

RESTAURAÇÃO DO MÉTODO DO DIREITO JUSTO¹

RESUMO

O direito é o palco das coisas humanas e divinas; o *jus* escrito tem sentido de traduzir a natureza das coisas, fixá-lo na memória, é produto da cultura, mas não contém todo o direito, nem condensa o seu fundamento pura e simplesmente, a justiça. Se justiça é vontade constante e perpétua de dar o devido segundo mérito, a metodologia jurídica haverá de ser dialética, partindo do problema para resolver de forma ajustada e chegando à resposta concreta justa. O exercício retórico e persuasivo, na arte de convencer, foi a opção metodológica incorporada à consumação do justo, dialetizando problema concreto e tópicos jurídicos. A racionalidade formal cede à intuição e o discurso, como arte de descoberta da justiça referida à pessoa.

Método; Intuição; Dialética; Tópicos; Pessoa

RÉSUMÉ

RESTAURATION DE LE MÉTHODE DU DROIT JUSTE

Le droit est le lieu de choses divinis et humanis; le *jus* positif devrait traduire la nature des choses, le fixer dans la mémoire, est un produit de la culture, mais ne contient pas tous le droit ni condense son fondment, simplement, la justice. Si la justice est perpétuelle et tenace volonté de Donner le dû seconde le mérite, la méthodologie sera une dialectique juridique, départ de le problème à résoudre dans l'ordre et se ajuste à la juste réponse concrète. L'exercice de la rhétorique persuasive, l'art de convaincre, a été l'option méthodologique constituée à la fin de réaliser la justice, traitent dialectiquement les problèmes concrets et topiques juridiques. La rationalité formelle se rend à l'intuition et le discours que l'art découverte de la justice en report à la personne.

Méthode; Intuition; Dialectique; Topique; Personne.

1. INTRODUÇÃO

Se o direito transcende as expressões gramaticais da lei, sendo esta um modo incompleto do *jus*, porquanto as circunstâncias fáticas e axiológicas do núcleo social haverão de traduzir a justiça histórica tornada eficaz naquele seio, sem embargo de que as noções de ética são de relativa compreensão ao ser humano e somente pode ser considerado justo o pensamento que não detrai do ser a coexistência no domínio ético,

¹ Alessandro Severino Valler Zenni. Professor de Filosofia do Direito. Cesumar. Pós-Doutor em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

para que, então, seja tornado a potencialidade de pessoa que lhe imanta, todas estas questões devem ser significadas no campo da metodologia jurídica.

A perspectiva do jurista é de que a justiça, como fundamento de validade do direito, seja a busca incansável e se plasme adequadamente em todo problema concreto que desafia à decisão pelo *jus*.

Portanto, reenquadrado o direito no seu fundamento ontológico, radicado na pessoa e seu compromisso emancipatório, o que só se atinge, no jurídico, mediatizado pela solução justa, a extensão de um dispositivo legal não pode, absolutamente, representar pelas formulações da lógica formal, seja a dedução, indução ou analogia, metodologia apropriada neste campo.

Certo é que supor o apriorismo da justiça no bojo de um enunciado normativo só pode se coadunar com um direito político, cuja finalidade estaria em manter a segurança e a certeza das relações dentro das instâncias e do querer do poder instituído, de sorte que o *jus*, nesta perspectiva, não passaria de um expediente ideológico subserviente ao sistema.

Se a justiça é vontade constante e perpétua, ao menos como virtude e prática, de dar o devido segundo o mérito, qualquer resposta que busque a sua incrementação haverá de considerar as nuances do caso concreto. Os dispositivos legais não podem senão ser reputados tópicos, admitidos pelo consenso comunitário e, portanto, lugares comuns e não mais que pontos de partida ou estimativas verossímeis.

Mais profundamente, o sentido de um enunciado normativo impõe a investigação acerca de seus fundamentos, um retorno inaugural à própria concepção do justo, seja projetando o investigador à cultura sobre a qual se acimentou o dispositivo, mas antes ainda, a concepção de ética e bem comum como espaço dentro do qual as pessoas são construídas, e então a descida à letra do texto encaixado no problema concreto apresentado à solução. Esses estágios implicam em uma metodologia de labor que se superpõe aos métodos puramente formais, sobrepondo-se, por certo à máxima utilitarista de que o menor esforço justificaria a metodologia.

Estão na natureza humana e na natureza das coisas, elementos ontológicos do direito, enfim, nos aspectos da justiça, as bases firmes à concepção de um método jurídico que, muito além dos silogismos e induções, excogita uma *ars inveniendi*. E não serão raros os doutrinadores que afirmarão que a justiça é o próprio método jurídico, mais que um raciocínio, uma arte do bom e do équo.

Ou seja, o método jurídico é essencialmente problemático e concretista, e qualquer hermenêutica jurídica supõe interpretação e aplicação, ou seja, não há justiça no *a priori* das fórmulas jurídicas, elas ganham corpulência e exortam toda a sua normatividade no interagir com o *dubium*, o problema específico posto à resolução.

Eis o método jurisprudencial pleno em que o jurista, prudente, dotado de experiência, intuitivo, verticaliza-se à busca do resultado “ajustado”, e, para escoimar toda sorte de arbítrio, também deve persuadir seu auditório, o Tribunal e a comunidade, incluídas as partes do *processus*.

A intuição é trazida à baila como método de conhecimento dos valores, especialmente a justiça, que se traduz no elemento fundamental do direito, mas por ser inexprimível por si só, não se contrapõe, antes necessita de formas lógico-discursivas para revelar-se.

Se o valor da justiça fixa-se nos princípios reconhecidos pela comunidade jurídica, mas imprescinde do problema posto e, portanto, da concreção jurídica, combinam-se intuição e discurso no método jurisprudencial pleno.

A monografia apresenta métodos sugeridos por autores partidários de uma eticidade que se imanta ao direito, destacando-se Dworkin, Gadamer e Kaufmann, sendo o derradeiro representante de um neotomismo jusnaturalista que encontra no ontologismo personalista o fundamento de todo o *jus*.

Ao final serão emitidas considerações conclusivas.

2. A ARTE DO BOM E ÉQUO COMO ESFORÇO METODOLÓGICO

No contexto contemporâneo a razão é metodológica, partindo-se do primado cartesiano, seguintemente com Galileu e Newton, até os dias atuais, olvidando-se de que a razão clássica reclamava um fundamento material a cimentar o método, porque se ocupava com o resultado da verdade a partir do método.

Esse foi o eixo da racionalidade do positivismo jurídico da modernidade, trazendo à legislação o produto da razão pura, desencadeando o sistema jurídico fundado em normas que haveriam de ser subsumidos em método lógico-sistemático, às situações concretas apresentadas às soluções jurídicas.

Ainda tenha sido decretada a decadência do dogmatismo jurídico, subsiste a racionalidade técnica como próprio fundamento do direito, tanto assim que a garantia de justiça em Habermas, está na possibilidade do consenso comunitário, como pressuposto de um discurso ético dos parceiros sociais. Ou seja, o que se reclama, ao final, é que o postulado da esfera pública seja desencadeado para que o debate entre as sociedades plurais aconteça, e qualquer que seja o resultado da normatividade, a garantia da justiça estará na preservação do procedimento.²

Não se passa diferente no funcionalismo jurídico descrito por Niklas Lhuman, porquanto as complexidades sociais haverão de ser reduzidas por opções decisórias do poder, deflagrando-se o esquema binário presente na normatividade jurídica, facilitador da comunicação social, tendo na sanção do direito a precípua ferramenta de resiliência sistêmica, embora seja mecanismo a ser evitado, na concreta aplicação, tanto pelo emissor quanto o receptor da norma³. A preservação do sistema é a preocupação central de todo o tecnicismo jurídico, e o justo se dilui em atos de escolha do poder, tanto na positivação, quanto na práxis judicativa, mediante a adução de ideologias axiológicas que culminam por castrar o fundamento e a materialidade de categorias jurídicas reclamadas no discurso.⁴

² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade**. Volume II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1.997.

³ LHUMAN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1.983.

⁴ FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito. Reflexões sobre Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito**. 3ª Ed., São Paulo. Atlas, 2.009.

Castanheira Neves afirma que o essencial e material, no direito, vê-se substituído pela racionalidade construtiva da intenção procedimental, permanecendo à deriva quaisquer conjecturas sobre a justiça.⁵

Ao reconhecer-se o fundamento último do direito como a busca à justiça a opção metodológica que se abre ao jurista é de renúncia aos métodos puramente lógicos de raciocínio, conquanto o justo seja apreendido por intuição e não por formas pensadas.

Na escala de valores desenhada por Scheler⁶, é possível delinear uma senda da pessoa que se concatena na superação axiológica, do útil aos bens do espírito, a verdade, beleza e ética, requestando, por óbvio, uma capacidade intuitiva e lógica de aporte, a fim de que haja a emancipação e a construção e dignidade.

Se a ciência do direito propugnou pela ruptura sujeito/objeto no ato de interpretar, buscando garantir a objetividade dogmática e a neutralidade do jurista, tal postulado não pode ser mantido hodiernamente diante do declínio da ciência jurídica e a reinstalação do direito como arte ou *téchne* no sentido clássico, onde o sujeito é partícipe na construção objetiva do *jus*, tanto que um dos exemplos trazidos por Gadamer à hermenêutica filosófica, é, exatamente da decisão judicial, porquanto a pré compreensão amplia o círculo hermenêutico no fundir de horizontes com a formulação jurídica.⁷

Ora, a superação do direito legalista que tem um pressuposto de fundamento jurídico no âmago da norma, não mais se coaduna com a metodologia tradicional, mormente porque o fenômeno jurídico, imantado de justiça, convoca o problema à interação no sentido de que no “concreto juízo decisório concorrem iniludivelmente ponderações práticas, juízos de valor, momentos volitivos, considerações teleológicas”⁸

O caso concreto é sintomático na solução jurídica subministrada e a prioridade já não se pode dizer da intenção normativa ou de uma hermenêutica da lei, e a complexidade do

⁵ NEVES, Antonio Castaneira. *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2.008, p. 384.

⁶ SCHELER. Max. **Visão Filosófica do Mundo**. Tradução: Regina Winberg Editora Perspectiva S.A: São Paulo, 1.986, p. 32.

⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. I, 7 edição, Editora Vozes, Rio de Janeiro, 2005.

⁸ A. CASTANHEIRA NEVES. **Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2.011, p. 135.

método recai sobre o juízo do jurista vertido à normatividade, de sorte que a compreensão do enunciado normativo será mediatizada pelo juízo.⁹

Ademais a norma padece de limites e o direito que lhe é ínsito não se pode pressupô-lo, tratando-se mesmo de um fenômeno de dinamização em problemática sequência a compor o plano da normatividade a ser constituída pelo enunciado.¹⁰

E, assim, como experiência, o direito resplandece constantemente como problema concreto a ser realizado, e o plano da normatividade, que pulveriza o fenômeno jurídico no plano do ser, não o acaba, senão consorciado ao dever ser do *jus*.

Ora, se a lei é uma verbalização do direito, mas não o encerra, tratando-se de um fenômeno de memória que o imposta, mas não o esgota¹¹, a justiça como vontade constante e perpétua de dar o devido a quem o tem reivindica do jurista o desafio do devir no ato da criação abstrata ou concreta do fenômeno jurídico¹².

Esse conhecimento do fenômeno jurídico, exorta à arte como doutrina coerente, buscando as “certas coisas humanas e divinas¹³” que compõem o direito, finalizando com o resultado justo, o équo e o bom.¹⁴

⁹ A. CASTANHEIRA NEVES diz “não a determinação conceitual-sistematicamente dogmática, mas a resolução de problemas jurídicos concretos com justeza prático-normativa é o problema do pensamento jurídico.” In **Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. Vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2.008, p. 392.

¹⁰ Novamente se convoca a doutrina de Castanheira Neves para denotar que a concreção jurídica recruta integração, desenvolvimento, correção e reelaboração do enunciado normativo, urgindo de novos fundamentos de direito, inclusive supraleais, pautados em princípios e valores que compõem a consciência jurídica geral, haverão de estar, também, presentes na decisão. In **Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2.011, p. 138/139.

¹¹ Michel Villey atribui à lei a designação de direito em sentido impróprio. In VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito - definição e fins do Direito. Os meios do Direito**. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins e Fontes, 2.003.

São Paulo: Martins e Fontes.

¹² Em realidade a elaboração do direito positivo registra a compreensão, como fenômeno cultural, dos costumes e usos mais tradicionalmente recolhidos de uma sociedade, a sabedoria de um povo no plano das garantias e liberdades consagradas em um meio comunitário. Esse paradigma sedimentado pelo direito posto, proveniente de fatos, no instante da concreta decisão, dialoga com outros fatos, aqueles que são cometidos e sucedidos. Já no instante de investigar os fatos há se fazer interpretação, aprofundando-se no sentido do enunciado a fim de que a norma dele abstraída possa se tornar ajustada para a situação específica. Para além da lei, portanto, o direito é imantado pelo fato e banhado de valor (justiça). A propósito, o tridimensionalismo rendeu a Miguel Reale teoria de escol na seara jurídica. In REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**, 5ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 153.

¹³ Sebastião Cruz a propósito do Digesto. In CRUZ, Sebastião. **Direito Romano**. Vol. I, 3ª Ed., Coimbra, 1.980, p. 281.

¹⁴ Importante recordar que o Direito nasceu como boa retórica contra o sofismo, quando, na reivindicação das terras tomadas pelas enchentes, pelos proprietários, confundidos pelo caos das águas, o discurso era utilizado em um sentido ético para delimitar as propriedades. In SERRES, Michel. **Le Contrat Naturel**. Paris: François Bourin, 1.990, p. 87.

Evidente que o jurista, ser humano que é, falível e limitado, no máximo há de aspirar à probabilidade, desgarrando-se de um compromisso com a verdade irrefutável e dogmatizada, por isso uma metodologia aporética lhe convém.

Foi de Aristóteles o escólio de que a abertura às teses opostas, os argumentos em debate, permite ao auditório colocar-se em situação de privilégio para avaliar as circunstâncias e melhor julgar, pelo que a natural refutação ao óbvio e ao completamente distante.¹⁵

Se a justiça como expressão da natureza humana e coisa jurídica, pode aparentar cizânia, o método de investigação desse valor se afeiçoa imprescindível ao direito, e não se mostra senão em tom dialético, reservando contraditório, confronto das teses, intercaladas de questionamentos e aporias pelo ouvinte, verdadeiro expediente retórico designado de arte.¹⁶

A metodologia, nesse diapasão, deve se dirigir a outro azimuth, não mais relacionado aos processos hermenêuticos do direito objetivo firmado nos enunciados normativos, se não aportar a concretização judicante e decisória da norma ao caso, tecidos em uma problematização, buscando sempre o justo na solução, eis a eminente realização do direito.

3. INTERPRETANDO O FUNDAMENTO DO DIREITO – A NATUREZA JUSTA DA HUMANIDADE

O que de mais sintomático se pode afirmar no plano da realização do direito é que o *jus* propugna por um dever ser que lhe confere validade, a sua axiologia está imbricada ao justo, e só por isso pode ser designado de direito. Conceber o feito nesta proporção

¹⁵ ARISTÓTELES. **Órganon**. V. Tópicos. I, II – 105. 1ª Ed., Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2.005, p. 357.

¹⁶ Paulo Ferreira da Cunha recorda o expediente metódico romano, ripristinando os três verbos a seguir: a). *Cavere*, consistente no labor de profilaxia, aconselhamento, e a dialética se estabelece em juízos hipotéticos, como que prevendo argumentos pró e contrário, verdadeira postura de prudência; b). *Agere*, a atuação concreto no foro, mediatizado por forte teor retórico propugnando a persuasão; c). *Respondere*, onde a resposta prolatada na sentença, no parecer, pontifica a arte jurídica, a obra de jurisprudência. Nas três etapas do processo, há remissão aos textos jurídicos, interpretando-os e os criando, e, portanto o método jurídico é hermenêutico e retórico. In CUNHA, Paulo Ferreira da. **Filosofia do Direito**. Coimbra: Almedina, 2.006, p. 520/521.

significa dotá-lo de abertura e perfectibilidade, não por outra razão se afirmará tratar-se de movimento constante e perpétuo de dar o devido segundo o mérito.¹⁷

Qualquer que seja a metodologia empregada na descoberta do direito e sua pronta realização, não poderá laborar com argumentação ad iáfora, tampouco na hermenêutica rasa, porquanto o problema jurídico exige a essencial materialidade que o fundamenta.

De curial importância referir ao plano da normatividade, porquanto aquisição cultural da humanidade, é digna de hermenêutica, mas o escrito como direito, mormente a partir da modernidade, já pode ser revelado como excesso e até não direito, e, não raro, postulado a ser colmatado. O direito não se esgota no escrito, já o dissemos, e mesmo a norma é de possível expansão, malgrado o enunciado normativo¹⁸ reduzi-la, bastando que diante do problema concreto se extraia o significado normativo, o seu conteúdo de norma, a partir do questionamento e da própria problematização.¹⁹

Resgatado o plano ético na realização do direito, surgem doutrinas de extraordinário engenho metodológico, cujo compromisso é com a fundamentação do *jus*.²⁰

Não que o direito deva acobertar um pragmatismo casuístico até porque o ordenamento jurídico há de interagir com o problema concreto, tratando-se aquele, nos dizeres de Castanheira Neves, de um núcleo duro, sem perder de mira que há de ser contextualizado em mirada axiológico-normativa, como uma intenção de realização do direito que se vislumbra para além do plano da norma e há de participar na metodologia, sem embargo da solução à questão problemática que se abre ao jurista.²¹

¹⁷ Uma intenção realizando nunca consumada, nunca reduzida a um acervo sistêmico, pronta a exigir necessária e complementar dimensão metodológica. Eis que as dimensões de justiça e metodologia, em direito, são convergentes e se integram em dialética. CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. Vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2.008, p. 396.

¹⁸ Friedrich Muller faz distinção entre enunciado normativo e norma, o primeiro como textura insuficiente para solução de problemas jurídicos à medida que o caso reclama o ajuste e o tegumento da norma, definindo-a norma de decisão, eis a razão para já não se aludir à interpretação das normas jurídicas, mas de uma concretização de normas.

¹⁹ Já em Aristóteles, no estudo dos tópicos, há livro sobre método problemático. In **Órganon**. Texto Integral. 1ª Ed., Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2.005, p. 517 e seguintes.

²⁰ Um *modus operandi* de construção da norma pelo jurista a ser dialeticamente confrontada com o direito positivo, até que norma acolha a realização ética do caso concreto, mas se inexistir haverá de se convocar o precedente, os princípios éticos, porquanto a pré-compreensão do justo é o que de mais precioso resta brilhar no *decisum*.

²¹ A. CASTANHEIRA NEVES. **Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. Volume 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2.008, p. 409.

Compreender o direito também exige hermenêutica, é certo, e a hermenêutica jurídica está prenhe de uma finalidade ímpar, a vontade constante e perpétua de dar “ao seu dono”, na expressão de Paulo Ferreira da Cunha²², e se a labuta do jurisprudente tem partida no texto normativo e nos fatos sobre os quais se espera espargir a norma, no choque dialético outrora anunciado é à justiça que se espera alcançar, ou seja, há empreitada para além do enunciado normativo e sobre a problematização apresentada.

De pronto a ficção de que o enunciado normativo seja dotado de vontade e autonomia há de ser rechaçada, valendo referir ao prudente jurista romano que, deixando legado histórico de arte jurídica, buscava na averiguação das uniformidades sociais o que era salutar e razoável, o que por si só, escoima o excesso na otimização e na deficiência. Valores presentes no seio comunitário como: boa fé, bons costumes, diligência de bom pai de família eram pinçados e cristalizados em direito escrito.²³ Portanto, a formação do direito não é resultado de puro ato de vontade, mas uma tradução da natureza das coisas.

Entendemos, ainda, que a natureza humana faz brilhar um sentimento de justiça por radicação ontológica, porquanto justiça como valor é sempre relação ao ser do homem, esse ser humano que tende à busca ao bem e evita o mal, e se no reino da natureza a inconsciência não permite aos seres conceber-se imantados de finalidades benfazejas, embora os tenha, as aptidões cognitivas plasmadas na natureza humana enriquecem-lhe de consciência de fins e bem, permitindo-a opção entre ser e nada, por faculdade livre, e também isso não pode passar despercebido no fenômeno jurídico, porquanto trata-se de primeira norma a ser traduzida.²⁴

Também a disposição à solidariedade é amalgama dos grupos comunitários, a ponto de Tomas de Aquino destacar na fenomenologia humana a capacidade afetiva (*causa amoris*) que adjunge os seres em sociedade.²⁵

²² CUNHA, Paulo Ferreira da. **Filosofia do Direito**. Coimbra: Almedina, 2.006, p. 536.

²³ CUNHA, Paulo Ferreira da. **Princípios de Direito. Introdução à Filosofia e à Metodologia Jurídicas**. Porto: Rés, 1.993, p. 393.

²⁴ Jacques Maritain acena aos chamados mais elevados e interiores da obrigação moral que se afeiçoam, mesmo, a comandos, leis não escritas radicadas no ser da humanidade. In MARITAIN, Jacques. **Neuf Leçons sur les Notions Premières de la Philosophie Morale**. Paris: Collection Dirigée par J. Maritain, O. Lacombe, M. – V. Leroy, 1.949, p.. 93.

²⁵ TOMAS DE AQUINO. **Summa Theologiae**, I-II q. 94, a.

Se há uma norma da natureza que conduz o ser humano ao finalismo bom, e se o convívio torna esse bem ético, a tradução desse direito da natureza em normas postas é o desafio do jurista em prol da justiça, uma relação de conformidade entre homens enquanto vida é convívio, bem comum. A eficácia dessa tradução é arquitetura de cultura, portanto, histórica.

E a metodologia jurídica não pode prescindir dessa primeira realidade que é ponto de partida à cultura jurídica da posituação. A justa realidade espargida no âmago da sociedade.

Não passava despercebido do cultor jurista de Roma que certas regularidades estavam crivadas de valores e, portanto, haveriam de ser elevadas a direito posto. Essa faina de traduzir a natureza das coisas e dar-lhes nominação exigia sapiência e interpretação.²⁶

Enfim, a redação do texto da norma, com as consequências do descumprimento em forma de sanção, advém de um direito não escrito como se colocou supra (seja a efervescência social, seja a decisão do legislador), com perspectivas presentes e futuras, para, derradeiramente, ser aplicada e atualizada nas situações problemáticas que a deflagrarem. O motor que dinamiza todo esse *processus* é a justiça.²⁷

De qualquer maneira há um apelo à justiça na concretização dialética entre direito e situação concreta, remetendo à intuição como primeira etapa do mérito jurídico se pretende apresentar.

4. O MÉTODO JURISPRUDENCIAL PLENO

A afeição à justiça remete ao método jurisprudencial pleno, porquanto adjunge sensibilidade e racionalidade, intuição e prudência, experiência e pensamento, práxis e teoria, objetivando a construção da regra da situação concreta²⁸. Essa orientação de

²⁶ Eis o que dispõe Paulo Ferreira da Cunha acerca do tema: “Segunda interpretação: a norma jurídica, que interpreta o real, nele colhe regularidades sociais com valor normativo, que considera dignas de serem elevadas a regra geral, a norma. Para tal, tem de interpretar e criar, assimilando elementos, associando-os, recortando-os do real, e transpondo-os para um texto, num texto.” In CUNHA, Paulo Ferreira da. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina, 2.006, p. 537.

²⁷ Com notada argúcia Paulo Ferreira da Cunha testifica que essa metodologia que remete ao substrato normativo, perpassa pelo enunciado e se atualiza na sua aplicação supera os antagonismos objetividade x subjetividade, como, ainda, historicismo x atualismo). In CUNHA, Paulo Ferreira da. **Filosofia do Direito**. Coimbra: Almedina, 2.006, p. 539.

²⁸ PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Curso de Direito Romano**. Volume I. Programa. Método. História. Fontes. Actores judiciais. 1ª Ed., Caiscais: Príncipia Editora lda., 2.009, p. 110.

plenitude nas faculdades cognitivas é que permite a solução justa do problema apresentado.

Recorrendo ao método de direito romano clássico, Eduardo Vera Cruz Pinto amalgama, designando de jurisprudencial pleno, a “cultura jurídica, técnica interpretativa, sensibilidade à justiça, sentido de equidade, bom senso decisório, experiência aplicada, argúcia argumentativa e capacidade criativa.”²⁹

Se o dever ser está fixado no plano normativo, há um sentido ultralegal no direito que desafia o jurista a realizar justiça diante da lesão e na sua proporção, defenestrando o apriorismo do dever ser dogmatizado.

O conhecimento do direito haverá de ser perquiridor, retomar a experiência dos juristas predecessores e à bagagem pedagógica de que é prene o clássico direito. Isso tende a permitir a desconstrução do hermetismo próprio do direito político legalizado, capacitando o jurista a compreender a vida que flui pelo direito, desobstruindo-se dos vícios do poder que cooptou o direito para dirigir a sociedade³⁰.

O recurso à autoridade em substituição à potestade é o prestígio do método jurisprudencial pleno, remontando às regras do *jus* sedimentadas cultural e consuetudinariamente, evidenciando de quem promana o direito e a quem não o pertence, ou seja, no equacionamento dos conflitos pela dialeticidade que não aniquila as diferenças, mas promove a solução compromissória, é o jurisprudente que labora a justiça, com autoridade que lhe é ínsita.

Tanto é assim que a aceitação ao direito é resultado da persuasão, restituída pelo método, escoimando-se o temor da sanção que é estimulado, atualmente, na concepção funcionalista do direito.

²⁹ PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Curso de Direito Romano**. Volume I. Programa. Método. História. Fontes. Actores judiciários. 1ª Ed., Caiscais: Princípia Editora lda., 2.009, p. 111.

³⁰ Eduardo Vera Cruz-Pinto ressalta que a descaracterização do direito tornou-lhe um instrumental do poder político, e o Estado passa a gozar o império de soberania sobrepondo-se à comunidade. Mesmo a função judiciária revela todo o funcionalismo sistêmico-político do direito atual, porquanto resseca a busca do justo e apõe o aplicador como mero administrador a aplicar o hipertrofiado conjunto de leis que tudo regula e tudo dispõe. Completa o mestre: “A jurisprudência criadora na perenidade da *ars inveniendi* reaproxima-o (o Direito) das pessoas e dessacraliza o legislador-político e o juiz-funcionário.” PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Curso de Direito Romano**. Volume I. Programa. Método. História. Fontes. Actores judiciários. 1ª Ed., Caiscais: Princípia Editora lda., 2.009, p. 114.

Em síntese, trata-se de um direito concebido como arte, construída, inclusive na sentença pelas razões e argumentos de decidir, espargindo o bom e o équo.³¹

O método jurisprudencial pleno é banhado de intuição e discurso.

Se o conhecimento intuitivo é inerente a todo ser humano, estará mais capacitado a intuir o justo aquele que armazena o maior número de informações e reveste-se de cultura jurídica, porquanto terá maior destreza na visão direta e imediata, sem rodeios ou elementos intermediários.

A ausência de um conjuntivo de cultura arraigado ao espírito do observador pode tencioná-lo à intuição negativa. André Franco Montoro, ao fazer apreciação crítica sobre o tema discorreu da seguinte forma: “essas correntes contrariam a verdadeira natureza da ordem jurídica, na medida em que reduzem o direito à força. Realmente, negar à ordem jurídica seu fundamento na justiça e nas exigências da natureza humana significa reduzir o direito a um simples produto da força dominante no meio social, seja ela a vontade de um chefe, a deliberação de um órgão legislativo ou judicante, dotado de poder coercitivo, ou mesmo a opinião da maioria. Preceitos arbitrários e violentos, atentados à dignidade humana como os praticados nos campos de concentração e julgados pelo Tribunal de Nuremberg, seriam juridicamente inatacáveis se o direito se reduzisse a um imperativo da força coercitiva da sociedade.”³²

4.1. A INTUIÇÃO E O DIREITO

Etimologicamente, intuição vem de “tueri”, que em latim significa “ver”, “contemplar”, e “in” que quer dizer “em, dentro”. Intuição é, portanto, uma visão direta, imediata, interna de um objeto, de suas propriedades ou de suas relações,³³ uma “revelação”, excluído o significado místico da palavra, como um estado particular do sujeito cognoscente, que possibilita um conhecimento imediato e total das coisas, sem necessidade de recorrer aos procedimentos normalmente utilizados pela razão. “Não se trata, pois, de um método no sentido rigoroso do termo, visto não consistir em uma série

³¹ Sintetiza o mestre Eduardo Vera Cruz Pinto que o método jurisprudencial pleno é menos casuístico, embora releve o caso, que problemático; menos factual, embora considere os fatos com prioridade, que ordenante pela *regula*; e mais questionante que dogmático, embora recorra aos dogmas e às categorias para solucionar o caso. PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Curso de Direito Romano**. Volume I. Programa. Método. História. Fontes. Actores judiciários. 1ª Ed., Caiscais: Príncípia Editora lda., 2.009, p. 122.

³² MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 24ª Ed., São Paulo: RT, 1.997, p. 256.

³³ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 3ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1.991, p. 896.

de atos de razão, mas sim, num único ato cognitivo, suficiente todavia para que o objeto ao qual se refere resplandeça em toda a sua plenitude”.³⁴

De forma esclarecedora Jacy de Souza Mendonça alinhava que a intuição é uma forma de conhecer, pela qual o sujeito cognoscente entra em contato direta e imediatamente com o objeto, “sem mediação de imagens”.³⁵

Nesse sentido, a intuição passa a ser o fundamento de todo raciocínio, incluindo o pensamento jurídico, porquanto na experiência com a justiça o jurista que o faz torna intransferível o dado, à medida que o seu próprio eu como sujeito é intuído.³⁶

Se a intuição comporta uma multiplicidade de classificações, desde a intuição sensível à mística, perpassando pela espiritual ou intelectual, já na interpretação dos fatos, no mundo das provas, o conhecimento direto do fenômeno pelos sentidos, acessível pela representação, permite ao objeto e sua essência afetar a alma do observador.³⁷

Mas é a intuição espiritual ou intelectual aquela que mais propriamente se amolda ao direito porquanto projeta imediatamente o espírito do jurista ao objeto jurídico, captando-lhe as qualidades essenciais, o seu valor, prescindindo de raciocínio lógico-formal.³⁸

O exercício do pensar, querer e sentir do ser observador, hermeneuta, caracteriza-lhe como tal pela intuição intelectual concreta, posto que mediante sua consciência, pinça a sua existência. Ressalta-se que colocando à deriva a realidade

³⁴ COELHO. Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 3ª Ed., Belo Horizonte: Del Rey, p. 76.

³⁵ MENDONÇA, Jacy de Souza. **O Curso de Filosofia do Direito do Professor Armando Câmara**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1.999, p. 130.

³⁶ O exemplo trazido a pelo por Jacy de Souza Mendonça é esclarecedor: “na proposição *eu experimento o calor*, o sujeito que experimenta sou eu, assim “essa intransferibilidade do dado de um eu para outro é resultante da intuição do meu eu como sujeito”. In **O Curso de Filosofia do Direito do Professor Armando Câmara**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1.999, p. 131.

³⁷ Dessa maneira, importante atentar para a observação de Balmes, ao lecionar que nem toda sensação trata-se propriamente de intuição, senão aquelas acompanhadas do ato de reflexão explícito ou instintivo e que produzem a representação do objeto intuído no sujeito cognoscente, ou seja, o ato de intuir está ligado a um objeto, que nem sempre é externo, as vezes se revelando ação da alma ou afecção. In BALMES Y URPIÁ, Jaime Luciano. **Obras Completas**. Livro IV, Madrid: B.A.C., 1.955, p. 143.

³⁸ Jacy de Souza Mendonça adverte que a constatação dos primeiros princípios da lógica e das verdades evidentes por si mesmas é modalidade de intuição, na sua acepção, intelectual abstrata. No plano ético e da filosofia prática, não lesar outrem, dar a cada um o devido segundo mérito e viver honestamente, são princípios evidentes, como o são os princípios especulativos da ordem lógica como identidade, razão suficiente e não contradição, diferentemente da intuição intelectual concreta, que supõe o contato imediato do sujeito com seu próprio eu. In **O Curso de Filosofia do Direito do Professor Armando Câmara**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1.999, p. 131.

existencial (ôntica) do sujeito, por ele mesmo, afigura-se impossível edificar-se o conhecimento discursivo, nem se propicia a caracterização da objetividade do conhecimento.³⁹

Max Scheler chama atenção ao afirmar que o intelecto é tão cego para os valores, como os ouvidos são para as cores⁴⁰. Se a axiologia jurídica remanesce na busca da justiça, a forma de cognição do valor está na intuição.

Assim, os valores seriam captados pelo espírito humano de um modo semelhante àquele em que as cores são conhecidas pelos nossos olhos, caracterizando-se nessa espécie intuitiva de conhecimento, como um sentir intencional, pelo qual o agente cognoscente, imediatamente capta os valores éticos e estéticos, sendo, conseqüentemente, o aspecto valorativo (valor) do objeto a busca dessa espécie intuitiva.

Portanto, não se trata de pinçar o *eidos* do objeto, mas aquilo que ele vale, a sua estimativa, não nos olvidando de que o ser humano se comporta diante do mundo não só para entendê-lo, como também para apreciá-lo.

Manuel Garcia Morente, formulando uma tríade na classificação da intuição espiritual, resenha: ‘Por meio da intuição intelectual, propende o pensador filosófico a desentranhar aquilo que o objeto é. Por meio da intuição emotiva, propende a desentranhar aquilo que o objeto vale, o valor do objeto. Por meio da intuição volitiva, desentranha, não aquilo que é, senão que é, que existe, que está aí, que é algo distinto de mim. A existência do ser manifesta-se ao homem mediante um tipo de intuição predominantemente volitiva.’⁴¹

Mas em Bergson o conhecimento intuitivo é enriquecido pela ontologia, pois na sua acepção conhecer intuitivamente é ato concreto, inicialmente figurando como uma negação à ciência, ao racional analítico, dada sua estagnação e limitação temporal, depois afirmando que matéria e vida preenchem o mundo e o próprio agente que conhece, são as mesmas forças e o mesmo pulsar, ser e fazer gozam da mesma essência

³⁹ MENDONÇA, Jacy de Souza. In **O Curso de Filosofia do Direito do Professor Armando Câmara**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1.999, p. 135.

⁴⁰ SCHELER, Max. In **As formas do saber e a cultura. Visão Filosófica do Mundo**. Trad. Regina Winberg. São Paulo: Perspectiva, 1986.

⁴¹ MORENTE, Manuel Garcia. **Fundamentos de Filosofia. Lições Preliminares**. Tradução e Prólogo de Guillermo de La Cruz Coronado. 8ª Ed, São Paulo: Editora Mestre Jou, p. 51.

íntima⁴², então o conhecimento intuitivo é um elã vital que busca a mobilidade e o devir.

Estreme de dúvidas que duas são as maneiras instrumentais de se conhecer pelo ser humano, uma de ordem intelectual e outra de ordem intuitiva, processos que se implementam, porém não anulam as particularidades próprias de cada um.

Somente pela maneira intuitiva, na qual se cristaliza uma simpatia espiritual do sujeito pelo objeto, o homem faz coincidência entre a investigação e o real e concreto.

A intuição bergsoniana está prenhe de simpatia pela qual o sujeito se transporta para o interior de um objeto para coincidir com o que ele tem de único – e, conseqüentemente, inexprimível – mas isso se dá dentro de uma realidade do sujeito e que ele apreende por dentro, algo com que ele espiritualmente simpatiza: é sua própria pessoa, pois é o seu eu que dura, escoando-se através do tempo.⁴³

A maior crítica dirigida à intuição é a escassez de recurso metodológico e científico, por si só, ela é inexprimível. Diante de obstáculo real, compete ao interprete buscar justificativas para relatar a sua intuição emocional ou simpática, inclusive no campo do direito, onde a apreensão da justiça haverá de ser demonstrada.

Karl Larenz ao se lançar sobre os valores do direito encapsulados nos princípios verbera que " Os princípios ético-jurídicos são critérios orientadores da atividade jurídica. Sua força de convicção intrínseca os converte em fatores conformadores da evolução do Direito. Eles são 'ideias', não no sentido de meras representações subjetivas, mas no de " verdades jurídicas" objetivas, evidentes por si mesmas. Como tais, devem a sua validade, não a um ato de vontade, mas à evidência imediata do seu conteúdo de justiça, que se impõe à consciência jurídica geral" ⁴⁴

4.2.O PLANO DA DESCOBERTA E O PLANO DA DEMONSTRAÇÃO

⁴² Bergson, Henri. O Pensamento e o Movente. Tradução Bento Prado Neto. São Paulo: Martins Fontes, 2.006, p. 143.

⁴³ NUNES, Luis Antonio Rizaatto. A Intuição e o Direito: um novo caminho. Belo Horizonte: Inédita, 1997.

⁴⁴ Larenz, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Tradução de Jose Lamego. 3ª Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1.997, p. pág. 482.

Se se está a patrocinar uma ordem natural jurídica evidente e indemonstrável, reclama-se uma sadia distinção entre os planos da descoberta e da demonstração, remanescendo o conhecimento intuitivo aos valores do justo, esta sensação, querer e pensar que está arraigado internamente no ser do homem, e acessível com maior profusão aos jurisprudentes, a indicar que não se deve causar prejuízo a outrem, impõe-se o dar a cada um o que lhe é devido e viver honestamente, enquanto que os métodos retóricos, complementares, têm a tarefa de comprovar a validade ou não das hipóteses e descobertas realizadas pela intuição.

Quando Geny aponta para uma descoberta do justo no recôndito da alma consultando à consciência moral e, seguintemente, a observação dos fenômenos sociais para, por meio de indução, constituir o direito positivo, está fazendo uma união indelével entre valor e direito, como, ainda, no plano gnosiológico, combinando métodos intuitivo, imediato e sem rodeios, com racionalidade, parcial e de inferência provável.⁴⁵

E, de fato, tanto a intuição quanto o raciocínio possuem seu lugar no conhecimento científico, tanto assim que Huisman e Vergez apontam para essa comunhão, a primeira por fornecer a substância a ser conhecida e o segundo por processar os raciocínios necessários para externá-la.⁴⁶

Indiscutível que o conhecimento discursivo conclui suas previsões vencido o prolixo mecanismo demonstrativo, depois de longos rodeios, com superficialidade, na medida em que o racionalismo conhece relações e distinções, enquanto o conhecimento intuitivo apreende de uma só vez o objeto cognoscível, na sua substância e em seu valor.

Mas é inegável que a representação da essência só se dá mediante o racional e discursivo, porquanto a intuição para se exteriorizar, deve ser exprimida em conceitos, sem embargo de que, não raro, as intuições válidas são resultado de um trabalho exaustivo, raciocinado e metódico, tratando-se mesmo de garantia de sua validade. Eis a síntese entre o plano da descoberta e da demonstração.

⁴⁵ GENY. François. **Metodo de Interpretacion y Fuentes em Derecho Privado Positivo**. Granada: Gomares, 2.000.

⁴⁶ *Apud* MONTORO, Andre Franco. **Teoria Geral do Direito. Introdução à Ciência do Direito**. 24ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.997.

Como nos ensina Perelman, o raciocínio jurídico não é formalista puro, mesmo porque o direito não se caracteriza por uma ordem abstrata e apartada de seu contexto social e axiológico, exortando não só o legislador como, também o aplicador, a considerar a finalidade das normas jurídicas, afrontante aos preceitos literais, porém consonante com o seu espírito⁴⁷.

.Perelman ao articular a nova retórica procura demonstrar que a atualidade é campo fértil para incorporação do realismo e pluralismo jurídicos, destacando os princípios gerais do direito como ferramentas indispensáveis ao jurista. O julgador, de sua parte, deve primar pela concepção tópica do direito, firmando papel de criação e arte do juiz na elaboração do direito.

Portanto, a adjunção de intuição e raciocínio discursivo capacita o jurista à realização dos fins do direito na descoberta do equo e bom, tornando o método uma arte e uma techné no sentido conferido pelos gregos.

De qualquer modo, a intuição do valor da justiça dependerá da argúcia ou miopia de quem se propõe a conhecê-la, e de fato, a relatividade histórica do ser humano nas ações e cognição, permite inferir do termo justiça a vontade constante e perpétua, outrossim inadmissível que se transporte esse relativismo da experiência humana ao valor do justo, que estava aí, no curso da natureza e historicamente não se fez conhecido.⁴⁸

5. FORMULAÇÕES METODOLÓGICAS VERTIDAS AO DIREITO JUSTO

Uma retomada ao Digesto recomendou Ulpiano a dizer que “a Justiça é a vontade constante e perpétua de atribuir a cada um o seu. Os preceitos do Direito são os seguintes: viver honestamente, não prejudicar outrem, atribuir a cada um o que é seu. A Jurisprudência é o conhecimento das coisas divinas e humanas, o conhecimento do justo e do injusto.”

⁴⁷ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins e Fontes, p. 424.

⁴⁸ Por essa razão Manuel Garcia Morente afirma que os valores não são entes, mas valentes, qualidades das coisas, irreais, alheias à quantidade, espaço e tempo, enfim, absolutos. In MORENTE, Manuel Garcia. **Fundamentos de Filosofia. Lições Preliminares**. Tradução de Guillermo de la Cruz Coronado. 8ª Ed, São Paulo: Editora Mestre Jou, 1.980, p. 303.

De que método o jurista atual pode se valer para julgar com justiça uma decisão? O direito romano oferece uma metodologia que resgata o valor da justiça no direito.

O fenômeno jurídico não é basilarmente hermenêutico, conquanto transcenda o aspecto da linguagem, e a compreensão do texto posto não equacionaria a questão fundamental do direito, de aposição de uma decisão justa, cujo fim é prático.

O jurista é desafiado, permanentemente, a solucionar, por uma decisão concreta, um problema prático que está para além da hermenêutica da norma.

Certamente não deverá se portar o jurista como um cientista matemático enfiado no gabinete, haverá de passar a procurar o direito do caso concreto a partir da colheita de informações das partes do caso, havendo continência das partes e seus procuradores, interessados no processo, enfim, toda a controvérsia com seus recheios e detalhes. Na reflexão espelhada pela controvérsia, dos contrários das teses apresentadas, do conflito se passa à escolha entre as diferentes regras referendadas no contraditório, refutando-se, por vias indiretas, o exercício da dedução.

Mas não se pode afirmar que haveria a tendência a esta ou a aquela regra, senão a criação de uma novel regra ajustada ao caso particular tendo como esteio um paralelo às duas versões e suas normas utilizadas para convencimento, não propriamente como premissas, senão alavancas para se chegar à justiça do concreto, dado que o direito não é regra senão justo adequado à natureza das coisas.

Com efeito, o método passa por profundas transformações, não sendo pura dedução de regras pré-existentes, caindo por terra a lógica analítica e axiomática. Arremate-se, com Villey, que “esse sistema dedutivo de normas, esses tratados teóricos abstratos, este falso catecismo totalmente justo e bom para o ensinamento elementar, não mereceria o nome de direito, eis que cada nova solução pode escapar a seu empreendimento. Se se confundir direito com a ficção teórica erigida pelos professores,

o direito perderia a sua essência; sua alma que é de proceder sem cessar por uma outra voz dedutiva”.⁴⁹

A controvérsia judiciária do direito romano propugnava um consenso ampliado das opiniões espalhando o convencimento aos partícipes da lide e toda a comunidade numa forte tendência a reproduzir o influxo de uma verdade ou sua aproximação e avizinhamento.

Havia uma proximidade entre pensamento e realidade antes do kantismo, na dialética aristotélica o direito se realizava, com o auxílio dos tópicos, sempre no propósito de levar às verdades prováveis.

Seria adaptável esse método ao tempo de um direito racional resultante da vontade do legislador que deve ser estendido axiomáticamente ao conflito de interesses, numa rede sistemática para manutenção da certeza e segurança jurídicas? Para além de um simples processo dedutivo, o julgador aprofunda-se à espreita de uma solução justa pelo acesso à dialética e qualquer sistema coerente e lógico formal estará muito distanciado da realidade do direito, pois mais do que regra, direito se explicita na natureza.⁵⁰

Com Viehweg se pode afirmar que o direito é jurisprudência, prudência como virtude que requer conhecimento dos homens, não de forma dogmática, senão dialética, tópica, retórica, além de científica e artística.⁵¹

Se todo homem possui relativa habilidade racional de discernimento entre bem e mal, entre o justo e o injusto, uma pulsão teleológica em praticar o bem e evitar o mal, há se crer na ideia concebida de justiça, como exigência da reta razão para a realização da

⁴⁹ VILLEY, Michel. **Seize Essais de Philosophie du Droit**. Paris: Dalloz, 1.969, p. 267.

⁵⁰ Michel Villey ressalta que a verdadeira fonte do direito está na natureza e transcende às regras das quais se procura deduzir soluções aos conflitos, por isso além do temor do arbítrio do julgador, há uma da controvérsia, coração da lógica do direito, que incita a uma análise dialética; essa proposta renova o compromisso com o estudo do direito antes da modernidade, “pois não há nada de novo debaixo do sol”, (...) “eis o que é necessário compreender em pleno século XX.” In VILLEY, Michel. **Seize Essais de Philosophie du Droit**. Paris: Dalloz, 1.969, p. 279.

⁵¹ O pensamento tópico é essencialmente problemático e dialético, superador da visão apodítica. Há uma predominância da invenção, uma *ars inveniendi*, que, sem descartar a lógica, precede-lhe. In VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência. Uma Contribuição à Investigação dos Fundamentos Jurídico-Científicos**. Tradução da 5ª edição alemã, revista e ampliada de Kelly Susane Alfen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2.008, p. 90/91.

dignidade da pessoa humana, valente de per si, tão-só complementada e memorizada pela construção positivada.

5.1. A COERÊNCIA NARRATIVA E A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Afirmamos o direito com caráter problemático que remeteria a uma interpretação de mesma índole, e nesse viés haveremos de censurar, em parte, a hermenêutica gadameriana, como, ainda, a interpretação do juiz Hércules de Dworkin.

Iniciemos por Dworking e sua proposta metodológica assentada na atividade que, não obstante, afastar-se-ia de um pragmatismo judiciário para constituir-se em um arcabouço de direitos e princípios convencionados de dimensão ética fundamental.⁵²

No entendimento da teoria de Dworkin, o direito é projeto comunitário fundamentado em princípios ético-jurídicos, e, portanto, o Estado propõe-se à realização destes objetivos que transcendem a perspectiva puramente social e política, submetendo-se aos direitos fundamentais, exigindo-se do juiz uma interpretação construtiva, que passaria por três estágios: a). pré-interpretação onde seriam captadas as regras Standards que traduziriam a finalidade do Estado no consenso comunitário; b). um estágio interpretativo onde se atingiria a normatividade jurídica destes consensos no plano prático; c). que a interpretação seja fundada em critérios objetivos supracitados e não em meras convicções pessoais do intérprete, desafiando o interprete a um trabalho Hercúleo de otimização de resultados.⁵³

E nessa proposição há se reconhecer que a doutrina da interpretação construtiva de Dworkin existe um projeto de direito comprometido com princípios supraleais, de natureza ética, e, portanto, o fundamento do direito é restituído à concepção de justiça e sua iminente realização prática. Trata-se de uma dimensão moral jurídico-política

⁵² Dworking vai criticar acidamente a proposta pragmática de direito, de características funcionalistas, pontuando que essa doutrina propõe uma visão de futuro social legando aos juizes a arquitetura deste cenário, pautada em realização dos programas sociais de natureza sócio-política. Todavia, segundo o doutrinador o funcionalismo sempre tem visão cética. In DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3ª Ed., São Paulo: Martins e Fontes, 2.010, p. 90.

⁵³ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins e Fontes, 2.010, p. 87 e seguintes.

institucionalizada pelo convencionalismo comunitário que propicia uma multifária gama de princípios e direitos, cuja aplicação sempre remete à fundamentação derradeira de validade suprapositiva do sistema, de sorte que haveria uma interpretação de coerência narrativa, ou seja, uma narrativa coerência entre a solução concreta e os princípios que sedimentam o ordenamento, o que, de alguma forma, revela-se critério mais negativo que positivo, menos ampliativo que limitativo (as normas limitam a solução ao invés de expandi-la).⁵⁴

Em Gadamer há outra proposta metodológica com a hermenêutica filosófica. Descreve o filósofo que uma relação circular e dinâmica entre todo e parte permite a determinação da estrutura do compreender⁵⁵, preocupando-se menos com o método e mais com a compreensão do sentido ontológico-existencial prolepticamente e, no plano derradeiro, uma transcendência do conhecer.

Se compreender é um modo de ser, partindo do *dasein* heideggeriano, o ser do homem no mundo (ser-aí), em direção à vereda transcendente do ser-para na finitude de seu ser, a história, a existência estaria na mesma pré-compreensão e a pré-ocupação, na mundanidade, então compreender é modo de ser da existência. Compreender previamente o mundo, corresponde o pondo de partida da ação – experiência – e compreender-se no mundo e para o mundo é o que torna o ser, algo que será reproduzido na linguagem.⁵⁶

Toda compreensão em Gadamer é um compreender-se porquanto o humano interpreta na mundanidade estabelecendo vínculos linguísticos com a experiência histórica, pelo que há uma auto-compreensão possível.⁵⁷

No sítio do direito a hermenêutica filosófica é recorrente porque transcende o positivismo, conquanto busque compreender e interpretar textos representativos de

⁵⁴ Castanheira Neves afirmará que a hermenêutica da racional coerência de Dworkin é de justificativa formal entre caso concreto e norma jurídica. In CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 374.

⁵⁵ O todo se compreende no individual e o individual a partir do todo. In Verdade e Método. Vol. I, p. 275.

⁵⁶ Gadamer afirmará que o ser compreendido é a linguagem. In GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. I, 7 edição, Editora Vozes, Rio de Janeiro, 2005, p. 284.

⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. I, 7 edição, Editora Vozes, Rio de Janeiro, 2005, p. 286..

cultura e história por uma hermenêutica do sentido da mundanidade que exulta o hermeneuta a adjungir ao ato sua pré-compreensão, ampliando-se o círculo hermenêutico. Mas é o texto, a linguagem escrutada, o centro da hermenêutica filosófica de Gadamer, malgrado as sucessivas perguntas e respostas do hermeneuta pelo tegumento cultural nele enxertado dar características genuínas ao método, figurando como vero diálogo.

A hermenêutica filosófica faz ponte de ligação entre presente e passado, porquanto busca o atual da cultura e os pontos basilares da tradição em uma fusão de horizonte hermenêutico.

Entrementes o que aponta o direito como palco específico de uma interpretação peculiar é o seu compromisso decisionista fundado em uma axiológica normatividade, cuja intenção o intérprete não pode olvidar.

Isso significa que a hermenêutica filosófica, embora compatível com o direito, não lhe esgota no campo interpretativo, isso porque o jurista tem o desafio de resolver o problema concreto com justiça, o fundamento de validade do próprio *jus*. Destarte a compreensão é do justo, que implica que o problema não seja propriamente hermenêutico, mas de verdadeira fundamentação ultrapassando os limites da compreensão, que é mais fática do que jurídica (axiológica).⁵⁸ Para além do compreender cabe ao jurista decidir com justiça.

5.2. A HERMENÊUTICA ONTOLÓGICA REFERIDA À PESSOA

Noutra perspectiva posiciona-se Kaumann⁵⁹, porquanto expressamente reporta-se à pessoa como nova fundamentação do direito, de maneira que todo o processo legislativo e judicial seriam condicionados pelo ontologismo personalista que, em última instância, ressaltaria o significado de justiça do *jus*.

⁵⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica I**. Coimbra: Editora Coimbra, 2.010, p. 414.

⁵⁹ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Trad. Antonio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 80 e seguintes.

Ao contrário de um direito subsumido logicamente da norma, a compreensão jurídica haveria de requestar o círculo hermenêutico mediado pela linguagem jurídica, cujo cariz é de uma realidade histórica a se manifestar justamente na solução do problema concreto. A justiça não residirá somente e aprioristicamente no postulado normativo, tratando-se de fenômeno imanente aos acontecimentos sociais, revitalizando a natureza das coisas dialeticamente implicada com a normatividade, em processo e dinamicidade.

Reportando-se ao tomismo, o jusfilósofo alemão associa o direito como fenômeno real e vivo, um direito natural concreto, e particularmente sobre o método afirma tratar-se de uma hermenêutica decisionista, própria da filosofia prática, cuja decisão concreta lhe é nota distintiva.⁶⁰

Mas é de curial importância refutar que a compreensão da realidade da vida, traduzida em linguagem, pela lógica material, representaria a tarefa social do direito, conquanto conceber que a justiça do direito esteja no contexto histórico e só nele (e na sua representação linguística) corresponde a empobrecer o fenômeno jurídico.

Com efeito, uma validade axiológico-normativa está implicada com o projeto regulatório jurídico do fenômeno histórico social, imanente na práxis, de maneira que o próprio Kaufmann não empana a busca da justiça no critério propriamente hermenêutico, mas projeta-a para um fundamento último que estará arraigado na pessoa, e dar resposta aos problemas concretos da humanidade, o que é direito ou não direito, o que está ordenado ao bem ou não, os ônus e bônus das relações intersubjetivas, todas são questões de justiça e que não são hermenêuticas, propriamente.

O fundamento do direito está na ontologia do personalismo ético e não em uma hermenêutica pura. Se há uma aproximação entre a hermenêutica filosófica e a interpretação jurídica, essa amalgama remanesce na exigência de compreensão e aplicação exigíveis a partir de uma circunstância concreta que haverá de ser equacionada em visão pós positivista, posto que, aqui, na problematização a se solucionar exsurge a historicidade da compreensão, com ligação passado e presente e a fusão do horizonte hermenêutico e a efetualidade histórica.

⁶⁰ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Trad. Antonio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 84.

Convém aduzir ao pensamento de Esser e sua teoria da arte de interpretar, pela qual, no direito, há uma empreitada prática e qualquer atitude hermenêutica será banhada de sentido acaso compreenda corretamente antes o problema e depois a interpretação do texto, tratando-se da pré-compreensão orientada por um horizonte de expectativas comunitariamente consensual de possibilidade de solução.⁶¹

Portanto, o ato de compreender está em ligação íntima com a pré-compreensão que se alimenta do ato de aplicar o direito, e então a possibilidade de concepção do círculo hermenêutico - onde se posiciona o problema e se articulam respostas enquanto compreensões das normas - , todavia, não é a linguagem que acenará para o fundamento de justiça que se requeira do direito.

Acena Antônio Castanheira Neves que o primeiro e fundamental problema prático normativo de justiça material reside no problema decidendo, e só secundariamente desaguará no processo hermenêutico da linguagem normativa. Em síntese, a tarefa primeva do jurista centra-se na detecção da decisão justa do caso problematizado e essa empreitada prática de decidir não está contemplada mesmo na interpretação histórico-cultural formulada na hermenêutica filosófica ou qualquer *processus* hermenêutico imaginável.⁶²

A pré-compreensão, esse ato preliminar que se estabelece como juízo autônomo de juridicidade, uma prévia hipótese da norma, está à margem do processo metodológico hermenêutico, tratando-se de um pensamento prático-normativo de solução materialmente justa do problema.

E, de fato, a interpretação jurídica supõe um resultado justo essencial já no instante da pré-compreensão ou no pré-juízo interrogante sobre a solução do problema, como, ainda, nas consequências que dele se inferir. O método jurídico não é propriamente

⁶¹ ESSER, Josef. **Precomprensione e Scelta del Metodo nel Processo di Individuazione del Diritto**. Tradução de Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Camerino: Edizioni Scientifiche Italiane, 1983.

⁶² CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 430/431.

cognitivo, mas prático realizador da justiça, supedaneado pelos valores que enxertam as normas postas, evidenciando que a interpretação é mais afeta à teoria da argumentação e menos fixada na lógica.

De qualquer sorte a proposta do direito é de edificar a pessoa e o método exige a compreensão da natureza das coisas e uma disposição de realização do justo em cada problema posto à apreciação.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se propôs demonstrar com o estudo dos métodos abertos, foi que o raciocínio jurídico procura justificar uma decisão de controvérsia, edificada em argumentações vetorizadas a sentidos antagônicos, que pretendem convencer o auditório da predominância de certos valores em cada caso concreto.

Essa decisão deve inserir-se no sistema jurídico e paralelamente satisfazer a comunidade, no sentido de revelar-se moral e sociologicamente eficaz, às partes e ao público em geral esclarecido.⁶³ Busca-se, portanto, a síntese entre equidade e norma jurídica, transformando o juiz em auxiliar e complemento do legislador, aproximando o direito continental da *common law*.

A preocupação básica dos métodos de *jurisprudencia* de entender os meandros pelos quais os valores se introduzem no processo de subsunção de fatos a normas gerais, é típica de quem se propõe ao retorno do direito justo. Mas o artigo afeiçoa-se com método enraizado num pensamento filosófico de primeira ordem, o aristotélico-tomista, o resgate da noção de raciocínio dialético, referido à decisão justa e centrada na pessoa, por essa razão a atualização esboçada por Kaufmann.

O raciocínio jurídico desenvolvido supra afasta por completo uma crença cega em respostas definitivas e uniformes, dissociadas de um meio social, nem tampouco em intuições místicas, ou respostas absolutas, embora aceite princípios e regras de direito como elementos próprios do conhecimento do homem prudente,

⁶³ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. Martins Fontes: São Paulo, 1998, p. 184.

presentes nas consciências normalmente constituídas, a despeito de contingências sociais e históricas, o que se pode entender por sinal de direito natural clássico.

Enfim, a realidade jurídica requesta uma decisão prudente, típica de uma sociedade democrática, lastreada no consenso⁶⁴, embora em nossa perspectiva isso jamais deva significar confundir direito com sentimento popular.

E diante da possibilidade de argumentação que justifique razões não coercitivas foge-se à adesão a uma verdade objetiva e universalmente válida, ou recurso à sugestão e à violência para fazer que se admitam opiniões e decisões fundadas em boa retórica. Pretendendo romper com o dualismo dos mundos da realidade e do valor, os métodos propostos resgatam o fundamento do direito, desde a pré-compreensão e formulação da hipótese de norma à inserção material presente no plano da normatividade.

A justiça se impõe como resultado da metodologia jurídica, tratando-se o método jurídico de um esforço mais decidente normativo que propriamente cognitivo, uma arte que combina a descoberta e a demonstração em intuição e discurso dialético referido à pessoa humana.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Órganon**. V. Tópicos. I, II – 105. 1ª Ed., Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2.005.

BALMES Y URPIÁ, Jaime Luciano. **Obras Completas**. Livro IV, Madrid: B.A.C., 1.955.

BERGSON, Henri. **O Pensamento e o Movente**. Tradução Bento Prado Neto. São Paulo: Martins Fontes, 2.006.

⁶⁴ O papel da motivação da sentença é procurar convencer as partes o tribunal, os juristas em geral, inclusive a opinião pública de que o veredicto consultou à razoabilidade, tanto no que toca à prova quanto ao direito, refutou o arbítrio, inclusive lembrando que a decisão sempre poderá ser precedente à outra similar.

CASTANHEIRA NEVES. **Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros.** Volume 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2.008

_____. **Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros.** Vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2.008.

_____. **Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais.** Coimbra: Editora Coimbra, 2.011.

_____. **O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica I.** Coimbra: Editora Coimbra, 2.010.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito.** 3ª Ed., Belo Horizonte: Del Rey.

CRUZ, Sebastião. **Direito Romano.** Vol. I, 3ª Ed. Coimbra, 1.980.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Filosofia do Direito.** Coimbra: Almedina, 2.006.

_____. **Princípios de Direito. Introdução à Filosofia e à Metodologia Jurídicas.** Porto: Rés, 1.993.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.** 3ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1.991.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** 3ª Ed., São Paulo: Maritns e Fontes, 2.010.

ESSER, Josef. **Precomprensione e Scelta del Metodo nel Processo di Individuazione del Diritto.** Tradução de Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Camerino: Edizioni Scientifiche Italiane, 1983.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito. Reflexões sobre Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito.** 3ª Ed., São Paulo. Atlas, 2.009.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método.** Vol. I, 7 edição, Editora Vozes, Rio de Janeiro, 2005.

GENY, François. **Metodo de Interpretacion y Fuentes em Derecho Privado Positivo.** Granada: Gomares, 2.000.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade.** Volume II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1.997.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Tradução de Antonio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de Jose Lamego. 3ª Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1.997.

LHUMAN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1.983.

MARITAIN, Jacques. **Neuf Leçons sur les Notions Premières de la Philosophie Morale**. Paris: Collection Dirigée par J. Maritain, O. Lacombe, M. – V. Leroy, 1.949.

MENDONÇA, Jacy de Souza. **O Curso de Filosofia do Direito do Professor Armando Câmara**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1.999.

MONTORO, Andre Franco. **Teoria Geral do Direito. Introdução à Ciência do Direito**. 24ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.997.

MORENTE, Manuel Garcia. **Fundamentos de Filosofia. Lições Preliminares**. Tradução de Guilherme de la Cruz Coronado. 8ª Ed, São Paulo: Editora Mestre Jou, 1.980.

NUNES, Luis Antonio Rizaatto. **A Intuição e o Direito: um novo caminho**. Belo Horizonte: Inédita, 1997.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins e Fontes.

_____. **Lógica Jurídica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. Martins Fontes: São Paulo, 1998.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Curso de Direito Romano**. Volume I. Programa. Método. História. Fontes. Actores judiciais. 1ª Ed., Caiscais: Príncípa Editora lda., 2.009.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**, 5ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

SCHELER, Max. **In As formas do saber e a cultura. Visão Filosófica do Mundo**. Trad. Regina Winberg. São Paulo: Perspectiva, 1986.

_____. **Visão Filosófica do Mundo**. Tradução: Regina Winberg Editora Perspectiva S.A: São Paulo, 1.986.

SERRES, Michel. **Le Contrat Naturel**. Paris: François Bourin, 1.990.

TOMAS DE AQUINO. **Summa Theologiae**.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência. Uma Contribuição à Investigação dos Fundamentos Jurídico-Científicos**. Tradução da 5ª edição alemã, revista e ampliada de Kelly Susane Alfen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2.008.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito - definição e fins do Direito. Os meios do Direito**. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins e Fontes, 2.003.

_____. **Seize Essais de Philosophie du Droit**. Paris: Dalloz, 1.969.