

STJ00119723

Rafael Lazzarotto Simioni

**CURSO DE
HERMENÊUTICA
JURÍDICA
CONTEMPORANEA**

**DO POSITIVISMO CLÁSSICO AO
PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO**

Curitiba
Juruá Editora
2014

Visite nossos *sites* na Internet
www.jurua.com.br e
www.editorialjurua.com
e-mail: editora@jurua.com.br

FAPEMIG

Fundação de Amparo à Pesquisa do
Estado de Minas Gerais

ISBN: 978-85-362-4528-7

JURUÁ
EDITORA

Brasil – Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê – Fone: (41) 4009-3900
Fax: (41) 3252-1311 – CEP: 80.030-475 – Curitiba – Paraná – Brasil

Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Fone: (351) 223 710 600 –
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Simioni, Rafael Lazzarotto.

S589 Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico./ Rafael Lazzarotto Simioni./ Curitiba: Juruá, 2014. 832p.

1. Positivismo (Direito). 2. Hermenêutica jurídica.
I. Título.

CDD 340.1 (22.ed.)
CDU 340

0560

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	23
-----------------	----

Primeira Parte

INTERPRETAÇÃO, ARGUMENTAÇÃO E DECISÃO JURÍDICA

1 ESCOLA DA EXEGESE.....	29
1.1 Motivos.....	29
1.1.1 Desconectar o direito do passado histórico	29
1.1.2 Multijurisdicionalidade e direito costumeiro fragmentado.....	32
1.2 Fundamentos.....	33
1.2.1 Justificações teóricas	33
1.2.2 Justificações práticas	35
1.3 Interpretação, Argumentação e Decisão Jurídica.....	39
1.3.1 Interpretação.....	39
1.3.2 Argumentação	43
1.3.3 Decisão	45
1.4 Considerações Finais	46
2 ESCOLA HISTÓRICA DO DIREITO	51
2.1 Motivos.....	51
2.1.1 Crítica ao racionalismo iluminista	51
2.1.2 A necessidade de uma compreensão histórica e cultural do direito	53
2.2 Fundamentos.....	57
2.2.1 Justificações teóricas	57
2.2.2 Justificações práticas	59
2.3 Interpretação, Argumentação e Decisão Jurídica.....	63

2.3.1	Interpretação gramatical, lógica, histórica, sistemática e teleo- lógica.....	63
2.3.2	Argumentação	70
2.3.3	Decisão.....	73
2.4	Considerações Finais.....	76
3	MOVIMENTO DO DIREITO LIVRE	79
3.1	Motivos.....	79
3.1.1	Abrir o sistema legal fechado.....	82
3.1.2	Menos razão teórica, mais razão prática.....	83
3.2	Fundamentos.....	84
3.2.1	Crítica parasitária do positivismo legalista.....	84
3.3	Interpretação, Argumentação e Decisão Jurídica.....	87
3.3.1	Interpretação.....	88
3.3.2	Argumentação	91
3.3.3	Decisão	92
3.4	Considerações Finais	93
4	A JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES	97
4.1	Motivos.....	97
4.1.1	Crítica à jurisprudência dos conceitos e ao movimento do direito livre	97
4.1.2	Jeremy Bentham e Rudolf von Jhering.....	101
4.2	Fundamentos.....	105
4.2.1	Fundamentações teóricas.....	105
4.2.2	Fundamentações práticas.....	109
4.3	Interpretação, Argumentação e Decisão Jurídica.....	113
4.3.1	Interpretação dos textos legais e dos interesses neles reconhe- cidos	115
4.3.2	Interpretação do conflito de interesses do caso concreto.....	119
4.3.3	Decisão jurídica e a concepção dos interesses da lei	122
4.3.4	Objeto (interesses) e critério (finalidade do direito) da decisão jurídica.....	125
4.3.5	Integração das lacunas e resolução das colisões entre interesses igualmente protegidos	128
4.3.6	Ponderação de interesses.....	131
4.3.7	Argumentação	133
4.4	Considerações Finais.....	135

Segunda Parte**INTERPRETAÇÃO, ARGUMENTAÇÃO E DECISÃO JURÍDICA NO
NEOPOSITIVISMO DE HANS KELSEN**

HANS KELSEN	139
1.1 Motivos.....	142
1.1.1 Crítica aos positivismos psicológico e sociológico das ciências do direito da época	146
1.1.2 A virada linguística no neopositivismo lógico do Círculo de Viena	153
1.1.3 O problema da representação lógica da realidade	155
1.1.4 A virada linguística na versão lógica de Wittgenstein.....	158
1.1.5 A questão da normatividade linguística.....	162
1.1.6 Sintaxe e semântica	164
1.1.7 A sintaxe lógica de Carnap e a teoria da interpretação de Kelsen.....	166
1.1.8 Fundação de uma ciência genuína	169
1.2 Uma Ciência Normativa do Direito	174
1.2.1 Direito e ciência do direito	175
1.2.2 A norma fundamental e o Estado como personificação da ordem jurídica.....	179
1.2.3 A moldura do direito e a discricionariedade da interpretação	190
1.3 Interpretação	192
1.3.1 Indeterminações intencionais e não intencionais.....	193
1.3.2 Interpretação autêntica e inautêntica	194
1.3.3 Interpretação e decisão	197
1.3.4 A interpretação científica (inautêntica)	199
1.4 Decisão	201
1.4.1 Decisão e interpretação autêntica	202
1.4.2 A criação do direito pela decisão jurídica	204
1.4.3 A decisão jurídica correta.....	206
1.5 Argumentação.....	209
1.5.1 O espaço da argumentação na teoria pura	209
1.5.2 O problema da justificação da correspondência lógica entre proposições	210
1.5.3 A referência ao Estado e às normas de competência	213
1.5.4 Lacunas, contradições e conflitos entre interesses não proibidos	215
1.5.5 Validade formal e a argumentação prática	218
1.6 Conclusões.....	221

Terceira Parte
INTERPRETAÇÃO, ARGUMENTAÇÃO E DECISÃO JURÍDICA
NO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

1	ROBERT ALEXY	233
1.1	Motivos.....	234
1.1.1	A complementação da teoria da interpretação/decisão de Kelsen por uma teoria da argumentação.....	236
1.1.2	A reintrodução dos valores e princípios no direito por meio da argumentação	238
1.1.3	As exigências do neoconstitucionalismo e a procedimentalização dos discursos	239
1.1.4	Dimensões analítica, empírica e normativa da dogmática jurídica	241
1.2	A Racionalidade da Argumentação nas Decisões Jurídicas.....	242
1.2.1	A proposta de uma teoria da argumentação jurídica	243
1.2.2	Integração entre discursos práticos e discursos teóricos.....	245
1.2.3	Procedimentalismo ou substancialismo.....	247
1.2.4	Regras de discurso (Habermas) e Forma de argumentação (Perelman)	248
1.2.5	Justificação interna e externa.....	250
1.3	Integração entre regras e formas da argumentação jurídica.....	253
1.3.1	Formas da argumentação jurídica: semântica, genética, histórica, comparativa, sistemática e teleológica	254
1.3.2	Regras: saturação, função e organização hierárquica das formas de argumentação.....	258
1.3.3	O uso da dogmática jurídica e dos precedentes jurisprudenciais na argumentação.....	263
1.3.4	A complementação da argumentação jurídica com a argumentação prática geral.....	265
1.3.5	A decisão correta como decisão racional	267
1.4	Regras e Princípios	271
1.4.1	Regras, princípios e normas jurídicas positivas.....	273
1.4.2	Princípios são mandados de otimização, regras são determinações....	275
1.4.3	A identificação dos princípios	279
1.4.4	Colisão de princípios e conflitos de regras	281
1.5	Proporcionalidade e Regras da Ponderação.....	283
1.5.1	Adequação	284
1.5.2	Necessidade.....	286

1.5.3	Proporcionalidade em sentido estrito, lei de colisão e lei da ponderação	289
1.5.4	As condições de precedência e a fórmula peso	296
1.5.5	Justificação do peso e da precedência do princípio	301
1.5.6	Racionalidade da ponderação e decisão jurídica correta	304
1.6	Decisão Jurídica, Decisão Política e Constitucionalismo Discursivo	307
1.6.1	Base da argumentação	309
1.6.2	Procedimento da argumentação.....	310
1.6.3	Decisão jurídica e correção moral	311
1.7	Conclusões.....	312
2	RONALD DWORKIN.....	323
2.1	Motivos.....	325
2.1.1	A armadilha semântica do positivismo jurídico	326
2.1.2	Crítica ao procedimentalismo discursivo	329
2.1.3	A resposta certa do direito e o Juiz Hércules.....	330
2.2	Regras, Princípios e Políticas Públicas	333
2.2.1	Princípios e regras	333
2.2.2	Princípios morais e políticas públicas	335
2.2.3	Identificação dos princípios.....	338
2.2.4	<i>Hard cases</i> e a força dos argumentos de princípio	340
2.2.5	Argumentos de princípio e argumentos de política	341
2.2.6	O problema da legitimidade democrática da decisão jurídica	345
2.3	A Interpretação Construtiva do Direito	349
2.3.1	Imprecisão linguística, informações insuficientes e demonstrabilidade.....	352
2.3.2	Adequação e justificação.....	354
2.3.3	Questões teóricas, questões empíricas e questões de moralidade política.....	357
2.3.4	Uma hermenêutica política do direito	359
2.3.5	Pré-interpretação, interpretação e pós-interpretação	362
2.3.6	Convencionalismo, pragmatismo e integridade.....	364
2.4	O Direito como Integridade	370
2.4.1	Moral pessoal, moral política e a virtude da integridade	371
2.4.2	A integridade na legislação	374
2.4.3	Três modelos de associação política: acidente, regras e princípios....	376

2.5	Integridade na Interpretação das Leis	377
2.5.1	A comunidade política personificada	377
2.5.2	Mudanças de sentido da lei no tempo.....	380
2.5.3	Interpretação jurídica e ativismo judicial	381
2.6	Integridade na Decisão Jurídica.....	383
2.6.1	Romance em cadeia e coerência histórica	383
2.6.2	Etapas do Juiz Hércules.....	386
2.6.3	Conflitos entre duas interpretações e lacunas.....	389
2.6.4	A única resposta correta do direito.....	392
2.6.5	Competição e contradição entre princípios	393
2.6.6	Integridade e coerência.....	396
2.6.7	Integridade inclusiva e integridade pura.....	399
2.7	Conclusões.....	400
3	CASTANHEIRA NEVES.....	403
3.1	Motivos.....	403
3.1.1	Jurisprudencialismo e intencionalidade normativa do direito	405
3.1.2	Uma metodologia jurídica para a realização prática do direito	408
3.1.3	Uma metodologia jurídica pós-positivista.....	410
3.1.4	A intenção normativa do direito e o sentido da problemática dos casos concretos.....	412
3.1.5	Novas dimensões para a decisão jurídica: sistema e problema.....	414
3.1.6	Teorias jurídicas e intencionalidades do direito	416
3.1.7	Juízo, decisão e argumentação jurídica	422
3.1.8	Crítica às concepções tradicionais de interpretação	424
3.1.9	Os objetivos da interpretação no positivismo clássico e no neopositivismo jurídico.....	425
3.1.10	Positivismo Clássico e Interpretação Gramatical, Histórica, sistemática e teleológica	426
3.1.11	O Neopositivismo Jurídico e a Interpretação Semântica das análises linguísticas.....	428
3.1.12	Superação crítica desse estilo de interpretação.....	429
3.2	Interpretação Jurídica Transpositiva.....	431
3.2.1	Objeto, critério e fundamento da interpretação jurídica.....	433
3.2.2	O problema prático como ponto de partida metodológico	435
3.2.3	História, problemática e finalidade da norma.....	436
3.2.4	Interpretação e decisão jurídica	439

3.3	Decisão Jurídica como Realização Prática do Direito	440
3.3.1	Sistema e problema	441
3.3.2	A mediação dialética do círculo hermenêutico entre sistema e problema.....	443
3.3.3	Questões de fato e questões de direito.....	447
3.4	Realização do Direito Mediada por Normas e Princípios.....	452
3.4.1	Assimilações entre sistema e problema mediadas por normas	452
3.4.2	O recurso a princípios.....	455
3.4.3	A interpretação conforme a constituição	458
3.5	Constituição Normativa Autônoma pela Decisão Jurídica e os Limites da Juridicidade.....	460
3.5.1	Assimilações entre sistema e problema sem mediação por normas	461
3.5.2	As três condições existenciais da emergência do direito.....	463
3.5.3	Crítério: analogia.....	466
3.5.4	Fundamento: a consciência jurídica geral	469
3.6	Orientação às Consequências da Decisão.....	472
3.7	A Legitimidade Política da Decisão Jurídica.....	473
3.8	Contribuições e Críticas Gerais	476
4	JÜRGEN HABERMAS	479
4.1	Motivos.....	479
4.1.1	A substituição da razão prática pela razão comunicativa	481
4.1.2	Racionalidade comunicativa e pragmática formal.....	483
4.1.3	Significado, validade e interpretação.....	495
4.1.4	Significado, validade e interpretação de textos	499
4.2	Direito, Faticidade e Validade	505
4.2.1	Dois níveis de tensão entre faticidade e validade do direito na virada linguística	507
4.2.2	Direito e a mediação social da tensão entre faticidade e validade	512
4.3	Procedimentos Discursivos e Argumentação Racional	515
4.3.1	A teoria do discurso racional.....	517
4.3.2	Princípios da universalização e da ética do discurso.....	521
4.3.3	Condições ideais de discurso.....	524
4.3.4	Pressupostos pragmáticos da argumentação discursiva racional ...	529
4.3.5	Inclusão discursiva e realização contínua do projeto político constitutucional.....	531
4.4	Interpretação, Argumentação e Decisão	536
4.4.1	Racionalidade das decisões jurídicas.....	537

4.4.2	Discursos de justificação e discursos de aplicação.....	543
4.4.3	A única resposta correta no direito e a falibilidade do melhor argumento.....	550
4.4.4	Judicialização da política e controle de constitucionalidade	556
4.4.5	A interpretação construtiva do direito e a complementação dos discursos de aplicação por discursos de fundamentação	565
4.5	Considerações Finais	571
4.5.1	Idealização excessiva e problemas de verificação empírica	574
4.5.2	Verdade ou consenso: a crítica da hermenêutica filosófica	580
5	NIKLAS LUHMANN.....	595
5.1	Motivos.....	598
5.1.1	Crise da sociologia	599
5.1.2	Crise das teorias do direito	602
5.1.3	Uma nova concepção de positividade do direito	606
5.1.4	Anacronismos nas teorias pós-positivistas da interpretação, argumentação e decisão jurídica.....	611
5.2	Sistema e Autopoiese.....	617
5.2.1	O conceito de sistema.....	617
5.2.2	A diferença entre identidade e diferença.....	624
5.2.3	Principais impactos da mudança de paradigma	625
5.2.4	Da autorreferência à autopoiese	629
5.2.5	Função, prestação e reflexão	631
5.3	Forma de Sentido e Operação de Observação	637
5.3.1	Forma	638
5.3.2	Observação	640
5.3.3	Sentido.....	642
5.3.4	Operação e observação	645
5.3.5	<i>Re-entry</i>	651
5.3.6	Observação e comunicação	652
5.3.7	Informação, emissão e entendimento	656
5.3.8	Auto-observação, autodescrição e semântica	661
5.4	A Autopoiese do Direito.....	665
5.4.1	Faticidade e normatividade do direito	667
5.4.2	A especificidade das operações jurídicas e a autonomia do direito ...	669
5.4.3	A comunicação jurídica.....	673
5.4.4	Acoplamentos estruturais do direito.....	674

5.5	Interpretação, Argumentação e Decisão	678
5.5.1	Universalidade e especificidade no <i>Civil Law</i> e no <i>Common Law</i>	680
5.5.2	Interpretação e argumentação	684
5.5.3	Interpretação, texto e escritura	686
5.5.4	Poli-interpretação de textos e argumentação para a comunicação	689
5.6	Forma e Paradoxo da Argumentação	691
5.6.1	Argumentação e validade do direito	692
5.6.2	Erros e razões: a “forma” da argumentação	694
5.6.3	O paradoxo da argumentação	694
5.6.4	Desdobramento do paradoxo no procedimentalismo e no substancialismo	695
5.7	Estrutura e Função da Argumentação	700
5.7.1	Estrutura recursiva da argumentação	701
5.7.2	Função da argumentação: consistência do direito	703
5.7.3	A construção argumentativa dos princípios e a circulação da razão ...	706
5.8	A Decisão Jurídica	708
5.8.1	Ação, escolha e decisão	709
5.8.2	Decisão jurídica e decisão judicial	712
5.8.3	Clausura e abertura da decisão	715
5.8.4	O paradoxo da decisão jurídica	718
5.8.5	Desdobramentos do paradoxo da decisão: os suplementos	724
5.9	Os Suplementos Argumentativos da Decisão Jurídica	727
5.9.1	Suplementos do positivismo clássico ao neopositivismo lógico de Kelsen	728
5.9.2	Pós-positivismo e os suplementos contemporâneos	732
5.9.3	Suplementos e colisões de segunda ordem	736
5.9.4	Legitimidade da decisão e argumentação jurídica pós-positivista	738
5.10	Recursos da Interpretação, Argumentação e Decisão Jurídica	740
5.10.1	Programação condicional, programação finalística e orientação às consequências	741
5.10.2	Três dimensões de sentido na análise das consequências	743
5.10.3	O risco na orientação às consequências	746
5.10.4	Dogmática e conceitos jurídicos	751
5.10.5	Conceitos e interesses	754
5.10.6	Argumentos formais e argumentos substantivos	757

5.10.7	Crítica à ponderação de interesses.....	760
5.10.8	O equilíbrio entre argumentação formal e substantiva.....	762
5.10.9	Funções da lógica na argumentação	763
5.10.10	Racionalidade e reflexão	766
CONSIDERAÇÕES FINAIS		769
1	Decisão Jurídica e Autonomia do Direito: entre o Isolamento Formal e a Diluição Material do Direito na Sociedade	769
2	Por que a Autonomia do Direito é Importante?	771
3	Concepções Pós-positivistas que Valorizam a Autonomia do Direito.....	776
4	Problemas do Mundo Prático na Sociedade Globalizada e Multicultural	782
REFERÊNCIAS		791
ÍNDICE ALFABÉTICO.....		819