etc., tendo em vista que a doutrina já percorreu o *iter* na produção deste, já se debruçou sobre o objeto, já interpretou os dispositivos normativos a que se refere, já comparou, sintetizou, analisou e produziu materiais, que podem ser utilizados pela jurisprudência sem que esta tenha que refazer todo o caminho.

---

<sup>135</sup> É assim que também o compreende ALEXY, *Op. cit.*, 54, pp. 241: “A dimensão lógico-analítica inclui tanto a análise de conceitos legais quanto a investigação das relações lógicas entre várias normas e princípios.”

<sup>136</sup> *Idem*, pp. 296.

Nesse ponto, convém recordar a doutrina de JHERING quanto ao tratamento científico dos materiais jurídicos; sabemos que este foi desenvolvido dentro de uma corrente metodológica enquadrada no normativismo, porém, esse tratamento que o Autor desvendou ultrapassa as barreiras desse método e serve de apoio para compreendermos o modelo analítico de trabalho doutrinário. Nas operações fundamentais da técnica jurídica a que JHERING confere à jurisprudência inferior, estão essas tarefas *mais científicas*.<sup>137</sup> Ele faz a distinção entre jurisprudência inferior e superior exatamente pelo tratamento mais ou menos científico dado ao direito, e, portanto, o alcance cognitivo que tem.<sup>138</sup> À jurisprudência inferior, cabe a produção de proposições normativas (e princípios); e à superior, com o devido tratamento científico dado sobre aqueles materiais, a produção de conceitos e institutos.

Valem as palavras de FERRAZ JÚNIOR que nos fazem entender que por meio desse modelo doutrinário, a dogmática dirige o sistema jurídico, o que não implica em regulação, mas direção, orientação. Em termos metodológicos, a doutrina em um modelo (modo de atuação) analítico se utilizará de procedimentos lógicos: dedução, indução e analogia.<sup>139</sup> O modelo analítico privilegia uma orientação de dentro para fora, preocupa-se mais com questões internas ao sistema e menos com as suas consequências para o sistema social que o circunda.

Assim, o teórico do direito, mesmo que parta de situações concretas, não as analisa a partir da contingência do caso, mas a partir do sistema jurídico, dos elementos que lhe são internos. Imagine-se o rompimento de um contrato civil, o judiciário analisará a questão a partir dos fatos, levará em conta os argumentos das partes entre outros; um doutrinador, abstrairá todas essas questões e centrar-se-á tão somente nos institutos jurídicos que o

---

<sup>137</sup> LINHARES, *Op. cit.*, 134, pp. 95: “Segundo Jhering, das operações metódicas (de análise, concentração e interpretação dos materiais jurídicos) que são cumpridas pela chamada jurisprudência inferior... O que, como veremos infra (...), significa reservar para a ‘muito mais científica’ jurisprudência superior através das tarefas da construção-sistematização daqueles materiais (esta sim verdadeiramente indutiva!), a descoberta de um autêntico sistema de corpos jurídicos, que são precisamente os institutos e os conceitos.”

<sup>138</sup> JHERING, Rudolf Von, *La dogmática jurídica (seguida de un apêndice con las doctrinas de Jhering y Windscheid sobre el derecho subjetivo)*, 2ª ed. Castellana, Buenos Aires: Editorial Losada, 1946. pp. 132: “Se puede también calificar justamente de inferior a la jurisprudencia por el tiempo en que dejó a la materia en esta forma, y mientras que el trabajo al que le somete, no la transforma interiormente, ni la especifica. Distingo, pues, la jurisprudencia inferior de la superior jurisprudencia, así como establezco la diferencia que existe entre la forma inferior y la más elevada del derecho.”

<sup>139</sup> Vale referenciar que para FERRAZ JÚNIOR, é o modelo analítico da dogmática que possibilita a autonomia do jurídico em relação ao sistema social, pois em sua análise, incluem-se as funções de ligação e de diferenciação dos fenômenos jurídicos.

envolvem, retirando de dentro do sistema os elementos importantes à questão: a vontade, como se exprime, os elementos necessários à formação do contrato; o que caracteriza o inadimplemento, que circunstâncias dão azo à sua denúncia, que consequências essa denúncia tem para cada parte, para o denunciante, para o denunciado, etc. Essas proposições, abstratamente retiradas de dentro do sistema, serão utilizadas, como operadores por aqueles que vão proferir outras proposições e decisões em um caso concreto.<sup>140</sup> O que não implica no engessamento do sistema, os conceitos podem sempre vir a ser revistos, realocados, criados, recriados, mas em atenção ao outro princípio que rege o pensamento teórico: o princípio da fundamentação suficiente, ademais, vale a máxima de ALEXY no que tange à contra-argumentação de precedentes, o decidente que deseja furtar-se à utilização de um conceito, por crer ser insuficiente ou errôneo, tem o encargo de refutá-lo.<sup>141</sup>

#### ***b) O modo hermenêutico da doutrina***

Diz-se que não há realização jurídica sem interpretação, e é a isso que se presta esse modo de ser da doutrina, é possível ter uma atitude hermenêutica perante o direito, e mesmo com todo o cariz de abstração que informa a doutrina jurídica, essa, em caráter mais abstrato que a jurisprudência, interpreta dispositivos legais, princípios, regras, jurisprudência, institutos jurídicos, conceitos; não sendo cativa de um caso concreto, goza de abstração e de liberdade, desde que uma liberdade guiada pelos ditames da razão. Nas ciências ditas do espírito, como o direito, a função da hermenêutica revela-se em compreender as realidades que a envolvem, apreendendo seu sentido.<sup>142</sup>

A atividade interpretativa é considerada imprescindível à realização do direito, por meio da mediação desta, o jurista pode conciliar sua concepção da experiência jurídica, a teoria das fontes de direito que adota, imprimindo-lhes racionalidade com a possibilidade de

---

<sup>140</sup> ADEODATO, *Op. cit.*, 16, pp. 16: “O pensar dogmático competente exige condições de distanciamento para que se possa sair dele e melhor dominá-lo. O operado jurídico (juiz, procurador, advogado, promotor, árbitro etc.) rigidamente atrelado à letra da lei não pratica adequadamente a tecnologia dogmática, reduzindo-se a mero repetidor de fórmulas burocratizadas. O distanciamento crítico é assim mais apto tecnicamente a produzir os resultados desejados e é até melhor eticamente, pois responde-se aos anseios sociais de forma mais rápida diante da evolução do direito.”

<sup>141</sup> *Op. cit.* 54, pp. 299.

<sup>142</sup> BRONZE, *op. cit.*, 121, pp. 145: “interpretar seja atribuir à norma-texto um único sentido... mas também integrá-la no sistema-pirâmide e em simultâneo e indissociavelmente explicitar este último (na sua auto-subsistência dogmática e nas possibilidades que esta autoriza), entenda-se, recorrer à «perspectiva categorial-classificatória» oferecida pelo sistema para em última instância vencer a indeterminação linguística de que o texto-objecto padece (interpretação dogmática)..”.



alcance do sentido daquilo que interpreta. Esse momento interpretativo, no modelo desenvolvido por JHERING, no método jurídico, corresponde à tarefa da jurisprudência inferior, porque a hermenêutica é tradicionalmente compreendida como uma técnica, ou uma arte, não dotada de cientificidade e, portanto, não reflete o tratamento que deve ser dado pela jurisprudência superior, que cuida de questões mais científicas.

A hermenêutica, em Direito, visa interpretar uma disposição normativa (traduzindo-a e retirando-lhe o sentido), tornando possível de ser manejada, operacionalizada e orientar uma decisão, emitir sobre esse dispositivo um juízo estimativo que individualiza a norma, interpreta seus ditames e orienta uma decisão sobre um caso concreto. Interpretar e realizar o direito são atividades complementares, sendo que esta última precisa necessariamente passar pela primeira.

Foi de SAVIGNY que o direito herdou os elementos de interpretação desenvolvidos em sede de uma teoria tradicional da interpretação, mas que nos alcança: *elemento gramatical* – que buscava o sentido da lei em seu texto; elemento histórico que buscava suas origens históricas, aqueles elementos que lhe deram causa; *elemento lógico – sistemático* (em SAVIGNY representavam dois elementos distintos, a que tradicionalmente se tem unificado), preocupado com o sentido proposicional da lei e com a integração com as demais proposições normativas<sup>143</sup>, e um quarto elemento de que o Autor tratou, mas com diferenças de orientação na evolução do pensamento (o I SAVIGNY ensinava a excluí-lo, enquanto o Segundo orientava a delegar-lhes papel secundário, por considerar ser um elemento extrínseco à norma); o *elemento teleológico*, que é a finalidade almejada pela norma. E, assim, assistimos, no Século XIX, o desenvolvimento das diversas teorias metodológicas, abordadas no Capítulo 2, que tinham como principal elemento norteador a hermenêutica jurídica.

Para FERRAZ JÚNIOR, a hermenêutica permite um espaço de liberdade em relação ao texto normativo, pois entende que uma dogmática de sentido hermenêutico vai ter o olhar voltado para fora do texto, mais preocupada com a interpretação do texto de acordo com a realidade social que o rodeia (*ela se orienta para as consequências das ações*), e buscando extrair-lhe o espírito, tornando-a adaptável às diversas situações que se renovam no tempo. É esse modo de “atuação” da dogmática que torna possíveis textos antigos regularem

---

<sup>143</sup> SAVIGNY, *Op. cit.*, 83, pp. 208s.

situações novas<sup>144</sup>, é isso que perpetua um texto em gerações que se sucedem e guardam pouca semelhança em termos de conflitos sociais. A esse ponto destacamos que é aqui também que surge a disputa entre objetivismo e subjetivismo na interpretação do direito, o objetivismo visa retirar do texto, por meio da interpretação, o sentido da norma; enquanto subjetivismo significa encontrar na intenção do legislador o sentido original da norma, para essa segunda corrente, além do texto normativo, importa considerar os *travaux préparatoires* das leis, entre outros.

Acrescentamos ainda que para AARNIO, a interpretação jurídica realizada pela doutrina divide com a jurisprudência dois pontos de partida em comum: 1) a exigência de racionalidade; 2) a aceitabilidade do conteúdo; ambos são a garantia de uma decisão dogmática ou jurisprudencial, comprometida a segurança jurídica e a justiça. Esses dois pontos de partida representam o que o autor denomina por *princípio regulador da dogmática jurídica*.<sup>145</sup>

Em uma dimensão hermenêutica, a doutrina poderá promover também a integração das decisões judiciais ao sistema, em sua reconstrução prática, possibilitando a coerência da interpretação das normas, que devem levar em consideração não somente aquela situação específica, mas todo o sistema jurídico, e as consequências que uma interpretação terá nos diversos “ramos” daquele sistema.<sup>146</sup> Não são só as leis e os seus motivos que são interpretados, também os trabalhos dos tribunais o são, e ao retirar-lhes o sentido, a doutrina intermedeia a reconstrução do sistema, por meio da interpretação e da integração da decisão concreta. PECZENIK destaca que – e consideramos ser de suma importância – quando interpreta, a doutrina é um importante instrumento para assegurar a coerência daquele objeto (seja a norma geral, seja uma decisão concreta) interpretando em relação ao sistema jurídico.

---

<sup>144</sup> E nesse aspecto vislumbramos uma importante tarefa da dogmática: possibilitar, que textos antigos (por vezes muito antigos) possam ser aplicados a situações novas.

<sup>145</sup> AARNIO, Aulus, *Le rationnel comme raisonnable: la justification en droit*. Bruxelles: E. Story-Scientia, 1992. pp. 281. Para o autor essa aceitabilidade racional assume, na dogmática jurídica, o papel que a verdade desempenha nas ciências empíricas. Da mesma forma que nas últimas, a aproximação da verdade é a meta, na ciência jurídica, a maximização do consenso o é, o que dá legitimidade às decisões da doutrina.

<sup>146</sup> PECZENIK, Aleksander, *Scientia Juris: Legal doctrine as knowledge of law and as a source of law in A treatise of legal philosophy and general jurisprudence*, vol. 4. Dordrecht: Springer, 2007. pp. 20, traz o exemplo da posição defendida pelos juristas alemães no sentido de oporem-se à introdução de limites de velocidade nas autoestradas, supostamente justificado pela existência de regras de seguros contra acidentes. Essa seria uma solução estranha ao sistema alemão, conhecido por tolerar e conviver bem com as altas velocidades alcançadas nas autoestradas. Tal imposição de um limite de velocidade em um sistema como o português ou brasileiro seria justificável por esta ou outras vias, difícil seria advogar sua inexistência.

Quanto a esse momento, em uma concepção prático-normativamente orientada, é acrescida a nota da unidade metodológica entre a interpretação e a realização do direito, onde esta primeira somente encontra o termo de seu desenvolvimento, no momento da realização em concreto.

### ***c) O modo empírico da doutrina***

Por esse modo de ser da doutrina, são elaboradas as proposições decisórias. Não significa aqui decidir um conflito com vinculatividade, mas decidir as alternativas que existem nas diversas situações jurídicas.<sup>147</sup>

O pensamento jurídico normativista (e também o funcionalismo) evidencia a dimensão decisória da aplicação do direito, enquanto o pensamento prático orientado não. Entende-se decisão aquela orientada pelas convicções do decidente, aquele que, por força do poder de decidir, imprime-lhe o que sua razão (uma razão particular) lhe impõe. O juízo, por sua vez, é a realização do sistema, *um julgamento que se nos expõe ele próprio como uma prática concreta e singular de realização da validade comunitária*<sup>148</sup>. Na conjugação de ambos, temos o juízo decisório, em que o primeiro verbete sinaliza a fundamentação daquela primeira. O juízo, por sua vez, é a participação da racionalidade (*estrutura lógica*) e do discurso (*modus operandi*) na construção do edifício jurídico; esse discurso, por possibilitar um juízo, é o palco de realização do direito, e é, pois, por mediação do discurso que poderemos ter uma decisão judicativa fundamentada<sup>149</sup>, e como expressão de uma *potestas*. Revela-se, assim, a relevância da fundamentação, e, por sua vez, da argumentação, é esta que vai possibilitando aquela, na operacionalização dos materiais jurídicos do sistema, nos quais se incluem os materiais dogmáticos.

---

<sup>147</sup> FERRAZ JÚNIOR, *Op. cit.*, 62, pp. 165: “se compararmos a Dogmática de estilo analítico e a de estilo hermenêutico com a do modelo empírico, verificaremos que, enquanto a primeira busca os critérios do jurídico e do antijurídico a partir das premissas do próprio sistema jurídico, sem se importar com as consequências (do sistema para o mundo circundante), a segunda se preocupa com as consequências, buscando os critérios a partir delas. A terceira, finalmente, se coloca num meio-termo, visualizando a questão a partir da própria decisão, como um procedimento intermediário entre as premissas e as consequências da decidibilidade”.

<sup>148</sup> *Op. cit.*, 134, pp. 87.

<sup>149</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Op. cit.*, 50, pp. 65: “o modelo de racionalidade que a ‘teoria da decisão’ postula não é afinal aquele que a decisão jurídica implica: aquele modelo refere uma racionalidade teórica (teorético-dedutiva), esta decisão convoca uma racionalidade prática (prático-valoradora) e se aquela aceita esquemas formais de inferência rígida, esta exige sempre o prudencial juízo concreto de referência e nuance pragmático-situacional”.

É nesse domínio que mais especificamente a doutrina utiliza-se da racionalidade prática, e assume a dimensão do discurso jurídico, sendo ela parte do sistema jurídico e este um discurso prático, e, por isso, ALEXY fala em proposições<sup>150</sup> (*modelos normativo-dogmáticos*<sup>151</sup>), pois nessa tarefa, a dogmática assume viés argumentativo, aplica os resultados das duas outras funções para justificar decisões jurídicas, decisões que propõem soluções ao conflito jurídico concreto ou ao conflito teórico. Essas justificativas às decisões são os argumentos dogmáticos, ou proposições dogmáticas, que, posteriormente, nos tribunais, serão utilizados pelos contendores dentro de uma argumentação jurídica, cujo discurso deve seguir regras, e, aqui, acolhemos as regras definidas por ALEXY em sua Teoria da Argumentação Jurídica. O Autor apresenta, sob essa rubrica da atividade prática da doutrina, cinco condições que devem ser encontradas em um argumento dogmático:

- Devem ser proposições, sentenças propositivas e não um conjunto de atividades, para que possam assumir a função de instrumentos decisórios. São modelos normativo-dogmáticos.

Por decorrer de um pensamento científico, não pode se reduzir a um conjunto de atividades, o direito é uma ciência normativa, e por ser normativa a ciência do direito, seus resultados são prescritivos, ainda que sem força vinculativa decorrente de uma *potestas*, mas decorrente de uma presunção de racionalidade.<sup>152</sup>

---

<sup>150</sup> ALEXY, *Op. cit.*, 54, pp. 244: “Visto que se supõe que a dogmática jurídica providencia uma base para os argumentos, é desejável no presente contexto tomar o termo ‘dogmática jurídica’ como contendo agregações não de atividades, mas de proposições.”

<sup>151</sup> *Op. cit.*, 134, pp. 118: “O modelo (critério e fundamento) dogmático-normativo (direito da jurisprudência doutrinal) a beneficiar-se de uma presunção de racionalidade e a vincular-nos nos limites discursivos da sua conclusão ou fundamentação críticas.”

<sup>152</sup> ADEODATO, *Op. cit.*, 16, pp. 17s: “No grupo das teorias prescritivas estão aquelas que sugerem determinadas normas, princípios, procedimentos, em suma, regras que **devem ser obedecidas** de modo a propiciar decisões mais adequadas, mais racionais, mais justas, mais corretas, mais naturais, em uma palavra, decisões de alguma maneira **melhores**, isto é, **mais desejáveis** do ponto de vista teórico. Essas teorias sempre revelam alguma forma do que se pode denominar **conteúdo moral**, na falta de melhor expressão, vez que revelam a visão do mundo que os teóricos que as prescrevem tem. Isto parece ocorrer mesmo quando as prescrições que apresentam como exclusivamente **formais** ou **analíticas**.

Se o que é prescrito como desejável pode ou não realizar-se é outra questão e, de qualquer sorte, sua resposta dependerá do contexto ou do procedimento a ser seguido. Por outro lado, tais teorias deixam claro que os procedimentos sugeridos não são efetivamente observáveis, não são parte da realidade perceptível empiricamente, vez que os prescrevem em vez de descrevê-los, o que revela seu caráter, ao menos temporariamente, **ideal**. Isso é expressamente admitido, por exemplo, quando o autor defende a legalização dos procedimentos sugeridos por sua teoria, ou seja, sua positivação na ordem jurídica estatal vigente.” (Grifos do autor).

- Não se resumem a descrição normativa, nem com razões de decidir da jurisprudência.

Porque as prescrições da doutrina orientam a ação, não simplesmente descrevem fenômenos, como se poderia observar em um ramo científico natural, o direito lida com normas, com ação. E não se confunde ainda com as razões de decidir da jurisprudência porque a doutrina goza de muito maior abstração, desvinculação a um caso concreto e maior vinculação à realidade, além de faltar-lhe a capacidade para dirimir conflitos por si só, elas vão, como já observado em SHINER, por intermédio da argumentação, auxiliar uma decisão.

- Está em coerência com outras proposições doutrinárias, por isso a doutrina é também conhecida como *communis opinio doctorum*.

E mesmo que contradite outras proposições, apresenta seus argumentos de discordância. Há sempre um grupo de teóricos que se alinham a este ou aquele pensamento e formam uma “corrente” por vezes dominante, por vezes minoritárias (quando não há uma terceira ou mesmo quarta, etc.), porque parte das mesmas premissas e apresentam argumentos semelhantes e discordam com a outra corrente em pontos também semelhantes.

- Está em coerência com o sistema jurídico.

É inegável a contribuição dos funcionalismos jurídicos para compreendermos este ponto, pois, por meio de seu pensamento funcional-tecnológico, compreendemos que uma das funções da doutrina é, por meio da diferenciação, relegar ao jurídico apenas aqueles materiais que o são, autonomizando o sistema jurídico do restante dos sistemas que o circundam, mas também lhe garantindo unidade interna por coerência.

- Têm conteúdo normativo, orientam decisões.

Muito bem traduzida nas palavras citadas de ADEODATO, é próprio de ciências prescritivas preverem condutas que realizem os resultados previstos como sendo os melhores (que para os funcionalistas serão os mais adequados). É para esse fim que a doutrina conhece,

para poder orientar tomadas de decisão, não para descrever,<sup>153</sup> mas para prescrever. E guarda em si, por essa característica, aquilo que constitui o caráter dogmático do direito.

## 5.2. CLASSIFICAÇÃO DAS PROPOSIÇÕES DOUTRINÁRIAS

Em JHERING<sup>154</sup>, essas proposições doutrinárias correspondem à descrição de normas e de regras que foram sendo interpretadas pelas jurisprudências inferior e superior. ALEXY, utiliza essa terminologia para fazer referir o contrário, por não poder se resumir a essas descrições, a doutrina opera por meio de proposições, bases para argumentos. Nessa linha, o Autor classifica as proposições doutrinárias, que são assim reconhecidas, considerando as cinco condições *supra* mencionadas, em:

### *a) Conceitos jurídicos normativamente vinculados*

Conceitos jurídicos vinculados que dependem dos elementos normativos já que a doutrina não pode se afastar do caráter vinculante do sistema jurídico, compreendido aqui em sua multiplicidade de estratos autorreferidos: normas, princípios, decisões judiciais, realidade jurídica, etc.

A vinculação normativa mantém a coerência entre a doutrina e o sistema, ao qual nos referimos. Um exemplo nesse sentido, encontramos em uma alteração legislativa ocorrida no Brasil, que, por sua vez, provocou uma alteração no conceito doutrinal que se referia ao delito previsto normativamente: até a publicação da Lei 12.015/2009, no Código Penal Brasileiro, existia a previsão de pelo menos dois crimes contra a liberdade sexual:

---

<sup>153</sup> *Op. cit.*, 54, pp. 243: “*seria estrito demais conceber a dogmática como confinada à análise lógica das normas jurídicas. Assim confinados, os argumentos dogmáticos teriam pouco com que contribuir para a justificação de afirmações normativas*”.

<sup>154</sup> Referindo-se ao conceito de proposições jurídicas produzidas pela jurisprudência inferior no método jurídico, em LINHARES, *Op. cit.*, 134, pp. 140: “*Podemos dizer que estes materiais-dados constituem o direito posto e (ou) imposto imputável ao (histórico-comunitário) ‘elemento político’: um direito eventualmente já disponibilizado em estruturas de ordenação contingentes (instituições historicamente reais, ordens orgânicas, coletâneas, códigos)... e que, no entanto, só se torna racionalmente ‘cognoscível’ — e assim filtrado como um autêntico objectum epistemológico (dominado pelo modelo auto-subsistente da norma-ratio e pelas possibilidades ordenadoras que este sustenta) — quando aqueles materiais se convertem em (quando são explicitados e determinados como) proposições jurídicas (Rechtssätzen). Proposições estas que em si mesmas (na sua estrutura hipotético-condicional) e nos conjuntos que autorizam — iluminados explicita ou implicitamente pelos princípios gerais — ... mas então também (e muito especialmente) na coerência por vizinhança (Verwandschaft) com que horizontalmente se relacionam... compõem o território por excelência do direito (objectivo) dado.*”

estupro e atentado violento ao pudor. O crime de estupro tinha por previsão legal a conduta de “*constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça*” (antiga redação do art. 213 do Código Penal Brasileiro); e o atentado violento ao pudor, “*constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal*” (antigo art. 214 do Código Penal Brasileiro). A doutrina classificava o crime de estupro como crime próprio, e de forma vinculada, entre outros. O crime de atentado violento ao pudor era considerado um crime residual, comum (não exigia condição especial ao agente), forma simples e seu conceito implicada a distinção do que fosse o ato libidinoso.

A referida lei veio dar nova redação ao art. 213, que passou a prever como estupro “*Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso*”, ao tempo em que revogou o art. 214. O crime de estupro, na lei, passou a abranger as duas condutas, de forma que a doutrina passou a contextualizá-lo como um só crime, não mais autonomizando as condutas. O conceito doutrinário acompanhou a mudança legislativa, o que antes era compreendido como dois crimes diversos, agora passa a constituir um só crime, a abranger duas condutas, para além de ter mudado de classificação, para crime comum, o que antes era doutrinariamente classificado como crime “*bi-próprio*” a exigir a condição especial do sujeito ativo ser homem, e sujeito passivo ser mulher, o que não mais se verifica. Não houve *abolitio criminis*, mas toda a modificação normativa implicou na sua modificação doutrinária, em que todos os manuais e livros de direito penal anteriores ficaram obsoletos nesse ponto, pois hoje, a doutrina precisa explicar que mesmo um beijo “arrancado” sem consentimento da outra parte, é, no Brasil, tipificado como estupro.

Mais uma vez apoiando-nos em LINHARES, quando explicita o Método Jurídico do positivismo, encontramos como conceitos aquela dimensão lógica do sistema. Dizer que é normativamente vinculado significa que, partindo da norma, o operador abstrai sua intenção prática e normativa para alcançar sua dimensão lógica, o conceito é o momento de objetivação lógica no sistema,<sup>155</sup> enquanto os institutos jurídicos representam o conjunto de normas categorialmente organizadas dentro de um mesmo domínio prático.

---

<sup>155</sup> LINHARES, *Op. cit.*, 23, pp. 38: “*Conceitualização que analiticamente se desenvolve numa complexa e apertada teia dogmática com que se pretende apreender lógico-conceitualmente toda a normatividade jurídica vigente e que culmina, mediante ou uma abstracção generalizante ou uma dedução transcendental que atingiria o a priori, na enunciação dos jurídicos — conceitos fundamentais de que se encarregariam as — terias gerais do direito — os conceitos fundamentais de — sujeito de direito, de —*

### ***b) Proposições sem vinculação normativa***

Quanto às proposições sem vinculação normativa, ALEXY discute as orientações que encontram consenso entre os advogados, mesmo que não tenham base normativa, pelo que o Autor descreve, são quase que regras costumeiras da *práxis* dos tribunais, mas que recebem tratamento racional e sistemático. Pode lhes faltar a vinculação normativa, mas não lhe falta a coerência sistêmica, e mesmo a coerência com outras proposições doutrinárias.

Encontramos exemplo no âmbito do direito Processual Civil Brasileiro, com um instituto sem previsão legal, de construção singularmente doutrinária (tendo sido primeiramente estudada por PONTES DE MIRANDA), e mais conhecida pelo nome de “exceção de pré-executividade”. No Brasil, foi acolhida quando o referido Autor elaborou parecer a pedido de uma companhia siderúrgica que se via executada em processos baseados em duplicadas falsas. O Parecer n. 95, de PONTES DE MIRANDA continha a formulação em que o Autor defendia a possibilidade de uma defesa ao executado por meio de uma “oposição de exceção pré-processual”.<sup>156</sup>

Esse meio de defesa do executado possibilita discussões sobre certas questões (como ausência da legitimidade da parte, ausência de interesse de agir, condições da ação e a falta de requisitos básicos do título executivo) a qualquer tempo do processo de execução que pudesse resultar na anulação do título executivo sobre o qual o mesmo se embasava, e sem necessidade de submeter o executado ao ônus da segurança do juízo. O executado tinha à disposição os embargos de execução, mas que tinham prazo de 15 após a citação e exigiam penhora para poderem ser processados. Assim, é viável o exercício da defesa na execução sem o condicionamento da prévia constrição patrimonial do executado.

O instituto assim “vigora” (não no sentido técnico) amplamente aceito pela doutrina e jurisprudência, até 2006, quando uma reforma ao então vigente Código Processo Civil Brasileiro alterou o art. 736 e revogou art. 737, de modo a permitir ao executado o ingresso de embargos independentemente de penhora, depósito ou caução. Porém, ainda continuou a ser invocado, não mais com ampla aceitação, já que parte da doutrina e da

---

*direito subjectivo*, de — *relação jurídica*, etc., e que o pensamento jurídico passaria a considerar como que analíticas — *verités de raison* do seu universo dogmático e das quais esse universo logicamente dependeria.”

<sup>156</sup> PONTES DE MIRANDA, *Dez Anos de Pareceres*, vol. 4. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1975. pp. 125-139.



jurisprudência entendem sua extinção, porém, continuou a ser invocado e acolhido subsistindo à reforma processual. Resta agora saber se continuará a ser aceito com o Novo Código de Processo Civil Brasileiro, que entrou em vigência em 18 de março de 2016.

### ***c) Descrições e designações do estado das coisas***

Descrições de coisas que as normas, os princípios ou os institutos almejam preservar, mas que por serem de alta abstração, é preciso extrair deles conteúdo aplicável.

### ***d) Formulação de princípios***

As reformulações de princípios seriam as premissas normativas que reduziriam a abstração dos princípios, tornando-os possíveis de serem realizados. Para ALEXY, a elevada abstração dos princípios exige que eles tenham nas proposições dogmáticas um mediador que lhe dê dimensão, especificidade, descrição, conceito; para que possam ser utilizados como operadores jurídicos em casos concretos. Lembremos a distinção feita entre fontes e fundamentos, em que os princípios são fontes, pois contém em si os referenciais de validade que a normatividade exige.

## **5.3. UMA DOUTRINA JURÍDICA COMPROMETIDA COM A REALIZAÇÃO DO DIREITO**

Quanto à racionalidade, a doutrina conjuga teoria e prática. Resta-nos, portanto, estabelecer os modos de atuação da doutrina, tendo em mente que esses modelos ou modos doutrinários não são estanques. Como nota ALEXY, *existem numerosas relações entre essas dimensões*. Assumindo essas características, a doutrina está apta a exercer suas funções face à jurisprudência, e, em especial, a desoneradora, a função que afasta o encargo da apreensão e da análise dos materiais jurídicos, por já terem sido feitos anteriormente.

Vemos que a relevância da doutrina vale tanto pela *auctoritas* a que se credita, como pela característica intelectual de quem emana (alguém de reconhecida autoridade teórica na comunidade científica). Vale analisar pormenorizadamente esses componentes: a racionalidade surge como uma presunção que confere legitimidade às soluções (proposições)

apresentadas pela doutrina, a isso corresponde a *auctoritas* que é como que um atributo a dotar as proposições com uma presunção de legitimidade, ou seja, a princípio, até que seja discutido novamente e refutado, aquela proposição tem a seu favor a presunção de que foi problematizada, consideradas todas as premissas necessárias (a que PERELMAN chamaria saturação) até chegar-se a uma decisão dogmático-doutrinária. Assim, cremos na correspondência entre *auctoritas* – legitimidade (que não é política, mas sistemática) – e presunção de racionalidade. De outro lado, temos a reputação intelectual do doutrinador que vai servir aqui como uma garantia a seus pares (da comunidade jurídica) que reconhecem-no como alguém que costuma ter rigor científico nos seus estudos, além de acumular conhecimentos na área, e percorre com acuidade o caminho racional necessário à tomada de soluções fundamentadas às questões que se põe, é alguém que detém autoridade intelectual.

O que, afinal, temos demonstrado é que a forma de atuação da doutrina se encontra intimamente ligada ao pensamento jurídico que a corresponde. Se refletirmos bem, é mesmo a ciência jurídica, em uma feição *zetética* que vai elaborando formas de concepção jurídicas, e esses teóricos vão influenciando outros que atuam dogmaticamente e que, por sua vez, vão empregar essas bases *jusfilosóficas* no estudo do sistema jurídico.<sup>157</sup> Porém, não acreditamos que a doutrina jurídica atue de forma tão estanque, compartimentalizada, a reclamar certas atitudes de acordo com a filiação filosófica a que pertence, pensamos, que a doutrina se permite agir de forma mais livre, o que não a autoriza ser arbitrária, pois ainda deverá dar os fundamentos do resultado de seu trabalho, e deve estar submetida às fontes do direito, ao próprio sistema jurídico, às referências normativas para além do processo racional a que deve responder, e resguardado um compromisso prático, que acreditamos lhe corresponder.

Encontramos, a par de uma teoria tradicional da interpretação jurídica, com a matemática legal que propõe, concepções diversas da juridicidade a admitir pelo menos as três formas de atuação que mencionamos aqui e que escolhemos a denominação: teórica, funcional, empírica. E pensamos mesmo que a doutrina pode conciliar essas três formas de atuação (dimensões). Esse talvez seja um bom ponto de convergência no pensamento jurídico atual que reclama tantas e diversas concepções: a doutrina apresenta-se como uma dimensão conciliadora.

---

<sup>157</sup> PECZENIK, *Op. cit.*, 146, pp. 3: “There is an interplay between general and particular legal doctrine: Particular theories use arguments justifiable in general doctrine; general theories, for their part, generalize results obtained from different particular theories.”

Pensamos ser a dogmática doutrinária uma instância que reconcilie o pensamento jurídico, atuando de forma cognitivista, pois a doutrina, em um sistema jurídico prático-normativamente orientado não possa assumir uma atitude teórica, exatamente porque ela não atua como uma instância de poder e porque não lida com casos concretos. Reconhecemos, no entanto, os entraves apresentados na objetivação do jurídico, para não falar dos limites da dedução lógica para a análise conceitual das normas,<sup>158</sup> e que, por isso mesmo, não é suficiente e vê-se compelida a convocar as outras duas atitudes.

Também encontramos, em CASTANHEIRA NEVES, uma tendência a ver a doutrina como um ponto de unidade do direito, se até agora discorremos ser esse ponto de conciliação e de unidade, a racionalidade, o Autor entende pela unidade em função de comporem um único sistema: pensamento jurídico e intenção do direito, numa perspectiva *ab intra*, onde *o pensamento jurídico é o acto e a auto-consciência noética do próprio direito é o pensamento que pensa a si mesmo e não se reduz ao conhecimento teórico sobre ele, como quem cuida de um objeto*<sup>159</sup>.

Voltando a LUHMANN, a diferenciação dos materiais jurídicos – dando juridicidade ao que é considerado nas questões, e garantindo uma solução jurídica, na esteira do que propõe LUHMANN, que se apresenta inclusive como um instrumento para a despolitização do direito, em um sistema em que mais crescentemente a legislação é um instrumento político e de programação. Assumindo uma atitude funcionalista, segundo o que aqui foi descrito, entendemos que a doutrina pode prestar-se a “purificar” a legislação, esvaziando-lhe de uma índole ideológico-política<sup>160</sup> e relevando dela as características que sejam puramente normativo-jurídicas. Mas não esqueçamos que essa é uma atitude que, isoladamente considerada, pode culminar em soluções funcionalistas, pelo que deve se conjugar à atitude precedente e ainda a convocar uma atitude prático-argumentativa de produção de

---

<sup>158</sup> *Op. cit.*, 54, pp. 243: “Desde a época de Jhering, esse sistema de dogmática jurídica tem sido alvo de muitas críticas. A objeção mais importante é fundamentada na impossibilidade de obter nova conclusão normativa usando somente os métodos da análise lógica e da inferência lógica. Usando a análise conceitual de um modo aparentemente lógico de justificar decisões e normas que não podem ser diretamente extraídas da lei, portanto, significa comentar por cima as premissas normativas necessárias para uma justificação que seja conclusiva de um modo verdadeiramente lógico. Isso é o que Jhering tem em mente quando corre contra o ‘culto da lógica que visa transformar a jurisprudência em matemática da lei.’”

<sup>159</sup> *Op. cit.*, 111, pp. 103-104

<sup>160</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Op. cit.*, 10: “a legislação ou o direito como legislação de que é titular o poder político, vê-se naturalmente determinada por motivos e orientada por intenções não puramente jurídicas, mas sobretudo por motivos e intenções de outra índole, de índole político-jurídica, se não só ideológico-política” o relevo dessa atitude da doutrina é também destacado em PECZENIK, *Op. cit.*, 146, pp. 7: “In a world of unsure politics and equally unsure philosophy, lawyers attempted to attain intellectual certainty by shaping legal doctrine for coherence.”

proposições dogmático-normativas – decisões doutrinárias produzidas em uma perspectiva sujeito/sujeito, fundamentadas racionalmente por meio de um discurso.

Vemos a necessidade da conjugação dessas três atitudes como um tripé sobre o qual deve repousar de forma estável o trabalho doutrinário, para que, promovendo uma reconciliação do pensamento jurídico, com suas diversas concepções e abordagens ao direito, a ciência jurídica se insira no sistema jurídico como uma instância legítima e venha a assumir papéis importantes na realização do direito. Mas ressalvamos que somente uma doutrina ligada ao pensamento prático poderá assumir-se dessa forma.

As dificuldades que podem emergir nessa conciliação seriam de natureza metodológica. Dedicamos uma análise a fazer corresponder diferentes correntes filosóficas do direito e suas respectivas propostas metodológicas, mas aquela metodologia se referia à realização do direito em concreto; esta que apontamos é a metodologia adotada pelo teórico que estuda o direito, sem intenção direta de realizá-lo, apesar de que os resultados de seu estudo, assim como aquele, orientam a ação ou a tomada de decisões. Também a metodologia assumida pelo doutrinador vai depender de sua concepção particular do direito e os resultados poderão ser descritivos, analíticos ou normativos, a variar de acordo com a posição adotada; porém, conforme analisamos acima, tomando por base o que vemos em ALEXY e em FERRAZ JÚNIOR, parece ser pacífico para diversas concepções do direito, que a doutrina possa se desenvolver em um momento analítico, hermenêutico e empírico, o que nos leva a acreditar em uma dimensão conciliadora da doutrina. Não no sentido de que a ela seja o ponto de unidade dessas diversas concepções, mas no sentido de que, seguindo esses modelos de atuação, pode se prestar a auxiliar o sistema jurídico, assumindo tarefas próprias, seja qual for a concepção que se tenha dele.

Em defesa de uma doutrina que conjugue os diversos aspectos aqui apresentados, acrescentamos uma referência a PECZENIK, quando enfrenta os argumentos da teoria crítica em relação à doutrina, entende que para que ela possa superá-los, deve propor teorias<sup>161</sup> medianas – são menos extensas racionalmente que as teorias filosóficas, menos abstratas, e ainda servem à justificação racional.

PECZENIK partilha a abordagem das fontes de SHINER para admitir que certas formas de direito, mesmo que distantes do paradigma da institucionalização ainda possam ser

---

<sup>161</sup> ALEXY denomina o resultado do trabalho da doutrina de proposições doutrinárias, PECZENIK chama teorias jurídicas. Cfr. PECZENIK, *op. cit.* 146, p. 31

admitidas ao processo decisório como *strictly institutionalized sources of law*.<sup>162</sup> Ambos estabelecem uma diferença entre “*contextually sufficient justification*” e “*deep or fundamental justification*”, a primeira é a fundamentação das decisões que se dá dentro da moldura do raciocínio jurídico; a segunda a fundamentação que se dá fora do raciocínio jurídico, o que se dá, por exemplo, com base na moral. E para PECZENIK, as *strictly institutionalized sources of law* inserem-se como subclasse da fundamentação contextualmente suficiente, ou seja, as fontes institucionalizadas do direito fundamentam a decisão por meio de uma racionalidade que considera o sistema jurídico.

PECZENIK considera como fonte de direito todo texto ou prática que são apontador pelo operador do direito, como razão de autoridade, por conta da qualidade da argumentação que produz, para o Autor, essa é a característica da doutrina legal que lhe garante posição de autoridade (no sentido que apregoa). E nesse contexto o autor admite a doutrina legal como fonte de direito, em função da razão de autoridade que sustenta, mas também em função da posição de prestígio do autor, da descrição e purificação do direito e porque tem a capacidade de dizer o que o direito realmente é.<sup>163</sup> Resta-nos, então, apresentar, no pensamento do Autor, como a doutrina integra a fundamentação de uma decisão jurídica.

Para tanto, o Autor explica que a doutrina produz o que ele chama de *teorias jurídicas*, ou seja, algo estável, fundamentada e consiste em um conjunto de proposições com consistência, clareza e fecundidade; e apresenta a classificação de DREIER das teorias jurídicas em teorias singulares, que lidam com normas relativamente concretas, subdividindo-se em teorias interpretativas, teorias normativas ( que lidam com normas não escritas, considerando-as parte do direito) e teorias medianas mediana, que, segundo o Autor, são, a um só tempo: construtivas, integram fenômenos sociais aos sistemas de conceitos legais básicos; institucionais, lida com as normas reguladoras de relações típicas, quais sejam, os institutos, a família, o negócio jurídico, etc.; principiológica, dá concretude aos princípios existentes no sistema, tornando-os operacionais; setorial, abrange diversos ramos temáticos: direito civil, comercial, trabalhista. Dessa feita, a estratégia a ser desenvolvida pela doutrina para sobreviver às críticas (e à crise da racionalidade e do pensamento jurídico) deve:<sup>164</sup>

---

<sup>162</sup> Cfr. p. 35 *supra* e SHINER, *op. cit.* 55, p. 3

<sup>163</sup> PECZENIK, *op. cit.* 146, p. 17 onde acrescenta: “*legal doctrine has a twofold nature: it is, on one hand, a relatively subordinated source of law and, on the other, the best presentation of the law itself*”

<sup>164</sup> *Op. cit.*, 146, pp. 32 e pp. 135 e sobre a reconciliação que propõe, pp. 79s.

- criar ligações com a filosofia;
- colher grupos filosóficos que façam sentido à doutrina jurídica;
- evitar comprometimento com teorias filosóficas fortes e preferir as teorias fracas (aquelas que prescindem de precisão).

O Autor não ignora a crise por que passa a doutrina legal, a sua aceitação no mundo do direito, enquanto teoria, e não técnica; e para enfrentar as críticas feitas à doutrina, o mesmo propõe uma reconstrução racional da doutrina jurídica, não para adequá-la aos padrões de racionalidade já existentes<sup>165</sup>, mas o contrário, ajustar os padrões de racionalidade a ela, o que só é possível pela adoção dessas estratégias acima apontadas.

Na visão do Autor, essa atitude de ligar-se a filosofias fracas são especialmente relevantes na fundamentação contextualmente suficiente, onde as opções filosóficas devem ser neutras, já que o raciocínio jurídico conecta-se com o próprio sistema, e não para além disso. Como exemplo, as teorias fracas, PECZENIK apresenta, por exemplo, assumem a força normativa do direito, sem preocupar-se em ter que explicar, ou fundamentar o que é uma teoria normativa, evitando as controvérsias que possam existir em torno delas; passando ao largo disso, a doutrina jurídica simplesmente assume que o direito positivo tem vinculação, porque é normativo.

Ou seja, a doutrina legal, em relação aos valores sociais, compromete-se com a crença de que o direito é normativo, mas sem preocupar-se se essa normatividade tem origem na razão universal ou qualquer outra; em relação à validade, entende que o direito é vinculativo, mas sem preocupar-se com o sentido ou a essência desses conceitos de validade, aplicabilidade e força vinculativa; e ainda assume que existem valores morais na sociedade e que o direito reflete esses valores comuns, sem preocupar-se se são universais, ou seja, se os direitos humanos são universais.<sup>166</sup>

Acrescentamos que essas preocupações que a doutrina jurídica pode prescindir ficam ao encargo da filosofia do direito, com sua abordagem *zetética*, que não prescinde de analisar os fundamentos últimos das questões que enfrenta e não está limitada aos dogmas.

---

<sup>165</sup> *Op. cit.* 146, p. 76: “The point is to adapt philosophical choices to the practices engaged in at law and under the law.”

<sup>166</sup> *Idem*, p. 80

## 6. AS FUNÇÕES DA DOUTRINA JURÍDICA, COM ESPECIAL RELEVO À FUNÇÃO DESONERADORA

Ao assumir funções perante a jurisprudência, apesar de sua inclusão no rol de fontes do direito ser controversa, a doutrina pode assumir-se como fonte empírica, ou fonte “*quase-institutionalized*” na terminologia de SHINER, isso porque por si só, a doutrina não resolve problemas jurídicos, mas pode, conjugada a outras fontes normativas, fazê-lo. Entendemos que, dentro de um discurso jurídico prático-prudencial de construção do direito, a doutrina pode auxiliar o decidente com o tratamento dado aos materiais jurídicos de que dispõe<sup>167</sup>, dada sua racionalidade aplicada ao tratamento dos problemas jurídicos em abstrato, e assumindo intenção teórica e prático-prudencial em relação ao objeto jurídico.

Tendo como pano de fundo a vinculatividade das fontes, somente são autênticas fontes, ou fontes de primeira classe ou ainda fontes formais, as *must-sources*, enquanto que a doutrina se revelaria como uma *should-source*, ou fonte material, ou de segunda classe.

Para realizar o direito, é preciso conhecê-lo. Isso fica claro quando a ciência jurídica se assume no seu momento analítico (ou lógico conceitual), em que poderá descrever e articular o sistema jurídico, elaborar conceitos, sistematizar institutos etc. No entanto, não cessam aí as possibilidades de realização jurídica. Enquanto a interpretação do direito vai ser incumbência da doutrina em sua acepção hermenêutica, a realização do direito vai assumindo-se prático-normativamente orientada, e, dessa forma, admite a existência de outros estratos ao sistema jurídico, não só as normas institucionais ou os precedentes, mas a doutrina e a realidade jurídica como exemplos de estratos não dotados de poder institucionalizado.

---

<sup>167</sup> *Op. cit.*, 16 pp. 15: “É o direito que transforma um mero agrupamento humano, com sua inevitável e desorganizada violência, em uma sociedade cuja organização monopoliza, disciplina, torna quantitativamente mensurável a violência. Além dessa aplicação direta, empírica, traduzida na ação dos chamados **operadores jurídicos**, que se poderia denominar **dogmática concreta**, há o nível metalingüístico da **dogmática científica**: esta ciência dogmática do direito visa a fornecer subsídios para a atividade argumentativa e decisória que caracteriza a dogmática concreta – ela compara, diferencia, define, interpreta, em suma, faz ciência. Mesmo a dogmática científica, enquanto teoria, objetiva auxiliar no desempenho dessa função essencial que é o controle dos conflitos. Nesse sentido, também ela está constringida a argumentar com base em normas positivas a fornecer critérios decisórios.

Mas a filosofia epistemológica do direito, que se pretende aqui, tem outra perspectiva, não-dogmática, ou seja, sem compromisso imediato com o trato dos conflitos jurídicos. Embora não ofereça propriamente respostas, esse enfoque da filosofia do direito também tem uma tarefa prática, na medida em que fornece os subsídios para se criarem respostas aos estímulos da vida, isto é, decidir alternativas de conflito, tomar posições éticas, técnicas, políticas, tomar posição científica. De todo jeito, apartar ‘teoria’ de ‘prática’ é tolice.” (Grifos do autor).

Com CASTANHEIRA NEVES, aprendemos a ter uma concepção fenomenológico-normativa, que se presta menos à indagação do *locus* do jurídico que para se centrar na questão da objetivação. Como vimos, o direito pode assumir a face de um objeto ideal, que manifesta-se mais facilmente apreensível aos sentidos por meio das formas (tal como os objetos matemáticos, por exemplo), sendo mais adequado à ciência jurídica não a pergunta sobre onde está o direito, mas como este se objetiva. A própria ciência jurídica apresenta-se como uma das instâncias de objetivação desse direito. Se a norma o é, claramente, com seu texto, com seus mandamentos, com suas prescrições de dever ser, a doutrina também objetiva o direito, interpretando os textos (e a realidade), definindo os direitos, comparando, diferenciando os institutos e os conceitos, também tratando de argumentos, com analogias, teses, antíteses; formulando teorias, fundamentando suas proposições. Nas suas inúmeras atividades, a doutrina trabalha, principalmente, como instância de objetivação do jurídico ao tempo em que fornece subsídios para a atividade argumentativa e decisória<sup>168</sup> da realização do direito.

Vimos, inicialmente, a evolução do pensamento jurídico e as concepções do direito classificadas em normativista, funcionalista e jurisprudencialista, sob um ponto de vista eminentemente filosófico. A concepção tradicional normativista do direito assumia um dualismo metodológico, em que a realização do direito era um momento totalmente autônomo à sua criação, para esse pensamento, era própria a separação metodológica, o direito realizar-se-ia a partir de seu conhecimento, de onde surgiria a necessidade de uma interpretação do direito - voltada ao seu conhecimento enquanto expresso e objetivado nas leis (no texto), para delas extrair-lhe o sentido teleológico, linguístico, histórico - que antecederia o momento de aplicação do direito.

Ocorre que, ainda em sede de um pensamento tradicional, uma revisão das premissas metodológicas se deu, especialmente após o positivismo legalista, em razão de uma *unificação intencional*<sup>169</sup>, justificando-se a recompreensão de dois pontos relevantes: o sentido da doutrina (enquanto ciência do direito); e da hermenêutica, com reflexos na atuação da primeira.

Havendo uma unidade entre o direito e sua realização, e, nesse ponto, a racionalidade já vai se intencionando como prático-normativamente orientada, há uma

---

<sup>168</sup> *Idem.*

<sup>169</sup> CASTANHEIRA NEVES, António, O actual problema metodológico da realização do direito *in Digesta*, vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2010 (reimpressão). pp. 260.



ampliação de fontes da juridicidade porque o direito passa a ser um *continuum constitutivo entre interpretação, aplicação e integração*<sup>170</sup>, ou seja, o direito não se constituiria inteiramente no momento da criação legislativa, e não se identificaria inteiramente na lei, mas se constituiria na sua realização, que operacionalizaria não o direito identificado restritivamente à lei, mas os materiais jurídicos, em uma concepção mais ampliativa a reconhecer diversos estratos ao sistema jurídico, o que leva à recompreensão da hermenêutica quando essa abandona o ofício de núcleo metodológico da realização do direito.

No pensamento tradicional, a hermenêutica se apresentava como, talvez, a única mediadora naquele dualismo conhecimento/realização do direito – e direito totalmente expresso na lei. A interpretação do direito é alargada por essa revisão de sua metodologia, para alcançar outros critérios normativos que não o texto com os sentidos que SAVIGNY lhe atribuíra, mas também elementos fora do texto.

A hermenêutica, em um sentido renovado, não deve cingir-se à explicação do sentido do texto, pois não se presta a fornecer os limites de um texto para que venha a ser acoplado à decisão em um esquema lógico-subsuntivo de aplicação do direito. Sendo operada pela doutrina jurídica, ela deve antes compreender os critérios jurídicos normativos dos operadores do sistema jurídico também não se restringindo a uma análise linguística do que os operadores querem dizer com a linguagem que utilizam; vai além, retiram o sentido normativo dos materiais jurídicos.<sup>171</sup> Mas aí vai implicado o problema que CASTANHEIRA NEVES já destacou: o objeto da interpretação jurídica difere de seu objetivo. Seu objetivo é extrair um sentido normativo de uma fonte de direito, com fins a estabelecer, a partir deste ato, um critério jurídico – o objeto, portanto, é a própria fonte<sup>172</sup>, que não se reduz ao texto da norma.

O mesmo monismo metodológico que permitiu a recompreensão da hermenêutica, leva-nos a revisitar o sentido da doutrina como sendo uma instância normativamente

---

<sup>170</sup> *Idem*, pp. 261

<sup>171</sup> REALE, *Op. cit.*, 133, pp. 265s: “A linguagem jurídica não é uma linguagem objetivo-denotativa acrescida de uma função directiva ou prática: é uma linguagem em si, normativamente e institucionalmente, performativa que, como tal, se subtrai aos esquemas da análise puramente lógico-empírica. Sendo o direito o que é e tendo a sua linguagem esta índole, a interpretação jurídica não é mera determinação analítico-linguística de expressões das leis – a entender, como quaisquer outras expressões significantes, sobretudo pelo seu texto –, mas a compreensão prático-normativa do critério normativo-jurídico que o caso decidendo solicita da norma legal.”

<sup>172</sup> CASTANHEIRA NEVES, António, *Interpretação jurídica in Digesta*, vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2010 (reimpressão). pp. 338.

constitutiva da juridicidade, operando no fornecimento ao sistema de operadores práticos à realização, como resultados de sua atuação hermenêutica, analítica e empírica.<sup>173</sup> E por ser normativamente constitutiva – e uma tarefa completada por meio da conjugação de racionalidade teórica e prática, momentos analítico, hermenêutico e empírico –, pode servir à desoneração ou à diminuição do trabalho do legislador, que pode se ater a conjugar os materiais jurídicos: normas, regras, precedentes e doutrina (e outros operadores externos ao sistema jurídico que vão nela implicados: a realidade jurídica, a cientificidade no tratamento de questões específicas e alheias ao conhecimento jurídico, valores sociais colhidos no sistema social, etc).

Convém, neste ponto, destacar que AARNIO nos alerta que a interpretação realizada pelo teórico e pelo decidente tem um aspecto *epistemológico* similar, pois ambos têm perspectiva do direito sistematicamente interna<sup>174</sup>. O Autor chega a essa conclusão a partir da comparação entre outras ciências: um estudioso de ciências sociais, por exemplo, vai ter

---

<sup>173</sup> *Op. cit.*, 169, pp. 260: “o objecto problemático-metodológico capital do pensamento jurídico é a decisão concreta, a judicativo-decisória realização do direito, e em ordem a ela é repensado o próprio sentido da elaboração dogmática ou doutrinariamente dogmática do direito positivo – a dogmática tem agora ‘uma tarefa pragmática’ (prática), propõe-se oferecer directivas ou modelos jurídico-normativos à realização do direito: ‘a dogmática não é uma teoria de proposições apodicticamente verdadeiras, mas fundamentação de decisões práticas’; (6) este sentido e este compromisso prático-normativos do pensamento jurídico não podem deixar de implicar-lhe ainda, por uma lado, a convocação de fundamentos e critérios normativos extratextuais (relativamente às positivas normas jurídicas), seja, eles interesses, fins ou valores, enquanto factores decisivos quer da determinação do sentido normativo-jurídico das normas e do seu concreto cumprimento, quer da integração e do desenvolvimento do sistema positivo, por outro lado, o indispensável recurso a outras fontes extralegais, ainda que fontes subsidiárias, dada a insuficiência normativa do direito legal; (7) por tudo o que o pensamento jurídico deixa de ser tão-só o analítico-teorético conhecimento (a ‘reprodução’) de um direito pressupostamente constituído a que se seguiria uma mera aplicação, para participar ele também na normativa constituição (da ‘produção’) do direito através da sua problemático-concreta e judicativo-decisória realização histórica. O pensamento jurídico revela-se, na sua intenção e tarefa prática, normativamente constitutivo”. E, ainda, BRONZE, Fernando José, Lições de introdução ao direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. pp. 660-661: “Cumpra à dogmática descrever articuladamente o direito vigente, mas não menos propor (à legislação ou às diversas instâncias de decisão) modelos de solução para muitos problemas juridicamente relevantes que vão inovadoramente emergindo – em qualquer das hipóteses explorando reflexivamente as potencialidades (a jurídica significatividade) dos diversos estratos integrantes do corpus iuris, em consonância com as intenções prático-normativas que o inervam. Em lugar de uma dogmática meramente reprodutiva, como sustentava o positivismo, perfila-se hoje diante de nós uma dogmática autenticamente constitutiva. A exemplo do que mutatis mutandis, acontece com os restantes planos do sistema jurídico, sempre que, justificadamente, se qualifique o seu contributo como desvelador de direito (por explicitante derivação, ou por instituinte inovação), a dogmática terá, portanto, que ser considerada um dos modos de constituição da juridicidade vigente (esta a razão por que não surpreende que as sentenças dos juízes, as peças forenses dos advogados, os pareceres dos juriconsultos, etc., se não limitem a invocar preceitos legais e antes se louvem, consoante as circunstâncias, na multiplicidade de estratos do sistema de direito).”

<sup>174</sup> AARNIO, *op. cit.* 145, pp. 19: “le dogmaticien du droit est nécessairement lié aux présupposés épistémologiques que le juge. Selin la terminologie de Ströholm, le dogmaticien du droit doit soutenir as position comme s’il éteit un juge. Cela signifie que le contenu de la signification est du même type dans les deux cas. Le dogmaticien du droit doit utiliser les mêmes sources du droit que le jugee, et tous les deux doivent se référer aux mêmes règles méthodologiques”.

aí, em relação aos fenômenos jurídicos, uma interpretação externa ao sistema jurídico, a partir de um ponto de vista da sociedade. Quando a jurisprudência abre a discussão, por exemplo, sobre a possibilidade de uniões civis entre pessoas de mesmo sexo, o cientista social vai primeiro voltar seu olhar para a sociedade, as implicações sociais, os fenômenos, as estatísticas, as consequências no convívio social, etc. O jurista, por seu turno, poderá colher esses dados científicos, próprios das ciências sociais, mas deve lhe dar tratamento jurídico (nos moldes da diferenciação defendida por LUHMANN) e dar-lhe juridicidade, no entanto, seu maior papel, enquanto operador interno do sistema jurídico, é abordar o instituto jurídico em causa, conceitos, origens históricas, implicações na ordem dos direitos, etc., tal como o faria o próprio decidente.

Se nos permitíssemos desenhar quadro paradigmático, diríamos a partir de LUHMANN que a doutrina atua como catalisadora no sistema jurídico, recolhendo materiais, e, por meio do tratamento racional, hermenêutico, analítico, fornece à jurisprudência operadores capazes de fundamentar normativo-axiologicamente decisões válidas. Com a particularidade de não ser a única instância a fazê-lo (a própria jurisprudência pode assumir esse papel, ou mesmo os outros atores ligados à sua atuação: advogados, promotores, procuradores, etc.) e, ainda, não limitar-se a esta única atuação no sistema jurídico.

Embora não seja o objeto direto deste estudo, mas guarda certa relevância com o que estamos discutindo, destacamos que existem diferenças nas soluções e na forma pela qual se desenvolve o trabalho de teóricos e de decidentes (ou entre as proposições doutrinárias e os precedentes jurisprudenciais) e que podemos sumarizar assim:

	<b>Proposições doutrinárias</b>	<b>Precedentes jurisprudenciais</b>
<b>Quanto às questões que discute</b>	Os teóricos atuam de forma mais abstrata, colhendo (escolhendo) problemas e solucionando-os sem as constrações de um caso concreto.	A jurisprudência não pode escolher os problemas a que se propõe resolver, e não o faz de forma abstrata.
<b>Quanto à vinculatividade</b>	A proposição doutrinária não tem força vinculativa, não há, como aconteceu em determinado período do Direito Romano, nenhuma prescrição política que determine que uma proposição doutrinária sirva de paradigma para decisão,	Gozam de certa vinculatividade, na medida em que – com sua repetição – tornam-se prejuízos, o decidente pode invocá-los e destacar, por meio da analogia, a semelhança do caso atual com o anterior decidendo. Em que pese essa presunção de

	nem mesmo os chamados enunciados que têm se tornado popular no direito brasileiro.	vinculatividade, existem aquelas orientações dos tribunais (súmulas não vinculantes e orientações) e também no direito brasileiro, encontramos as súmulas vinculantes (que guardam certa semelhança com os extintos assentos portugueses).
<b>Quanto ao tipo de operadores dogmáticos produzidos</b>	Estabelecem proposições (pré-conceitos).	Instituem pré-juízos.
<b>Quanto à liberdade metodológica</b>	Os teóricos têm a liberdade de buscar seus argumentos onde entendam, desde que fundamentem racionalmente sua ligação com a questão.	No discurso promovido na instância jurisprudencial, os argumentos giram em torno daqueles que são apresentados pelas partes e estão, de certa forma, ligados ao problema.
<b>Quanto ao tempo</b>	Teórico não está inserido em um processo com prazos, procedimentos determinados, e pode oferecer e dar-se a longas considerações e problematizações.	O decidente, como está sujeito a restrições de tempo e de atos que deve promover no processo, não pode dar-se ao luxo de promover extensas justificações, deve ater-se às necessárias.

Quanto às semelhanças, além daquela perspectiva sistêmica, aduzimos a *ratio decidendi*: tal como no precedente jurisprudencial, na proposição doutrinária, o que importa a quem vai repetir a sua orientação é a *ratio decidendi*, os fundamentos normativos da decisão. Sistematizamos as semelhanças assim:

	<b>Proposições doutrinárias</b>	<b>Precedentes jurisprudenciais</b>
<b>Quanto à perspectiva sistêmica</b>	Interior ao sistema	
<b>Proposições/Precedentes</b>	Racional-sistemicamente justificadas, subordinadas à legislação <sup>175</sup>	
<b>Justificação</b>	Produção de decisão fundamentada normativamente e que é a parte que se tornará paradigmática. Sua mera menção, no entanto, em sistema de <i>civil law</i> , não esgota a necessidade de justificação das decisões judiciais.	
<b>Racionalidade</b>	Eminentemente prática, mas não impede sua alternância e contributos de uma racionalidade teórica	

## 6.1. A NECESSIDADE DE JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Compreender a função desoneradora da doutrina nos impõe um percurso por essa exigência de fundamentação das decisões judiciais, que primeiro nos interpela a compreender a decisão de um caso concreto como um *juízo decisório*, com duas dimensões: uma primeira a mobilizar uma escolha (também chamada livre convencimento), a dimensão da decisão; a segunda expressa a fundamentação da escolha, a dimensão do juízo.

A doutrina, em sua função desoneradora, vai auxiliar o juiz tanto a conhecer o direito que regula o problema, bem como aprender os materiais jurídicos, socorrendo-o na formação da decisão, em sua dimensão carregada de sua *voluntas* e também no juízo, em que a fundamentação da primeira se construirá e que, em um estado democrático de direito, constitui a legitimidade mesma de qualquer decisão judicial, do contrário, a decisão prevaleceria, e com ela todas as idiosincrasias a que estaria submetido o cidadão.<sup>176</sup>

A fundamentação de uma decisão jurídica, em termos racionais, é a garantia constitucional do exercício do princípio democrático, pelo qual o cidadão não está sujeito aos arbítrios daquele que exerce o poder, e que este o faz não em nome próprio, mas seguindo regras e expressando a validade de um sistema.<sup>177</sup>

A decisão jurídica é tida como expressão da inteligência e da vontade do decidente<sup>178</sup>, inteligência quando conhece o direito, que não está isenta de sua fundamentação, porque a vontade, a escolha, é um âmbito de “atuação” do indivíduo de difícil alcance. Pedir as razões a um decidente, o porquê de sua vontade inclinar-se nesta ou naquela direção, envolveria um psicologismo de difícil operacionalização e mesmo fora do objeto de um pensamento jurídico. A garantia de obter razões, portanto, encontra-se no

---

<sup>176</sup> AARNIO, *op. cit.*, 145, pp. 7: “Comme il a été dit auparavant, le décideur ne peut plus s’en remettre à une autorité seulement formelle. Dans une société moderne, le gens ne demandent pas seulement des décisions autoritaires, mais ils exigent encore des justifications. Cette remarque vaut également pour l’administration de la justice. La responsabilité du juge est devenue de plus en plus la responsabilité de justifier ses décisions. L’utilisation du pouvoir par le juge repose sur l’acceptabilité de ses décisions et non sur une prétendue autorité formelle. Le devoir de fournir une justification est, en ce sens, spécifiquement la responsabilité de la maximisation du contrôle public de la décision. A cet égard, la présentation de la justification est toujours aussi un moyen d’assurer à la sécurité juridique une base rationnelle dans la société.”

<sup>177</sup> *Op. cit.*, 146, pp. 135: “Parties in litigation and citizens in general do not have blind faith in the lawgiver or in the decision-makers: They want to know why the decisions are as they are. Moreover, a coherent justification of legal norms and interpretation facilitates social control over lawmaking and law-implementing institutions, and this is an important requirement of democracy.”

<sup>178</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004. pp. 458.

âmbito da inteligência, que se expressa como juízo proferido, e suscetível a verificação externa.

Sem o juízo, sem a razão, a decisão é puro arbítrio, mas sem juízo, a decisão é puramente tecnologia, e nada impediria (ou diferenciaria) o juiz de um programa de computadores que pudesse, a partir de algoritmos previamente estabelecidos, escolher a decisão adequada ao caso concreto, considerados os fatores (dados) com que seria alimentado onde não se falaria em juízo decisório, mas em simples decisão, abandonando-se a racionalidade de fundamentação, para orientar sua decisão em direção aos fins programados<sup>179</sup>, cuja decisão realizar-se-ia por meio de juízos de adequação e de oportunidade, determinados por meio dos efeitos verificáveis em concreto.

Não é difícil perceber que o funcionalismo acolhe a instrumentalização da doutrina, mesmo o direito é instrumentalizado em função do político, do econômico ou do social. Porém, aqui, a doutrina surge mais como diferenciadora da juridicidade (e não como desoneradora no que toca à fundamentação de suas decisões), ou a conferir juridicidade aos materiais jurídicos que vão auxiliar nessa decisão, que se vai construindo em vários momentos, a saber, de uma engenharia social. A ciência jurídica, portanto, poderia prestar-se *in abstracto* a estabelecer possíveis situações para os programas de fins, em que tais ou quais efeitos seriam verdadeiros ou falsos, partindo daquela premissa, o que não deixa de ser temerário, no mínimo, no ponto em que pretende ver a realização do direito como uma simples tarefa em uma seara em que não existe exatidão matemática.

Do exposto, ousamos concluir que a doutrina não se prestaria a desonerar a atividade jurisdicional em um pensamento tecnológico, por dois motivos principais: 1) porque o pensamento tecnológico exigiria um pensamento jurídico mais *in concreto*, já que há grande influência do programa de fins e efeitos que só o caso concreto pode oferecer e a abstração doutrinária inviabiliza; 2) o pensamento tecnológico intenciona mais à adequação/utilidade e menos à fundamentação.

Além de um aspecto político, de conferir legitimação política a uma decisão, a fundamentação das decisões tem também uma face prática, ou seja, oferece a possibilidade de revisão da decisão, pois quem sabe o porquê pode questioná-lo, mas, não se encerra aí.

---

<sup>179</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Op. cit.*, 50, pp. 182: “*Que é tanto dizer que a fundamentação cede à instrumentalização ou a razão objectivo-material à formal ‘razão instrumental’, e a ordem (de validade ou institucional) à planificação (programático-regulamentar), a validade à eficácia ou à eficiência. Ou, de outro modo, aos valores substituem-se os fins (subjectivos), aos fundamentos os efeitos (empíricos) – numa só palavra, trata-se de um finalismo que se afere por um consequencialismo.*”

Decidir fundamentadamente é decidir com referência, com arrimo, balizado por um normativo vinculante de uma comunidade, um referente axiológico, ou seja, um fundamento de validade; o reconhecimento de uma ordem que deseja e submete àqueles valores remeter a constituição do jurídico aos padrões axiológicos que o direito intenciona realizar na prática.

Especificadas essas intenções e funções que a doutrina apresenta, em um direito que se reconhece como prático-normativamente orientado, queremos discriminar brevemente suas funções e nos centrar naquela que é o objeto do nosso estudo.

## **6.2. AS FUNÇÕES DA DOUTRINA JURÍDICA**

### ***a) Função de estabilização***

A doutrina jurídica, por meio das sistematizações que faz, das construções teóricas, da estruturação dos institutos, promove a integração dos diversos materiais jurídicos disponíveis, tornando-os operacionalizáveis. Essa função atende ao princípio da igualdade e mesmo de justiça, dando coerência ao sistema, garantindo um mínimo de segurança jurídica por termos um sistema estável.

Isso não quer dizer que a estabilização signifique engessamento, as decisões anteriores podem ser revistas, observada aquela premissa de que é preciso justificar uma tomada de decisão diversa daquela que é sempre tomada. E o que revela, ainda, a força dessa estabilização é que não basta um argumento de convencimento da decisão, mas além de convencer quanto à decisão a ser tomada, deve fundamentar o rompimento com a decisão anterior, deve justificar o porquê de não mais segui-la.<sup>180</sup>

Essa estabilização também é promovida pela doutrina na integração das decisões judiciais anteriormente proferidas ao sistema, de forma que essa decisão possa sempre ser invocada para resolver casos semelhantes no futuro.

A estabilização como nota de um sistema jurídico é ligada à institucionalização dos seus comando de dever ser, pois assegura uma continuidade, previsibilidade, certeza.

### ***b) Função de desenvolvimento***

---

<sup>180</sup> ALEXY, *Op. cit.*, 54 pp. 253: “A razão para a nova solução tem de ser suficientemente forte para justificar não só a nova solução, mas também o rompimento da tradição. O princípio da inércia de Perelman portanto se mantém. Quem apresentar uma nova solução fica com o ônus da prova.”

Segundo ALEXY, essa função é a que advoga em favor da cientificidade da doutrina jurídica. Concorre para essa função a abstração que pressupõe as análises doutrinárias, permitindo discussões mais aprofundadas, abrangendo leis, realidade jurídica, outras proposições doutrinárias, possibilitando o desenvolvimento da doutrina, e, conseqüentemente, do sistema jurídico, por meio de novas teses, novas teorias, novos conceitos.<sup>181</sup>

A ciência jurídica também promove o desenvolvimento do direito por meio de estímulos ao legislador, pois pensa o direito de forma sistemática, pode sentir que tipo de reformas e de modificações legislativas poderiam ser úteis às realidades que o direito regula; é comum, no corpo legislativo que elabora normas, ter a presença de juristas reconhecidamente especialistas na área em reforma, que dão o seu contributo técnico.<sup>182</sup>

### **c) Função técnica**

Tal como com outras ciências, o mundo jurídico se expressa ao jurista com uma linguagem própria, uma engenharia própria, e, ao teórico do direito, é possível identificar ou dar classificação jurídica às situações que lhe desafiam, em função de sua formação técnica no assunto. Seria semelhante a um médico que conhece o osso da perna por seu nome científico e basta mencionar essa palavra para ele já ter em mente tudo o que lhe diz respeito: os músculos que o envolvem, os outros ossos que lhe confinam, a composição material e o funcionamento, os tipos de problemas que podem apresentar, enquanto que para um leigo continuará um simples “osso da perna”. Fica patente a ligação entre essa função e o modo de ser hermenêutico da doutrina, que serve de ponte entre o mundo “leigo” e o mundo

---

<sup>181</sup> MARTINS-COSTA, Judith, *Modelos de direito privado*, São Paulo: Marcial Pons, 2014. pp. 26: “É por meio da doutrina que o Direito progride sem inseguros saltos nem demasiados sobressaltos, pois o seu papel é construtivo e progressivo. Não constrói do nada a doutrina, antes reaproveita, recombina, reexamina, o material que recava no sistema e no experienciar da realidade. Suas mais imediatas tarefas estão em esclarecer os significados dos modelos jurídicos, elaborar conceitos, orientar sua aplicação e em criar modelos doutrinários.” Também lemos em Castanheira Neves, *op.cit.* 110, p. 118: “A ordem de direito, como qualquer ordem, estiola-se se a sua estabilidade não for compatível com a variação, se não admitir a renovação ou o input assimilador do novo (como forma adaptativa à mutação do seu ‘exterior’), assim como ruirá se a aquisição e o novo, enquanto coordenadas da continuidade, romperem a consistência estrutural da institucionalização que é afirmada pela estabilidade”

<sup>182</sup> Destaque-se o que PECZENIK aduz quanto a um dupla-face da doutrina, *op. cit.*, 146, pp. 6: “Legal doctrine is Janus-faced: It aims to attain a knowledge of the law. At the same time, it is a part of the law in the broadest sense, for it participates in developing the norms of society.”



jurídico, pois tem o olhar voltado para um e para outro (também uma dupla face, que não representa mudança, e, sim, interligação).

#### ***d) Função de controle***

Controle da coerência sistemática das decisões judiciais, e também legislativas. Como dito acima, o jurista tem uma visão de alguém interno ao sistema jurídico, com a vantagem de não ter diante de si um caso concreto a decidir. Ele trabalha com abstração, isso viabiliza que possa promover essa coerência entre uma decisão concreta (judicial ou legislativa) e todo o sistema, em seus demais estratos.

Essa missão de promover controle ao sistema jurídico, a doutrina alcança por meio da crítica ao sistema, às leis, aos estatutos, às normas, o que se dá por meio de obras doutrinárias, de fóruns acadêmicos, de congressos, de colóquios, de debates, de encontros de teóricos. E conforme encontramos em PECZENIK, essa coerência que permite o controle, a doutrina o alcança:

- Por meio da argumentação, utilizando-se de analogia, de contradição, de indução, de dedução e de outros operadores lógicos;
- Por meio da inter-relação de conceitos – para compreender e explicar um conceito, faz uso de outros que já estão no sistema;
- Apresentando o direito como um sistema que contém elementos que se relacionam entre si;
- Apresentando os princípios e os objetivos do sistema como a pairar sobre as normas, dirigindo-as e justificando-as;
- Promovendo a unidade no tempo. O sistema jurídico vai mudando aos poucos, não muda totalmente de uma vez, cabe à doutrina, por meio dessa coerência, promover um controle das alterações;
- Por meio da unidade da validade legal.

#### ***e) Função heurística***

A doutrina, em concurso com sua abstração, pode proporcionar novas teorias ou novas conexões que a jurisprudência não é capaz de fazê-lo, porque está adstrita às

possibilidades do que foi pedido e porque suas decisões emanam de vinculação ao poder. A doutrina é independente dos poderes políticos e de constringências humanas, atendo-se ao seu dever científico, criando direito a partir do direito, não a partir de ideologias ou de conchaves políticos – assim deveria ser.

É nesse ponto que desempenha papel no preenchimento de situações que vão recheiar, por exemplo, as cláusulas gerais, que aparecem como um tipo aberto e indeterminado, necessitando ser integradas ao sistema, tarefa que é confiada precipuamente ao juiz, que se utiliza da sistematização (conceituação, análise) promovida pela doutrina. Também o preenchimento de lacunas ou de obscuridades do sistema, dotando-o de maior clareza.

#### **f) A função desoneradora da doutrina**

Dentre as funções que se pode atribuir à doutrina, como instância de constituição do jurídico, centramos nosso trabalho nessa função eminentemente metodológica, pois tem sua atuação imbricada na própria realização em concreto do direito. Enquanto as demais funções, com a importância que trazem, agem no sistema jurídico a informá-lo, a contribuir na explicitação e compreensão de sua intenção, se bem que, na esteira do que defende um pensamento prático, também somente encontrariam termo no momento de constituição polarizado na realização do direito.

Enquanto como pensamento jurídico, pensa-se a si mesmo, a função desoneradora, vai um pouco além, e com isso carrega todas as demais; mas também é essa extensão no que normalmente se lhe atribuiria, que a torna mais controversa: auxiliar na realização do direito em concreto. A partir do entendimento de que a unidade entre pensamento jurídico e direito, especialmente a unidade metodológica, o pensamento não somente explicita o normativo das normas, mas do sistema como um todo, e, em unidade de intenção com o próprio direito, concorre para a constituição em concreto de direito a partir de sua realização.

Como vimos, em SHINER, essa capacidade de fornecer elementos para resolução de conflitos é característica de uma fonte de direito, que nos estados de legislação, somente se reconhece às fontes estritamente institucionais, e a partir do pensamento do Autor, podemos a inferir ser a doutrina como uma fonte “*quasi-institutionalized*”.

Ademais, em termos metodológicos, o direito foi aos poucos abandonando aquele dualismo metodológico, que via na interpretação um momento estanque, sem referência ao problema que reclama solução, e, portanto, uma atitude teórica de reconhecimento do sistema. A realização do direito, como ato normativo que é, pois constitui direito, constitui a imposição de um dever ser, reclama uma doutrina que, quando pense o direito, seja normativa, pois *está a serviço de uma prático-normativa realização concreta*.<sup>183</sup>

Pensamos que a função desoneradora, na configuração que lhe dá ALEXY, configura-se como um dos operadores dogmáticos mobilizáveis pelo decidente na formação de seu convencimento, atuando, sim, na formação de sua *voluntas*, aquele elemento volitivo e apreensível somente ao psicológico, por meio da proposta de pré-conceitos - não prejuízos, como são os precedentes judiciais, mas operadores pré-concebidos.

A doutrina constrói também a inteligência do decidente quanto a uma questão, auxiliando-o na formação do juízo, este, sim, com reflexos perceptíveis em termos mais metodológicos e menos psicológicos. A doutrina dá legitimidade às decisões, de forma que o decidente não se apoie somente em suas idiosincrasias e em sua visão de mundo, mas tenha outro arrimo (báculo): o pensamento jurídico. Esse não é um privilégio da função desoneradora, também o faz por meio das outras funções, como pela função técnica, que socorre o decidente em dar juridicidade aos problemas *in concreto* que, muitas vezes, chegam ao juiz sem essa feição. Na função heurística, o decidente encontra novas teorias nas quais pode balizar suas questões, pois, constrangido pelo princípio do *non liquet*, deve dar resposta a tudo, a todas as questões. Em todas essas questões, a doutrina oferece-lhe subsídios para sua atuação, poupando-lhe o tempo que gastaria, caso tivesse que ele mesmo criar novas teorias, dotar de juridicidade os fatos controversos do processo, entre outros desafios que enfrenta na sua tarefa de realizar o direito.

Essa função desoneradora, trocando em miúdos, significa que a doutrina fornece contributos ao decidente, para afastar deste a necessidade de ir aprender e apreender o direito, evitando que se entregue a um exercício racional de problematização sem fim. E o faz não porque ofereça um argumento dogmático (em termos de encerramento da busca de fundamentação por dogmas autoritários), mas porque a doutrina mesma já trilhou esse caminho.

---

<sup>183</sup> Op. cit. 50, p. 124

Algumas vicissitudes próprias à doutrina e ao enfoque epistemológico que ela tem possibilitam essa função, além da racionalidade teórica, a par de uma racionalidade prática, que acreditamos ser a “predominante”, além da abstração, dos momentos analítico, hermenêutico e empírico que viemos discutindo, cabe-nos apenas acrescentar que a doutrina jurídica também, como as demais ciências, age (pode agir) de forma especializada. O que não difere em muito de como os nossos tribunais estão organizados.

Os tribunais costumam estar divididos, pelo menos nas instâncias mais inferiores, segundo áreas: temos tribunais criminais, dentro desses temos de crimes contra menores, crimes relacionados a entorpecentes, crimes contra a mulher, contra idosos etc. Dentre os cíveis, temos os comerciais, de execução, de família, de sucessões, etc.

Os tribunais superiores, por sua vez, vão afunilando a sua competência e a quantidade de processos e, assim, vemos uma menor especialização, costumam estar divididos entre ramo criminal e civil. Fora essa especialização mais específica, temos ainda algumas mais gerais: justiça do trabalho, justiça militar, justiça comum.

Dentro de cada uma dessas especialidades, outras muitas vão surgindo, cada problema apresentado a um tribunal ou juiz singular oferece uma visão ou necessita de especialização em um determinado assunto. Assim é que um juiz que cuida de processos comerciais, lida com situações desde quebra de vínculo societário, até execução de títulos de crédito.

A desoneração promovida pela doutrina é de extrema importância diante da especialização e da complexidade dos problemas, pois também se desenvolve de forma especializada, e pode aprofundar-se mais nessa especialização indo além daquela institucional. Enquanto um doutrinador pode dedicar sua vida acadêmica a estudar um mesmo problema, em todas as suas facetas, um mesmo decidente, ou colegiado, vê-se diariamente diante das especificidades de inúmeros e diversos problemas, e se cada um fosse demandar desse decisor, um estudo devidamente aprofundado das questões em causa, seja em termos jurídicos, técnicos, ou de ciências de outras áreas, por exemplos, na quebra de vínculo societário, um pouco de psicologia lhe é requerida para compreender o que seja e como se externa a ausência de *affectio societatis*, desejo de continuar a ser sócio, para além dos conhecimentos jurídicos. Ocorre que existem teóricos que já se dedicaram a essa questão, o juiz não precisa mais ir aprender isso, os teóricos do direito comercial, que se

especializaram no assunto, podem oferecer uma solução já concluída, devidamente problematizada, enfrentada e debatida em toas as suas nuances.

A doutrina, como um operador dogmático ao auxílio do decidente, apresenta-se como uma “*should-source*”, na nomenclatura que lhe dá PECZENIK, em oposição a uma “*must-source*”, essa última é vinculativa (constituem prejuízos), mais importante que as primeiras, e sua inobservância gera graves consequências, enquanto que as “*should-sources*”, nas quais incluímos a doutrina (com seus pré-conceitos), não são vinculativas, devem ser observadas, mas a sua inobservância não acarreta graves consequências.<sup>184</sup>

Uma situação digna de nota é a desvirtuação dessa função desoneradora, a que chama atenção o próprio ALEXY, amparado pelas considerações de LUHMANN<sup>185</sup>, de que a doutrina pode vir a aumentar o encargo da jurisprudência, quando se prestar a ser constantemente contraposta a posições diversas sobre um aspecto, de forma que o decidente tivesse que, a cada momento, justificar por que não seguir esta ou aquela posição doutrinária – essa desvirtuação da função desoneradora é amplamente explorada na prática judiciária por advogados que se utilizam de alegações protelatórias e que a técnica processual tenta inibir por meio da proibição à “litigância de má fé” e que por serem dificilmente provadas, continuam a ser invocadas com vistas a tumultuar processos, em uso desvirtuado da doutrina. Isso porque, segundo as regras do discurso, uma vez invocado um argumento, não pode o decidente eximir-se de enfrentá-la sob a simples alegação de que doutrina não é vinculativa e, por isso, não será considerada, como o fez aquele ministro do Superior Tribunal de Justiça. Sendo arguida, é necessário refutá-la, o que pode mesmo tumultuar o processo e protelá-lo, onerando o juiz com a contra-argumentação de teses por vezes sem sentido.

Essa disfunção oneradora pega carona na crise da doutrina<sup>186</sup> caracterizada pela crescente proliferação de teses, de teorias, de doutrinas que promove a complexificação do sistema jurídico, para usar um termo de LUHMANN, gera insegurança jurídica e afeta até mesmo o judiciário, o que pode vir a onerar a jurisprudência na medida em que se veja obrigada a enfrentar todas as doutrinas sobre determinado assunto. Essa crise, é

---

<sup>184</sup> PECZENIK, *op. cit.*, 146, pp. 16.

<sup>185</sup> Para o Autor, o direito presta-se à redução das complexidades no sistema social, em outras palavras, simplifica-o; dessa forma, quando a doutrina se presta a promover ainda mais a complexificação do direito, está desvirtuando sua função. Cfr. LUHMANN, Niklas, *Sociologia do direito*, vol. 1. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985. pp. 115 e 170.

<sup>186</sup> Como já referenciamos, o próprio pensamento jurídico se encontra em crise, muito atribuída à crise da racionalidade, o que, fatalmente, reflete na doutrina.

especialmente vivida no Brasil, onde a explosão na produção legislativa e judicial que inovam no mundo jurídico, sem guardar continuidade e referência com os materiais normativos do sistema, tem gerado uma completa desvirtuação do que queremos ser: *civil law* ou *common law*, ferindo a segurança jurídica, a certeza e mesmo a justiça.

PECZENIK apresenta, por sua vez, e pensamos salutar mencionar, algumas funções benéficas da doutrina jurídica: dar ao direito precisão, coerência e uma estrutura transparente, de fácil compreensão, no momento em que é descrito por ela, sendo um referencial de coerência e estabilidade diante das incertezas políticas, sociais, ideológicas e filosóficas; promove a justiça e a moralidade, quando interpreta o direito de forma a atualizá-lo; promove a confiabilidade no direito; promove a globalização do direito, no momento em que, diferentemente deste, a doutrina jurídica não está adstrita ao princípio territorial, e existe grande intercâmbio doutrinário internacional; promove a estabilidade, em um mundo marcado por dinâmicas políticas e sociais.

Importante ressaltar, que conforme vemos em PECZENIK, essas funções da doutrina jurídica (e gostamos de pensar, que principalmente a função desoneradora) variam de acordo com o ramo do direito que convocamos na questão. Por exemplo, é muito mais presente diante da solução de problemas no direito civil, do que no direito penal, mas certo é que não é ausente. Não é em função da existência do princípio da legalidade estrito que vigora no direito penal, que se pode prescindir do papel da doutrina.

#### **f.1) Casos de utilização da doutrina em sua função desoneradora no direito brasileiro**

Notamos, no sistema brasileiro, alguns casos em que a jurisprudência prefere amparar-se em proposições ou teorias doutrinárias para fundamentar suas decisões, especialmente nos *hard cases*, independentemente da acepção que temos do termo. A doutrina jurídica brasileira não é insensível às teses doutrinárias, como se poderia concluir da leitura daquela decisão que vimos na introdução deste estudo. Vejamos:

- ***No reconhecimento de sociedade de advogado como sociedade simples e atribuição do respectivo tratamento tributário***

Podemos ver, muito claramente, o papel daquelas jornadas de direito civil e comercial, a que nos referimos em Capítulo 3. Tratou-se de um processo no Tribunal Regional Federal da 1ª região (Processo no. 0014844-13.2016.4.01.3400 – 5ª Vara Federal), no Brasil, que concedeu liminar referente às sociedades unipessoais de advocacia serem incluídas em regime simplificado de tributação, que, dentre outras sociedades, incluía a simples. No ordenamento jurídico brasileiro, até a edição da Lei nº 13.247/16, não existia a sociedade unipessoal para desenvolvimento de atividade de advocacia. Aquele que o fazia, fazia-o como atividade intelectual, e não havia separação entre seu patrimônio e aquele afetado ao desenvolvimento de sua atividade processual.

A referida lei alterou o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, para permitir aos advogados o desenvolvimento de suas atividades como sociedade, à semelhança das Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada – EIRELI, que, por sua vez, também inovaram o ordenamento jurídico em 2011, com o acréscimo do art. 980-A, ao Código Civil Brasileiro.

Quase todas essas inovações legislativas ao Código Civil foram objeto de debates nas Jornadas de Direito Civil, e também das de Direito Comercial, de forma que um bom arcabouço doutrinário foi formado, até que com a possibilidade da existência de sociedade unipessoal de advocacia. Os profissionais aí enquadrados procuraram ver-se encaixados no regime de tributação simplificado, como sociedades simples. Administrativamente, foi-lhes negado, sob a alegação de que a Lei Complementar 123/2006, que trata desse regime tributário, não contempla, em seu rol, as “Sociedades Unipessoais de Advocacia”, e que essas não poderiam aí se enquadrar.

A decisão manejou, entre outros operadores, os enunciados 3 da I Jornada de Direito Comercial: “*a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI não é sociedade unipessoal, mas um novo ente, distinto do empresário e da sociedade empresária*”, e 193 da III Jornada de Direito Civil: “*o exercício das atividades de natureza exclusivamente intelectual está excluído do conceito de empresa*”, para, articulando o Código Civil e a referida lei tributária, descaracterizar a sociedade de advocacia como sociedade empresária, e enquadrá-la como sociedade simples e unipessoal, com responsabilidade limitada, e,

portanto, constante do rol da Lei nº 123/2006, e, ainda, passível de inscrição no registro tributário, sob um regime simplificado.<sup>187</sup>

- ***Apreciação da investigação criminal pelo Ministério Público***

Analizamos especialmente o Recurso Extraordinário n. 593727, no STF, em que estava em causa um recurso a uma decisão do Tribunal de Minas Gerais que aceitou denúncia por crime de responsabilidade contra o prefeito de uma cidade, com base em inquérito policial (procedimento investigatório administrativo) presidido e conduzido pelo Ministério Público, quando a Constituição Brasileira atribui à Polícia Judiciária esse *mister*. A questão já era objeto de outros recursos neste Tribunal e em outros, mas essa foi a decisão emblemática que seria aplicada nos demais.

A maioria dos ministros entendeu ser possível a investigação criminal pelo Ministério Público, já que se trata de peça auxiliar e dispensável, e nas posições que apresentam para fundamentar seu voto e acolhendo inclusive a “*teoria dos poderes implícitos*” americana e, no Brasil, capitaneada por Rui Barbosa (inclusive citado no voto do ministro Celso de Mello), encontramos inúmeros nomes de doutrinadores, brasileiros e estrangeiros, constitucionalistas, processualistas e penalistas, e as citações de suas obras, a saber: Eugênio Pacelli, Gomes Canotilho, Lênio Streck, Mirabete, Frederico Marques, Tourinho Filho, Ada Pellegrini Grinover, Luís Roberto Barroso, Damásio de Jesus, e tantos outros<sup>188</sup>, com as devidas citações de suas obras.

- ***Cotas raciais***

---

<sup>187</sup> Em tempo, um trecho da decisão: “A circunstância do legislador não ter expressamente enquadrado a Sociedade Unipessoal de Advocacia como uma EIRELI, ou mesmo determinado que as mesmas disposições desta deveriam ser aplicadas àquela, ou até em face de possíveis atecniais na redação da lei, tudo não esvazia o direito objetivo-subjetivo dos substituídos da parte autora em optarem pelo sistema simplificado de tributação. De fato, em regra, a denominação “sociedade” refere-se à comunhão de pessoas, contudo, existe a possibilidade da própria legislação se valer de “ficções jurídicas” e estabelecer parâmetros, analogias e equiparações. É o caso da EIRELI, da Sociedade Subsidiária Integral, e da “Sociedade Unipessoal de Advocacia”, todas sociedades unipessoais. Assim, ao desprezar tal exegese, a parte ré também vai de encontro ao princípio da confiança, uma vez que parcela expressiva dos advogados aguardava a concretude da aplicação da norma, a fim de regularizar sua situação contributiva para com o fisco. Como bem explana o jurista J. J. GOMES CANOTILHO, em suas considerações: (...)”

<sup>188</sup> O inteiro teor do Acórdão tem 291 páginas foi publicado em 08/09/2015 e está disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=593727&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>



O “Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial da Universidade de Brasília” foi questionado por um Partido Político, o Democratas, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, que pedia pela inconstitucionalidade da previsão.

Os ministros, por unanimidade, seguiram o relator, Ricardo Lewandowski, que, em seu voto, fez um longo apanhado da doutrina existente sobre o tema, que não se limitava a considerações jurídicas puramente, mas englobou História, Sociologia, Biologia; encontramos citações: sobre igualdade, de Daniela Ikawa, Boaventura de Sousa Santos, John Rawls, Patha Gosh; sobre ações afirmativas, de Ronald Dworkin, Nancy Fraser, Axel Honnet, Habermas; sobre critérios raciais, de António Manuel Hespanha, Zygmunt Bauman; estudos sociais relacionados à composição racial brasileira, de José Murilo de Carvalho; e nas universidades americanas, de William Bowen e Derek Bok.

Como vimos, o auxílio prestado pela doutrina não serve somente a questões apresentadas aos tribunais superiores, claramente mais complexas (os *hard cases*), e que, muitas vezes, equacionam questões para além do jurídico. Também os tribunais inferiores e tematizados, bem como os juízes singulares, podem, à semelhança do que foi explanado, fazer bom uso dos materiais dogmáticos que são oferecidos pela doutrina, na formação de seu convencimento jurídico e na fundamentação de sua decisão.

## 7. CONCLUSÃO

O embrião de uma dogmática jurídica, independente de vinculações de poder e mesmo pessoais, pode ser encontrado nos trabalhos dos glosadores, iniciado principalmente na Idade Média, não obstante tenhamos herdado do Direito Romano a nomenclatura, jurisprudência, somente a podemos chamar doutrinária a partir do Século XII e dos movimentos jurídicos que se desenvolveram a partir dessa época, tendo alcançado seu auge com a jurisprudência dos conceitos e com a sistematização que lhe deu JHERING, contributos que se perpetua até hoje, inclusive nas críticas que recebe quanto ao caráter estritamente hermenêutico.

A dizer: a doutrina se desenvolveu como é, em função inicialmente de um tratamento hermenêutico do(s) material(is) jurídico(s), e a contribuição de SAVIGNY e JHERING foram cruciais para determinar seu modo de atuação, seu desenvolvimento, claro, pensado como hermenêutica para resolver os problemas que um sistema fechado normativista o encerrava, e com uma atitude metodológica estanque: uma coisa era o pensar o direito, outra realizá-lo.

Traçamos um longo paralelo pelas concepções do Direito, desde o Século XIX até a (pós-) contemporaneidade, e vimos que, sob orientação positivista, o Direito tende a separar direito de moral, de fatores sociais, e isso, considerando o sistema jurídico, o confina em um hermetismo fechado, restringindo o rol das suas fontes constituintes e separando realização de conhecimento. Hermetismo que vem se enfraquecendo diante abordagens como a de CASTANHEIRA NEVES, que propõe a visão fenomenológico-normativa, ou de SHINER que aborda o tema do ponto de vista da validade normativa ao ser capaz de decidir um problema.

A partir do realismo jurídico, o Direito visa conciliar as realidades da vida ao ramo do Direito, buscando integrá-lo aos sistemas que o circundam. Temos aí propostas metodológicas que integram a doutrina na constituição do direito, em sua grande maioria, mas temos diversas teorias de interpretação e teorias de decisão e o que encontramos em comum é talvez uma das muitas atitudes da metodologia dos dias atuais: conciliar hermenêutica e lógica, interpretação e lógica jurídica, e não mais as tratar em separado, como opositores que não ocupam o mesmo espaço.

Mas a virada promovida pelos realismos, curiosamente nascidos dentro dessa influência mesma do método jurídico, ampliou o rol de estratos do sistema jurídico, de modo que se o Direito foi questionado enquanto sistema de normas, quanto à doutrina, essa poderia assumir-se como fonte de direito, mas enfim, faltava-lhe o poder, e o poder é, desde a modernidade, a pedra de toque de todo o sistema político.

A crise que assolou o pensamento científico, modificando sua intenção, também atingiu a racionalidade jurídica, que assume o direito como uma atividade argumentativa; e, enquanto atividade jurisprudencial, por ser a instância com cariz eminentemente constitutiva do sistema, assumiu as maiores responsabilidades dessa empresa. Nesse sentido, a doutrina não deixou de assumir-se em seus momentos teórico, hermenêutico e agora prático, porque ela pode conjugar em sua atividade racionalidade teórica e prática, e sujeita às mesmas condições epistemológicas do juiz, já que assumem uma mesma perspectiva interna do sistema jurídico.

Convém acrescentar que a perspectiva do teórico e do decidente irá diferenciar-se, em dois pontos: um metodológico e outro político. Em termos metodológicos, o decidente lida com casos concretos, ele faz a mediação entre sistema e problema concreto; em termos políticos, o juiz detém a *potestas*, ele tem o poder de emitir decisões jurídicas com força vinculativa ao caso concreto e, de certa forma, possivelmente extensiva a todo o sistema. Nenhuma dessas duas características pode ser atribuída ao teórico, porém, do ponto de vista epistemológico, ambos assemelham-se, visto que não podem deixar de apresentar as razões que embasem suas conclusões, Nesse ponto, o decidente – em função das constrictões que seu trabalho lhe impõe e que lhe impossibilitaria de ir tão a fundo como um teórico – pode servir-se das fundamentações já apresentadas pela doutrina.

Compreendemos a doutrina como uma fonte de direito, e na esteira do que explicitamos em PECZENIK e SHINER, a doutrina deve ser considerada uma fonte de direito que sozinha não consegue resolver problemas jurídicos, ela deve sempre apontar, esclarecer, interpretar um referente normativo *strictly institutionalized*. Em suma, não se pode ignorar que a doutrina é um material jurídico à disposição do decidente a ser utilizado na solução de casos concretos, e se ela embasa decisões (como acreditamos que o faça, um embasar não no sentido de ser uma fonte isolada), é porque tem caráter normativo, ainda que não em decorrência de poder institucional.

O que finalmente nos leva a enfrentar um desvirtuamento da função desoneradora, a disfunção oneradora, em que o juiz fica obrigado a contraditar argumentos que são apresentados, que carecem de rigor científico e de compromisso com o bom andamento do processo, mas que, por que foram levantados, devem ser enfrentados.

Em um estado democrático de direito, a doutrina, com sua feição fundamentante vai dotando de juridicidade materiais que não a teriam tão claramente, e a partir do tratamento racional que lhes dá, de um ponto de vista epistemologicamente interno ao sistema, propõe soluções legítimas à disposição do decidente, com a diferença de fazê-lo abstratamente e ainda sem o poder impositivo, isso, a par de seus demais contributos: conhecimento, interpretação, argumentação.

A força “impositiva” da doutrina não é reflexo de encontrar-se nos textos legais que discriminam as fontes materiais de direito, advém de sua constituição obedecer a critérios racionais fundamentados, e de provirem de pessoas cujas capacidades racionais são reconhecidas pela comunidade jurídica, traduz por *auctoritas* – aquela que liga um produto a seu autor (*ager*) e suas características intelectuais próprias - e reflete a qualidade de um trabalho racionalmente comprometido e juridicamente coerente, como referencia CORNU, em um belo jogo de palavras: *Non ratione auctoritatis sed auctoritate rationis*<sup>189</sup>. E ainda em PECZENIK ao referir-se a esse tratamento racional dos materiais jurídicos por esse estrato do sistema jurídico: *legal doctrine converts reason into authority*.<sup>190</sup>

Finalmente, basta averiguarmos as decisões judiciais prolatadas, para percebermos que a doutrina está aí sempre auxiliando o juiz na compreensão dos problemas jurídicos que precisa solucionar. Sempre como um báculo a amparar o decidente em seu trabalho hercúleo que tem diante de si, problemas complexos ou não, em seu caminho de criação do direito no caso concreto. O báculo é um arrimo, e também um vetor que aponta para pedras, tropeços ou simplesmente sinaliza o caminho que se faz caminhando de realização do direito em concreto. E como já explicamos, a doutrina se presta a isso, não é um referente axiológico no sentido de ter conteúdo normativo vinculante, por expressar aquilo que a comunidade deseja ter como dever-ser; também não provém de um poder institucionalizado; mas o que tem, e que lhe eleva a um grau de dignidade a ocupar um estrato do sistema jurídico é a

---

<sup>189</sup> “*Não em razão da autoridade, mas pela autoridade da razão*” GÉRARD CORNU *apud* RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência, ou da vocação da doutrina em nosso tempo *in Revista dos Tribunais*, vol. 891. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 81.

<sup>190</sup> Peczenik, *op. cit.* 146, p. 17

racionalidade que carrega, a autoridade da razão, e é assim que vai, servir de arrimo ao decidente, principalmente quando diante de casos difíceis, em que a solução jurídica dependerá da mobilização articulação dos diversos referentes normativos do sistema.

## BIBLIOGRAFIA

- AARNIO, Ailius, *Le rationnel comme raisonnable: la justification en droit*. Bruxelles: E. Story-Scientia, 1992.
- ADEODATO, João Maurício, *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ID., *Filosofia do direito (uma crítica à verdade na ética e na ciência)*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ALBERT, Hans, *Tratado da razão crítica*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1976.
- ALEXY, Robert, *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- ID., The dual nature of law in *Ratio Juris*, vol. 23, n. 2 pp. 167-182. June 2010
- ANTISERI, Dario; REALE, Giovanni, *História da filosofia: Antiguidade e Idade Média*, vol. 1, 3ª ed. São Paulo: Paulus, 1990.
- ATIENZA, Manuel, *O direito como argumentação*. Lisboa: Escolar Editora, 2014.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos; NETTO, Silvia Marina L. Batalha, *Filosofia jurídica e história do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BOBBIO, Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico*, 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- ID., *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito* (compiladas por Nello Morra). São Paulo: Ícone, 1990
- BRONZE, Fernando José, *Lições de introdução ao direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- ID., Alguns marcos do século na história do pensamento metodológico jurídico, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume comemorativo do 75º Tomo, 2003, pp. 151-177.
- ID., Breves considerações sobre o estado da questão metodológica in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXIX, 1993, pp. 177-199
- ID., *A metodonomia: entre a semelhança e a diferença (reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, Svdia Juridica III. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.
- CANARIS, Claus – Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- CASTANHEIRA NEVES, António, *Metodologia jurídica (problemas fundamentais)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013 (reimpressão).
- ID., *Digesta*, vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2010 (reimpressão).
- ID., *Digesta*, vol. 3, Coimbra, 2010 (reimpressão).

- ID., *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia (tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação)*, BFD/Stvdia Ivridica, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- ID., *Teoria do Direito*, lições proferidas no ano lectivo 1998/1999, Universidade de Coimbra, policopiado, Coimbra: 1998 (versão em A4)
- ID., *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, (2014 – reimpressão).
- CASTRO, Flávia Lages de, *História do Direito Geral e do Brasil*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CONTE, Emanuele. *Diritto comune. Storia e storiografia di un sistema dinamico*. Bologna: Il Mulino, 2009.
- CRUZ, Sebastião, *Direito Romano (ius romanum)*, vol. 1, 4ª ed. Coimbra: 1984, pp. 35s.
- CURA, António Alberto Vieira, *Mora debitoris no Direito Romano Clássico*. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- DIDIER JR., Fredie, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, 15ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.
- Engisch, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*, 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988
- FARRALLI, Carla, *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FERRAZ JÚNIOR., Tércio Sampaio, *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- ID., *Introdução ao estudo do direito (técnica, decisão, dominação)*. São Paulo: Atlas, 2003.
- ID., “Por que ler Kelsen, hoje” in Coelho, Fabio Ulhoa, *Para entender Kelsen*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. XIII-XXI.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo curso de direito civil*, vol. 1, 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GILISSEN, John, *Introdução histórica ao direito*, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- GOTTER, Ulrich, Cultural differences and cross-cultural contact: greek and roman concepts of power in *Harvard Studies in Classical Philology*, vol. 104, 2008, pp. 179-230. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/27809337>>. Acesso em 03 de novembro de 2016.
- GREENOUGH, J.B., Latin etymologies in *Harvard Studies in Classical Philology*, vol. 4, 1893, pp. 143-149. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/310404>>. Acesso em 03 de novembro de 2016.
- HART, Herbert, *The concept of law*, 2ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- HOLMES JR., Oliver Wendell, *The path of law*: Project Gutenberg Ebook, 2006. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/etext/2373>>. Acesso em: 16 de março de 2016.

- JHERING, Rudolf Von, *La dogmática jurídica (seguida de un apêndice con las doctrinas de Jhering y Windscheid sobre el derecho subjetivo)*, 2ª ed. Castellana. Buenos Aires: Editorial Losada, 1946.
- JUSTO, Santos A., A evolução do direito romano in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume comemorativo do 75º Tomo, 2003, pp. 47-68.
- KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, 2ª ed (1960), 7ª ed. da tradução portuguesa. Coimbra: Almedina, 2008.
- ID., *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Fabris, 1986.
- KAUFMANN, Arthur, *Filosofia do Direito*, 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- LINHARES, José Manuel Aroso, *Introdução ao pensamento jurídico contemporâneo (sumários desenvolvidos)*, (versão em A4). Policopiado: Coimbra.
- ID., *Introdução ao direito (sumários desenvolvidos)*, vol. II (versão em A4). Policopiado: Coimbra.
- ID., *O sistema jurídico como um «fim em si mesmo» ou as «muralhas de indiferença» da galáxia auto*. (versão em A4). Policopiado: Coimbra.
- ID., *Validade comunitária e contextos de realização anotações em espelho sobre a concepção jurisprudencialista do sistema*. (versão em A4). Policopiado: Coimbra
- LUHMANN, Niklas, *Sociologia do direito*, vol, 1. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.
- ID., *Sociologia do direito*, vol. 2. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.
- ID., L'unité du système juridique in *Achives de philosophie du droit*, tome 31, Paris: Editions Sirey, 1986, pp. 163-188.
- ID., *Law as a social system*, Oxford: Oxford University Press, 2004
- MACHADO, João Batista, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 19ª ed.. Coimbra: Almedina, 2011 (reimpressão).
- MARTINS-COSTA, Judith, *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- MINDA, Gary, *Postmodern legal movements: law and jurisprudence at century's end*. New York and London: New York University Press, 1995.
- MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil*, vol. 1, 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- PECZENIK, Aleksander, Scientia Juris: Legal doctrine as knowledge of law and as a source of law in *A treatise of legal philosophy and general jurisprudence*, vol. 4. Dordrecht: Springer, 2007.



- PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*, vol. 1, 20ª ed (3ª tiragem). Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PISTORI, Maria Helena Cruz, *Argumentação jurídica: da antiga retórica a nossos dias*, São Paulo: LTr, 2001.
- PONTES DE MIRANDA, *Dez Anos de Pareceres*, vol. 4. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1975.
- REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, 27ª ed. (4ª tiragem). São Paulo: Saraiva, 2004.
- ID., *Filosofia do direito*, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ID., *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- ROCHA, José de Albuquerque, *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- RODRIGUES, Sandra Martinho, *A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin (uma abordagem)*. Coimbra: Edições Almedina, 2005.
- RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência, ou da vocação da doutrina em nosso tempo in *Revista dos Tribunais*, vol. 891. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 65-96.
- ROSS, Alf, *Direito e justiça*. Bauru: Edipro, 2000.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von, *Traité de droit romain*, tome I, Paris: Firmin Didot Frères, 1840.
- SHINER, Roger A., Legal institutions and the sources of law in *A treatise of legal philosophy and general jurisprudence*, vol. 3. Dordrecht: Springer, 2007.
- STAMMLER, Rudolf, *The theory of justice*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000.
- STRECK, Lênio, O novo código de processo civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano in *Revista de Informação Legislativa*, Ano 52 Número 206 abr./jun. Brasília: Senado Federal, 2015, pp. 33-51. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdf?sequence=1>. Acesso em 8 de junho de 2016.
- TARTUCE, Flávio, *Direito Civil*, vol. 1, 3ª ed. São Paulo: Método, 2007.
- TEIXEIRA, António Braz, *Breve tratado da razão jurídica*. Sintra: Zéfiro, 2012.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- WIEACKER, Franz, *História do direito privado moderno*, 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.