

---

# *NOTAS SOBRE OS MOVIMENTOS TEÓRICOS ADVINDOS DO “SEGUNDO JHERING”: A JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES E O MOVIMENTO DO DIREITO LIVRE*

---

*Matheus Vidal Gomes Monteiro<sup>1</sup>*

**Resumo:** O presente estudo tem como objetivo abordar as perspectivas teóricas denominadas antilegalistas, diante de sua postura ofensiva ao positivismo jurídico. Delimitando, então, o tema, serão traçadas considerações a respeito das principais consequências do movimento crítico do século XX, aprofundando-se nos traços principais da jurisprudência dos interesses e do movimento do direito livre.

**Palavras-chave:** direito; irracionalidade; antilegalismo.

## **NOTES ON THEORETICAL MOVEMENTS ARISING FROM THE “SECOND JHERING”: JURISPRUDENCE OF INTERESTS AND THE FREE LAW MOVEMENT**

**Abstract:** This research aims to address the theoretical perspectives denominated anti-legalists, in view of their offensive posture to legal positivism. Delimiting, then, the theme, will be drawn considerations on the main consequences of the critical movement of the twentieth century, going deeper into the main features of the jurisprudence of interests and the free-law movement.

**Keywords:** law; irrationality; anti-legalism.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito (UNESA). Mestre em BioDireito, Ética e Cidadania (UNISAL). Professor Adjunto do Departamento de Direito (VDI) da Universidade Federal Fluminense (UFF). Líder do Grupo de Pesquisa em Jurisdição, Constituição e Processo (UFF-VDI), membro do Grupo de Pesquisa A Sociedade Civil e o Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimento (GRUPO IBMEC-RJ), e do Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos (UNISINOS).

## 1. INTRODUÇÃO

A tensão entre vontade e razão<sup>2</sup> impulsionada na virada do séc. XIX, com seus novos saberes científicos, coloca em xeque a visão sistemática do direito<sup>3</sup>, analisável, por exemplo, quanto à questão econômica e à origem do direito sob a perspectiva marxista.<sup>4</sup>

E, mesmo diante da vitória da vontade sobre a razão, a impactante ruptura com os cânones científicos pelo pensamento irracional, proporcionando também a ruptura entre as ciências da natureza e as da cultura, novas teorias jurídicas multiplicaram-se e passaram a concorrer entre si (apesar de não surgirem grandes sistemas filosóficos comparáveis a Kant, Hegel ou visões globais do direito e da sociedade como Savigny e Marx), gerando teorias específicas refletidoras da crise em que se encontrava o ser humano em sua própria visão da sociedade e do direito.<sup>5</sup>

Ademais:

### *As grandes mudanças ocorridas entre o final do século XIX e o início*

<sup>2</sup> No confronto entre vontade e razão, as perspectivas de Hobbes e Rousseau foram consideradas expoentes doutrinários, terminando, historicamente, com a supremacia daquela frente a esta. Podemos atribuir a Rousseau, com mais força (a partir do seu conceito de vontade geral), o triunfo da tendência democrática jacobina: a proteção às vontades particulares atenua-se perante o dogma absoluto da lei como *volonté générale*. Na opinião de Perelman, Hobbes, Montesquieu e Rousseau opuseram-se à tese da jurisprudência universal: “um direito natural, de um sistema de justiça válido sempre e em toda parte”, formulado deste Cícero, inspirado nos estoicos. Já os teóricos racionalistas dos sécs. XVII e XVIII pretendiam elaborar esse “sistema de direito justo” fundado em princípios racionais (In: PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Martins Fontes, 2000, p. 18-20). Relembremos que, quanto ao final do século XIX, uma das principais heranças foi a “negação da razão como fundamento típico do agir humano”, trazida por Rousseau no âmbito jurídico, mas proposta ampliada (no seguir do séc. XX, também) e difundida também por Schopenhauer a partir da redução da vida a cegos instintos; por Nietzsche, no combate aberto à moral cristã, e por Freud, com a negação da razão diante dos impulsos do sexo e da morte como guias do agir humano (In: LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: o Século XX*. Vol. 2. Trad. Lucas Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 139-140). Assim também em FIGUEROA, Alfonso García. *Uma primeira aproximação da teoria da argumentação jurídica*. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Argumentação e estado constitucional*. São Paulo: Ícone, 2012, p.433-68.

<sup>3</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 158.

<sup>4</sup> Para um aprofundamento das escolas críticas do direito e a relação com o marxismo, v. HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis. Fundação Boiteux, 2005, p. 442 e ss. No início do séc. XX, as novidades advindas da economia (e não apenas das ciências físico-naturais), influenciaram o direito, proporcionando uma concepção sistemática do direito onde se pareceu fundir o marxismo com o estruturalismo francês, já que muitos marxistas foram influenciados pelo segundo Jhering. Já as obras clássicas da economia inglesa proporcionaram o utilitarismo de Jeremy Bentham (1748-1832), influenciando, no âmbito jurídico, seu aluno John Stuart Mill (1806-1873), próximo a John Austin (1790-1859), que influenciou H. L. A. Hart (1907-1992) e o realismo americano (In: LOSANO, Mario G., op. cit., p. 147-148). Para Perelman, “No pensamento de Bentham, a aritmética dos prazeres permitiria, graças a elementos científicos e objetivos, pôr fim a todas as controvérsias concernentes aos valores”. (In: PERELMAN, Chaïm, op. cit., p. 150).

<sup>5</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 141.

*do século XX são reconduzíveis a duas situações revolucionárias. Em primeiro lugar, as doutrinas irracionistas eram inimigas do sistema, porque viam nele uma manifestação típica do pensamento racionalista e científico. Em segundo lugar, também as doutrinas não seduzidas pelas sereias do irracional deviam levar em conta o fato de que as revoluções científicas iam afirmando valores diversos dos tradicionais: darwinismo e valores cristãos, por exemplo, são em larga medida incompatíveis. À crise da racionalidade acompanhava-se, portanto, também a crise dos valores. Naturalmente, as teorias tradicionais persistiam ao lado das inovadoras. Ou melhor, as novas teorias nunca conseguiam libertar-se completamente da tradição, nem as teorias tradicionais conseguiam subtrair-se aos estímulos que inovavam o mundo circunstante. Cada teoria se encontrava, assim, lutando em mais de um frente, num quadro cultural tão rico quanto complexo, e não raramente confuso.<sup>6</sup>*

Assim, enquanto “a atividade da ciência jurídica do século XIX consistira na construção do sistema, apertando os nós de uma rede que recolhesse todo o direito, o objetivo do movimento crítico do século XX era afrouxar tais nós.”<sup>7</sup> Daí reconhecermos que o pensamento jurídico das primeiras três décadas desse novo século foi caracterizado pela contraposição entre a rigidez da certeza do direito (muitas vezes sufocante) e a flexibilidade da decisão individual (muitas vezes imprevisível).<sup>8</sup>

Analisada, portanto, como um dos principais problemas jurídicos, assim também no início do séc. XX, a decisão judicial, anteriormente fruto das características da generalidade/abstração do Estado de Direito e da científica propositura do método lógico-substantivo, diante dos ataques de perspectivas irracionistas passa a sofrer uma inversão: se por um lado, tínhamos a interpretação lógico-racional fincada nos ideais científicos, de outro, tínhamos a vontade do intérprete/juiz fincada em elementos irracionais.<sup>9</sup>

Com efeito, frente ao racionalismo refletido no conceitualismo da

---

<sup>6</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 141-142.

<sup>7</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 158.

<sup>8</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 158. Registremos também que: “Toda doutrina não-formalista do direito oscila entre o pólo da criatividade do juiz e o pólo da certeza do direito e se diferencia das outras pela maior proximidade a um ou a outro pólo. Na França, a referência aos padrões serviu para reagir ao positivismo e à Escola da Exegese. Na Alemanha, Josef Esser se refere a Pound e propõe uma teoria argumentativa do padrão, ao passo que Gunther Teubner – um futuro seguidor da teoria sistêmica de Luhmann [...] propõe uma teoria sociológica do padrão”. (In: LOSANO, Mario G., op. cit., p. 169-170).

<sup>9</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 135, 143.

pandectística, o primado da sensibilidade (intuição), vontade ou ação (élan vital), emergia como forma de realização do homem ou caráter político de todos os valores.<sup>10</sup> Em outras palavras, passava-se a uma busca para se “suplantar a lógica formal pelo estudo e pela avaliação da vida, ou seja, pela pragmática”.<sup>11</sup> Seguindo os ensinamentos de Losano<sup>12</sup>, o séc. XX coloca em xeque a tradição filosófica kantiana e a fé na racionalidade manifestada na lógica, proporcionando o florescimento do materialismo frente ao idealismo, e, confirmando-se a vontade sobre a razão.

Nesse contexto, outras consequências surgem: na aplicação do direito a vontade substitui a razão; altera-se, em síntese, do formalismo para o antiformalismo; e veda-se, diante das novas perspectivas teóricas, o retorno aos ideais racionais iluministas expostos na afirmação de que o juiz se encontra vinculado à lei. Dessa maneira, o juiz, decide(iria) “em última análise segundo o seu convencimento, que podia também não coincidir com a *ratio* do legislador”.<sup>13</sup> Invertia-se, por conseguinte, a relação entre juiz e legislador, já que “o juiz podia comportar-se como se fosse o legislador”.<sup>14</sup> Sob este panorama teórico emergente, aqueles tidos como movimentos antirracionalistas, fincados nas ideias inicialmente esboçadas acima, se desenvolveram e adquiriram ramificações nos âmbitos francês, inglês e alemão. Assim, cada peculiaridade das doutrinas juspositivistas nos três países sofreu ataques e críticas mais direcionadas. Daí sua análise mesmo que superficialmente, no espaço aqui proposto.

Assim sendo, como reconhece Streck<sup>15</sup>, as posturas teóricas

---

<sup>10</sup> HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 407. Relembremos que: “Por volta do final do século XIX, desenvolve-se um saber científico que, no direito, atua contra o sistema. A psicologia lembra que o agir humano não pode ser reduzido à lógica e à razão. A questão social (com o variado movimento socialista e a figura central de Marx) indica na economia a origem do direito. Afirma-se o primado da vontade, a tal ponto que, em 1930, um jurista como Isay afirmava que o direito já não era um sistema de normas, mas um conjunto das sentenças.” (In: LOSANO, Mario G., op. cit., p. 142-143).

<sup>11</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 92.

<sup>12</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 135.

<sup>13</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 143.

<sup>14</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 143. O autor traz o exemplo do Código Civil Suíço (ZGB, 1912): “A. Application de la loi. 1 La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l’esprit de l’une de ses dispositions. 2 A défaut d’une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d’une coutume, selon les règles qu’il établirait s’il avait à faire acte de législateur. 3 Il s’inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.»

<sup>15</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Livraria do Advogado, 2014, p. 131.

enfrentadoras do movimento juspositivista nos países acima apontados possuíam “como pano de fundo a libertação do julgador das rígidas estruturas formais que o conceitualismo do século XVIII havia legado à moderna e agitada sociedade do século XIX”. E como registra Perelman<sup>16</sup>, especialmente quanto ao tratamento das lacunas, as novas técnicas proporcionadas ampliariam consideravelmente o papel do magistrado, até emancipá-lo totalmente da tutela do legislador.

Certa tensão, então, iniciava-se no cenário europeu continental na relação entre o juiz e o legislador: enquanto o *judge made law*, há séculos no *Common Law*, utilizava não a norma geral abstrata, mas sim, o precedente jurisprudencial, considerando a *equity* diante das particularidades de cada caso, a perspectiva marcantemente cientificista fincava-se no oposto.

No âmbito dos EUA<sup>17</sup>, Oliver Wendell Holmes<sup>18</sup>, destacava-se como principal expoente do realismo jurídico, a partir da consideração de que o direito se extrai das sentenças judiciais, imortalizando-se com as seguintes passagens:

*The confusion with which I am dealing besets confessedly legal conceptions. Take the fundamental question, What constitutes the law? You will find some text writers telling you that it is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of this mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.*

Como ideia principal, teríamos: “*The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.*” Seria, pois, com os interesses de Holmes pela atividade do juiz que os americanos se

<sup>16</sup> PERELMAN, Chaïm, op. cit., p. 68.

<sup>17</sup> Losano destaca como sendo a “última ramificação do realismo americano na era da informática” a chamada jurimetria de Lee Loevinger (In: LOSANO, Mario G., op. cit., p. 145). Para tanto conferir, v. LOSANO, Mario G., op. cit., p. 145-146. Para conferir resumo sobre o realismo jurídico norte-americano, referenciando-se aos principais autores, v. FERREIRA, Daniel Brantes. Realismo jurídico norte-americano: origem, contribuições e principais autores. Direito, Estado e Sociedade. n. 40. p. 6-33, 2012.

<sup>18</sup> HOLMES JR., Oliver Wendell. The Path of Law. The Harvard Law Review Association. v. 10. 8. p. 457-478, 1897, p. 460-461. Outros realistas que se destacaram foram: Roscoe Pound, Jerome Frank.

aproximariam da jurisprudência dos interesses e do Movimento do Direito Livre (MDL).<sup>19</sup> Lembrando-se, também, que vários estudiosos alemães chegaram aos EUA emigrados em decorrência do regime nacional-socialista, como o caso de Kantorowicz, principal expoente do MDL.

Em outras terras tivemos na Suécia a fundação da Escola de Uppsala, em reação ao racionalismo análoga ao realismo americano, desenvolvendo o chamado realismo escandinavo, sendo o direito, para tal, “o conjunto dos comportamentos práticos e dos condicionamentos psicológicos que derivam dos fatos; não é um sistema teórico [ou seja, não é um conjunto de normas], mas uma série de ações”. Tal Escola, fundada por Axel Hägerström (1868-1939), considerou “não-científico o tradicional estudo dos conceitos jurídicos” e concentrou, ao contrário, “a própria atenção sobre os fatos, em particular sobre a sanção que induz a manter um certo comportamento”.<sup>20</sup>

De modo mais semelhante ao realismo norte-americano duas perspectivas teóricas (ou movimentos) se desenvolveram na Alemanha a partir do “segundo Jhering”<sup>21</sup> (a partir de seu abandono à postura sistemática, com sua crítica à jurisprudência dos conceitos), partindo para a análise dos *interesses*: uma, chamada de *jurisprudência dos interesses* (*Interessenjurisprudenz*)<sup>22</sup>, outra, de Movimento do Direito Livre (MDL), ou Escola do Direito Livre (EDL, *Freie Rechtsschule*).<sup>23</sup>

Registre-se, por fim, que ambas surgiram antes do nacional-socialismo,

---

<sup>19</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 144. Entretanto, é preciso ressaltar que “essa proximidade cultural não deve levar a identificar o social engineering norte-americano com as correntes jusliberistas européias. A engenharia social procurava resolver o caso individual, em conformidade com a tradição do Common Law, ao passo que os jusliberistas europeus procuravam sempre os princípios gerais a serem aplicados a todos os casos similares.” (In: LOSANO, Mario G., op. cit., p. 145).

<sup>20</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 146.

<sup>21</sup> Assim também em LOSANO, Mario G., op. cit., p. 135. Para conferir um resumo sobre a passagem de Jhering para uma chamada “jurisprudência pragmática”, v. LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 55 e ss.

<sup>22</sup> A chamada Jurisprudência dos Interesses pode ser incluída na doutrina juspositivista (stricto sensu) a partir da aceitação das duas principais teses de tal concepção: a separação entre direito e moral, e entre direito e política. Tal doutrina entende que o direito é criado única e exclusivamente pelo legislador, o que impossibilita o aplicador de alterar a vontade legislativa a partir de análises subjetivas. No entanto, a busca para se encontrar os interesses ponderados pelo legislador no momento da produção normativa dá-se a partir da reconstrução de elementos históricos e sociológicos, e não a partir da interpretação exegética do texto normativo (In: DIMOULIS, Dimitri. Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 147-148). Para Camargo, consiste na “antítese da Jurisprudência dos Conceitos” (In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, op. cit., p. 147-148).

<sup>23</sup> HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 406; LOSANO, Mario G., op. cit., p. 146.

sendo, após tal período, retomadas sob outras perspectivas teóricas de caráter mais sistemático.<sup>24</sup> A seguir, como objeto a ser abordado, analisaremos as duas principais ramificações advindas do chamado “segundo Jhering”.

## 2. AS RAMIFICAÇÕES TEÓRICAS A PARTIR DO “SEGUNDO JHERING”

As ideias de Jhering em seu *Der Zweck im Recht*<sup>25</sup> proporcionaram a substituição da lógica voluntarista e contratualista por uma utilitarista e transindividual, e de um “produto de um pacto visando a proteção absoluta dos *poderes da vontade*” para um instrumento para a garantia de “*interesses socialmente úteis*”. Entendendo, então, que a lógica (interconexa à perspectiva sistemática) não conseguia mais “espremer do direito romano as regras necessárias à sociedade alemã, àquela altura industrializada”<sup>26</sup>, considerava que o “direito seria uma criação orgânica da sociedade, como organismo vivo que espontaneamente aspira pelo equilíbrio de interesses que promove a harmonia e a preservação da vida social”.<sup>27</sup>

A partir do “segundo Jhering”, a ideia de que “o direito se liga a um fim, que se pretende ver realizado na prática, faz com que o mesmo abandone o campo da abstração e veja aberto o caminho para a Jurisprudência dos Interesses, encarregada de formular metodologicamente esta questão”, assim, “o método realista ou teleológico, voltado para os interesses e valores que lhe servem de fundamento, vem ocupar o lugar até então preenchido pelo formalismo exegético”.<sup>28</sup> Relembremos, também, de que “a finalidade considerada por Jhering não é a finalidade do legislador prevista na lei, mas a do sujeito em suas relações sociais”. Além do que, “a finalidade é imanente à própria idéia de sociedade, uma vez que a consideramos como união de várias pessoas ligadas em torno de uma meta comum. Finalidade poderia

<sup>24</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 146.

<sup>25</sup> Para tanto aprofundar, v. JHERING, Rudolf von. A finalidade do direito. Vol. 1 e 2. Trad. Heder K. Hoffmann. Imprensa: Campinas, Bookseller, 2002.

<sup>26</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 135.

<sup>27</sup> HESPANHA, Antônio Manuel, op. cit., p. 405. Para Hespanha, é com Jhering que inauguramos a noção de *interpretação teleológica*: aquela de acordo com as finalidades ou interesses presentes. (In: HESPANHA, Antônio Manuel, op. cit., p. 405).

<sup>28</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, op. cit., p. 92. Para Streck, “posturas hermenêutico-interpretativas professadas pela escola da exegese, da Jurisprudência dos Conceitos, da Jurisprudência Analítica, são - do ponto de vista do paradigma filosófico que as guia - objetivistas; ao passo que o movimento do direito livre, o realismo jurídico e a jurisprudência dos interesses representam posturas subjetivistas.” (In: STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 144).

corresponder, desta forma, à necessidade de toda a sorte que nasça da vida social e que deve ser satisfeita para que a sociedade sobreviva”.<sup>29</sup>

Diante dessa visão, manifestada a partir do final do séc. XIX e fincada na luta “contra o monopólio do Estado na produção do direito e pela convicção de que o juiz desenvolvia uma atividade criadora do direito”<sup>30</sup>, a partir do ano de 1905 as duas perspectivas identificadas anteriormente tomarão caminhos distintos – apesar de difícil distinção quanto às questões conceituais devido ao fundamento comum, manifestamo-nos como sendo uma mais moderada que outra.

Quanto à primeira – jurisprudência dos interesses –, a visão crítica continuaria principalmente nas obras de Philipp Heck e de Max Rümelin. Já quanto à segunda – MDL –, pode ser tida como originária das obras de Hermann Kantorowicz, Ernst Fuchs<sup>31</sup> e Eugen Ehrlich.<sup>32</sup>

Podemos encontrar também visões fincadas na opinião de Losano<sup>33</sup>, a qual, analisando de forma conjunta ambos os movimentos advindos de 1905, identificam três gerações de juristas: uma “geração de precursores”, englobando juristas que nasceram entre 1845 e 1850, proporcionando uma fase que perdurou até 1899 e que desenvolveu pesquisas específicas de direito histórico (ou direito positivo), abrindo as perspectivas de direito livre: Sigmund Schlossman (1844-1910); Franz (Burchard Ernst Friedrich) Adickes (1846-1915), Gustav Rümelin Jr. (1848-1907), Eugen Huber (1849-1923), este, pai do Código Civil suíço, portanto, do seu conhecido art. 1º sobre o juiz legislador, Josef Kohler (1849-1919), Erich Danz (1850-1914), Georg Jellinek (1851-1911) e Ernst Zitelmann (1852-1923).<sup>34</sup>

---

<sup>29</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, op. cit., p. 92.

<sup>30</sup> Para Hespanha, Jhering “nunca negou ao Estado o monopólio da edição do direito. Isto explica-se, porventura, tanto pelo impacto do pensamento estadualista numa Alemanha que acaba de se unificar, como pelo papel que tanto o pensamento organicista como o pensamento hegeliano atribuíram ao Estado”. (In: HESAPANHA, António Manuel, op. cit., p. 406).

<sup>31</sup> Para Losano: “Fuchs criticava quem – não tendo ainda conseguido desvincular-se por completo da dedução lógica – procurava argumentar logicamente as próprias escolhas, fundamentadas na análise das sociedades: para ele, essa era ‘criptosociologia’ e ‘jurisprudência emotiva’ (*Gefühlsjurisprudenz*)”. (In: LOSANO, Mario G., op. cit., p. 163).

<sup>32</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 149. Larenz ainda inclui Heinrich Stoll e Rudolf Müller-Erzbach no rol dos autores adeptos da jurisprudência dos interesses (In: LARENZ, Karl, op. cit., p. 63).

<sup>33</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 152-154.

<sup>34</sup> Entretanto, relembra Larenz que: “Os adeptos da ‘teoria do Direito livre’, como em geral os advogados de uma mais ampla liberdade do juiz num avaloração pessoal independente da lei, reclamam-se gostosamente do art. 1.º, parágrafo 2, do Código Civil suíço, que faculta ao juiz, no caso de lacunas da lei e na falta de Direito



A dita primeira geração, mais sujeita à influência de Jhering, buscou “afastar os jurista práticos do céu dos conceitos, para conduzi-los na direção dos interesses que animavam o mundo real”.<sup>35</sup> Essa primeira fase teria durado entre 1899 e 1904, tendo como principais autores: Ernst Stampe (1856-1928?), Philipp Heck (1858-1943), Ernst Fuchs (1859-1929), Max Rümelin (1861-1931), François Gény (1861-1959), Eugen Ehrlich (1862-1922), Ludwig Spiegel (1864-1926) e Rudolf Stammler (1856-1938).<sup>36</sup>

E, quanto à segunda e última geração, mais ativa entre 1904-1919, esta se dedicou à difusão das ideias do direito livre, organizando-o num movimento<sup>37</sup>: Felix Gezmer (1878-1959), Hermann Kantorowicz (1877-1940) e Gustav Radbruch (1878-1949).<sup>38</sup> Ampliava-se, portanto, o que na geração anterior via-se em pesquisas individuais, para um grupo de estudiosos reunido em torno de Kantorowicz tais como os citados acima.<sup>39</sup>

A divisão teórica apontada e ocorrida em 1905 deveu-se a partir do problema envolvendo a interpretação *contra legem*.<sup>40</sup> Apesar de Stampe e Heck participarem da mesma geração de juristas pós-segundo Jhering o primeiro defendeu sua admissibilidade, sendo frontalmente recusado pelo

---

consuetudinário que as permita preencher, decidir segundo a regra que ‘estabeleceria se fosse legislador’. Julgam eles com isso que ao juiz, sob os pressupostos mencionados, é deixada uma liberdade tão grande para estabelecer uma regra como aquela de que o legislador usufrui. Representantes eminentes da ciência do Direito suíça são, porém, de diferente opinião. Quem assim concebe a disposição tem ‘ideias completamente inapropriadas’ do seu significado. A investigação do Direito por parte do juiz tem de orientar-se pelos princípios jurídicos subjacentes à ordem jurídica; o juiz tem, no preenchimento das lacunas, de ‘pressupor todo o sistema existente como vinculante’. Ele não é chamado a uma ‘decisão de política jurídica’. A posição e a missão que o art.1.º do Código Civil suíço confere ao juiz não é assim ‘substancialmente diferente da que goza o juiz nos Estados nossos vizinhos’ (isto é, na França e na Alemanha). E por isso é que a ‘teoria do Direito livre’ não conseguiu impor-se mesmo na própria Suíça, apesar de aparentemente colher um certo reconhecimento na lei.” (In: LARENZ, Karl, op. cit., p. 82).

<sup>35</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 153.

<sup>36</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 153.

<sup>37</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 154; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, op. cit., p. 97-98.

<sup>38</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 154. Somam-se, ainda: Max Rumpf, Lorenz Brutt, J. Stern, Rudolf Muller-Erzbach e Theodor Sternberg.

<sup>39</sup> Para Larenz: “A renovação da filosofia alemã do Direito nos começos do nosso século é obra, em primeira linha, de RUDOLF STAMMLER. Foi ele quem introduziu um movimento filosófico que, por mais diversificados e ramificados que sejam os seus trilhos, se caracteriza no seu todo pelo abandono do positivismo. Abandono do positivismo que se combina quase sempre com a afirmação da historicidade do Direito, aspirando assim a uma síntese das duas grandes correntes espirituais: o ‘jusnaturalismo’ e o ‘historicismo’. Por volta do começo dos anos vinte, o movimento procedente do neokantismo - com as primeiras obras de BINDER com LASK, RADBRUCH, MAX ERNST MAYER, etc. - atingiu seu ponto culminante, prosseguindo, em certa medida no ‘neo-hegelianismo’ (BINDER, SCHÖNFELD, DULCKEIT). A seu lado apareceu, também nos anos vinte, outra corrente: a fenomenológica (REINACH, G. HUSSERL, WELZEL).” (In: LARENZ, Karl, op. cit., p. 113-114).

<sup>40</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 155.

segundo. Tal cisão provocada principalmente por Heck é que proporcionou a divisão nas duas perspectivas teóricas, apesar de ambas apresentarem mais concordância que discordâncias, até por nascerem de escolas nas quais militavam juristas práticos, e não, filósofos.<sup>41</sup>

Iniciemos, portanto, pela perspectiva menos radical<sup>42</sup>: a jurisprudência dos interesses.

### 3. A JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES

A chamada Jurisprudência dos Interesses, a partir de seu próprio nome, considerava o Direito como “tutela de interesses”<sup>43</sup>, e ao analisarmos agora essa perspectiva mais branda, a partir de 1905, Heck tornava-se um dos seus expoentes<sup>44</sup>, fincando principalmente seus ataques à “falácia conceitual” da jurisprudência dos conceitos, e mantendo sua posição moderada contra Stampe e sua defesa da interpretação *contra legem*.<sup>45</sup>

Para Heck, o Direito não era criado por *conceitos*, mas por *fins ou valores* cuja realização se persegue. A esses *fins* dá-se a qualidade de *comandos jurídicos*, baseados na *necessidade* ou *interesse*. Assim, “o direito resumir-se-ia na coordenação da garantia dos interesses dos membros da sociedade, ao passo que a atividade do juiz estaria direcionada para a composição dos interesses das partes em conflito, de acordo com o comando normativo”.<sup>46</sup>

---

<sup>41</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 155-156.

<sup>42</sup> Assim também em HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 408.

<sup>43</sup> LARENZ, Karl, op. cit., p. 65.

<sup>44</sup> Registrando-se, como já afirmado, a obra de Max Rümelin (1861-1931), também como um de seus expoentes. (In: LOSANO, Mario G., op. cit., p. 149).

<sup>45</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 164.

<sup>46</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, op. cit., p. 93. Complementando com as palavras de Heck: “Os comandos legais não só se destinam a resolver conflitos de interesses, mas são também, como todos os comandos activos, verdadeiros produtos dos interesses. Quer na vida corrente, quer nos domínios militares, todos os comandos se fundam nos interesses. Assim também nas leis. Estas são resultantes dos interesses materiais, nacionais, religiosos e éticos, existentes na comunidade jurídica e lutando pelo predomínio. No conhecimento deste facto assenta a jurisprudência dos interesses. Nem todos o admitem, mas basta a observação pessoal da vida política para o evidenciar. A política não é mais, com efeito, do que a participação na legislação.” (In: HECK, Philipp. Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses. Trad. José Osório. São Paulo: Imprensa: Porto, Acadêmica, São Paulo, Saraiva, 1947, p. 79). E: “O juiz deve começar por determinar as ideias de comando que os órgãos legislativos traduziram pelas palavras da lei. Essa investigação não tem por objeto somente o conteúdo da lei, mas também os seus motivos. [...] Como os comandos jurídicos procuram normalmente realizar uma composição entre os interesses considerados, o juiz deve procurar conhecer os conflitos de interesses que, ao publicar-se a lei, se tiveram em vista e os interesses que determinaram a

Partindo da existência de lacunas, devido à impossibilidade de plena previsão de acontecimentos, Heck ressaltava o poder do juiz para preencher-las, remetendo-o à solução indicada pelo legislador para resolver conflitos semelhantes – já que a norma jurídica serviria para resolver conflitos de interesse.<sup>47</sup> É nesse sentido que “os valores aos quais o legislador recorre em casos análogos guiam, portanto, não apenas a interpretação e a decisão do juiz na solução dos conflitos de interesses não previstos pelo legislador, mas também, a interpretação das normas já emanadas”.<sup>48</sup>

Para Hespanha<sup>49</sup>, as ideias de Heck tratavam-se de um “construtivismo de base mais apertadamente legalista do que o do conceitualismo, até porque não deixa de reconhecer na lei a única fonte de direito [...] [:] a única ponderação legítima dos interesses”. Dessa maneira, nas palavras de Heck:

*Segundo os princípios da jurisprudência dos interesses, a formação valoradora de comandos realiza-se, considerando o juiz os interesses em jogo, comparando-os uns com os outros e apreciando-os segundo um juízo de valor deduzido da lei ou construído por outra forma. A decisão deverá dar preferência àqueles interesses que, segundo esse padrão, se apresentam qualificados. [...] Da obrigação de utilizar os conhecimentos pessoais, deriva o princípio de que o juiz deve conceder protecção aos interesses que dela considerar dignos, mesmo que na lei os não encontre especialmente protegidos; deve, portanto, procurar conhecer os interesses da comunidade jurídica, não só através da lei, mas também por meio da sua própria experiência da vida.<sup>50</sup>*

A principal obra de Heck, nas palavras do próprio autor, levará à conclusão de que

*[...] a forma de interpretação das leis que melhor satisfaz os interesses práticos é constituída pela investigação histórica dos interesses. É uma interpretação histórica – adopta os métodos da investigação histórica – mas não exclusivamente subjectiva: deve procurar sim os pensamentos exteriorizados ou revelados por meio do acto legislativo, mas a sua acção retrospectiva deve ir mais longe, até*

---

fórmula de conciliação contida no comando jurídico. A investigação do juiz deve, porém, ultrapassar a determinação do sentido subjectivo e procurar as causas das ideias legislativas. A interpretação da lei deve abranger a investigação das causas e circunstâncias”. (In: HECK, Philipp, op. cit., p. 105)

<sup>47</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 164.

<sup>48</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 164.

<sup>49</sup> HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 410.

<sup>50</sup> HECK, Philipp, op. cit., p. 232-233.

*aos interesses determinantes da lei, aos interesses causais. Além disso, não exclui a criação judicial de direito, antes supõe o seu contínuo desenvolvimento jurisprudencial. Se a toda essa atividade de determinação do direito se quiser chamar interpretação, esta será histórico-teleológica. A antiga expressão ‘vontade do legislador’ tem conteúdo real, simplesmente o conceito de vontade não é psicológico, mas normativo – é um conceito de interesse. O legislador não é um ‘fantasma’, é uma designação que engloba todos os interesses causais.<sup>51</sup>*

A dita interpretação histórico-teleológica busca, quanto a ser *histórica*, “descobrir os pensamentos que as palavras da lei pretendiam exprimir”, ou, a “vontade historicamente real do legislador”, demonstrando-se ser semelhante ao historiador ou ao filólogo. Já quanto a ser *teleológica*, busca procurar o “sentido objetivo da lei”<sup>52</sup>, a “vontade da lei”, ou a “vontade normativa correspondente ao comando contido nas palavras da lei, e aos interesses nela exigidos”.<sup>53</sup>

Notemos que Heck concentrou maiores esforços na atividade legislativa do que na judiciária, devido àquela ser o palco das pressões dos grupos interessados, do qual teria como produto a norma jurídica na tentativa de conciliar tais interesses opostos de acordo com o princípio do equilíbrio (*abwägen*)<sup>54</sup> – ou ponderação dos interesses.<sup>55</sup>

Portanto, como fã do método histórico (e não do sistemático), defendia que para se compreender determinada norma deveríamos compreender os conflitos de interesses que a geraram e dos quais ela constitui a solução proposta pelo legislador, para, desse resultado, levarmos em conta na interpretação e aplicação da norma.<sup>56</sup> Entretanto, temos de reconhecer que:

*De fato, o conceito de causalidade está ligado a uma concepção da ciência que tem suas origens no positivismo oitocentista: uma concepção que limita a observação científica às relações entre causa e efeito no mundo físico, rejeitando qualquer interferência dos valores, porque considerados pertencentes ao mundo metafísico. A ‘jurisprudência genética dos interesses’ (*genetische**

---

<sup>51</sup> HECK, Philipp, op. cit., p. 10.

<sup>52</sup> HECK, Philipp, op. cit., p. 7.

<sup>53</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, op. cit., p. 94.

<sup>54</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 164-166.

<sup>55</sup> HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 409.

<sup>56</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 166.

*Interessenjurisprudenz* afirma que os interesses (rebatizados *kausale Werturteile*) são a causa, por assim dizer, mecânica da emanção de uma certa norma ou do proferimento de uma certa sentença.<sup>57</sup>

E, conforme palavras de Larenz:

*Deste modo, também para HECK, como para JHERING, o legislador como pessoa vem a ser substituído pelas forças sociais, aqui chamadas 'interesses' (o que é justamente uma forma de sublimação), que, através dele, obtiveram prevalência na lei. O centro de gravidade desloca-se da decisão pessoal do legislador e da sua vontade entendida psicologicamente, primeiro para os motivos e, depois, para os 'factores causais' motivantes. A interpretação, reclama HECK, deve remontar, por sobre as concepções do legislador, 'aos interesses que foram causais para a lei'. O legislador aparece simplesmente como um «transformador», não sendo já para HECK nada mais do que a 'designação englobante dos interesses causais' [...] - fórmula que STOLL também viria a fazer sua [...].<sup>58</sup>*

Ao criticar o método dedutivo-conceitual, Heck utilizou o chamado *método da inversão (Umkehrunsmethode)*, colocando no ponto de partida o que deveria estar no fim: frente à dedução conceitual pandectística a análise das valorações legais e da sua extensão a casos não previstos.<sup>59</sup> Mantendo-se fiel ao legalismo descrito acima, "o juiz, diante da norma, é obrigado à 'obediência pensante' (*denkender Gehorsam*<sup>60</sup>): a mesma obediência à qual se submete o militar."<sup>61</sup>

Por isso que, "do equilíbrio (*Abwägung*) dos interesses em conflito, o juiz extrai a norma a ser aplicada. Ele deve, portanto, saber reconhecer os princípios adotados pelo legislador e aplicá-los ao caso concreto, sem sentir-se vinculado pela letra da norma ou pela lógica da subsunção."<sup>62</sup> Portanto,

*[...] constituindo qualquer caso jurídico um conflito de interesses, a decisão a atingir se deve basear numa adequada ponderação desses interesses e não a partir da dedução conceitual. Os conceitos teriam uma função apenas heurística ou didáctica. Constituiriam*

<sup>57</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 250-251.

<sup>58</sup> LARENZ, Karl, op. cit., p. 66.

<sup>59</sup> HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 409.

<sup>60</sup> Para Hespanha, a expressão consistia em obediência inteligente. (In: HESPANHA, António Manuel., op. cit., p. 410).

<sup>61</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 166.

<sup>62</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 166.

*fórmulas sintéticas com auxílio das quais poderia ser descrita a forma típica ou usual de obter a correcta ponderação dos interesses num determinado tipo de caso. E, por isso, sugeririam provisoriamente uma abordagem do problema a resolver. Mas – ao contrário do que pretendia a jurisprudência dos conceitos – não teriam qualquer função decisiva no achamento da solução jurídica.*<sup>63</sup>

A busca, portanto, para se encontrar os *interesses ponderados pelo legislador* no momento da produção normativa dá-se a partir da reconstrução de elementos históricos e sociológicos, e não a partir da interpretação exegética do texto normativo.<sup>64</sup> Para além da dedução conceitual, os conceitos teriam apenas uma função heurística ou didática.<sup>65</sup> O juiz, nessa perspectiva teórica de Heck, deve “tentar verificar essa vontade originária do legislador; sua avaliação pessoal pode inserir-se apenas se a primeira averiguação histórica foi infrutuosa”.<sup>66</sup>

Daí que, a atividade judicial sendo criativa, busca conciliar os “interesses postos na lei pelo legislador, com os interesses da ocasião em que a mesma é chamada a ser aplicada”<sup>67</sup> e “se soma [a]o conteúdo emocional do próprio juiz, que contribui com a sua experiência de vida e com o seu sentimento de justiça”.<sup>68</sup> Assim, ao aproveitar os meios oferecidos pela sociologia, o direito tutelaria os interesses (a) de ordem geral, protegidos pela lei, e (b) os interesses individuais, protegidos pela sentença (norma individual).<sup>69</sup>

E em sentido conclusivo, para Heck

*[...] a decisão final depende em larga medida da personalidade do juiz. Mesmo nos trabalhos históricos isso se dá: a sua solução depende da valoração de simples verossimilhança, da graduação de probabilidade e não há qualquer medida para os graus de verossimilhança: não podem exprimir-se exatamente e não é possível, por isso, estabelecer normas gerais para a sua apreciação. Do mesmo modo, o problema da elaboração do direito exige trabalho semelhante para o qual se não podem dar ensinamentos abstractos. Assim, nomeadamente, quanto à escolha entre a certeza do direito e a justiça da decisão [...]*

---

<sup>63</sup> HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 409.

<sup>64</sup> DIMOULIS, Dimitri, op. cit., p. 147-148.

<sup>65</sup> HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 409.

<sup>66</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 250.

<sup>67</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, op. cit., p. 93.

<sup>68</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, op. cit., p. 93.

<sup>69</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, op. cit., p. 93.

*e quanto aos casos de valoração pessoal [...]. Pode, por isso, dizer-se que nunca se conseguirá solução igualmente justa de todos os casos, por todos os juizes e que a determinação do direito encerra sempre um coeficiente de incerteza, um elemento irracional. Esse elemento não pode nunca desaparecer inteiramente, mas pode restringir-se pela seleção dos juizes e pela posição que lhes marque, assim como por meio de métodos rigorosos de aplicação e formulação autoritária do direito.<sup>70</sup>*

Na seara de Heck, Müller-Erzbach, por exemplo, pretendia chegar a um “pensamento jurídico causal” que proporcionaria ao juiz, com base numa série de princípios sociais – excluindo-se, portanto, a moral da avaliação -, decidir o caso concreto, encampando, para si, a determinação de quais princípios seriam. Fugia, contudo, de Heck, pois, enquanto este buscava a investigação dos interesses (princípios-forças) que orientaram o legislador, em determinado momento, aquele visava indicar princípios típicos dotados de validade geral.<sup>71</sup>

Apesar da dificuldade, numa perspectiva resumida quanto às problemáticas da jurisprudência dos interesses, ao substituir a tradicional concepção sistemática anterior por uma “pluralidade de pequenas construções, formadas por normas que se unem a princípios extraídos da observação da realidade social”, criou-se um problema policêntrico: ao existirem muitos princípios, uma norma pode remeter-se a mais de um deles.<sup>72</sup>

Ao aceitar os pressupostos do PJ, Heck buscava apenas resolver um problema *limitado*: o problema das lacunas do ordenamento jurídico, totalmente inflamado devido às mudanças sociais e políticas no final do séc. XIX e início do séc. XX, proliferando a incompletude da legislação.

#### **4. O MOVIMENTO DO DIREITO LIVRE (MDL)**

O MDL (ou jusliberismo, para outros), como já afirmado, normalmente é entendido como fruto das obras de Hermann Kantorowicz, Ernst Fuchs e

<sup>70</sup> HECK, Philipp, op. cit., p. 112.

<sup>71</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 166.

<sup>72</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 167. Para Losano, Rudolf Müller-Erzbach antecipa a técnica expositiva de Esser, Wilburg e Canaris.

Eugen Ehrlich.<sup>73</sup> E, apesar de reconhecermos que seu início e fim são incertos, é comum encontrarmos referências de que, no âmbito francês, em direta oposição à perspectiva exegética que se instaurava, em 1889 tivemos o início desse movimento *jusliberista lato sensu*, com François Géný<sup>74</sup> (1861-1959, tido como “único grande autor não germânico dessa corrente de idéias”), ampliando-se pela Alemanha e Áustria (com os autores citados acima), mantendo fortes relações com os realistas dos EUA (como Cardozo, Holmes, Pound), e tendo pouco sucesso na Itália.<sup>75-76</sup>

Historicamente, em resumo, o MDL inicia-se em 1889 (Géný), atinge seu ápice entre 1905-1914, consolida-se com a Primeira Guerra Mundial e inicia seu declínio com o advento do nacional-socialismo no poder em 1933.<sup>77</sup>

Em 1903, como registra Larenz<sup>78</sup>, ocorreu uma conferência de Ehrlich, publicada posteriormente em 1906, onde se utilizou o termo “teoria do direito livre”:

*Contra uma aplicação puramente esquemática do preceito da lei à situação da vida, acentua EHRlich a importância de uma ‘livre investigação do Direito’. Com o que não procura uma jurisprudência segundo a apreciação discricionária do juiz chamado a dar a decisão, mas uma jurisprudência que arranque da tradição jurídica e aspire ao ‘Direito justo’, no sentido de STAMMLER. Decerto que ele salienta,*

---

<sup>73</sup> Para Hespanha: “A Escola do Direito Livre constitui um movimento de contestação mais radical, quer do positivismo conceitual, quer do positivismo lógico, em nome da atribuição ao juiz de uma maior capacidade de conformação do direito. Na sua origem está a constatação, feita por um jurista prático - Ernst Fuchs, 1859-1929, *Die gemeinschidlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz* (O carácter socialmente danoso da jurisprudência construtiva), 1907 -, de que o juiz, no processo de achamento da solução jurídica, parte do seu sentido de justiça (*Rechtsgefühl*) e não da lei. O contributo de um historiador - Hermann Kantorowicz (1877-1940, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, 1910) - e de um sociólogo do direito - Eugen Ehrlich (1862-1922, *Grundlegung der Soziologie des Rechtes*, 1912) - contribuíram para dar uma maior consistência teórica às propostas de problematização ou abandono do modelo estadual, legalista e racionalista do direito, a caminho de uma fundamentação ‘livre’, fundada na sensibilidade jurídica comunitária, auscultada, caso a caso pelo juiz. (In: HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 407).

<sup>74</sup> Reconhecendo também STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 131. A obra principal de Géný foi: *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, 1899 (préface de Raymond Saleilles), posteriormente lançada em sua segunda edição, *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif*, 2e édition, 1919, 2 vol..

<sup>75</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 150-151.

<sup>76</sup> Dentre os italianos, tivemos Widar Cesarini-Sforza, em 1912, com *Il modernismo giuridico* (In: LOSANO, Mario G., op. cit., p. 151.)

<sup>77</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 150-151.

<sup>78</sup> LARENZ, Karl, op. cit., p. 78. Camargo admite como a conferência de Ehrlich, em 1903, sobre A luta pela ciência do direito, como sendo o marco do MDL, em 1903. (In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, op. cit., p. 97-98).



*e com inteiro acerto, que toda a aplicação de uma regra geral a um caso particular é necessariamente uma actividade pessoal, pelo que será uma 'empresa inútil' querer-se anular por completo a individualidade do juiz; só que se esforça, ao mesmo tempo, por identificar critérios objectivos, de natureza extra-legal, a que possa orientar a investigação do Direito.*<sup>79</sup>

Apesar de ter iniciado suas lições a partir de 1903, Ehrlich também propunha a substituição da dedução lógica pela vontade do juiz na aplicação do direito, sofrendo, no entanto, injustiças quanto às imputações de que tivesse atribuído uma completa liberdade de decisão ao juiz, desvinculando-o da lei. A importância destinada à sociologia, frente à dogmática, lhe entregavam valor científico diante dos “fatos”, e não, “palavras”:<sup>80</sup>

Para o autor, ao contrário do pensamento dominante, a tarefa de descobrir o direito por parte do juiz não consistia em deduzir logicamente a decisão do caso individual dos preceitos da lei.<sup>81</sup> Ainda com Ehrlich, o juiz encontrava-se obrigado a interpretar historicamente os preceitos jurídicos, registrando que: “Se da interpretação histórica resultar que o legislador quis tomar decisões concretas (*konkrete Entscheidungen*) numa norma jurídica, porquanto abstrata ela seja, então a lei contém verdadeiras e próprias normas jurídicas incondicionalmente vinculantes para o juiz; se não é assim, está-se diante do vazio”.<sup>82</sup> É desta expressão “decisões concretas”, que surge o adjetivo *konkret*, “no sentido de adequado a uma realidade não prevista no direito positivo”, e que com ela “Ehrlich antecipa involuntariamente o uso que do termo ‘concreto’ farão os juristas nacional-socialistas”.<sup>83</sup>

Continuando com o pensamento do autor, “o jurista que mostra quais circunstâncias são relevantes para a decisão cria as normas das quais o legislador omitiu a enunciação, mas decerto não interpreta de forma nenhuma a lei”<sup>84</sup>, uma consequência é certa: o juiz então não interpreta, e

<sup>79</sup> LARENZ, Karl, op. cit., p. 78-79.

<sup>80</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 171-172.

<sup>81</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 183-184.

<sup>82</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 183. Em referência direta à obra do autor *Die juristische Logik*.

<sup>83</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 183. Complementando: “Para desatender o direito estatuído, eles exigirão dos juízes uma interpretação politizada, que leve em conta as ‘concretas’ relações sociais geradas pela revolução nacional-socialista, e não pelas abstratas deduções da norma. Com essa finalidade, miravam seja o ‘pensar por ordenamentos concretos’ de Carl Schmitt [...], seja os ‘conceitos gerais concretos’ de Karl Larenz”. (In: LOSANO, Mario G., op. cit., p. 184).

<sup>84</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 184. Em referência direta à obra do autor *Die juristische Logik*.

sim, cria. O que elimina por completo o problema da interpretação *contra legem*, e por arrastamento, a distinção entre as funções legislativa e judiciária. Assim, os direitos do cidadão são “postos por inteiro nas mãos do juiz, em cuja sabedoria e independência Ehrlich devia nutrir uma inabalável confiança: uma confiança destinada a ser amargamente frustrada”.<sup>85</sup>

Registra Larenz que Ehrlich apenas acompanhou o que anteriormente afirmou Oskar von Büllow: “que toda a decisão judicial é uma actividade *criadora*, dirigida pelo conhecimento”.<sup>86</sup> Nessa mesma seara também afirma Streck<sup>87</sup> que “a obra de Bülow pode ser considerada a mais remota manifestação crítica contra o *dogma da subsunção*”.

Assim, nesse mesmo contexto, diante da alteração do estudo, da busca de nexos entre as normas jurídicas para os interstícios entre as normas unificadas, ou seja, as lacunas do direito, normalmente se admite que a formulação dos ideais jusliberais mais radical deve-se ao jovem de 25 anos, Hermann Kantorowicz, em sua obra publicada em 1906, com o título *Der Kampf um die Rechtswissenschaft (The Battle of Liberation for Legal Science)*, utilizando o pseudônimo de Gnaeus Flavius.<sup>88</sup>

Com tal obra o autor pretendia “unificar num combativo movimento as vozes que, em constante e surpreendente aumento, sublinhavam a função criativa e não apenas a declarativa da atividade do juiz”<sup>89</sup>. Pretendia, também, “sintetizar aquelas vozes em algum *slogan* que impressionasse, e queria dar-lhes um nome: aquele que permaneceu depois, ou seja, o nome de Movimento do Direito Livre.”<sup>90</sup> Kantorowicz também defendeu que “o juiz, ao prender as lacunas, desenvolve uma função criadora do direito. Assim, ao lado do direito formal, emanado pelo legislador, existiria um direito livre, um *freies Recht*”.<sup>91</sup> E como bem registra Losano<sup>92</sup>, significa dizer: “livre do vínculo com a norma”, o que colocava no centro do debate a possibilidade de o juiz interpretar *contra legem*.

---

<sup>85</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 184.

<sup>86</sup> LARENZ, Karl, op. cit., p. 78-79.

<sup>87</sup> STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 150.

<sup>88</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 153-154.

<sup>89</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 153.

<sup>90</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 153.

<sup>91</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 160.

<sup>92</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 135.

É também a partir dessa primeira obra, cujo conteúdo continha, nas palavras de Losano, “algumas afirmações excessivamente compulsivas”<sup>93</sup>, que se fundará todo o juízo negativo sobre o movimento, duramente criticado por Stammler<sup>94</sup>, e com as críticas insatisfatoriamente afastadas por Kantorowicz apenas vinte anos mais tarde da sua realização. Em resumo, Kantorowicz afirmava que em determinados casos (e como mal necessário), o juiz poderia ir contra a lei. Porém, mesmo que atenuasse tal afirmação vinculando às hipóteses de “juízes supremos” e “submissão das sentenças ao Parlamento”, tais cautelas não foram suficientes para afastar os efeitos negativos.<sup>95</sup>

Com a República de Weimar, o MDL vencera. Contudo, diante da insuficiência da aplicação exegética diante de um mundo tão alterado, seu principal alvo de ataque também ruiu. É preciso lembrarmos que os princípios jusliberistas foram aceitos pela socialdemocracia de Weimar, ocorrendo, também, a nomeação de Radbruch para Ministro da Justiça, demonstrando tal ato como “símbolo dessa passagem do Movimento da oposição à instituição”.<sup>96</sup> Daí:

*Das salas do poder, os jusliberistas recomendavam aos juízes interpretar as normas herdadas pelo Império levando em consideração a nova realidade socialista, inovando flexivelmente em vez de deduzir logicamente. Essa foi a vitória das idéias jusliberistas. Porém, o verniz dessa vitória se ofuscou quando, da aceitação política daqueles princípios, passou-se a sua efetiva aplicação nos tribunais. A maioria dos juízes, formados na época imperial, se opôs ao novo curso [...].*<sup>97</sup>

Registra-se, no período da Segunda Guerra Mundial que, com o desenvolvimento da política nacional-socialista, Kantorowicz, ao ver que

<sup>93</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 160.

<sup>94</sup> Para aprofundar tal ponto v. LOSANO, Mario G., op. cit., p. 160-161.

<sup>95</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 160. Em complemento: “Após a publicação de seu polêmico escrito, Kantorowicz atenuou suas afirmações e várias vezes se opôs às críticas que atribuíam posições extremistas à sua doutrina. Tal doutrina – ele escrevia – ‘não é a doutrina que autoriza ou pretenderia autorizar o juiz a decidir os casos sem levar em conta a lei e a ciência, segundo sua livre avaliação ou até mesmo segundo seu arbítrio’. Ele afirmava que em geral o juiz está vinculado às normas e pode recorrer ao ‘direito livre’ apenas em presença de uma lacuna legislativa. [...] [Quanto às citações identificadas no texto acima] Hermann Kantorowicz, *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre*, Bensheimer, Mannheim – Berlin – Leipzig, 1925, p. 4.] Essa aula inaugural foi ministrada em Freiburg vinte anos depois da publicação do opúsculo polêmico que, por um lado, tornara-se o manifesto do Movimento do Direito Livre [...], mas, por outro, dera início ao equívoco sobre suas posições.” (In: LOSANO, Mario G., op. cit., p. 161).

<sup>96</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 157.

<sup>97</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 157.

sua proposta corria o risco de ser utilizada para legitimar tal ideologia, limitou ainda mais seu recurso ao direito livre, a partir das constatações de que: “somente o vínculo do juiz à lei podia garantir a certeza do direito”.<sup>98</sup> Contudo, isso não foi capaz de impedir que as ideias jusliberistas fossem revistas, terminando por favorecer o desvio da administração da justiça a serviço do totalitarismo, extinguindo-se, também, toda a produção científica do movimento.<sup>99</sup>

Assim, também como reconhece Hespanha<sup>100</sup>, ao afirmar que o decisionismo proposto pelo MDL, o qual “identifica os valores jurídicos como produtos de uma afirmação (proposição) política deu também cobertura à teoria jurídica do nazismo e do fascismo, bem como do estalinismo, para as quais o direito, mais do que uma ordem racional, é uma manifestação de vontade e um instrumento de poder”.

É nesse sentido que podemos afirmar que o ideal do direito livre, num sentido de “interpretação da norma em vista da aplicação do direito positivo”, os quais tinha como adeptos e frequentemente vinculados à política, os partidários do socialismo, conheceu um breve sucesso durante a República de Weimar, sendo aniquilados, posteriormente, em 1933, pelo nacional-socialismo, gerando uma aplicação invertida: “o juiz era liberado da sujeição à norma, para ser submetido à do partido. Por sua vez, os juízes alemães estavam prontos para adequar-se à nova situação porque nunca haviam aceitado o socialismo weimariano”.<sup>101</sup>

*Os juízes do Estado oitocentista eram recrutados com critérios homogêneos aos do Estado: eram pessoas autoritárias e conservadoras. Não lhes foi possível identificar-se com a frágil República de Weimar, abalada por uma violenta luta entre partidos à qual os juízes não estavam habituados e fundada em idéias socialistas que eles consideravam subversivas. O estado nacional-socialista oferecia-lhes, ao contrário, a imagem de um Estado novamente*

---

<sup>98</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 162.

<sup>99</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 157-158. “A progressiva revisão das idéias de Kantorowicz estava ligada também à progressiva destruição do Estado de Direito por obra do nacional-socialismo. O direito livre corria o risco, efetivamente, de ser instrumentalizado para legitimar também a justiça política nacional-socialista. Por isso, após 1933, Kantorowicz limitou ainda mais o recurso ao direito livre, uma vez que somente o vínculo do juiz à lei podia garantir a certeza do direito. Enfim, a repressão nacional-socialista o atingiu diretamente: afastado da docência, emigrou em 1933 para os Estados Unidos e depois para a Inglaterra, onde morreu em 1940. Nesta segunda parte de sua vida ele entrou em contato com o realismo americano, suscitando um debate que naqueles anos teve grande repercussão.” (In: LOSANO, Mario G., op. cit., p. 162).

<sup>100</sup> HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 408.

<sup>101</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. XXXIV.

*compacto e acima das partes: não tiveram, portanto, dificuldade para identificar-se com ele. Em suma, quanto mais um Estado era autoritário, mais os juízes estavam dispostos a ater-se rigorosamente ao seu direito. Ao contrário, quanto mais um Estado se tornava democrático e pluralista, mais entrava em crise o positivismo jurídico dos juízes.*<sup>102</sup>

O voluntarismo (ideologicamente vinculado), portanto, exacerbou-se: as normas ditadas pelo regime nacional-socialista deveriam ser rigorosamente aplicadas (quase que num retorno ao positivismo exegético), todavia, devendo se desviar caso a razão política assim o exigisse; e às normas anteriores ao regime deviam se libertar os juízes, corrigindo-as “com o recurso ao ‘pensamento por ordenamentos concretos’, ao ‘bem comum’, à ‘boa-fé’, ao ‘são sentimento popular’ e à ‘vontade do Führer’”.<sup>103</sup> Percebe-se, também, que diante de tal característica o nacional-socialismo tornava-se incompatível tanto com as amarras do positivismo jurídico quanto com a flexibilidade da jurisprudência dos interesses.<sup>104</sup>

Ao final, em 1945, a autodestruição do nazismo serviu para refutar a crença popular da possibilidade de estabelecimento de uma ordem com segurança e estabilidade através de uma ditadura totalitária frente aos regimes democráticos. O sistema proposto pelo nacional-socialismo não conseguiu proporcionar sequer ordem política e segurança; ao contrário, proporcionou crimes pseudolegais e mal escondidos, além de um despotismo organizado.<sup>105</sup>

<sup>102</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 238-239.

<sup>103</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 205-206. Assim também em Streck: “Veja-se como a fronteira da clássica dicotomia (voluntas legislatoris-voluntas legis) é tênue (e absolutamente frágil). Como se aferia a ‘vontade do Führer’? Se ela estava objetivada (fetichizada) na lei, bastaria uma postura filosófica objetivista (colocando a lei como o ‘mito do dado’). Mas se acaso entendermos que a ‘vontade’ do legislador devia ser buscada, desloca(va)-se a questão para a subjetividade do intérprete. No limite, pode-se dizer que a vontade do Führer devia ser buscada de forma ‘ontológica’, mas, ao mesmo tempo, abria-se, subjetivamente (no sentido filosófico da palavra) um espaço considerável de discricionariedade-arbitrariedade interpretativa, a partir do qual a tal ‘vontade’ era qualquer uma... Dizendo de outro modo: se a vontade do Führer estava plasmada na lei, então os juízes deveriam aplicar a letra ‘fria da lei’; já se o conteúdo normativo espelhasse algo que fosse contrário ao regime, o aplicador deveria se basear em uma norma de supradireito – a vontade do poder, ou seja, ‘puro’ voluntarismo. Por fim, não esqueçamos que o regime nazista foi implementado sem alterar a Constituição de Weimar. Disso se pode concluir que a dicotomia se sustentou – e ainda se sustenta – tão somente a partir de um fundamento ideológico. Afinal, uma ou outra (vontade do legislador ou vontade da lei) dependem, sempre, da ‘vontade’ do intérprete. E isso refoge àquilo que devemos entender por hermenêutica no Estado Democrático de Direito.” (In: STRECK, op. cit., p. 152).

<sup>104</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 210. Para Losano, as teses de Heck foram rejeitadas pelos juristas do regime nazista seja, (i) por vislumbrarem a perspectiva individualista do século anterior, (ii) ou diante da neutralidade filosófica herdada do liberalismo. (In: LOSANO, Mario G., op. cit., p. 210).

<sup>105</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 204 e ss.

Com a queda do nacional-socialismo e das doutrinas totalitárias do direito, os juristas alemães “voltaram às concepções pré-bélicas, ou seja, à jurisprudência dos interesses, enriquecendo-a, contudo, também com uma menção aos valores que sustentavam aqueles interesses”, na tentativa de “conciliar a certeza do direito – sentida como um valor irrenunciável depois dos arbítrios do totalitarismo – com a flexibilidade necessária para decidir segundo a equidade os casos-limite”.<sup>106</sup>

## 5. OBSERVAÇÕES FINAIS

Relembremos as duas principais diferenças entre as ramificações oriundas a partir do “segundo” Jhering: a jurisprudência dos interesses não pregava decisões *contra legem*, pugnando uma vinculação do juiz à lei no caso da existência de previsões legislativas, ao contrário do MDL; a jurisprudência dos interesses desenvolve método específico para guiar a atividade do intérprete, a *ponderação (Abwägung)* dos interesses em conflito.<sup>107</sup>

Esses dois movimentos vão se findar por volta da mesma época, nos anos anteriores à Segunda Guerra Mundial.<sup>108</sup> E, quanto ao MDL, apesar da forte influência sociológica, manteve-se ainda mais vinculado ao neokantismo a partir do reconhecimento que o jurista executa uma atividade valorativa.<sup>109</sup>

---

<sup>106</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. XXXIV. Ao fim da Guerra, vencida a tese de extinção do Terceiro Reich - frente à tese da continuidade - os aliados ocidentais demitiram certa de 53 mil altos funcionários, sendo muitos juízes. Porém, a forte resistência contra essa “doutrina positivista” fez com que 52 mil retornassem, explicando, posteriormente, os vinte anos de lentidão quanto ao abandono dos antigos modelos conceituais pelos juristas alemães. (In: LOSANO, Mario G., op. cit., p. 210).

<sup>107</sup> STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 132. Para Habermas, tanto no realismo jurídico, na Escola do Direito Livre e na jurisprudência dos interesses, não podemos fazer uma distinção clara entre direito e política a partir de características estruturais. (In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 249). Para Hespanha: “Não pode, contudo, deixar de se sublinhar a ênfase que este movimento [MDL] deu à natureza política da decisão do juiz (do jurista), insistindo na responsabilização pessoal que lhe está inerente e, com isto, no compromisso ético e social do juiz quando decide, compromisso que tinha sido escamoteado pelo positivismo, ao apresentar o juiz como um autômato executor da lei ou dos princípios científicos do direito. Tal como o crente, na visão protestante da fé e da salvação, o jurista decide livremente e, nessa decisão, ao mesmo tempo que afirma convicções, compromete o seu destino pessoal”. (In: HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 408). Losano ao comentar o pensamento de Ehrlich reconhece que, se “o jurista que mostra quais circunstâncias são relevantes para a decisão cria as normas das quais o legislador omitiu a enunciação, mas decerto não interpreta de forma nenhuma a lei”, então, se não há interpretação, mas criação, não há que se falar em interpretação *contra legem*, contudo, também é demolida a separação entre Legislativo e Judiciário. (In: LOSANO, Mario G., op. cit., p. 184).

<sup>108</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 149. Para um aprofundamento quanto às tentativas de superação do positivismo jurídico nas perspectivas teóricas no cenário pós-Segunda Guerra Mundial, v. MONTEIRO, Matheus Vidal Gomes. O cenário pós-Segunda Guerra Mundial e as diversas trajetórias teóricas advindas das tentativas de superação do positivismo jurídico. *Revista de Direito, Estado e Cidadania*. Campus Sulacap. V. 1, 2015, p. 2-15.

<sup>109</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 156. Como acentua Losano, Lombardi, por exemplo, diante da forte

Importante relembramos de que a referência ao *interesse* a ser protegido juridicamente significava, diretamente, a remissão aos *valores* expurgados do Direito pelas teorias formalistas. E inevitavelmente, segue-se a pergunta: mas quem irá determinar o valor que deve ser seguido/utilizado pelo juiz? O MDL busca encontra-lo empiricamente, sendo, por causa disso, considerado por muitos como precursor da sociologia jurídica.<sup>110</sup> Assim, se de um lado teríamos essa perspectiva, do outro extremo, verificaríamos uma posição totalitária estatal de determinação de tais valores. A busca, portanto, seria um equilíbrio entre os formalistas e os antiformalistas; entre a certeza e a equidade. E é na tentativa de busca desse equilíbrio que surgem as teorias antiformalistas pós-bélicas, conectando-se aos dois movimentos advindos da secessão de 1905.<sup>111</sup>

presença do neokantismo no MDL, inclui em tal movimento também Kelsen: “tese que poderia parecer brilhantemente paradoxal, mas pouco defensável, se do Kelsen póstumo não aflorasse uma clara reavaliação da vontade do juiz, cuja sentença é, então, liberada dos vínculos da dedução lógica da norma. Porém, tudo depende de como se traçam os limites do movimento. Se esses são identificados com base na idéia inspiradora (que é a reação contra o direito produzido exclusivamente pelo Estado), então pode-se expandir a lista, tanto dos precursores [...] quanto dos seguidores. Se, ao invés, privilegia-se uma delimitação histórica do movimento, então ele resulta mais limitado e concentrado.” (In LOSANO, Mario G., op. cit., p. 157). Para Streck: “É nesse ambiente que aparece Hans Kelsen. Por certo, Kelsen não quer destruir a tradição positivista que foi construída pela jurisprudência dos conceitos. Pelo contrário, é possível afirmar que seu principal objetivo era reforçar o método analítico proposto pelos conceitualistas de modo a responder ao crescente desfalecimento do rigor jurídico que estava sendo propagado pelo crescimento da Jurisprudência dos Interesses e à Escola do Direito Livre – que favoreciam, sobremedida, o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do direito. Isso é feito por Kelsen a partir de uma radical constatação: o problema da interpretação do direito é muito mais semântico do que sintático. Desse modo, temos aqui uma ênfase na semântica. Mas, em um ponto específico, Kelsen “se rende” aos seus adversários: a interpretação do direito é eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista. Para o autor austríaco, esse ‘desvio’ é impossível de ser corrigido. No famoso capítulo VIII de sua Teoria Pura do Direito, Kelsen chega a falar que as normas jurídicas – entendendo norma no sentido da TPD, que não equivale, *stricto sensu*, à lei – são aplicadas no âmbito de sua ‘moldura semântica’. O único modo de corrigir essa inevitável indeterminação do sentido do direito somente poderia ser realizada a partir de uma terapia lógica – da ordem do *a priori* – que garantisse que o Direito se movimentasse em um solo lógico rigoroso. Esse campo seria o lugar da Teoria do Direito ou, em termos kelsenianos, da Ciência do Direito. E isso possui uma relação direta com os resultados das pesquisas levadas a cabo pelo Círculo de Viena. Esse ponto é fundamental para podermos compreender o positivismo que se desenvolveu no século XX e o modo como encaminho minhas críticas nessa área da teoria do direito. Sendo mais claro: falo desse positivismo normativista, não de um exegetismo que, como pôde ser demonstrado, já havia dado sinais de exaustão no início do século passado. Numa palavra: Kelsen já havia superado o positivismo exegetico, mas abandonou o principal problema do direito: a interpretação concreta, no nível da ‘aplicação’. E nisso reside a ‘maldição’ de sua tese. Não foi bem entendido, quando ainda hoje se pensa que, para ele, o juiz deve fazer uma interpretação ‘pura da lei’...!” (In: STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a ‘letra da lei’ é uma atitude positivista? Revista NEJ – Eletrônica. Vol. 15. N. 1. Jan-abr-2010. p. 4).

<sup>110</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 136. Porém, adiante, em sua obra, analisa o surgimento da sociologia jurídica a partir da ala moderada da secessão de 1905, ou seja, a jurisprudência dos interesses (p. 170). Admite, contudo, que Ehrlich pode ser visto como um dos fundadores da moderna sociologia jurídica.

<sup>111</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 136.

### Nas palavras de Losano:

*Em especial, na Alemanha a reação ao empirismo positivista se manifestou com o retorno às estruturas racionais a priori próprias do pensamento kantiano. Esse renascimento kantiano tomou forma nas duas escolas do neokantismo, a de Heidelberg (dita também badense ou sul-ocidental) e a de Marburgo. O neokantismo exerceu uma forte influência na filosofia do direito, também porque ele foi a filosofia dominante nas universidades alemãs entre a metade do século XIX e o início do século XX. Em seguida, o neokantismo foi eliminado pelo existencialismo e pela fenomenologia e, enfim, com os anos 1930, pela proibição de citar autores judeus e pela destruição também física dos livros escritos pelos neokantianos judeus. Não obstante sua retomada a partir dos anos 1980, o neokantismo apresenta hoje um interesse predominantemente histórico. [...] A Escola de Marburgo influenciou na doutrina do direito justo (richtig) de Rudolf Stammler (1856-1938), que segundo Coing se apresenta como uma teoria formal do direito, mas na realidade reintroduz valores absolutos na ciência jurídica. Efetivamente, ao expor os casos em que o legislador remete às partes ‘decidir qual seja a solução justa numa certa situação’, Stammler evoca as fórmulas do tipo ‘boafé, equidade, bons costumes’ etc.: estas últimas indicam que ‘deve ser escolhida a norma jurídica que fornece a decisão fundada sobre princípios’. A tais fórmulas se atribui um conteúdo que muda de ordenamento em ordenamento e de caso a caso, ao passo que, ao contrário, sua referência ao valor é constante em cada caso e em cada ordenamento. Stammler sintetiza assim sua doutrina do direito justo: ‘Segundo nossa doutrina, o direito justo é um direito condicionado materialmente, imperfeito, mutável e - do ponto de vista do conteúdo - justo apenas objetivamente. Mas as várias e mutáveis aplicações da concepção da justeza de um direito resultariam incompreensíveis se a idéia absolutamente válida do direito não fosse capaz de oferecer um sólido ponto de referência para todos os casos específicos historicamente condicionados.’<sup>112</sup>*

A essência do jusliberismo pode ser percebida em diversas perspectivas quanto às doutrinas que nos remetem à noção de “padrão”, e às que exortam a um uso alternativo do direito. O descolamento do PJ dar-se-á a partir da presença de certos termos (tais como: princípios gerais do direito, cláusulas gerais, etc.) que remetem à função criativa do juiz quanto do exame dos

---

<sup>112</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 136. Assim também, de certa forma, em Camargo, op. cit., p. 117, e admitindo o mesmo raciocínio, STRECK, Lenio Luiz op. cit., p. 132.



fatos à luz de certos valores. Tal função foi antigamente descrita com o termo “padrão”: “O juiz, diz-se, faz referência a certos padrões compartilhados pela sociedade em que vive.”<sup>113</sup>

O MDL vem sendo considerado como o precursor das teorias surgidas, por volta de 1968, que pregavam um “uso alternativo do direito”, um “direito alternativo”, um “direito crítico”, e das que hoje são conhecidas como *Escolas de Crítica do Direito*, *Critical legal studies*, *critique du droit*, *Rechtskritik*, e que se desenvolveram especialmente na França, nos EUA e na Alemanha.<sup>114</sup> Registre-se, também, que para muitos, da jurisprudência dos interesses, duas tendências surgiram: a sociologia jurídica e a jurisprudência dos valores (*Wertungsjurisprudenz*).<sup>115</sup>

As funções principais dessas escolas pós-1968 eram “desvendar os impensados sociais que estão na raiz das representações jurídicas, desmitificando os pontos de vista de que o direito é uma ordem racional, neutra e fundada objectivamente na realidade social”, e de “revelar os processos por meio dos quais o direito colabora na construção das relações de poder”.<sup>116</sup>

Na experiência italiana, por exemplo, o “uso alternativo do direito” no início da década de 70 era fundado especialmente na ideia do jurista “tender a imaginar o direito como a ponderação justa (‘razoável’) de interesses políticos contraditórios e a imaginar-se a si mesmo como o agente neutro dessa ponderação”, e, seja tal ponderação realizada em abstrato – doutrina – ou concreto – jurisprudência –, ao jurista era entregue larga margem de liberdade (ou discricionariedade) devido ao caráter genérico das proposições jurídicas. Sob tal liberdade deveria contradizer, corrigir e compensar – “Tal como o pretor, em Roma, auxiliava, corrigia e supria os defeitos do direito

<sup>113</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 169-170.

<sup>114</sup> HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 454; LOSANO, Mario G., op. cit., p. 169-170. Para Dworkin (1999, p. 324): “Em tudo isso, salvo em sua postura conscientemente esquerdista e na escolha particular de outras disciplinas a cultivar, os estudos jurídicos críticos se assemelham ao antigo movimento do realismo jurídico norte-americano, e ainda é muito cedo para saber se é mais que uma tentativa anacrônica de fazer com que esse movimento volte a florescer.” (In: DWORKIN, Ronald. O império do direito. Martins Fontes, 1999, p. 324).

<sup>115</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 169-170.

<sup>116</sup> HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 451. Se analisarmos uma determinada situação, conforme relembra Hespánha, o neomarxismo, fincado no caráter complexo e relativamente pluricentrado do sistema sociopolítico, influenciou o direito ao passo que seu pensamento era tido “como uma ordem não absolutamente vinculada aos interesses das classes dominantes, mas relativamente contraditória e, portanto, passível de vários usos políticos”. (In: HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 452-454).

civil em vista da utilidade pública”<sup>117</sup> os pressupostos classistas do direito.<sup>118</sup> A magistratura italiana, então, alcançava seu protagonismo.

Hespanha<sup>119</sup> identifica dois tipos de condições para o desenvolvimento de tais escolas: (i) de natureza metodológica; (ii) de natureza institucional. Quanto às primeiras, ao afastar-se da ideia de neutralidade do direito (abstração), era necessário a busca de uma visão mais crítica/esclarecida do direito, identificando seu aspecto local dos seus pressupostos – isto seria possível com a inclusão na formação jurídica de disciplinas como a sociologia, antropologia, etc.; necessário uma metodologia que aumentasse a liberdade do jurista perante a lei, proporcionando-lhe a construção de “soluções doutrinárias ou jurisprudenciais alternativas”, mediante o ataque ao método subsuntivo, a reivindicação da liberdade jurisprudencial e o reconhecimento do caráter individualista da solução jurídica<sup>120</sup>. Quanto às segundas, os juízes (especialmente, mas também os juristas), quanto ao seu poder institucional, deveriam possuir a independência funcional, tanto em relação ao poder governamental e ao parlamentar e meios efetivos de realização de suas tarefas (acesso à informação governamental e bancária, controle de atuação policial, etc.).

Sob outro ponto de vista, a percepção de uma *crise institucional* do direito e da justiça, muitas vezes também vista como *crise de legitimidade*, quanto ao sistema judiciário era percebida quanto à: lentidão da máquina judicial; saturamento dos custos financeiros; explosão de litígios frente às políticas de acesso à justiça (proposta nos anos 60 e 70 como parte das políticas do Estado Providência). E, quanto à legitimidade, uma crise de confiança por parte dos cidadãos tornava-se preocupante: “os cidadãos não só ignoram massivamente o direito, como não se reconhecem nele, ou seja, não o reconhecem como meio idóneo de realizar os seus ideais de organização social ou de resolução dos conflitos”.<sup>121</sup> O tecnicismo jurídico, portanto, descolava dos problemas reais das pessoas o direito.<sup>122</sup>

---

<sup>117</sup> Adjuvandi, corrigendi vel supplendi ius civile propter utilitatem publicam.

<sup>118</sup> HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 454.

<sup>119</sup> HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 455-457.

<sup>120</sup> Em complemento: “[...] o carácter inelutavelmente individual da solução jurídica permitiu a este projecto de ‘uso alternativo do direito’ valorizar, também ele, a perspectiva de que o direito se colhe da observação da realidade, tal como tinha sido proposto pela ideia de ‘uso alternativo do direito’. Porém, enquanto que a ideia de natureza das coisas tinha levado, frequentemente, a proposta conservadora, aceitando a realidade como um dado estático, o uso alternativo do direito vem propor que a solução jurídica seja inspirada por uma análise dinâmica e crítica da realidade. Ou seja, que o jurista compreenda a realidade social como algo de ainda imperfeito, estes objetivos, presentes na consciência mais crítica e mais libertadora da época, a dirigir a solução; mais do que os equilíbrios empiricamente observáveis, que, normalmente, tenderão para a conservação do status quo” (In: HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 457-458).

<sup>121</sup> HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 459.

<sup>122</sup> HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 455-459.

Por fim, como relembra Losano<sup>123</sup>, “a jurisprudência dos interesses durante a República de Weimar, a teoria nacional-socialista do direito, a jurisprudência dos valores depois do final da guerra são teorias interconexas”. E como bem acentua Streck, “da confluência axiologista da Jurisprudência dos Interesses – especialmente a partir de Philipp Heck (que, aliás, inventou a expressão “*Abwägung*” – ponderação) - e da Jurisprudência dos Valores exsurge a *Teoria da Argumentação Jurídica*, de Robert Alexy, que busca, com sua tese, racionalizar a *Wertungsjurisprudenz*, tida como irracional.”<sup>124</sup> Assim, “estudar com uma certa amplitude o jusliberismo em seu aspecto estrutural de movimento jurídico seria útil também para enriquecer ou corrigir a elaboração de atualíssimas iniciativas polêmicas, que muitas vezes retornam, sem sabe-lo e talvez com menor compromisso, formas de organização e assuntos próprios do jusliberismo”.<sup>125</sup>

Além disso, “deve-se ter em mente que a continuidade de concepções jurídicas não implica necessariamente uma continuidade de concepções políticas, o que, assim como a referência à jurisprudência dos interesses não transformava um jurista nacional-socialista num socialdemocrata weimariano, também o uso hodierno da teoria dos tipos não é sinal de um posicionamento neonazista.”<sup>126</sup>

<sup>123</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 188.

<sup>124</sup> STRECK, Lenio Luiz, op. cit., 132. Assim, também, parcialmente LOSANO, Mario G., op. cit., p. 169-170. Complementando: Em complemento, “cabe referir que, se o pós-positivismo tem sido considerado como o principal elemento diferenciador/caracterizador do neoconstitucionalismo, estou convicto de que a ponderação acabou por se transformar no grande problema e, por assim dizer, em um obstáculo ao próprio neoconstitucionalismo (compreendido como superante do positivismo que traz a discricionariedade como um de seus elementos estruturais). O que quero dizer é que o neoconstitucionalismo não pode(ria) e não deve(ria) depender de juízos de ponderação, mormente se percebermos que “ponderação” e “discricionariedade” são faces de uma mesma moeda. Afinal, no modo como a ponderação vem sendo convocada (e “aplicada”) em terrae brasilis, tudo está a indicar que não passa daquilo que Philipp Heck chamava, na Jurisprudência dos Interesses, de *Abwägung*, que quer dizer “sopesamento”, “balanceamento” ou “ponderação”. Com a diferença de que, na *Interessenjurisprudenz*, não havia a construção da “regra da ponderação”. Tendo em vista que, nas práticas dos tribunais (assim como na doutrina) de terrae brasilis, as “colisões de princípios” são “solucionadas” com base em uma ponderação “direta”, confrontando um princípio (ou valor ou interesse) com outro, está-se, na verdade, muito mais próximo da velha Jurisprudência dos Interesses, com fortes pitadas da *Wertungsjurisprudenz* (jurisprudência dos valores). E, assim, o neoconstitucionalismo acaba revelando traços que dão condições ao desenvolvimento do ativismo judicial, que, diferentemente do fenômeno da judicialização da política (que ocorre de modo contingencial, isto é, na insuficiência dos demais Poderes do Estado), apresenta-se como uma postura judicial para além dos limites estabelecidos constitucionalmente.” (In: STRECK, Lenio Luiz. O que é isto: o Constitucionalismo Contemporâneo? Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional. v. 1. 02. p. 27-41, 2014, p. 35-36).

<sup>125</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 169-170. A partir dos ensinamentos de Lombardi.

<sup>126</sup> LOSANO, Mario G., op. cit., p. 188.

## REFERÊNCIAS

- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Martins Fontes, 1999.
- FERREIRA, Daniel Brantes. *Realismo jurídico norte-americano: origem, contribuições e principais autores*. *Direito, Estado e Sociedade*. n. 40. p. 6-33, 2012.
- FIGUEROA, Alfonso García. *Uma primeira aproximação da teoria da argumentação jurídica*. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Argumentação e estado constitucional*. São Paulo: Ícone, 2012, p.433-468.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HECK, Philipp. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Trad. José Osório. São Paulo: Imprensa: Porto, Acadêmica, São Paulo, Saraiva, 1947.
- HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis. Fundação Boiteux, 2005.
- HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Path of Law*. The Harvard Law Review Association. v. 10. 8. p. 457-478, 1897.
- JHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Vol. 1 e 2. Trad. Heder K. Hoffmann. Imprensa: Campinas, Bookseller, 2002.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: o Século XX*. Vol. 2. Trad. Lucas Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- MONTEIRO, Matheus Vidal Gomes. *O cenário pós-Segunda Guerra Mundial e as diversas trajetórias teóricas advindas das tentativas de superação do positivismo jurídico*. *Revista de Direito, Estado e Cidadania*. Campus Sulacap. V. 1, 2015, p. 2-15.
- PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Martins Fontes, 2000.
- STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar a ‘letra da lei’ é uma atitude positivista?* *Revista NEJ – Eletrônica*. Vol. 15. N. 1. Jan-abr-2010. P. 158-173.
- \_\_\_\_\_, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Livraria do Advogado, 2014.
- \_\_\_\_\_, *O que é isto: o Constitucionalismo Contemporâneo?* *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*. v. 1. 02. p. 27-41, 2014.