

TEORIA PENTADIMENSIONAL DO DIREITO

PURA E PROGNOSTICADA

Uma nova interpretação e aplicação do
Sistema Normativo e da Teoria Geral do Direito

HÉLIO GUSTAVO ALVES



TEORIA PENTADIMENSIONAL DO DIREITO

PURA E PROGNOTICADA

Uma nova interpretação e aplicação do
Sistema Normativo e da Teoria Geral do Direito

2ª EDIÇÃO

LT[®]R



LTr Editora Ltda.

© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaribe, 571
CEP 01224-003
São Paulo, SP — Brasil
Fone (11) 2167-1101
www.ltr.com.br
Agosto, 2022

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: GRAPHIEN DIAGRAMAÇÃO E ARTE
Projeto de Capa: DANILO REBELLO
Impressão: LOG & PRINT GRÁFICA

versão impressa — LTr 6384.6 — ISBN 978-65-5883-177-8
versão digital — LTr 9857.4 — ISBN 978-65-5883-176-1

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Alves, Hélio Gustavo

Teoria pentadimensional do direito [livro eletrônico] : pura e prognosticada / Hélio Gustavo Alves. — 2. ed. — São Paulo : LTr, 2022.

PDF

Bibliografia.

ISBN 978-65-5883-176-1

1. Direito — Filosofia 2. Direito natural 3. Direito positivo
4. Direito — Teoria 5. Hermenêutica I. Título.

22-120353

CDU-340.11

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito : Teoria 340.11

Cibele Maria Dias — Bibliotecária — CRB-8/9427

AGRADECIMENTO

Agradeço eternamente ao Senhor Professor Doutor João Nogueira de Almeida por aceitar ser meu orientador e confiar em meu trabalho, bem como, por dedicar seu tempo a esta pesquisa científica.

Rendo também minhas homenagens a toda equipe dos Professores Doutores, Colaboradores do IUS Gentium Conimbrigae – IGC/CDH, em nome da Senhora Professora Doutora Carla Manuela de Marcelino Gomes e do Senhor Professor Doutor Miguel Ângelo Oliveira Costa, bem como à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em nome do Dignífico Diretor Senhor Professor Doutor Jónatas E. M. Machado, pela atenção, cordialidade e receptividade para a realização desta tese.

DEDICATÓRIA

Primeiramente, quero dedicar esta obra a Deus que concedeu a oportunidade de poder estudar em outro continente, em um país que considero como a extensão de minha terra por sempre ser bem recebido pelos amáveis portugueses, que, pelos laços criados, muitos os considero como irmãos.

Dedico esta obra também à mãe de meus filhos, Bruna Hering, ainda que ex-esposa, é uma grande amiga e companheira que tanto apoia minhas investidas acadêmicas e profissionais, cuidando e zelando de nossa família e nosso lar em minha ausência.

Aos meus filhos Luigi Hering Alves e Pietro Hering Alves, anjinhos e espoletinhas que alegram e dão sentido ao meu viver e renovam a cada dia minha vontade de fazer com que tenhamos um mundo mais justo para terem uma estrada melhor para seguirem.

Aos meus pais que tanto apostaram em minha educação, não medindo esforços para que, num Brasil tão desigual, eu obtivesse o melhor no âmbito escolar.

Dedico também aos meus colegas de trabalho que tiveram paciência com minha ausência e, mesmo assim, apoiaram todo meu esforço para conclusão deste trabalho.

Aos meus alunos e clientes que me fazem pensar e repensar diariamente no Direito em busca de uma sociedade mais justa e perfeita.

E, por fim, dedicar esta obra à amada Heloisa Arantes Barbosa, a minha Helô, que está lado a lado, no amor, nas conquistas, na busca de nossos ideais e principalmente por dar-me todo suporte e amparo psicológico para buscar força Divina para a conclusão de todos meus projetos e por ser Advogada, principalmente nos planos acadêmicos. Com ela tudo fica mais fácil. Obrigado, meu amor.

SUMÁRIO

Posfácio — Edição atual.....	11
Prefácio.....	13
Apresentação.....	17
Introdução.....	19
1. Hermenêutica e Direito Natural: Esclarecimentos Necessários para a Apresentação da Teoria Pentadimensional.....	21
1.1. Do direito natural ao direito positivo	21
1.2. Surgimento da hermenêutica	31
1.3. Influências da hermenêutica na dogmática do direito	34
2. Direito Positivo: o Caminho da Ciência Jurídica para a Teoria Pentadimensional.....	35
2.1. O positivismo jurídico enquanto dogmática.....	35
2.2. Positivismo exegetico	38
2.3. Positivismo normativista	41
2.4. Positivismo analítico.....	44
2.5. Pós-positivismo	49
3. Teoria Tridimensional do Direito.....	54
3.1. A formação histórica do culturalismo jurídico no Brasil.....	55
3.2. O culturalismo jurídico como um procedimento metodológico científico do Direito.....	57
3.3. Múltiplas formulações tricotômicas do Direito	60
3.4. Bases da Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale	61

3.5. Dialética da complementaridade e do valor em Miguel Reale.....	63
3.6. Husserl e a síntese realeana.....	67
4. Teoria do Ordenamento Jurídico e Hermenêutica Jurídica: Lacunas e Integração	69
4.1. Análise conceitual de ordenamento jurídico-positivo.....	69
4.2. A unidade do ordenamento jurídico.....	72
4.3. A completude do ordenamento	75
4.4. Lacunas.....	79
4.5. A coerência do ordenamento jurídico	84
4.6. Antinomias.....	86
4.7. Evolução da hermenêutica jurídica e a sua relação com a semiótica	88
5. Teoria Pentadimensional do Direito	92
5.1. Introdução à Teoria Pentadimensional	92
5.2. Origem da Teoria Pentadimensional	96
5.3. A quarta e a quinta geração da Teoria Pentadimensional do Direito.....	97
5.3.1. Teoria Pentadimensional Pura	97
5.3.2. Teoria Pentadimensional Prognosticada	98
5.4. O papel da Teoria Pentadimensional	100
5.5. Teoria Pentadimensional Aplicada.....	102
5.5.1. Teoria Pentadimensional Pura Aplicada	102
5.5.1.1. Benefício previdenciário: salário-maternidade	102
5.5.2. Teoria Pentadimensional Prognosticada Aplicada.....	110
5.5.2.1. Exemplo aplicado ao Direito Previdenciário: Benefício previdenciário auxílio por incapacidade temporária	110
5.5.3. Teoria Pentadimensional Prognosticada Aplicada	115
5.5.3.1. Exemplo aplicado ao Direito do Trabalho: Licença-paternidade para casal homoafetivo de mulheres	115
Conclusões.....	121
Referências	123

POSFÁCIO — EDIÇÃO ATUAL

Hélio Gustavo Alves, em seu livro “Teoria Pentadimensional do Direito”, em estilo claro e objetivo, suscita reflexão às suas teses bem fundamentadas, à luz da teoria tridimensional do direito.

Revelando-se um jusnaturalista, mas numa visão evolutiva, interpreta a dinamicidade da teoria de Miguel Reale, como geradora de uma permanente atualização com a sua conseqüente socialização pelo prisma dos princípios.

Apreende, em sua exegese pessoal, a profundidade do pensamento realeano, no plano fenomênico — Reale foi um dos mais profundos estudiosos de Husserl —, e formula o que denomina de uma Teoria Pentadimensional do Direito.

O livro é bem escrito e a fundamentação de sua análise é adequada à linha de raciocínio que adota.

Miguel Reale foi meu professor em 1958, na Faculdade de Direito da USP, tendo nascido daquela convivência uma amizade que continuou até a sua morte. Participamos de diversas academias e não faltava às sessões semanais da Paulista de Letras, quando a presidi. Escrevemos livros juntos, o que muito me honrava, redigimos pareceres jurídicos e tive o privilégio de substituí-lo na Academia Brasileira de Filosofia, onde a tristeza de sua ausência uniu-se à alegria de poder continuar difundindo suas lições. Jurista, filósofo e poeta, tivemos até mesmo um livro com Oscar Correa, Geraldo Vidigal e Saulo Ramos, com poemas nossos vertidos para o romeno e publicados por Editora de Bucareste apenas voltada à poesia.

Deu-me a honra de escrever uma longa nota introdutória a seu livro “O Conflito das Ideologias”.

Faço menção a este convívio de quase meio século, pois, a novidade na teoria tridimensional — que não era original de Reale, mas já examinada por outros jusfilósofos — foi superar o processo estático das teorias anteriores, em que o fato valorado geraria a norma para uma permanente mutação, ou seja, a nova norma seria um novo fato a ser valorado, gerando uma outra norma que se transformaria num novo fato, num movimento até o fim dos tempos. Vale dizer, um processo dialético dinâmico abrangeria perpetuamente a adaptação

do direito às novas realidades criadas com a evolução ou “involução” da humanidade.

Creio que esta visão dinâmica da tridimensionalidade realéana é que, em outros termos, Hélio Gustavo Alves menciona ao acrescentar à tridimensionalidade estática sua atualização e socialização de princípios, explicitando, pois, algo inerente ao direito que é próprio do brocardo latino “*Ubi societas, ibi jus et ubi jus, ibi societas*”. O direito e a sociedade avançam, num determinado território, ou regridem juntos.

Embora aparentemente criticando o historicismo no direito natural, no que faz bem, sua visão do direito natural não chega à adesão completa à teoria de que há princípios de direito natural, que independem da história e da evolução humana, apesar de seu elenco não ser muito numeroso.

É que há direitos que são inerentes ao ser humano e o Estado não pode criar, mas apenas reconhecer, e outros — a grande maioria — que estão na competência do Estado Democrático, de acordo com a vontade popular de criá-los. O direito à vida, por exemplo, é um direito da pessoa, que o Estado não cria, mas deve respeitar, independentemente do grau de evolução da sociedade, não cabendo ao historicismo permitir, mesmo nos tempos primitivos, o direito de suprimi-lo, arbitrariamente.

Assim sendo, o pequeno complexo de direitos naturais atemporais constitui a perenidade do direito natural, quaisquer que sejam os graus de desenvolvimento de uma determinada sociedade.

Tais considerações perfunctórias, eu as faço sobre o bom estudo de Hélio Gustavo Alves, pois, seguindo a linhagem dos juristas jusnaturalistas, busca novas vertentes para o pensamento acadêmico sobre a matéria, valendo seu livro como valiosa contribuição ao estudo dos caminhos permanentes da pesquisa jurídica.

Ives Gandra da Silva Martins

Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O Estado de São Paulo, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército — ECEME, Superior de Guerra — ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal — 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martín de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs — Paraná e RS, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO — SP; ex-Presidente da Academia Paulista de Letras — APL e do Instituto dos Advogados de São Paulo — IASP.

PREFÁCIO

A principal ideia deste trabalho — que foi objeto da investigação do Prof. Dr. Hélio Gustavo Alves no Programa de Pós-Doutoramento em Democracia e Direitos Humanos, do *Ius Gentium Conimbrigae*/Centro de Direitos Humanos (IGC/CDH), ligado à Faculdade de Direito de Coimbra — é apresentar a *Teoria Pentadimensional — Pura e Prognosticada* como critério de atualização da norma, por meio do protagonismo judicial.

O autor apresenta a *Teoria Pentadimensional — Pura e Prognosticada* como “a geração da norma”, depois de se referir às diversas fases do direito natural (à luz de Locke), da posituação do direito (nas lições de Kelsen e Bobbio) e à teoria tridimensional do direito, de nosso grande jurista Miguel Reale.

Adotando as bases do tridimensionalismo realano, as categorias da *Teoria Pentadimensional Prognosticada*, na concepção do autor, seriam: (1) o fato social, (2) o valor, (3) a norma, (4) a atualização da norma à luz da jurisprudência frente à realidade principiológica, e (5) a socialização da norma pelos princípios (o que seria feito pela decisão judicial).

E o papel dessa teoria, afirma o autor, seria “fazer com que a jurisprudência corrija a norma original para que em sua atualização esteja o mais próximo possível da realidade social”.

A ideia de uma *Teoria Pentadimensional — Pura e Prognosticada* pode ser compreendida, como ponto básico, a partir das dimensionalidades do Direito, isto é, a partir do conjunto daquilo que compõem uma teoria geral ou uma teoria jurídica.

No livro *Sistemas Jurídicos no Mundo e no Estrangeiro, a dinâmica da técnica tópica*⁽¹⁾, na primeira parte denominada *A importância da Teoria na formação dos sistemas jurídicos*, adotei a concepção de Larenz que define a teoria como “um sistema de enunciados, entre os quais existem relações e que satisfazem pelo menos as exigências de consistência e de comprovação”⁽²⁾. Adotei este

(1) MORAIS, Océlio de Jesus Carneiro de; TEIXEIRA, Denilson Victor Machado. *Sistemas Jurídicos no Mundo e no Estrangeiro, a dinâmica da técnica tópica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

(2) *Sistemas Jurídicos no Brasil e no Estrangeiro, a dinâmica da técnica tópica*. 2017. p. 9.

conceito — que continua válido — para explicar que a função ou papel da teoria jurídica com suas categorias é clarificar as obscuridades e preencher as lacunas metodológicas, tudo na perspectiva de que a teoria aspira a validade jurídica do sistema.

Notemos então que as teorias científicas eternizam teoricamente as diversas dimensões das ciências porque as dimensões são funcionalmente interdependentes como necessidade intrínseca à sua própria existência histórica.

Isso representa dizer — para a seara do Direito — que uma nova dimensão de uma ciência sempre parte das referências dimensionais anteriores, seja como forma de negação, seja revisão ou aperfeiçoamento para evolução.

Faço essa observação para destacar que a ideia principal do livro do Prof. Pós-doutor Hélio Gustavo Alves não desprezou essa perspectiva do conjunto teórico (como conhecimento consolidado do passado) até considerar e defender a *Teoria Pentadimensional — Pura e Prognosticada* como a ferramenta adequada para “atualização da norma” por meio da decisão judicial baseada nos princípios, quando o direito positivado não alcança a proteção dos fatos sociais.

A priori, poderia a imaginação ser conduzida à ideia que defende o ativismo judicial puro e simples.

Mas, não.

Notemos que a ideia do Pentadimensional — Prognosticada e Pura, na perspectiva da obra prefaciada, não se confunde com o ativismo jurídico ideológico que, malgrado dos princípios que orientam a aplicação das normas, desvirtuam o sentido *telos* comum das leis e cujas decisões judiciais acabam provocando conflitos entre as normas e entre os princípios, o que é péssimo para a consistência da ordem jurídica.

Assim, o substrato teórico do Pentadimensional — Prognosticada e Pura, quando adota a decisão judicial à luz dos princípios para adequar a norma ao fato e concretizar o direito real, me reporta (e certamente também o fará em relação ao leitor) às questões da “decidibilidade dos conflitos como problema da ciência”, da “dogmática hermenêutica ou ciência como teoria da interpretação”, e da “dogmática da decisão ou teoria da dogmática da argumentação jurídica”, temas abordados na obra *Introdução ao Estudo do Direito*⁽³⁾, por Ferraz Jr.

É bem evidente, neste esboço teórico do autor, a esperança ou fé jurídica de que a decisão judicial (portanto, a hermenêutica judiciária) pode adequar o sentido das normas, quanto ao bem comum, e assim corrigir os problemas de lacuna ou de inconsistência das normas no mundo fenomênico.

(3) FERRAZ JR., Tércio Sampaio, 2010. p. 636, 200-231.

A obra, nesse sentido, apresenta o problema da interpretação e aplicação das normas, desvirtuadas de sua teleologia, às questões da proteção previdenciária do trabalhador brasileiro.

Quando, desse modo, defende decisão judicial nessa perspectiva, a rigor a obra adota a dogmática constitucional ou judicial, mas como critério de correção ou ajustamento, acoplamento do sistema de normas, isto é, e nas palavras do autor: a decisão judicial como forma de “influenciar a norma original para ter atualização de forma socializada, ou seja, da maneira mais próxima dos princípios constitucionais”.

Portanto, o autor adota o pressuposto de que a decisão judicial (e isso é um dogma judiciário) não pode e não deve se afastar dos princípios constitucionais para a efetivação dos direitos sociais, por exemplo, os direitos relativos à proteção e à inclusão previdenciária dos trabalhadores segurados e de seus dependentes.

A propósito, recorde que — à luz da dogmática hermenêutica judicial, sob a perspectiva do sistema jurídico brasileiro — abordei a temática das decisões judiciais, para a efetivação dos direitos sociais, no item “Novas bases do ordenamento jurídico brasileiro”⁽⁴⁾, ambiente onde identifiquei a formação do novo regime de normas jurídicas consuetudinárias ou regime *common law* brasileiro. Isto é, de como esse novo regime vem sendo construído a partir das decisões vinculantes do Supremo Tribunal Federal em sede das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, das Ações Diretas de Constitucionalidade, das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamentais e das súmulas jurídicas vinculantes.

Portanto, naquela obra — que também foi resultado de minha investigação científica, em 2015, no programa de pós-doutoramento do IGC da Faculdade de Direito de Coimbra — abordei os efeitos das decisões judiciais vinculantes da Suprema Corte para a concretização dos direitos sociais e, por conseguinte, como essas decisões com o efeito de fundo estão criando normas jurídicas consuetudinárias ou regime *common law* brasileiro.

Agora na obra do insigne professor e jurista Dr. Hélio Gustavo Alves — apesar de não se referir ao regime de normas jurídicas consuetudinárias —, a base teórica Pentadimensional — Prognosticada e Pura (os princípios constitucionais como base da decisão judicial adequada), a rigor, converge para a defesa do sistema de normas jurídicas consuetudinárias, à medida que as lacunas (omissão legislativa) ou inconsistências das normas positivadas (inadequação às relações sociais) são apontadas (nesta obra) como problema

(4) MORAIS, Océlio de Jesus Carneiro de. *Direitos humanos fundamentais e a justiça constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 65-89.

da inefetividade dos direitos sociais previdenciários e dos demais direitos sociais no Brasil.

Prefaciар essa obra, na perspectiva teórica Pentadimensional Prognosticada e Pura, é um presente acadêmico — além da honraria e deferência que me são destinadas pelo ilustre jurista previdenciarista e constitucionalista — porque também me proporciona a oportunidade de conhecer mais o tema que foi tão bem desenvolvido pelo autor.

Portanto, a obra — que não descarta as normas como critério de decisão — também se apresenta como importante contribuição teórica à ciência do direito.

Agradeço cordialmente a deferência, também na certeza de que laços acadêmicos como estes nos fortalecem como pensadores do direito.

Belém (Pará, Amazônia, Brasil), agosto de 2019.

Océlio de Jesus Carneiro de Morais

Prof. Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo IGC da Faculdade de Direito de Coimbra; Doutor em Direito Previdenciário pela PUC/SP; Mestre em Direito Constitucional pela UFPA; Juiz federal do Trabalho (titular de Vara) do TRT 8ª Região; Prof. Pesquisador do programa de mestrado em direitos fundamentais da Universidade da Amazônia e Presidente da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social (ABDSS).

APRESENTAÇÃO

O Doutor Hélio Gustavo Alves é um reputadíssimo especialista em Direito da Seguridade Social e em Direito das Relações Sociais. A sua atividade profissional não se limita à docência universitária, de graduação e de pós-graduação, mas estende-se também à consultoria e à prática forense, contrariando a ideia presente em muitos de nós que não é possível exercer estas atividades tão exigentes no nível de excelência que tem sido apanágio do Doutor Hélio Gustavo Alves. Para além destas atividades de cariz profissional, ele tem participado em inúmeros congressos jurídicos, principalmente na área do Direito Previdenciário e do Direito do Trabalho. Recentemente, também deu um impulso muito importante para a criação da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social da qual é um distinto membro.

A monografia que tenho a sublime honra de apresentar constitui o resultado da investigação levada a cabo pelo Prof. Dr. Hélio Gustavo Alves no Programa de Pós-Doutoramento em Democracia e Direitos Humanos, programa este promovido pelo *Ius Gentium Conimbrigae*/Centro de Direitos Humanos (instituto ligado à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra).

A monografia tem por título: *Teoria Pentadimensional — Pura e Prognosticada* como critério de atualização da norma, por meio do protagonismo judicial, e apresenta-se estruturada do seguinte modo. Na Introdução (capítulo I), o autor faz o enquadramento dos pressupostos que entende necessários para apresentar a sua teoria. No Capítulo II, explica a doutrina positivista e o pós-positivismo. Nos capítulos III, IV e V, os capítulos nodais da sua investigação, expõe a sua Teoria Pentadimensional do Direito. Por fim, o autor apresenta as suas conclusões.

O grande mérito e valor científico deste trabalho reside na apresentação de uma proposta inovadora superadora das limitações preditivas (aparentes) da norma expressa, a qual, se lida e interpretada de forma literal, não é, nem nunca será capaz de regular de forma clara e expressa todas as situações concretas da vida que merecem tutela jurídica. Ao propor soluções jurídicas baseadas na interpretação da norma capazes de abarcarem situações concretas da vida nela não previstas expressamente, o Doutor Hélio Gustavo

Alves afasta-se do ativismo judiciário na medida em que demonstra ser possível solucionar com base na norma escrita conflitos que, à primeira vista, só seriam passíveis de serem resolvidos com recurso à atividade “criativa” do juiz, a qual pela sua própria natureza é, em grande parte, não sindicável e, por isso, potencialmente geradora de maiores injustiças que aquelas que visa evitar. Tal permite manter, e até reforçar, o sistema de equilíbrio de poderes, não cedendo àqueles que a pretexto da falta ou insuficiência da lei, se deixam levar pela melodia perigosa do ativismo judiciário. Ou seja, reforça o papel da norma ao mesmo tempo que permite ao julgador a sua atualização dentro do espírito da lei que a criou.

Coimbra, 13 de setembro de 2019.

Prof. Dr. João Nogueira de Almeida

*Mestre em Integração Europeia. Doutor em Direito
(Ciências Jurídico-Económicas).*

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra.

INTRODUÇÃO

A sociedade, para sua devida estruturação, formação e continuidade para obter uma realidade dentro de determinada ordem social, se faz necessária que esteja regulada por um sistema jurídico normativo.

A história nos revela a busca incessante por um sistema jurídico normativo de controle, para que esta sociedade tenha uma vida mais próxima possível do ideal de justiça.

São inúmeros filósofos, juristas, sociólogos, enfim, pensadores de toda ordem e ciência que lançam ao longo dos séculos uma teoria jurídica de sistema de controle da sociedade.

Para o momento tais teorias tiveram sua eficácia, porém, com a transformação da sociedade, relações sociais e de sistemas jurídicos as teorias que buscavam a ordem social, quando caíam em desuso, eram atualizadas ou lançavam novas teses para então, buscar a paz social.

Neste sentido, frente à realidade da sociedade contemporânea que sofre alterações constantes em decorrência de novas relações sociais que surgem a diversos fatores como a (i)migração, novos gêneros da pessoa humana, conquistas de classes sociais, como, por exemplo, a liberdade da mulher em alguns países, percebemos que os legisladores não acompanhavam tais mudanças com tamanha agilidade, tendo que o Poder Judiciário solucionar casuísticas ainda não normatizadas.

Para que o Poder Judiciário possa enfrentar tais casuísticas que foram mal regulamentadas, lançamos este trabalho científico para superar o tradicionalismo da teoria positivista.



HERMENÊUTICA E DIREITO NATURAL: ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS PARA A APRESENTAÇÃO DA TEORIA PENTADIMENSIONAL

A partir do surgimento do Direito positivo no contexto da Revolução Francesa, o Direito nasce como ciência no mundo ocidental. No entanto, muito antes disso, já se delineavam os pressupostos para o surgimento dessa ciência, por meio do que se conceitua dogmaticamente como doutrina idealista, jusnaturalismo ou Direito natural, pautados no objetivo central de conduzir a uma ideia geral de justiça.

Neste primeiro capítulo, aborda-se o desenvolvimento do Direito natural ao Direito positivo, bem como os principais autores representantes dessas escolas de pensamento a seguir, o surgimento da hermenêutica como ciência da interpretação, e sua relação com o Direito natural e com o Direito positivo.

1.1. Do direito natural ao direito positivo

É uma realidade no Brasil e em vários países que a maioria dos magistrados limita sua decisão ao Direito positivo, ignorando os princípios e os costumes. No entanto, o Direito positivo não é somente a norma posta, a norma legislada. O conceito de Direito positivo é mais amplo, pois integram além do Direito positivo, os costumes e os contratos, que irão movimentar o legislador para a realização das normas⁽⁵⁾.

Sobre a concepção e a relação entre Direito natural e Direito positivo, observa Bobbio, que na época clássica o Direito natural não era considerado superior ao positivo:

... o Direito natural era concebido como “Direito comum” (*koinós nomos* conforme o designa Aristóteles) e o positivo como Direito

(5) BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 16 a 27.

especial ou particular de uma dada *civitas*; assim, baseando-se no princípio pelo qual o Direito particular prevalece sobre o geral (*lex specialis derogat generali*), o Direito positivo prevalecia sobre o natural sempre que entre ambos ocorresse um conflito...⁽⁶⁾

A partir da formação do Estado moderno, momento em que a sociedade assume uma estrutura monista, esse Estado concentra em si todos os poderes, assim, aparece a necessidade de se criar e instituir o Direito. Com este momento de desenvolvimento do Direito, corresponde uma mudança no modo de conceber as próprias categorias do Direito. Existe o hábito de considerar Direito e Estado como o mesmo órgão. Em decorrência deste hábito, existe também a dificuldade pela sociedade civil em reconhecer o Direito posto pelo Estado. Assim, por um longo tempo, o Direito não foi positivado pelo Estado, exemplo disso são as normas consuetudinárias, cujo seu modo de formação decorre de um tipo de consenso manifestado pelo povo.⁽⁷⁾

Como lembra Norberto Bobbio, citando São Paulo, é sabido que, na idade média, o Direito natural hierarquicamente era superior ao Direito positivo, tendo em vista que a norma vinha da vontade de Deus, assim, o Direito Natural era “a lei escrita por Deus no coração dos homens”.⁽⁸⁾

Ressalta Giorgio Del Vecchio, que o Direito natural sempre acompanhou a humanidade e assim explicita: “o Direito natural é essencialmente distinto do Direito positivo, precisamente porque se afirma como princípio deontológico, indicando aquilo que deve ser, mesmo que não seja”.⁽⁹⁾

O Direito natural sucessivamente foi defendido por alguns juristas, aliás, é entendido como um Direito vivo, que está em nosso dia a dia para ser analisado e recepcionado e, nesta linha, ressalta Nader, o Direito natural é imutável, universal e eterno, e sustenta tal posição por justificar que a natureza humana é a maior fonte deste Direito, sendo assim, todos os povos e lugares serão e estarão regulados pelo Direito, um Direito natural que nasce dos instintos humanos, motivo pelo qual se torna imutável, universal e eterno⁽¹⁰⁾.

(6) BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 25.

(7) BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 26.

(8) BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 25.

(9) DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. 2. ed. Tradução de Antonio José Brandão. Traduzindo a 7ª edição original. Coimbra: Armenio Amado, 1951. p. 230.

(10) NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 376.

Há uma certa inversão no conceito do Direito positivo. Alguns juristas acreditam que somente constitui Direito positivo as leis em sentido estrito. Este fenômeno ocorre na comunidade jurídica contemporânea, por acreditarem que o fato da sociedade estar organizada na forma de Estado, e ser o Estado, na figura do legislativo, que normatiza a sociedade, essa deve, portanto, obter apenas os Direitos que estão regulados pelas leis em sentido estrito.⁽¹¹⁾

Assim, de forma equivocada, a premissa maior que aplica-se atualmente no Direito positivo é que a sociedade deve seguir o conjunto de normas de conduta estabelecidas ou autorizadas pelo próprio Estado legislador. É sabido que o sistema normativo é idealizado e lançado pelo legislativo, sendo esse escolhido pela sociedade. Assim, o Estado é regulado por este poder legislativo normatizador, porém, as normas lançadas não podem ser consideradas como terminativas, entendendo que todas as relações sociais estão normatizadas⁽¹²⁾.

Sim, as normas partem do poder legislativo autorizado pelo Estado, mas tais fontes de normas não podem ter poder pleno sobre a sociedade por inúmeros motivos, seja por suas ilegalidades e/ou inconstitucionalidades. Ademais, vale destacar que jamais pode ocorrer de o Estado deixar de fornecer o Direito a alguém ou a alguma relação social por mera falta de previsão legal. Aliás, esta é a problemática central desta pesquisa.

Portanto, o Estado, por meio de seu poder legislativo, é quem define e rege o conjunto de normas, regulando e validando os costumes e as relações sociais. Nesse sentido, sim, o Direito positivo que constitui o conjunto de normas elaboradas conforme os costumes às relações e contratos sociais. O conceito acima entende que está nas normas todas as necessidades da sociedade e o que não está não existe no mundo e, portanto, não deve ter amparo.

Se tal premissa prevalecer, literalmente, os princípios implícitos e a moderna ciência do Direito estarão à margem do sistema jurídico.

(11) BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 27.

(12) Maria Helena Diniz discorre sobre a “aporia das lacunas”, que consiste no fenômeno de que, diante da dinamicidade do Direito, as lacunas são uma realidade inquestionável, devido aos próprios limites humanos que impedem a possibilidade de previsão de todas condutas humanas possíveis, presentes e futuras. No entanto, o Direito é, ao mesmo tempo, sem lacunas. O que pode parecer um paradoxo, se observado de maneira analítica, não o é. O Direito é lacunoso, porque a vida humana apresenta infinitas possibilidades impossíveis de serem postadas sobre um plano normativo que sempre as contemple. Mas não o é também, pois, considerando que o Direito se auto integra, ele mesmo supre seus espaços vazios através do processo de aplicação e criação de normas, logo, o sistema jurídico não é completo mas completável. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 458.

Este conceito de Direito positivo foi fortalecido por culpa da massa de jurisprudência que julga somente sob o guarda-chuva das normas, considerando que o que está fora da proteção do arcabouço de normas, sem proteção ficará.

Se o Direito positivo se limitar às leis em sentido estrito, tal Direito positivo não deve ser visto como um Direito que ampara os Direitos advindos do Direito natural ou que existe também de maneira implícita, escondidos por trás das letras nas normas, que somente são vistos aplicando a hermenêutica.

Historicamente, essa visão equivocada de que o Direito positivo é somente a norma posta advém da própria evolução do Direito enquanto ciência, que se iniciou com o positivismo jurídico, no âmbito da Revolução Francesa⁽¹³⁾. Antes do positivismo, existia o Direito natural, desprovido de objeto e método, como se exige hoje das ciências sociais aplicadas.⁽¹⁴⁾

O Direito natural tem basicamente duas instâncias épicas: o Direito natural clássico, que sempre atua pelos ideais imutáveis, e o jusnaturalismo, que se aproxima, de certa forma, do positivismo, pois está, no seu contexto temporal, entre os séculos XVII e XVIII. Neste, grandes nomes se sobressaem, como Grotius⁽¹⁵⁾ e Locke⁽¹⁶⁾. Aqui existe um primado diferenciado, pois em primeiro lugar trabalha-se com uma ideia de secularização do Direito.

(13) A Escola da exegese foi uma das primeiras correntes de pensamento juspositivista, desenvolvendo-se na França, em meados do século XIX, a partir do advento do Código Napoleônico, promulgado em 1804, tendo, entretanto, ultrapassado as fronteiras do seu país de origem, uma vez que exerce, até hoje, influência no sistema do Direito dos países de tradição romano-germânica. As origens desta Escola remontam ao cenário existente na França após a Revolução Francesa. LIMA, Iara Menezes. Escola da Exegese. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, p. 105-122, v. 97, jan./jun. 2008. Uma das principais obras do positivismo exegético é a obra de Jean Proudhon, de 1809, intitulada *Cours de droit français*.

(14) Após a Segunda Guerra Mundial, o jurista alemão Theodor Viehweg desenvolveu sua principal obra chamada "Tópica e Jurisprudência", publicada em 1953, que representa verdadeiro marco teórico na história do pensamento jurídico, no sentido de delinear uma nova forma de pensar a ciência do Direito, recuperando a tópica nos anos 1950 do século XX. Viehweg explanou em sua obra uma contraposição entre o padrão lógico-sistemático e a tópica, propondo novos mecanismos para o controle de racionalidade sobre a linguagem jurídica e, ao mesmo tempo, parâmetros seguros para a fundamentação das decisões. Em contraponto ao tradicional método lógico-dedutivo, Viehweg interpretou o Direito a partir da tópica como um sistema aberto de regras e princípios, no qual não há certezas absolutas e nada é indiscutível. ATIENZA, Manoel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003. p. 46.

(15) Sua principal obra é *De iure belli ac pacis* (Das leis de guerra e paz), de 1625, na qual delinham-se os conceitos de guerra justa e de Direito natural. GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. 2. ed. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2005.

(16) O começo das ideias de Locke sobre o Direito natural surge em suas obras: *Primeiro e Segundo Tratado sobre o Magistrado Civil*, escritos entre 1660 e 1662 — *First Tract on Government* (1660) e *Second Tract on Government* (1662). É preciso cuidado para não confundir estas obras com o *First Treatise of Government* e o *Second Treatise of Government*, publicados em 1689. O problema com a tradução é que tanto *tract* quanto *treatise* podem ser traduzidos como tratado. Esta

Essa ideia de secularização do Direito está amplamente ligada à questão da soberania, quando se pensa no seguinte: o Estado precisa defender os seus limites, mas, não só os limites territoriais enquanto Estado, como também a perspectiva de realizabilidade da lei. Isso é importante para o Direito. É no Direito natural que essa ideia de soberania será mais profunda, exigente, elemento de reiteração de diversos Estados.

É importante entender como essa soberania será instrumentalizada. Será instrumentalizada na ideia de um contrato social. A ideia do contrato social está basicamente ligada ao seguinte: os integrantes da sociedade vão ceder seus Direitos para o Estado e esse vai devolver grande parte desses Direitos em forma de Direitos civis⁽¹⁷⁾.

Essa secularização do Direito, ou seja, o contrato social, é uma forma de substituição da Constituição e as Constituições primeiras versavam exclusivamente sobre manifestações de poder. Sabe-se que o Estado manifesta seu poder por meio da soberania. A soberania é interna, pelo princípio da exclusividade, de maneira que só o ente estatal faz leis no contexto da Idade Moderna (Estado liberal). A soberania também é externa, ou seja, o Estado tem a possibilidade de fazer tratados. Do ponto de vista jusnaturalista, isso é muito importante, porque permite uma cisão entre o Direito e a religião.

No Direito natural clássico, por exemplo, a maior dificuldade está na tratativa com São Tomás de Aquino⁽¹⁸⁾ ou com Santo Agostinho⁽¹⁹⁾, porque a todo momento existe um Direito que é divino. Dessa maneira, as pessoas e a sociedade perdem, porque o Direito divino é aberto, solto, metafísico.

pesquisa segue a tradução adotada por Norberto Bobbio, que usa magistrado e não governo, no livro *Locke e o Direito natural*, para facilitar a diferenciação dos textos. Nestes dois primeiros tratados Locke se apresenta hobbesiano, assumindo tons autoritários, e coloca-se ao lado daqueles que querem a liberdade não ampla e garantida, mas restrita e sujeita às pressões do rei. A despeito disso, ao assumir o pressuposto da existência da lei natural, base de toda a sua construção intelectual, ele inicia um caminho rumo a um jusnaturalismo mais puro. BOBBIO, N. *Locke e o direito natural*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

(17) As principais teorias que se dedicaram a explicar o contratualismo emergiram durante os séculos XVI e XVIII, sendo que os seus principais representantes foram: Thomas Hobbes, com a sua obra, HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003; John Locke, com a sua obra, LOCKE, J. *Segundo tratado sobre o governo*. 3. ed. Traduções de Anuar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1983; e Jean-Jacques Rousseau, com sua obra, ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Cultrix, 1989.

(18) TOMAS DE AQUINO. *Suma teológica*. Tradução de Alexandre Corrêa. Caxias do Sul: Sulina, 1980.

(19) SANTO AGOSTINHO. *A cidade de Deus (contra os pagãos)*. Tradução de Oscar Paes Leme. Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2 volumes, 2006.

São Tomás de Aquino sintetiza o pensamento de Aristóteles, relacionando-o com a fé cristã, com o objetivo de harmonizar razão e crença. Tomás de Aquino trabalha com a diferença entre o poder em sentido abstrato, cuja definição é meramente natural, advindo da natureza do homem e da razão, e que tem por finalidade a realização dos seus fins terrenos, e o poder concreto, que deriva da própria decisão humana, em que um determinado grupo de indivíduos exerce o poder sobre os outros. Este poder concreto pertence a Deus, mas não se dá em virtude de uma escolha direta realizada por Deus, e sim por meio de uma designação meramente humana.⁽²⁰⁾

Santo Agostinho, em sua obra *Cidade de Deus*, explana sobre a diferenciação conceitual e hierárquica entre as leis humanas e a lei divina. Para o autor, a lei divina inspira a lei humana, da mesma forma que a natureza divina também inspira a natureza humana. Assim, a fonte última de toda lei humana seria a própria lei divina que se manifesta na lei natural.⁽²¹⁾

Então, um primeiro ponto do jusnaturalismo é justamente a secularização do Direito. Outro ponto importantíssimo é a sistematização do Direito. A sistematização do Direito não é, como parece, um ponto de vista somente do Direito positivo, os próprios jusnaturalistas já refletiam sobre uma conexão entre as leis, mesmo que fosse apenas entre leis naturais. Tudo para tentar chegar a um resultado que sempre foi objetivo do Direito: a ideia de coerência. E é por isso que o ideal que eles tinham era o da lógica sistêmica. Vale chamar a atenção que a sistematização do Direito começa com Hugo Grotius, por uma perspectiva da conexão das leis⁽²²⁾.

No Direito natural, outra questão muito interessante é a fundamentação do Direito. Se há um dado importantíssimo na fundamentação do Direito é que o Direito é reconhecido como produto da razão humana. Este dado é de extrema relevância porque separa definitivamente o Direito da religião. O Direito passa a não ser mais um produto de Deus, mas sim um produto do ser humano, e o ser humano é tido como racional, mesmo que no Direito natural esse racionalismo seja um racionalismo fraco, diferente do positivismo em que existe um racionalismo forte.

(20) CHEVALLIER, Jean-Jacques. *História do pensamento político*. Trad. Roberto C. Lacerda. Rio de Janeiro: Guanabara, 1985. v. I, p. 212.

(21) SANTO AGOSTINHO. *A cidade de Deus (contra os pagãos)*. Tradução de Oscar Paes Leme. Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2 volumes, 2006.

(22) Em *De Jure Praedae*, Grotius esclarece que, tanto nas regras como nas leis, são determinados Direitos aos indivíduos. Nessa perspectiva, o Direito advém de um sistema natural de normas universalmente válidas. GROTIUS, Hugo. *De Jure Praedae Commentarius*. Texto latino. Paris, Ernest Thorin, La Haye: Martinus Nijhoff, 1869.

O racionalismo que nos interessa no jusnaturalismo é o fraco, porque ainda não tem teoria da norma⁽²³⁾, não tem teoria do ordenamento⁽²⁴⁾, não se tem uma forma profunda da compreensão do Direito, mesmo assim, o racionalismo chega aqui por meio do Direito natural, do jusnaturalismo, e ele vai verter importantes consequências, por exemplo, criando o direito à liberdade de contratar, o Direito à liberdade de ir e vir, o Direito de defesa da vida e dos bens e o Direito à igualdade política.

Essas manifestações são evidentemente fruto de um Direito natural totalmente modificado, agora, em sua perspectiva contextualizada em uma segunda fase, mais incrementada, mais científica. No entanto, é esse avanço do Direito natural que vai perspectivar a sua própria ruína.

Por sua vez, podemos defender que o Direito natural é implicitamente positivo, pois só é positivado o que está em nosso interior, e, conseqüentemente, as normas terão influências distintas, dependendo do que cerca o legislador e o que é mais forte em sua essência, como, por exemplo, as crenças, as influências políticas, sociais, dentre outros.

Kelsen⁽²⁵⁾, em que pese ser positivista, defende que o Direito natural é também Direito positivo, sustentando que a positivação não pode se dar pela mente humana, mas sim por meio da vontade supra-humana. Isso acontece pois, se um fato não é fundamentado diante da validade de determinada norma, obviamente não é coerente a teoria jusnaturalista seguir um Direito positivo coeso com o Direito natural, como referência para o correto com base na norma, pois essa deve seguir a vontade da natureza. Enfim, esta é a ideologia do Direito natural.

Diferentemente ocorreu com o passar dos anos e podemos citar que o ápice incidiu na época clássica, em que o Direito positivo prevaleceu sobre o Direito natural. O histórico conflito da Antígona, em que o decreto de Creonte (modelo de Direito positivo) foi superior ao Direito natural (escrito pelos Deuses), constitui um exemplo desse cenário.⁽²⁶⁾

(23) No positivismo jurídico iniciaram-se as pesquisas científicas a respeito da teoria da norma jurídica. Destacam-se, no âmbito desta pesquisa, as seguintes obras: KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986; BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: Edipro, 2008.

(24) BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Revisão técnica de Cláudio De Cicco. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

(25) KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 69.

(26) MELO, José Joaquim Pereira; GOMES, Renan Willian Fernandes. Antígona: o contraste entre a tradição mítica e a lei da cidade-estado. *Revista Brasileira de História das Religiões*, ANPUH, ano IV, n. 11, set. 2011.

A diferença que há entre o Direito natural e o Direito positivo sempre foi tratada pelo juristas e filósofos, ou seja, o debate é de longa data, tanto que até hoje é tema discutido na academia. Independente da diferença e de qual deles é superior hierarquicamente, ambos eram tratados como Direito. Ocorre que, conforme cita Bobbio em seu curso, “o positivismo jurídico é uma concepção do Direito que nasce quando ‘Direito positivo’ e ‘Direito natural’ não mais são considerados Direito no mesmo sentido, mas o Direito positivo passa a ser considerado como Direito em sentido próprio”.⁽²⁷⁾

Na mesma obra, o autor ressalta que, a partir do momento no qual cresce a escola do positivismo jurídico, ocorre concomitantemente a redução de todo o Direito ao Direito positivo, e o Direito natural passa a ser excluído da categoria do Direito: o Direito positivo é Direito, o Direito natural não é Direito.

A partir deste momento o acréscimo do adjetivo “positivo” ao termo “Direito” torna-se um pleonasma, mesmo porque, se quiséssemos usar uma fórmula sintética, o positivismo jurídico seria aquela doutrina segundo a qual não existe outro Direito senão o positivo.⁽²⁸⁾

Se o Direito positivo é assim, a teoria da doutrina idealista (Direito natural) preza por um Ideal de justiça superior ao Direito positivo. Assim, é a justiça que é necessária ao poder e ao legislador. O Direito natural procede da natureza e os princípios não escritos são superiores ao Direito positivo. Na doutrina idealista existe a primazia da justiça sobre a busca da legalidade.

Quando se fala da doutrina idealista remete-se ao conceito de Direito natural. Aqui, a ideia de justiça é superior ao Direito positivo. Os adeptos ao naturalismo diziam que ele era mais importante que o positivo, pois o positivo reconhece que ninguém é obrigado a cumprir uma lei injusta. Os positivistas revidam argumentando que, se o positivismo não positivasse na constituição a possibilidade de incumprimento de lei injusta, não existiria o Direito natural.⁽²⁹⁾

A justiça é o caminho comum para o Direito natural. A justiça se impõe sobre o legislador e sobre o juiz. Princípios são não escritos e superiores ao Direito positivo: viver honestamente (boa-fé), não lesar ninguém (responsabilidade civil), dar a cada um o que é seu (critério de justiça).

(27) BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 26.

(28) BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 27.

(29) FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 49.

Existe uma primazia da justiça sobre a busca da legalidade. Isso ocorre também no pós-positivismo, como se verificará posteriormente. O Direito natural é necessariamente de acordo com a natureza humana. Decorre das relações seculares, como se observa pela importância do Direito romano. Como é um Direito que decorre da natureza, fruto da justiça, não é um processo de escolha ou de seleção.⁽³⁰⁾

Assim, a doutrina idealista é ajustada para descrição de fenômenos jurídicos em sociedades de baixa complexidade. Quanto menos comunicação (complexidade) maior o Direito natural. Os índios têm conceitos reais de justiça porque desenvolveram sociedades de baixa complexidade, sem escrita.

A dogmática é mais presa, nesse sentido, a importância da dogmática jurídica positivista está na sua preocupação com o aumento da segurança jurídica muito maior do que a sua preocupação com a justiça, distanciando-se da incerteza e da indecisão. Decorre de uma vida mais rápida, imediatista e globalizada.⁽³¹⁾

Nesse sentido, alguns juízes contemporâneos ainda deixam de aplicar qualquer espécie de hermenêutica e limitam suas decisões somente ao Direito positivo, como se fossem vassallos do Estado, e não da justiça, e nesta linha de pensamento Bobbio já entendia que:

[...] com a formação do Estado moderno, o juiz de livre órgão da sociedade torna-se órgão do Estado, um verdadeiro e autêntico funcionário do Estado. De acordo com a análise histórica feita por Ehrlich em sua obra *La logica dei giuristi*, este fato transforma o juiz no titular de um dos poderes estatais, o judiciário, subordinado ao legislativo; e impõe ao próprio juiz a resolução das controvérsias sobretudo segundo regras emanadas do órgão legislativo ou que, de qualquer modo (tratando-se de normas consuetudinárias ou de Direito natural), possam ser submetidas a um reconhecimento por parte do Estado.⁽³²⁾

É perceptível que a aplicação pelos juízes do Direito positivo de forma radical no Brasil e em outros países aumenta a cada dia, ignorando os princípios implícitos e a hermenêutica. A aplicação do Direito positivo de forma

(30) FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 48.

(31) BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 25.

(32) BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 28 e 29.

plena, isolando outras fontes do Direito, é preocupante, já que por vezes pode não alcançar o ideal de justiça, mas, somente buscar atender o que está dentro da legalidade normativa. Quando o juiz aplica a norma de forma literal, impõe, em sua decisão, o conceito de autoridade tanto da norma, quanto do juiz.

Esta posição radical no positivismo é conhecida como *strong social thesis* ou *sources thesis*, conceito criado por Joseph Raz⁽³³⁾, que consiste em duas hipóteses, porém ambas são pela autoridade: a primeira tese ocorre quando os atores sociais respeitam a decisão por confiarem “na autoridade” ou por se sentirem intimidados; a segunda hipótese ocorre quando os receptores da decisão apenas concordam com a ordem, independentemente de qual for.

Neste sentido, Joseph Raz⁽³⁴⁾ comunga do pensamento de que a sociedade, ao seguir as decisões judiciais das “autoridades”, diminuiria os conflitos e sua complexidade, vivendo de maneira mais harmônica, mesmo que por força da autoridade/decisão judicial.

Primeiro, é preciso entender por que se chega a um ponto de ruína do Direito natural. Assim, aquele avanço próprio dele, qual seja, a ideia de sistematização, contribuiu para a chegada do Direito positivo, pois desenvolve-se a ideia de conexão entre leis. Anteriormente, leis divinas, posteriormente, leis como produto da razão. Para se chegar a uma ideia de conexão, é preciso que o estadista de então crie meios para que ocorra essa sistematização de maneira mais racional do que a existente, e, daí, tem-se o surgimento dos Códigos e das Constituições.

Este surgimento de Códigos e Constituições abala profundamente a estrutura do Direito natural. Basicamente, pode-se dizer que a base agora dessa ruína é a lei, e não mais a razão. A razão é o dado que pode ficar para a teoria científica, mas é a lei que é a base de tudo, então, se essa é a perspectiva, podemos dizer que aqui há uma modificação, um giro, o que manda é a vontade da lei ou a vontade do legislador, e não mais a razão.

Esse abalo ainda leva às seguintes considerações dentro do positivismo exegético⁽³⁵⁾: o legislador a tudo prevê; adesão inquestionável ao positivismo; e a lei espanta a barbárie. Nesse sentido, Hobbes, que embora tenha

(33) RAZ, Joseph. *The authority of law. Essays on law and morality*. Oxford: Oxford University, 1979.

(34) RAZ, Joseph. *The authority of law. Essays on law and morality*. Oxford: Oxford University, 1979. p. 3-27, 40; p. 215-220.

(35) Ressalta-se que o primeiro positivismo foi o exegético, depois desenvolveram-se outros mas o dogma em si veio do exegético.

vivido em um mundo jusnaturalista, possuía pensamento voltado para o positivismo, sendo favorável às legislações como forma de acabar com o caos⁽³⁶⁾.

1.2. Surgimento da hermenêutica

Não é correto dizer que a hermenêutica surgiu com o positivismo. A hermenêutica constitui um movimento anterior ao positivismo, mas é preciso dizer que basicamente o Direito positivo deu um estímulo maior à hermenêutica. Esse estímulo maior deriva da própria função da hermenêutica, que é a criação de regras e métodos que auxiliam na interpretação.

Então, pode-se dizer, basicamente, que o positivismo estimula a hermenêutica. A hermenêutica cria regras e métodos para contribuir com o Direito positivo, justamente porque o objeto do Direito é o Direito escrito. Para o positivismo, a única fonte que existe é a lei. Não há fontes que se chamam precedentes, súmulas vinculantes, costumes podem até ser por causa da *Common Law*⁽³⁷⁾, mas o que se percebe é que há a necessidade da utilização absoluta da interpretação porque a lei é a única fonte e aí vem de uma forma clara no mundo romano-germânico⁽³⁸⁾: a lei se manifesta por meio da linguagem.

(36) Mas existe uma diferença entre Locke e Hobbes. O pensamento de Locke é basicamente o seguinte: eu dou o que eu tenho ao meu redor, que é tido como meu de exercício (minha propriedade e meus Direitos) para o Estado e o Estado me devolve na forma de Direitos. Já Hobbes, em seu contrato social, não era assim: eu dou o que tenho para o estado e este me devolve na forma de dever. Então, quando queremos estudar deveres, Hobbes é a base, quando queremos estudar Direitos, Locke é a base. Dá para fazer um verdadeiro paralelo entre os pensamentos dos dois, porque o Estado vai ter dever para com o indivíduo, e, em Locke, o indivíduo vai ter Direitos para com o Estado. O Estado para Hobbes é o mal necessário, porque ele tem deveres para com o particular, o principal dever para ele é o da polícia com o fim de acabar com a barbárie. Tudo isso levou à ruína do jusnaturalismo.

(37) A construção da *Common Law* tem início na Inglaterra e no País de Gales. A este tempo, o Direito Canônico também era aplicado, sendo que ao rei cabia a função decisória em casos excepcionais, no caso de ameaça da paz do reino ou no caso de impossibilidade de aplicação da justiça pelo procedimento comum. A *Common Law*, ao contrário da *Civil Law*, deu prioridade para a efetividade do Direito. O operador inglês menos se preocupava com conceitos e com a afirmação de um Direito do que com sua efetividade. As formulações genéricas e abstratas do legislador, entretanto, são apenas incorporadas ao sistema na medida em que foram reafirmadas pelos tribunais, nas normais condições de elaboração da *Common Law*. Figuram, entretanto, opostamente à *Civil Law*, como fonte secundária do Direito, acrescentando ou complementando a jurisprudência, como exceção ao Direito comum. Assim, a *Common Law* tem no costume, ao contrário do que muitos afirmam, fonte de função secundária, não sendo possível, por isso, inferir ser este um sistema eminentemente consuetudinário. DAVID, R. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 436.

(38) “À família romano-germânico é atribuída solidificação apenas a partir do século XIII, quando as universidades fazem renascer o estudo do Direito Romano, sua construção lógica e o agrupamento de seus institutos. O resgate da ideia de Direito dos romanos é alicerce a um novo sistema jurídico criado a partir dos institutos românicos, sobretudo dos seus preceitos acerca das relações entre os cidadãos, o Direito Civil, a partir da qual os demais ramos deste novo sistema se desenvolveram. As regras mais justas e morais, mais favoráveis ao bom fun-

Existe uma diferença entre linguagem e línguas. Língua é o aspecto cultural, territorial, voltado ao desenvolvimento de uma determinada população. Linguagem é um conjunto de signos, significados, discursos, oradores, ouvintes. No sistema do Direito, a linguagem é única no mundo inteiro, podemos citar como exemplos os termos “crime”, “responsabilidade civil”, “contrato”, dentre outros. Então, a lei se manifesta através da linguagem no mundo romano-germânico, e a hermenêutica tem a função essencial de estabelecer regras e métodos para a interpretação.

Em tese, a boa base da hermenêutica é a teologia, porque desde os escolásticos⁽³⁹⁾ temos os famosos estudos da bíblia. Outra boa base da hermenêutica é a filologia, que é o próprio estudo da linguagem, da formação das palavras, o encaixe das palavras dentro da frase. E, por último, em tese, a filosofia.

Fala-se em hermenêutica do Direito e jurídica, como se os juristas tivessem criado isso. Mas, na verdade, o Direito aprendeu com a filosofia para desenvolver a hermenêutica jurídica. Hermenêutica nunca foi matéria própria do Direito. Na filosofia temos um grande passo que se chama círculo hermenêutico. O círculo hermenêutico⁽⁴⁰⁾ quer dizer que cada palavra é uma parte e a frase é o todo. Se interpreta cada palavra pelo todo e se interpreta o todo por cada palavra. O bom intérprete vai buscar o significado de cada palavra, mas cada palavra sozinha, em tese, não significa nada porque precisará de um sistema, e esse sistema é a frase por completo.

Pode ser que a palavra esteja muito mitigada dentro da frase, ou pode ser que ela tenha uma proeminência muito grande. Por exemplo, temos o art. 478 do Código Civil:

cionamento da sociedade eram então lecionadas, cabendo ao Direito preceituar condutas às quais os homens devem obedecer no seu comportamento”. BARBOSA, Laís Teixeira; SIQUEIRA NETO, José Francisco. Hermenêutica da razoabilidade e da proporcionalidade na *common law* e na *civil law*. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 3(2). p. 227-244, jul./dez. 2011. “O Direito é, tal como a moral, um *Sollen* (o que é necessário fazer), não um *Sein* (o que se faz na prática)”. DAVID, R. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42.

(39) A escolástica é um método ocidental de aprendizagem por meio do pensamento crítico, com origem nas escolas cristãs, cujo objetivo é conciliar a fé cristã com o sistema de pensamento racional, mais precisamente o da filosofia grega, com base principalmente nos pensamentos de Aristóteles e Platão. Utiliza-se também, na escolástica, da dialética, para desenvolver e ampliar o conhecimento por inferência e resolver contradições. Escolástica foi o método de ensino dominante nas universidades medievais europeias no período dos séculos IX ao XVI, sendo mais um método de aprendizagem do que uma teologia. A obra *Suma Teológica* de Tomás de Aquino é vista como exemplo desta escolástica. SANTOS, Iveraldo. A linguagem na escolástica medieval. In: *A filosofia monástica e escolástica na Idade Média*. *Mirabilia*, 16, 2013/1.

(40) GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método: fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Salamanca: Sígueme, 1984.

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.⁽⁴¹⁾

Existem muitas palavras interessantes neste artigo do Código Civil, mas têm palavras que significam mais do que outras. Por exemplo, o advérbio “excessivamente” está caracterizando uma situação da superveniência de um fato que desequilibra a situação contratual, ou seja, quando o contrato foi realizado existia determinada situação, veio um fato superveniente e alterou aquela base de prestação excessivamente, trazendo injustiça. No entanto, não se usou o termo “injustiça” porque seria difícil, o que é injustiça? É um conceito interpretativo. É muito mais objetivo falar em manifestamente ou excessivamente. Se tirar o excessivamente o artigo perde a sua função.

Ao se falar em círculo hermenêutico é preciso ter o aproveitamento de cada palavra a favor de toda a frase, e, da mesma forma, ler, também, toda a frase com a força de cada palavra. Esse é o círculo hermenêutico, essa é a responsabilidade do intérprete. Outro exemplo é o art. 225, inciso VII, da Constituição Federal de 1988:

Art. 225. Todos têm Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

VII — proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.⁽⁴²⁾

O termo “risco” constitui um nexo de imputação que substituiu a culpa. Culpa é um dado altamente subjetivo. Hoje temos até a culpa objetiva, mas, independente disso, culpa é a análise de negligência ou imprudência que o juiz deve fazer no caso concreto em relação ao lesante. O art. 225, VII, da Constituição Federal diz: “vedadas as práticas que coloquem em risco”.

Assim, o que é vedado é o risco, e o objetivo da responsabilidade civil é apagar o dano. Aqui, para fauna e flora, o dano nem se cogita, se colocar em risco tem que indenizar, porque a proibição aqui, o mal proibido, é a colocação em risco, e não a causação do dano.

(41) BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 fev. 2019.

(42) BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 fev. 2019.

Então, o pressuposto da responsabilidade civil (conduta, nexos de causalidade e dano) foi todo modificado nesse exemplo, que passou a ser conduta, nexos de causalidade e risco. Assim, tem-se dois riscos, sendo o primeiro, o risco da imputação da conduta, que não é avaliada subjetivamente, e o segundo, o risco do resultado.

Por exemplo, independentemente do resultado específico de morte de um grande cardume de peixe, se o óleo caiu no rio, existe o dever de indenizar. Portanto, observa-se que a linguagem no Direito foi capaz de vedar o risco, não o dano. Posteriormente trabalharemos a influência da hermenêutica também no Direito positivo e em algumas outras teorias dicotômicas pós-positivistas.

1.3. Influências da hermenêutica na dogmática do direito

Sim, a hermenêutica que fez nascer entre nós as teorias dogmáticas da interpretação. Teorias dogmáticas da interpretação são as que iniciaram para o positivismo. Nossa interpretação era senão em virtude de lei. No entanto, no pós-positivismo, surge uma interpretação voltada para a linguística da lei. Essa interpretação é a gramatical.

Posteriormente, surgem, de maneira paralela, interpretações dedutivistas e por silogismo da lei. Essas interpretações remetem necessariamente à interpretação lógica. Também surge a interpretação que trata da conexão entre as leis. Essa é a interpretação sistemática. Igualmente, surge a interpretação que vai tratar da gênese da lei.

Cria-se então a interpretação histórica. Ainda, tem-se a interpretação que vai levar ao fim da lei, que é a interpretação teleológica. Já a interpretação que vai trabalhar com as causas sociais da lei é a interpretação sociológica. Por fim, tem-se a interpretação que vai tratar da neutralização dos valores da lei, que é a interpretação axiológica. Esse é o contexto das teorias dogmáticas da interpretação.

Portanto, trabalhou-se a passagem do Direito natural ao Direito positivo, bem como a influência da hermenêutica jurídica neste cenário e, posteriormente, no segundo capítulo, abordar-se-á a ascensão e o declínio do Direito positivo, a fim de apresentar a tese central desta pesquisa, que tem por pressuposto a certeza de que um Direito positivo aplicado de forma plena é uma forma de ditadura legalizada, e, nesse sentido, apresenta-se a tese da Teoria Pentadimensional do Direito para, de forma razoável, dirimir as ilegalidades.