

CAPÍTULO XV

O PARADIGMA HERMENÊUTICO DO POSITIVISMO JURÍDICO

*Daniel Oitaven Pamponet Miguel**

Sumário • 1. Introdução: 1.1. Panorama histórico: 1.1.1. O período pré-revolucionário; 1.1.2. O período pós-revolução: a ascensão da lei a fonte formal por excelência – 2. O Positivismo Legalista e suas repercussões: 2.1. A Escola de Exegese; 2.2. Tentativas de reação contra o pensamento exegético – 3. O Normativismo kelseniano: 3.1. O sistema jurídico na visão de Hans Kelsen: 3.1.1. Tipos de interpretação jurídica e o desafio kelseniano – 4. Conclusões a respeito do pensamento positivista: 4.1. A Nova Hermenêutica 4.1.1. A dicotomia vontade da lei-vontade do legislador – 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

1.1 Panorama histórico

1.1.1. O período pré-revolucionário

O paradigma hermenêutico do Positivismo Jurídico constitui a **expressão epistemológica** do processo de positivação das normas jurídicas. Tal paradigma, fundamentado no ideal de racionalidade típico do pensamento moderno, originou-se no bojo de um contexto social de **estabilização de expectativas**, a ser consubstanciado no valor da **segurança jurídica**. Senão, vejamos.

O contexto absolutista da Europa pré-Revolução Francesa era sintetizado na autoridade do rei, detentor do poder indistinto de legislar, administrar e julgar, direta ou indiretamente. Tal autoridade monárquica justificava-se no caráter tradicional das monarquias¹, bem como na doutrina filosófica de pensadores como Maquiavel, Hobbes e Bossuet. Este último, especialmente, pregava o “direito divino dos reis”, sacralização que caracteriza o jusnaturalismo teológico². A influência do pensamento **jusnaturalista**, no entanto, viria a servir ao propósito dos revolucionários franceses. Com o intuito de agregar ao seu poder econômico um domínio

* Graduando em Direito na Universidade Federal da Bahia e monitor da disciplina Hermenêutica Jurídica da Faculdade de Direito da UFBA.

1. Tal situação enquadra-se no conceito de legitimidade tradicional, nos termos da classificação tripartite weberiana dos tipos de legitimidade.
2. Tal concepção possui como cerne a idéia de que o rei, ser divino, possui sua autoridade concedida pelo Deus maior.

político, os burgueses traçaram um projeto filosófico grandioso, de **pretensões universalistas**, fundado na racionalidade humana – o Iluminismo. Com base em pensadores como Voltaire e Montesquieu, a ideologia iluminista partia do pressuposto filosófico do jusnaturalismo racional, fundado nos padrões universalistas de igualdade, liberdade e fraternidade quando transposto para o contexto da Revolução Francesa. Mediante a pregação da igualdade, os burgueses conseguiram, pois, sair da condição de integrantes do Terceiro Estado; todos são iguais, não mais importando o aspecto tradicionalista. O princípio da Separação dos Poderes de Montesquieu bem ilustra o racionalismo vigente no período, mormente quando encarado simultaneamente como elemento fundante da sistematização da atividade estatal e como instrumento concretizador da democracia formal.

1.1.2. O período pós-revolução: a ascensão da lei à situação de fonte formal por excelência

Ocorre que, concretizada a revolução, todo aquele estouro da luta emancipatória fundado no jusnaturalismo racional deu lugar à necessidade de sedimentação da nova ordem. Passada a fase das promessas do racionalismo iluminista, na qual o **conhecimento-emancipação** afigurava-se como prevalente, era chegado o momento de quebra da tensão entre as duas contrapartes do conhecimento em favor da explosão do **conhecimento-regulação**³; a mesma racionalidade em que se fundava o projeto de libertação das amarras da tradição pré-moderna seria utilizada mediante um projeto de sistematização que institucionalizaria e perpetuaria o *status quo*, mediante uma hipertrofia da racionalidade cognitivo-instrumental. Surge, pois, o momento de apogeu do processo de positivação, quando o Estado atrai para si o **monopólio de produção das normas jurídicas**, a serem veiculadas por fontes formais, mormente a **lei**. Por que a lei? Porque o costume, ao mesmo tempo em que não trazia a possibilidade de racionalização e procedimentalização tão caras à concretização da segurança jurídica, não proporcionava a possibilidade de atualização do direito com a mesma eficiência da lei; de acordo com as necessidades, o Estado, mediante o procedimento formal que garantiria a segurança jurídica, poderia conformar o direito à realidade.

2. O POSITIVISMO LEGALISTA E SUAS REPERCUSSÕES

2.1. A Escola de Exegese

O Código de Napoleão foi o documento utilizado para a positivação dos ideais do direito natural propostos durante a revolução. Com base em tal acontecimento,

3. Segundo o pensamento de Boaventura de Sousa Santos, o projeto da Modernidade sustentava-se na tensão existente entre o conhecimento-emancipação e o conhecimento-regulação. Para maior aprofundamento sobre o tema, SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*:

diz-se que **todo período jusnaturalista antecede um positivista**. Concretizado um ideal de **justiça absoluta, metafísica**, segue a necessidade de estabilizá-lo mediante um processo de **validação**. Temendo a ameaça de retorno dos absolutistas, nasce a Escola de Exegese, primeira manifestação teórica do pensamento positivista. Com base no brocardo *in claris cessat interpretatio*, os exegetas negavam a possibilidade de interpretação da lei, sob pena de afronta à segurança jurídica; numa ilusão racionalista, o pensamento da Escola de Exegese pregava a previsão da totalidade de casos possíveis de acontecer na realidade fática. De tal forma, restaria ao juiz, “a boca da lei”, a mera função de aplicar o direito silogisticamente, tendo como premissa maior a norma e premissa menor o fato, juridicizado pela incidência da hipótese normativa sobre a realidade. Não haveria, pois, juízo axiológico algum. O caráter absoluto dado à norma positivada pela Escola de Exegese originou uma idéia de que, em *ultima ratio*, ela não passaria de uma escola do direito natural, posto que se limitava a formalizar mediante a autoridade estatal, visando à concretização do valor segurança jurídica e à perpetuação do *status quo ante*, normas fundamentadas no ideal de justiça absoluta.

2.2. Tentativas de reação contra o pensamento exegetico

Com o passar do tempo, a inexorável insuficiência da Escola de Exegese passou a ser demonstrada. Ora, obviamente era impossível prever todas as possibilidades de conflitos intersubjetivos que eventualmente eclodissem, de maneira que o pensamento jusfilosófico se deparava com um novo desafio: seria possível concretizar os ideais de **unidade, coerência e completude**. O que permitiria ao direito permanecer unido, não-segmentado? Como resolver um conflito normativo? Como resolver o problema das lacunas?

Diante de tantas indagações, surgiram varias reações à Escola de Exegese, todas ainda adstritas, de alguma maneira, ao paradigma epistemológico positivista. A primeira delas, a Escola da Livre Investigação Científica, foi capitaneada por François Geny e fundava-se na tentativa de estabelecer uma relação de interdisciplinaridade entre o Direito e outras ciências. Tal vertente não teve uma acolhida muito efusiva, sendo, inclusive, frontalmente rechaçada por Kelsen, visto sua Teoria Pura do Direito pressupor a separação do Direito em relação aos outros ramos das Ciências Humanas.

A Jurisprudência dos Conceitos, de pensamento de cunho abstracionista baseado no método lógico-dedutivo, teve em Bernhard Windscheid seu maior representante, alcançando significativa expressão no Pandectismo alemão, responsável

contra o desperdício da experiência. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005. (Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática, v. 1).

pela elaboração de grande parte dos conceitos clássicos de Direito Civil. Como contraponto a tal Escola, tivemos a Jurisprudência dos Interesses, a qual, focalizada no interesse dos homens sobre os bens da vida como parâmetro de normatização, constitui o substrato da Teoria Objetiva da Posse de Rudolf von Ihering.

Finalmente, mencionemos a Escola Histórica, que encontrou em Friedrich Carl von Savigny seu maior expoente e representou um papel de grande importância no contexto do processo de positivação das normas jurídicas. O Historicismo, inicialmente, pregava o costume, a *Volksgeist*, como fonte do direito, batendo frontalmente com a primazia da lei pregada pelo Positivismo. Acabou, no entanto, em seu período mais tardio, enveredando, ironicamente, pelo Positivismo⁴.

Nenhuma dessas escolas, no entanto, conseguiu sistematizar os ideais da Modernidade com tamanha precisão e complexidade quanto o Normativismo, capitaneado por Hans Kelsen.

3. O NORMATIVISMO KELSENIANO

O Normativismo reúne as principais características do paradigma do Positivismo Jurídico, quais sejam:

- veto ao juízo de valor;
- ênfase na autoridade coativa;
- negação do direito natural;
- consciência de mutabilidade do direito;
- procedimentalização;
- racionalidade cartesiana;

Percebamos que todos esses traços positivistas estão englobados na noção de **sistema**, encontrando-se em perfeita consonância com o projeto da Modernidade. A pretensão de cientificidade do Positivismo Jurídico, análoga à do Positivismo Filosófico comteano⁵, chegou ao apogeu com a Teoria Pura do Direito de Kelsen. O autor, preocupado em conferir à Ciência Jurídica uma autonomia que antes ela nunca havia alcançado devido à sua interpenetração com as outras

5. Embora o Positivismo Jurídico, em suas formas mais expressivas, caracterize-se pela adoção do método lógico-dedutivo, enquanto o Positivismo Científico adota o método empírico-indutivo, ambas as concepções constituem expoentes das pretensões iluministas de racionalização do domínio social.

*geisteswissenschaften*⁶ – realizou um corte epistemológico, visando a estudar a Ciência do Direito separadamente. Somada tal **pretensão de autonomia** à pregação da **neutralidade axiológica**, paradoxalmente um valor em si mesmo tão caro ao Positivismo, explica-se o nome de **Teoria Pura** escolhido por Kelsen para sua teoria. Faz-se importante salientar que Kelsen não negava a interferência recíproca entre o direito e as outras áreas das Ciências Humanas. A sua proposta metodológica, no entanto, pressupunha o **recorte mental** por ele efetuado em prol de sua pretensão de autonomia.

3.1. O sistema jurídico na visão de Hans Kelsen

O sistema normativo kelseniano é “**autopoietico**”; “O Direito regula sua própria criação”⁷. Kelsen estabelece uma **prevalência do aspecto dinâmico (processual)** do ordenamento jurídico sobre o seu aspecto estático (material). De tal maneira, o modelo piramidal do ordenamento jurídico consagrado por tal autor⁸ pressupõe uma relação de **fundamentação** (de baixo para cima) e **derivação** (de cima para baixo) entre as normas jurídicas; a norma hierarquicamente inferior encontra seu fundamento de validade na norma hierarquicamente superior, da qual deriva.⁹ A autoridade competente para produzir normas jurídicas encontra sua **legitimidade na validade** de seus atos, conferida pelo próprio sistema. Podemos verificar o funcionamento de tal mecanismo mediante breve análise de uma simples situação-modelo. Senão, vejamos.

O juiz e o legislador ordinário encontram na Constituição Federal a norma procedimental que lhes confere competência para criar direito dentro de suas esferas respectivas. Tendo a Constituição previsto o direito à vida, o legislador ordinário, fundado em uma norma procedimental, pôde criar a norma de Direito Penal “não matará”, consubstanciada no dispositivo de redação “matar alguém: 6 a 20 anos”. O juiz, aplicador das normas jurídicas aos casos concretos, com base nesta última norma e em sua autoridade competente também conferida por norma procedimental constitucional pode criar a norma “condeno o réu à pena de 12 anos de prisão por matar o sujeito X”. Teríamos, pois, as normas constitucionais procedimentais e materiais na parte mais alta da pirâmide, a lei ordinária material no patamar intermediário e a sentença no nível inferior.

6. Tal seria o termo utilizado por Wilhelm Dilthey para referir-se às chamadas “ciências do espírito”, que se ocupariam do estudo dos objetos culturais, de acordo com a célebre classificação das regiões ónticas de Edmund Husserl.

7. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* – introdução à problemática científica do direito; tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

8. Embora atribua-se normalmente a idealização de tal modelo a Kelsen, efetivo responsável por sua difusão, a idealização original de tal representação do sistema jurídico deve-se a seu discípulo Merckl.

9. Ob. cit.

Ocorre que, como já dito anteriormente, Kelsen privilegia o aspecto dinâmico do sistema, como já é característico do Positivismo e de seu ideal de segurança jurídica. Por conseguinte, o autor admite o *contra legem*, desde que em conformidade com o sistema. Reportando-se mais uma vez à situação descrita acima, se o juiz inocentasse o réu e o caso chegasse à última instância recursal sem haver modificação da sentença, a norma de decisão configurar-se-ia como definitivamente válida, com base na autoridade do órgão competente para julgar o recurso definitivo. Tal precedente constitui o que Kelsen chama de “norma de habilitação”.

3.1.1. Tipos de interpretação jurídica e o desafio kelseniano

Para tratar da pretensão de neutralidade axiológica em Kelsen, é necessário diferenciar os tipos de interpretação que ele apresenta em sua obra. O primeiro deles seria a **interpretação do senso comum**, realizada pelos destinatários das normas jurídicas. Qualquer indivíduo, do mendigo ao milionário, realiza inúmeras interpretações de normas jurídicas ao longo de sua experiência de vida. Tal interpretação cotidiana constitui um pressuposto para a obediência à prescrição normativa (como poderia o sujeito, mediante sua conduta, respeitar as prescrições normativas sem entender o que elas determinam?). Segundo Kelsen, tal tipo de interpretação não tem maior importância prática, já que, além de não criar direito, não representa elemento construtor do conhecimento jurídico.¹⁰

Deixando a interpretação do senso comum, realizada pelo destinatário da norma, um pouco de lado, visto não apresentar maior relevância no que concerne à discussão da situação do valor no âmbito da interpretação jurídica, tratemos da distinção realizada pelo autor entre a **interpretação científica ou não-autêntica e a interpretação autêntica**.

A interpretação doutrinária é aquela realizada pelo cientista do Direito, o qual se limita a **descrever** as possibilidades de aplicação de uma norma jurídica, contidas em sua moldura; é a atividade doutrinária por excelência, consistente em um **conhecer não-vinculativo** (posto não ter autoridade conferida pelo sistema para criar direito) e **axiologicamente neutro**¹¹. Por sua vez, a interpretação autêntica,

10. Peter Häberle, autor cujo trabalho insere-se no contexto do paradigma neoconstitucionalista, critica tal concepção. O direito, para Häberle, deve ser interpretado com base na Constituição, e esta deve ser interpretada, por sua vez, em consonância com as interpretações populares, informais (interpretação *lata*, na linguagem do autor, em oposição à interpretação estrita, formal, dos órgãos oficiais). Tal alargamento do círculo de intérpretes da constituição acaba por configurar a interpretação do destinatário da norma como sustentáculo social, visto constituir a **licitude como padrão dominante** e contribuir para a máxima efetividade dos diplomas constitucionais. A influência de tal concepção na evolução dos ordenamentos jurídicos pode ser constatada na figura do *amicus curiae*.

11. Sendo mero ato de conhecimento realizado por estudiosos desprovidos de autoridade decisória, a interpretação doutrinária configura-se essencialmente como não-vinculante. Baseado em tal

realizada imprescindivelmente por um sujeito investido de competência para tanto – donde ser **vinculante** (cria direito) –, consiste na escolha, mediante um ato de vontade, de uma dentre as referidas possibilidades de aplicação da norma.

A interpretação científica constitui típico **ato de conhecimento**, desprovido de carga axiológica; o doutrinador não deve emitir opinião sobre qual das possibilidades deve ser aplicada, a menos que o faça manifestamente, sob pena de se comportar tal qual um advogado que argumenta valorativamente, apenas pretensamente realizando atividade científica.¹² Utilizando-se da interpretação doutrinária, a Ciência Jurídica, nos moldes da Teoria Pura do Direito, realiza-se; saber neutro, afastado dos elementos sociais e políticos à sua volta, (pretensamente) estranhos ao Direito.

A interpretação autêntica é **ato volitivo**; tendo como substrato a autoridade que lhe foi formalmente outorgada pelo sistema jurídico estruturado pelo Estado, o intérprete, para fins de suprir a **insuficiência do método**¹³, realiza um ato de vontade dotado de carga decisória.

É mediante a interpretação autêntica que se desenvolve o caráter dinâmico do sistema jurídico kelseniano; para que a relação de fundamentação e derivação entre as normas hierarquizadas configure-se no caso concreto, é necessário que o órgão estatal realize a interpretação das normas hierarquicamente superiores, as quais fundamentam formalmente sua competência e materialmente o próprio exercício desta, consubstanciado na criação de direito. Tal momento criativo consiste em escolher volitivamente qual dos conteúdos possíveis de serem extraídos da **fonte formal** deve ser aplicado. A autoridade competente, pois, cria direito com base em seus valores; é o chamado **momento ametódico**.

Conforme explica Tércio Sampaio, tal é o momento em que o autor enfrenta seu grande **desafio (kelseniano)**, qual seja, salvar a coerência de sua teoria (como pode a Dogmática Jurídica, tecnológica da decisão, pretensamente isenta de cargas axiológicas, aceitar que essa mesma decisão, seu objetivo último, seja desprovida de objetividade e segurança?).¹⁴ E ele consegue, posto que a decisão

concepção, Miguel Reale recusa à doutrina a condição de fonte do direito. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

12. Tal consideração sobre a atividade advocatícia é exposta pelo próprio Kelsen ao tratar da interpretação jurídica. Ob. cit
13. Kelsen considera que o método não permite o estabelecimento de critérios avaliativos a serem utilizados na escolha de qual dos conteúdos deve preencher a moldura no caso concreto. Segundo o autor, é possível ao intérprete autêntico utilizar-se do método científico até o momento em que extrai da moldura normativa os diversos conteúdos idôneos a preenchê-la. A partir deste ponto, a interpretação autêntica diferencia-se da doutrinária, visto que a decisão sobre qual das possibilidades normativas será aplicada ao caso concreto não pode ser encontrada metodologicamente, donde resulta seu caráter essencialmente volitivo.
14. Ob.cit.

do aplicador continua, em *ultima ratio*, fundada na competência atribuída pelo sistema à autoridade. Caracteriza-se, assim, a **matriz positivista do pensamento de Kelsen**: o direito é um ato de vontade; a norma, posta pelo homem dotado de autoridade, é dotada de coercibilidade.

Nesse momento, Kelsen aproxima-se de Herbert Hart, que considera o aspecto formal da norma uma “**janela normativa**”, a qual deve ser preenchida de acordo com a **discricionariedade**¹⁵ do aplicador. Tal discricionariedade também implica valoração, único meio de suprir a **vagueza** característica da linguagem; a norma possui uma margem de **indeterminação**¹⁶. Nesse ponto, Kelsen, que considera a moldura um “**marco de possibilidades**”, chega a indicar que o legislador, não raramente, elabora a norma de forma intencionalmente vaga, com o fim de conferir a seu aplicador maiores possibilidades de aplicação.

4. CONCLUSÕES A RESPEITO DO PENSAMENTO NORMATIVISTA

Ao compreender o direito como ato de vontade, o Normativismo, em consonância com seu corte epistemológico, desconsidera a aferição do valor justiça. Seu parâmetro de legitimidade é a **validade formal**; estando o intérprete dotado de autoridade competente conferida pelo sistema jurídico, suas decisões configurar-se-ão como válidas. A Dogmática Jurídica característica do Positivismo toma como valor intrínseco a **decidibilidade dos conflitos**, e não o caráter justo ou injusto das decisões.

Ocorre que, malgrado a criação de **ficções metodológicas** como o legislador racional, a dicotomia vontade da lei-vontade do legislador e os chamados métodos clássicos de interpretação (sistemático, teleológico, etc...), a dificuldade de aplicação das normas implica grande margem de segurança quanto às decisões tomadas volitivamente, mormente nos denominados *hard cases*. O Normativismo, pois, encontrou respostas, embora não definitivas, para os problemas da unidade¹⁷, da coerência e da completude¹⁸, mas abdicou da busca de um meio idôneo a afastar a subjetividade do intérprete característica do momento ametódico.

15. A noção de discricionariedade, idealizada pela doutrina francesa, consiste, conforme o pensamento administrativista brasileiro dominante, em um “juízo de conveniência e oportunidade” a ser realizado por uma autoridade competente para o cumprimento de uma dada função. Em certas situações, as autoridades estatais, sejam elas administrativas, legislativas ou judiciárias, não estarão plenamente adstritas a uma regra superior que fosse capaz de tolher qualquer margem de flexibilidade em sua atuação.

16. HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, 3ª Edição.

17. Segundo Orlando Gomes, tal é um dos dois momentos em que Kelsen admite a invasão da moral e da política no sistema jurídico, sendo o outro o supramencionado “momento ametódico”. GOMES, Orlando. **Marx e Kelsen**. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1959.

18. A questão da unidade do ordenamento jurídico foi solucionada por Kelsen mediante a adoção do postulado gnoseológico da *grundnorm* (norma hipotético-fundamental). A exigência de coerência,

4.1. A Nova Hermenêutica

Como reação à abnegação normativista consubstanciada no momento amedonhado, surgiu, pois, a Nova Hermenêutica, que adota a combinação entre **justiça e objetividade** como padrão de legitimidade. Tal movimento foi deflagrado por Ronald Dworkin, o qual substituiu a lógica formal positivista pela **racionalidade material de valorações**. O direito, segundo Dworkin, deve ser aplicado em respeito à sua **Integridade** histórica por um “**juiz Hércules**”, qual seja, aquele que busca a decisão correta com base nos valores constituídos pela comunidade jurídica.¹⁹ Tal aplicação se dá numa relação de **densificação**²⁰ dos princípios para o caso concreto mediante as regras, comandos que direcionam em forma de hipótese normativa os valores consubstanciados nos princípios²¹⁻²².

4.1.1. A dicotomia vontade da lei-vontade do legislador

A dicotomia vontade da lei-vontade do legislador constitui objeto de uma discussão que, assim como as questões do legislador racional e dos métodos de interpretação, só é considerada relevante dentro do paradigma do Positivismo Jurídico. O surgimento da Nova Hermenêutica, a qual, com Dworkin, atribui grande relevância aos outrora “desprezados” princípios (espúrias invasões da moral no

por sua vez, tornou-se vencível com o advento dos critérios de resolução hierárquico, especial e temporal. A completude, por sua vez, é afastada pela possibilidade de que a lacuna material seja preenchida pelo aplicador investido de autoridade competente e, se necessário, posteriormente habilitada.

19. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

20. Diz-se, pois, que o caminho percorrido dos princípios às regras consubstancia uma “redução de complexidade”, termo utilizado posteriormente, embora em outro contexto e partindo de pressupostos diversos, por Niklas Luhmann.

21. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

22. A clássica teoria dos princípios e regras adota três critérios básicos de diferenciação entre tais espécies normativas. O primeiro deles, qual seja, o do caráter hipotético-condicional, considera que as regras são formuladas mediante a previsão de uma *fattispecie*, cuja incidência sobre um fato concreto implica sua juridicização e a correspondente consequência jurídica, enquanto os princípios funcionam como vetores axiológicos da aplicação de tais regras ao caso concreto, numa relação de densificação. Os outros dois critérios – modo final de aplicação e conflito normativo – interpenetram-se, constituindo o fundamento da distinção forte entre regras e princípios defendida por Ronald Dworkin e Robert Alexy. Tal raciocínio baseia-se na premissa de que as regras são aplicadas mediante subsunção – de onde ocorre a idéia de aplicação *all-or-nothing* –, e não por ponderação, como ocorre com os princípios. De tal maneira, a aplicação principiológica pressupõe uma dimensão de peso a ser determinada em face do caso concreto, donde decorre o entendimento de que o conflito entre normas de tais espécies resolve-se no plano da eficácia e mediante uma relação de prevalência, e não *prima facie*, no plano da validade, como, via de regra, acontece com as regras, resultando na exclusão de uma delas do ordenamento jurídico. Para um maior aprofundamento sobre o tema, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

direito, segundo Kelsen), extingue a necessidade de se buscar a vontade da lei ou do legislador como “fórmula” de resolução de conflitos, especialmente no tocante às decisões em *hard cases*. Tal necessidade, pois, só subsiste enquanto não se admite a regra como mediação entre os princípios e o caso concreto. A conformação entre princípios resolve, pois, melhor um caso concreto do que a busca de “atas de reuniões do legislador histórico” ou da “vontade consubstanciada na lei” (como se o ente objeto da interpretação constituísse um ser autônomo), sendo mais idônea à realização da pretensão de decidibilidade de conflitos consubstanciada no sistema jurídico, segundo os ditames da Dogmática Jurídica.

Cabe, no entanto, explicar melhor a referida dicotomia. Os defensores da visão de que o objetivo da interpretação é encontrar a vontade do legislador (*mens legislatoris*) acreditam que a proximidade entre o legislador histórico e o momento da criação da lei permite uma maior fidelidade ao objetivo de sua criação por parte do intérprete que “descubra” essa vontade. Os defensores da vontade da lei (*mens legis*), por sua vez, retrucam com a afirmação de que a mutabilidade social deve ser acompanhada por mudanças no sentido da interpretação, as quais devem ser concretizadas mediante a ação da jurisprudência, que deve se voltar para o “fim consubstanciado no texto da lei” (conformação entre os métodos de interpretação literal e teleológica), sob pena de “**engessamento**” do direito. Os subjetivistas, pois, tendem ao conservadorismo, posto que sobrepõem a vontade de um indivíduo ou colegiado num dado momento histórico às necessidades sociais, modificadas constantemente. Partindo do paradigma positivista, parece mais adequado o pensamento objetivista, visto ao menos representar uma tentativa de conformar o direito à realidade social e ao momento histórico de sua aplicação, objetivando interpretar conforme a esfera de faticidade. Tal ficção, no entanto, configura-se como insuficiente no tocante à resolução de conflitos, visto padecer do mesmo problema identificado por Kelsen quanto aos métodos de interpretação: não há método idôneo a orientar o intérprete quanto à decisão de qual das possibilidades normativas extraídas da moldura deve ser aplicada ao caso concreto.

A decisão, segundo a Hermenêutica dos Princípios, dar-se-á mediante um processo de **densificação** a ser conduzido pelo intérprete, no qual se percorre o caminho das normas mais abertas (constitucionais) ao caso concreto. Assim, esgota-se a importância da discussão entre a vontade da lei e a vontade do legislador, visto os princípios proporcionarem parâmetros mais amplos (e, portanto, mais afastados do logicismo e da pretensa exatidão positivista) de interpretação das regras, conferindo ao intérprete uma maior margem de maleabilidade na resolução dos *hard cases* do que tal construção positivista, outrora colocada em voga visando a combater o problema da completude do ordenamento jurídico.

O pensamento de Dworkin, longe de alcançar uma resposta definitiva para os problemas do direito, foi seguido e confrontado pelo de muitos outros jurisfilósofos, incluindo o de Lühmann, neopositivista que revive o caráter autopoiético do

pensamento kelseniano dentro da necessidade de estabilização de expectativas. Com o advento da Escola Analítica, pois, podemos concluir que o Positivismo, longe de morrer, ainda está em voga; seu reinado absoluto dos tempos modernos, no entanto, se esvaiu.

5. REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, São Paulo, 4.ed. Atlas, 2003.
- GOMES, Orlando. *Marx e Kelsen*. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1959.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.
- HART, Herbert, *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, 3ª Edição.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito – introdução à problemática científica do direito; tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella – 4, ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006*
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005. (Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática, v. 1).