

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](http://www.jurua.com.br) e  
[www.editorialjurua.com](http://www.editorialjurua.com)  
e-mail: [editora@jurua.com.br](mailto: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