

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Fernando Soares Cáceres

NOVA TEORIA DA CIÊNCIA DO DIREITO?
DA REABILITAÇÃO DE *UM CERTO* DISCURSO TEORÉTICO

Tese no âmbito do Doutoramento em Direito, ramo das Ciências Jurídico-Filosóficas, orientada pelo Professor Doutor José Manuel Aroso Linhares, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Março de 2020



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Fernando Soares Cáceres

NOVA TEORIA DA CIÊNCIA DO DIREITO?
DA REABILITAÇÃO DE *UM CERTO* DISCURSO TEORÉTICO

Tese no âmbito do Doutoramento em Direito, ramo das Ciências Jurídico-Filosóficas, orientada pelo Professor Doutor José Manuel Aroso Linhares, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Março de 2020

How cold the vacancy
When the phantoms are gone and the shaken realist
First sees reality.

(Wallace Stevens, *Esthétique du Mal*)

Agradecimentos

Esta dissertação é produto de duas paragens. A primeira, Coimbra, é onde pode encontrar-se o Professor Doutor José Manuel Aroso Linhares, meu Professor e Orientador, a quem sou grato não apenas pela liberdade científica que fomenta e pelo zelo da atenção crítica, mas também, devo dizer, pela paciência. Sou-lhe gratíssimo! Desta paragem ainda, agradeço ao amigo e colega Marcelo Paiva dos Santos pelas palavras sinceras e pela ajuda especial-essencial para a finalização do presente texto; também pela leitura do texto, agradeço ao amigo Rafael Zanlorenzi, que, não estando em Coimbra, mas em Curitiba, ajudou-me nos momentos finais deste trabalho. A segunda paragem é Leipzig, onde foi afinal concebida a dissertação. Agradeço ao Prof. Dr. Christoph Enders, que, entregando-me as chaves do *Institut für Grundlagen des Rechts*, aceitou ali por duas vezes quatro estações do ano a minha presença. Agradeço aos colegas de Leipzig em nome aqui de Andrea Gatti, que vive, no entanto, em Florença. Sem esta paragem, como sem aquela, seria a dissertação outra coisa. *Last but not least...*, agradeço à CAPES por ter me concedido a bolsa de doutorado pleno no exterior que me permitiu existir em Coimbra; assim também, agradeço à FCT, que, finalizada aquela bolsa, mas pendente o doutoramento, levou-me a existir em Leipzig e fez aprofundar a pesquisa – foi assim que escrevi esta dissertação, não sem o suporte, que não impõe condições, de minha mãe, Gisele Soares.

Entre Coimbra e Leipzig, Inverno, 2020

Fernando S. Cáceres

Resumo

Desde o início do presente século, tem ocorrido, no âmbito da literatura jurídica de língua alemã, um movimento de *renascença da teoria*, da teoria do direito, de um lado, e da teoria da ciência do direito, do outro. A dissertação reconstrói internamente o discurso teórico de uma tal renascença, cuja marca nuclear pode dizer-se ser a de uma postura crítica frente à dominância da perspectiva pragmática no âmbito do pensamento jurídico do século 20. Como subdisciplina da teoria do direito, a teoria da ciência do direito (*Rechtswissenschaftstheorie*), ou, sendo mais fiel ao fenómeno que o conceito quer cristalizar: a teoria *das ciências* do direito, diferencia-se relativamente às pretensões da metodologia jurídica tradicional. Mais do que a prática judicial, interessa compreender e articular teórico-metodologicamente as atividades intradisciplinares do pensamento jurídico académico. Para o aprimoramento/radicalização do programa disciplinar aí implicado, a dissertação sugere ser proveitoso o diálogo entre essa perspectiva de teoria – que se quer uma *nova teoria* do direito – e a reabilitação da ontologia levada a termo pelo assim chamado *novo* realismo. Em contraste com o conceito normativo de «prática do direito», passa a falar-se em «realidade do direito», de modo a salientar a exterioridade – e incorrigibilidade reflexiva – do direito pelo pensamento jurídico académico. Diferencia-se o campo do direito, de um lado, e o campo da ciência do direito, do outro; enquanto este envolve um problema de *método*, refere aquele um problema de *competência*. Com a perspectiva prático-normativa da metodologia tradicional, vai a prática pensada sob o horizonte da interpretação e da argumentação jurídicas; com o olhar teórico, rompe-se com um tal horizonte, buscando-se aquilo que se dá como que nos seus bastidores, é dizer, nos bastidores da normatividade. É assim que a teoria descobre a *política d(a produção d) o direito*, como dimensão-camada forçosa da obtenção do direito; não apenas no judiciário, mas na totalidade das instâncias em que se confere a um ator jurídico competência para criar o direito de *lex ferenda*. Um postulado básico da teoria da ciência do direito diz da importância da divisão das atribuições e do trabalho interno das ciências do direito, diferenciadas em *teoria*, *metodologia* e *dogmática*. Numa intenção integrativa, a dissertação conclui pela necessidade de a metodologia reconhecer a relevância da análise teórica, absorvendo no arco das suas reflexões práticas o problema da política do direito. Ademais, sugere-se que também o pensamento jurídico académico, e muito especialmente a dogmática, passe a ser analisado sob o horizonte conceitual da política do direito, observadas as inflexões jurídico-políticas dos seus enunciados e sistemas reflexivos, no escopo básico de minimizar a sua tendência ao subjetivismo e de reclamar por uma sua maior objetividade.

Abstract

Since the beginning of this century, some segments of the German legal literature have been putting forward a movement of a *renaissance of the theory*, of the legal theory, on the one hand, and of the theory of legal science, on the other. This work internally reconstructs the theoretical discourse implied in such renaissance, whose main characteristic seems to be its critical opinion on the dominance of the pragmatism in the academic legal thought from the 20th century. As a subdiscipline of the legal theory and assuming the plurality of the legal science(s), the theory of legal scholarship (*Rechtswissenschaftstheorie*) differentiates itself from the intentions of the traditional legal methodology. More than the judicial practice and the decision-making process, it is interested in comprehending theoretically and methodologically the intradisciplinarity of the academic legal thought. Taking its disciplinary program seriously, if not already radicalizing it, the dissertation suggests developing a conversation between its understanding of theory – presented as a path for a *new legal theory* – and the philosophical recovery of the ontology by the so-called new realism. Contrasting with the normative concept of «legal practice», one considers here the «legal reality» – or maybe better: the *reality of law* –, so that one can conclude that law itself cannot be normatively corrected by the legal sciences. It strictly differentiates the field of law and the field of legal science; while the first one implies a problem of *competence*, the second one deals with a problem of *method*. Through the traditional methodology lens and its practical approach, legal practice/reality seems to be a matter of interpretation and rational argumentation; with the theoretical analyses, one breaks the seeming stability of normativity and tries to see what happens on its backstage. In doing so, the theory discovers the *politics of law's production*, that is to say: the legal politics as an intrinsic/necessary layer of law's creation processes; not only in the judicial sphere, but rather throughout the totality of the legal camps in which a legal actor is given competence/power to produce law *de lex ferenda*. The theory of legal scholarship teaches that each legal science – *theory*, *methodology* and *dogmatics* – has its own institutional and disciplinary attributions. Intending an integration of the legal sciences, the dissertation suggests that the methodology has to recognize the importance of the theoretical perspective, absorbing in its practical way of thinking the problematics of the legal politics. Moreover, it argues that also the academic legal thought – and specially the dogmatics – has to be analyzed under the conceptual horizon of the legal politics, so that one can measure the juridical-political inflections of its systems and statements about law in order to minimize its tendency to subjectivism and to maximize its precarious objectivity.

Índice

<i>Introdução: DE APICE THEORIAE</i>	10
I. A renascença da teoria não é uma viagem <i>à la recherche du temps perdu</i>	29
1. Premissas- <i>promessa</i> do pensamento jurídico oitocentista	30
2. Ao invés de um conceito metódico, um conceito institucional de ciência do direito	35
3. <i>Fin de siècle</i> ... A luta pel(o método d)a ciência do direito	38
4. A perspectiva disciplinar da metodologia jurídica tradicional e/ou dominante no século 20.....	43
a) Karl Larenz. Uma metodologia <i>da</i> ciência do direito, mas <i>para</i> a práxis do direito.....	46
b) Friedrich Müller. Uma jurisprudência da <i>concretização</i>	50
c) Theodor Viehweg e a tópica jurídica. Um <i>pensamento problemático</i>	53
d) Josef Esser e Martin Kriele. Indeterminabilidade normativa e <i>correção metodológica</i>	56
e) Robert Alexy. <i>Richtigkeitsanspruch des Rechts</i> e uma moralização procedimental	58
f) António Castanheira Neves e a resposta jurisprudencialista. O direito como <i>realização concreta</i> ..	61
5. A orientação para a <i>práxis</i> como marca da metodologia jurídica tradicional, e a sua pretensão de correção/justeza.....	68
6. <i>Deficit reflexivo</i> . A problemática teórico-metodológica hoje.....	71
a) A setorização metodológica da dogmática.....	74
b) A dogmática, o sistema e o perspectivismo	77
II. O pensamento jurídico contemporâneo . Um generalizado <i>sentimento antiteoria</i>	80
1. Teoria sob suspeita	81
a) O arquétipo do pragmático: <i>doing (with law) what comes naturally</i>	84
b) O arquétipo do “realista”. Ou: o positivismo jurisprudencial.....	86
c) O arquétipo do anarquista. Questão de método? <i>Tanto faz!</i>	89
d) O arquétipo do esclarecido: <i>...os juízes não fazem o que dizem, tampouco dizem o que fazem!</i>	91
e) O arquétipo do esteta: por uma política da sensibilidade jurídica.....	94
2. Elogio à teoria. Teoria como destino... ..	98
III. Teoria e práxis no âmbito do pensamento jurídico académico. Ou: a relação <i>entre</i> o direito e as ciências do direito.....	101
1. O pensamento jurídico académico como disciplina prática e como disciplina teórica	102
a) A disciplina do <i>participante</i> e a disciplina do <i>observador</i>	104
b) A <i>práxis</i> do direito na perspectiva da <i>teoria</i>	107
c) Uma herança insuspeita no âmbito do pensamento prático	110
d) A pluralidade dos processos d(a obtenção d)o direito	114
2. A crítica metodológica e a crítica teórica	122
IV. O discurso teórico e as <i>autonomias jurígenas</i> . O que podem as ciências d(a aplicação d)o direito?	126

1.	O Direito como Realidade? A <i>realidade do direito</i> e um olhar metanormativo	127
2.	As autonomias jurígenas como <i>causa sui</i> do discurso teórico	131
a)	A autonomia <i>do</i> direito. Ou: levando a sério o fundo ontológico do direito.....	135
b)	A autonomia das ciências d(a aplicação d)o direito	140
3.	Teoria contra a moralização d(a ciência d)o direito?.....	141
V.	O porquê da (con) fusão das autonomias jurígenas. “É tudo uma questão de interpretação...”	146
1.	Teoria d(os processos d)a obtenção do direito	147
2.	O erro da Hermenêutica.....	148
a)	A criatividade do direito e a criatividade da ciência do direito	152
b)	Questão de método <i>versus</i> questão de competência.....	157
c)	A (falta de) vinculabilidade da ciência do direito	159
d)	A realidade e os processos do direito.....	163
3.	Teoria para quê? Ou: alguém viu a (política da) produção do direito?	164
a)	Herança hermenêutica na metodologia jurídica	171
b)	Dogmat(ív)ismo: o problema do ativismo jurídico(-político) da dogmática	176
VI.	A frente <i>meta</i> da teoria do direito.....	181
1.	Em defesa da consciência metodológica das ciências d(a aplicação d)o direito	182
a)	Uma inspiração desde o conceito de <i>Grenzpostendisziplin</i>	183
b)	<i>Antivírus teórico</i> ... Ou: a função anti-ideológica da teoria.....	184
c)	A intradisciplinaridade do pensamento jurídico acadêmico	187
2.	Em defesa do direito, pela via intradisciplinar	188
3.	Teoria como <i>tempo das ilusões perdidas</i> ... Ou: por uma dogmática da política do direito.....	190
VII.	A dogmática jurídica e a crítica teórica. Da promessa de um « <i>direito científico</i> » à realidade da « <i>ciência no direito</i> ».....	193
1.	Um olhar não pejorativo, antes crítico. A natureza híbrida da dogmática	194
2.	Os <i>Comentários</i> ... como estilo literário, e o perigo da dominância dogmática	197
3.	A dogmática como <i>razão ordenadora</i> do direito positivo, e a vontade de controlar o direito	199
4.	A <i>vitória pírrica</i> da dogmática: um “direito científico” e uma ciência do direito des-cientificizada. 203	
5.	O pensamento de sistema e a <i>transmutatio dogmatica</i> : um <i>homunculus dogmaticus</i>	207
a)	Técnicas da dogmática: descontextualização, sistematização, (re)concretização. <i>Que se faça ciência do direito, e direito da ciência!</i>	208
b)	O direito, entretanto, (r)esiste	213
6.	A dogmática como <i>lingua franca</i> entre a teoria e a práxis. Os olhares uni- e multidimensional	215
a)	A diferença da funcionalidade dogmática para a ciência e para a práxis do direito.....	217
b)	O autoempoderamento da dogmática	219
c)	Tendências usurpatórias da dominância dogmática	221
d)	A necessária acessorialidade da dogmática.....	226

7.	Rompe a dogmática a diferença institucional entre teoria e práxis?	228
VIII.	<i>Teoria das Ciências do Direito. É destino a teoria.</i>	231
1.	A Teoria das Ciências do Direito diante da metodologia tradicional	232
2.	Para que(m) serve a Teoria das Ciências do Direito?	237
a)	As (sub)disciplinas jurídicas, e os seus (sub)objetos	238
b)	A produção de enunciados dogmáticos no contexto da pluralidade das ciências do direito	242
3.	O direito, as ciências do direito e a Teoria das Ciências do Direito	246
a)	Metadisciplina. Ou: uma análise suprasetorial das ciências do direito	247
b)	Ciência do direito como <i>cluster concept</i> , e o caráter relacional das disciplinas jurídicas	249
4.	Da interpretação à política do direito. Uma nova plataforma conceitual para a crítica teórica d(as ciências d)o direito?	250
	<i>Conclusão:</i> Não há teoria das ciências do direito, e/ou consciência jurídico-metodológica, sem teoria do direito	253
	Bibliografia	263

Introdução

DE APICE THEORIAE

«Veritas quanto clarior tanto facilior.
Putabam ego aliquando ipsam in obscuro melius reperiri.
Magna potentiae veritas est, in qua posse ipsum valde lucet.
Clamitat enim in plateis [...].
Valde certe se undique facilem repertu ostendit.»

(*De apice theoriae*, Nikolaus von Kues)

O «método *do* direito» é um, o do pensamento jurídico acadêmico, outro. Que *um* e *outro* entrem em contato, mais precisamente: que os reais atores do direito mobilizem, aqui e ali, os enunciados produzidos pela(s) ciência(s) do direito, não significa que as metodologias desta(s) estejam a conduzir o ofício próprio daqueles. Isto porque o campo de sentidos em que se realizam os processos constitutivos do direito não se confunde com o campo de sentidos, acadêmico-disciplinar, do pensamento jurídico, mantendo-os em distância mútua uma incontornável diferença institucional. Enquanto a produção do direito envolve, na sua estrutura básica, um problema de *competência*, os saberes e conhecimentos que a ciência do direito promove referem, por sua vez, um problema de *método*. Trata-se, é verdade, de algo não no todo desconhecido, que resta, no entanto, obscurecido sob o arco do pensamento jurídico dominante no século 20, em razão, muito especificamente, da sua intenção de articular critérios e/ou escalas normativas para medir a correção do direito, num gesto como que de sobreposição da esfera do método à esfera da competência.

A percepção de uma tal problemática revela-se dificultosa pela via do pensamento dito prático, demandando, antes, um esforço de tipo teórico, de *pura teoria* do direito. Desde a primeira década deste século, vem se articulando, no âmbito da literatura jurídica de língua alemã, uma plataforma reflexiva cujo mote consiste, precisamente, em redescobrir, e reabilitar, o núcleo teórico da ciência do direito. Em resposta à dominância, no correr do século passado, dos modelos e das propostas de tipo prático-normativo, a conjuntura hoje – que pode dizer-se de uma

*renascença da teoria*¹ – está a (reiv)indicar uma via diversa. No lugar do pensamento prático, o pensamento teórico; no lugar do impulso normativo, a autorreflexão². O preceito básico da agenda teórico-metodológica que entra então em pauta pode ser assim sintetizado: há que operar um distanciamento relativamente à práxis do direito, considerada mormente a práxis judicial, e, por conseguinte, aos modelos do pensamento jurídico que sustenta(ra)m o seu prestígio normativo³. Em reação ao cientismo do século 19, a ciência do direito novecentista fomentou o surgimento de inúmeras perspectivas práticas. De modo análogo ao *legal realism* norte-americano⁴, numa espécie de *continental legal “realism”*, coube à *crítica metodológica (Methodenkritik)*, e, portanto, ao campo disciplinar da «metodologia jurídica», aprimorar os postulados práticos do pensamento jurídico. Daí a observação de Franz Reimer: a metodologia tradicional não é uma ciência dos métodos (*Wissenschaft von Methoden*), é uma ciência da práxis (*Praxiswissenschaft*)⁵. Ou seja: não é uma metodologia *para* a ciência do direito, mas uma metodologia *da* ciência do direito *para* a práxis do direito. Significa isto, em suma, que, ao afunilar na «práxis do direito» – entenda-se: no polo interpretativo/argumentativo da decisão judicial –, a metodologia perdeu de vista, no correr do século passado, a «ciência do direito», isto é: deixou de compreender os seus métodos reflexivos, é dizer: o seu funcionamento académico-disciplinar.

Que se considere, à visto disto, tratar-se, com o discurso da renascença da teoria, de um momento de crise, uma crise então do modelo dominante da metodologia jurídica – como o

¹ Cfr. Steffen Augsberg, *Die aktuelle Methodendiskussion: eine wissenschaftstheoretische Renaissance?*, in. Andreas Funke/Jörn Lüdemann (Orgs.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, p. 145-199.

² Cumpre precipitar, a título de exemplo, alguns conceitos que se têm cristalizado em torno desta renascença da teoria: «Selbstreflexion der Rechtswissenschaft»; «Das Proprium der Rechtswissenschaft»; «Rechtswissenschaftstheorie»; «Rechtswissenschaft als Beruf»; «Rechtswissenschaft als Metaphysik»; «Rechtswissenschaft als romantisches Projekt»; «Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft»; «Neuorientierung»; «Selbstvergewisserung»; «Selbstdistanz» Cfr. Josef Franz Lindner, *Rechtswissenschaft als Metaphysik. Das Münchhausenproblem einer Selbstermächtigungswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, p. 1-4.

³ Cfr. Oliver Lepsius, *Problemzugänge und Denktraditionen im Öffentlichen Recht*, in. Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Orgs.) *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, p. 55-93, especialm. p. 87-89 [«Fehlende Distanz zur Praxis»]

⁴ Cfr. Alexander Somek, *Zwei Welten der Rechtslehre und die Philosophie des Rechts*, in. JZ, 71, 2016, p. 481-486. Trata-se de críticas apenas análogas porque, diferente do *legal realism*, que destrói de modo implacável a esperança normativa da ciência do direito, a *Methodenkritik*, no continente, não obstante conclame por praticidade, não abre mão da correção normativa.

⁵ Cfr. Franz Reimer, *Juristische Methodenlehre*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2016, p. 26. Noutro lugar, sintetiza: «Die Rede ist dabei von »Juristische Methodenlehre«, also nicht von einer »Methodenlehre der Rechtswissenschaft« im Sinne eines *genitivus obiectivus*, einer Methodenlehre *für* die Rechtswissenschaft, sondern im Sinne einer Methodenlehre *der* Rechtswissenschaft *für* die Rechtspraxis, die – bei allen Überlappungen und Wechselwirkungen – von einer Methodologie der Rechtswissenschaft, einer Rechtswissenschaftstheorie zu unterscheiden ist. Es geht [...] um eine »Praxiswissenschaft«» Reimer, *Was ist die Frage, auf die die Juristische Methodenlehre eine Antwort sein will?*, in. Reimer (Org.), *Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?*, Nomos Verlagsgesellschaft, 2016, p. 11-34, cit. p. 12.

sublinham, entre outros, Eric Hilgendorf e Helmuth Schulze-Fielitz⁶ –, justifica-o a máxima de Gustav Radbruch segundo a qual a auto-observação e a auto-análise (metodológicas) representam um sintoma não de saúde, mas de enfermidade (científica): «[W]ie Menschen, die sich durch Selbstbeobachtung [...] quälen, meist kranke Menschen sind, so pflegen [...] Wissenschaften, die sich mit ihrer eigenen Methodenlehre zu beschäftigen Anlaß haben, kranke Wissenschaften zu sein, der gesunde Mensch und die gesunde Wissenschaft pflegt nicht viel von sich selbst zu wissen.»⁷ Seja como for, aceite-se ou não que a ciência do direito está enferma, que está em crise a sua metodologia, o ponto de partida da renascença da teoria é, com efeito, o reconhecimento da urgência, no âmbito do pensamento jurídico académico, de um exercício de autorreflexão metodológica.

1.

A presente dissertação visa experimentar e reconstituir internamente o discurso dessa renascença, que, aceitando-se a sugestão de Marietta Auer, indica a via e a chance para uma «inteiramente nova teoria do direito» (*ganz neue Rechtstheorie*)⁸. A novidade, diz a autora, consistiria no fato de que, atualmente, a «teoria do direito» seria, na verdade, uma «teoria da ciência do direito» (*Rechtswissenschaftstheorie*). Conclusão por certo discutível, é, contudo, indubitável que se tem, efetivamente, assim expressado o impulso teórico, a assumir como o seu objeto reflexivo próprio não exatamente o direito *em si*, a realidade do direito, mas a ciência do direito, compreendida não tanto desde a promessa de um método específico quanto no seu funcionamento académico, e a pressupor-se, então, e ademais, os fenómenos da «diferenciação intradisciplinar» e da «setorização metodológica»⁹. Assim orientada, a teoria da ciência do direito, desde logo: *das ciências* do direito, dedica-se a iluminar os arranjos e as trocas internas das disciplinas e subdisciplinas jurídicas, bem como as relações destas, e em especial da dogmática, com o direito mesmo. O conceito central da *nova teoria* é, portanto, o de teoria da ciência do direito. Fundamentalmente, o centro das suas preocupações é a consciência teórico-metodológica do pensamento jurídico, dividido na sua «pluralidade disciplinar» e «multiplicidade metodológica».

⁶ Cfr. Eric Hilgendorf/Helmuth Schulze-Fielitz, *Rechtswissenschaft im Prozess der Selbstreflexion*, in. *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, cit. p. 1-13.

⁷ Gustav Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, K. F. Koehler Verlag, Stuttgart, 9. Aufl., 1952, p. 242.

⁸ Cfr. Marietta Auer, *Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie. Philosophische Grundlagen multidisziplinärer Rechtswissenschaft*. Nomos Verlag, Baden-Baden, 2018, p. 7-12.

⁹ Cfr. Matthias Jahn, *Pluralität der Rechtsdiskurse – Sektoralisierung der Methodenlehre. Zum Verhältnis von Rechtswissenschaftstheorie und Rechtstheorie*, in. Mathias Jestaedt/Oliver Lepsius (Orgs.), *Rechtswissenschaftstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 175-185.

Em meio à legião de autores e autoras que se vão já amontoando em torno/prol da renascença teórica – isto nos diversos setores da ciência do direito (público, privado, criminal, internacional) –, alguns importantes nomes, ao lado de Marietta Auer, debruçam-se especificamente sobre o programa disciplinar da *teoria do direito*¹⁰. Importa mencioná-los já de início, uma vez que ocuparão o centro das discussões que seguem: são os nomes de Oliver Lepsius, Matthias Jestaedt, Alexander Somek e Thomas Vesting¹¹, bem como, concentrando-se embora mais na teoria da dogmática, Christian Bumke e Jannis Lennartz. Não obstante as suas diferenças internas, ora maiores ora menores, manifesta-se em todos uma muito específica postura crítica, contra, nomeadamente, os excessos praxistas da metodologia jurídica tradicional e/ou dominante no século 20. É deste contexto, grosso modo, que emerge a *energeia* da e para uma *nova teoria do direito*, cuja boa-nova, cumpre assinalar, carece ainda do devido escrutínio – afinal, é mesmo nova a nova teoria? –, questão esta que, ao fim e ao cabo, responde(rá) a presente dissertação, adiante-se, positivamente.

2.

Seguindo os rastros da *Rechtswissenschaftstheorie*¹², a teoria da ciência do direito, aqui: teoria das *ciências* do direito, diferencia-se, nas suas preocupações disciplinares, diante da metodologia jurídica tradicional. O foco desta, como dito, é a práxis do direito. Em razão disto, o modelo de pensamento jurídico que favorece é, disse-se também, o prático-normativo, com o escopo reflexivo básico de controlar e/ou corrigir aquela práxis. Desde o ponto de vista da teoria, isto conforma uma perspectiva que unidimensionaliza tanto o direito, então reduzido, como será ainda elucidado, à atividade judicial, quanto a própria ciência do direito, concebida, no singular, de um modo totalizante, como se lhe tocasse, afinal, uma única metodologia. A aceitar-se, no entanto, o caráter estritamente prático do pensamento jurídico, uma série de questões, indispensáveis para a compreensão do real funcionamento da ciência do direito, fica desprovida do devido cuidado

¹⁰ No horizonte da divisão do trabalho interno das ciências do direito, é, ainda hoje, incerta a definição metódica do campo da teoria do direito. Parafrazeando Roland Dubischar, é possível dizer: *verdade é que ninguém sabe o que é a teoria do direito*[!], no seu *Einführung in die Rechtstheorie*. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1983, p. 1 ss. De modo semelhante, diz Ralf Dreier, *Was ist und wozu allgemeine Rechtstheorie?*, cit. p. 6 e 20: «Was allerdings Rechtstheorie sei, darüber besteht alles andere als Einigkeit.» Os nomes da nova teoria, tendo percebido um tal deficit, contribuem para uma sua determinação disciplinar.

¹¹ Trata-se, nas palavras de Thomas Vesting, e em atenção ao campo disciplinar específico da teoria do direito, de «einen Ort im Kosmos der Rechtswissenschaft zu lokalisieren und zu reservieren, an dem sich Rechtsexpertise primär theoretischen Ansprüchen und Absicherungen verpflichtet weiß.» Vesting, *Rechtstheorie*, Verlag C. H. Beck, München, 2. Aufl., 2015, cit. p. 6.

¹² Cfr. Oliver Lepsius, *Themen einer Rechtswissenschaftstheorie*, in. *Rechtswissenschaftstheorie*, cit. p. 1-51, especial. p. 2-6 e 16-19; Matthias Jestaedt, *Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie*, cit. p. 185-206, especial. p. 198-201.

metodológico. Pode dizer-se, neste sentido, que o compromisso reflexivo da metodologia tradicional não é exatamente com o pensamento jurídico acadêmico, mas com a jurisprudência, é dizer: com a justificação e/ou fundamentação das decisões judiciais. Diferentemente da metodologia, persegue a teoria uma perspectiva multidimensional – tanto do direito quanto da ciência do direito –, reconhecendo nesta última não apenas *um* modelo de pensamento ou *um* modelo de racionalidade, mas uma pluralidade de ciências jurídicas, as ciências do direito, com diferentes campos disciplinares a organizarem-se, cada qual, sob o horizonte dos seus próprios interesses, dos seus próprios métodos, objetos e finalidades de conhecimento. À luz, assim, da multiplicidade metodológica do pensamento jurídico, deixa de poder referir, a ciência do direito no singular, um específico modo de pensar, ou uma específica racionalidade (dita) jurídica, passando a significar não mais do que um *cluster concept*, o edifício acadêmico no âmbito do qual, aí sim, diferentes disciplinas e subdisciplinas pensam e representam, no plural, o “direito”, o que fazem de modo não raro mutuamente antagónico¹³.

Para cuidar teórico-metodologicamente da complexidade interna do pensamento jurídico, a teoria das *ciências* do direito mobiliza o conceito de «intradisciplinaridade»¹⁴. Trata-se do seu conceito nuclear. De um lado, refere o caráter relacional das disciplinas e subdisciplinas jurídicas, os dutos e as passagens que abrem a fim de comunicarem-se internamente, é dizer: no interior do edifício da ciência do direito, a fazê-lo, cada disciplina, na razão das suas necessidades locais. Vai aqui pressuposta, portanto, a diferenciação interna do pensamento jurídico, impondo referir, como exemplo academicamente cristalizado, a sua tríade disciplinar clássica: com os setores das «ciências do direito público», das «ciências do direito privado» e das «ciências do direito criminal», cada um a especializar-se, intradisciplinarmente, a partir de problemas teórico-metodológicos próprios, setoriais. Correlata à setorização metodológica do pensamento jurídico, importa perceber, no mesmo sentido, a diferenciação de níveis reflexivos, disciplinares, da ciência do direito em *teoria, metodologia e dogmática*, como campos de sentido, melhor: modos, mutuamente

¹³ «Diese Pluralisierung hat transformatorischen Charakter: Danach bestimmt sich nämlich die Rechtswissenschaft nicht mehr über eine einzige, sogenannte juristische Methode. Im Zuge dieser Entwicklung steht zudem zu erwarten, dass derzeit breite graben zwischen internen (dogmatischen) und externen Bearbeitungen des Rechts besser überquerbar wird.» Armin von Bogdandy, *Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum*, in: JZ, 2011, p. 1-6 (p. 5). Von Bogdandy caracteriza, então, a ciência do direito, no horizonte da sua pluralização disciplinar, e com os olhos no século 21, como uma *ciência multi-level*, a exigir um tratamento metodológico diverso do tradicional. Sobre o conceito de «Epistemologisches Mehrebenensystem», cfr. Roland Czada, *Disziplinäre Identität als Voraussetzung interdisziplinärer Verständigung*, in: Kilian Bizer/Martin Führ/Christoph Hüttig, *Responsive Regulierung. Beiträge zur interdisziplinären Institutionenanalyse und Gesetzesfolgenabschätzung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, p. 23-55, especial. p. 27 ss.

¹⁴ Cfr. Thomas Gutmann, *Intra- und Interdisziplinarität: Chance oder Störfaktor?*, in: *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, cit. p. 93-116; Frank Saliger, *Intra- und Interdisziplinarität: Wie kommt das Neue in die Rechtswissenschaft?*, (mesmo volume) cit. p. 117-132.

inconfundíveis, de pensar e (re)conhecer o “direito”. Do outro lado, refere a intradisciplinaridade, também, a perspectiva forçosamente interna da determinação das atividades reflexivo-disciplinares das ciências jurídicas, ou seja: o funcionamento metódico de cada subdisciplina depende de decisões *interna corporis*, de foro íntimo, na base, pois, de vontade disciplinares autónomas. Um exemplo claro disto, e da problemática teórico-metodológica que vai então apresentar-se, pode perceber-se com o tratamento do tema da *interdisciplinaridade*. Dependentes as atividades *inter-* da perspectiva *intra-*, os processos de importação de acervos de conhecimento extrajurídico dão-se, como dito, com base nas vontades disciplinares da própria disciplina importadora, sem qualquer participação, na verdade, da disciplina exportadora, de modo que se trata não exatamente de um diálogo, mas de um monólogo disciplina(do)r¹⁵. Não obstante assim de fato o seja, é também de constatar que, uma vez importado este ou aquele teorema e/ou modelo reflexivo, este, realocado embora numa nova morada disciplinar, continua a gerar os efeitos “normativos” que lhe são intrínsecos, originários, alterando, desta feita, a racionalidade da disciplina importadora. Ademais, percebida a ciência do direito no plural, tais atividades dão-se setorialmente, com as diferentes ciências do direito a importarem acervos de conhecimento com origens metódicas diversas, isto é: a relacionarem-se com «ciências vizinhas» distintas. Entenda-se: as ciências do direito penal não se relacionam, interdisciplinarmente, com as mesmas ciências vizinhas de que se aproximam as ciências do direito público, ou, por sua vez, as ciências do direito privado. Tendo cada ciência do direito de lidar com específicos (setoriais) artefatos do direito, o adequado tratamento destes demanda à respectiva ciência jurídica que importe teoremas e modelos reflexivos igualmente específicos, aptos a contribuir com aquele tratamento; porque cada ciência do direito lida com um específico grupo de artefatos do direito, as ciências vizinhas que mobilizam hão de ser distintas, respectivamente específicas. O que importa salientar, entretanto, é que, a partir das suas decisões intradisciplinares, e com as respectivas aproximações *inter-*, as diferentes ciências do direito, autónomas já à partida, potencializam, mais e mais, as suas divergências internas; ao fim e ao cabo, não pensam da mesma forma, não articulam a mesma racionalidade-método, não são a mesma ciência¹⁶.

¹⁵ «In jüngerer Zeit ist das Thema der „Intradisziplinarität“ hinzugetreten, welches teilweise mit dem Projekt einer besonderen „Rechtswissenschaftstheorie“ verbunden wurde. In der Tat ist die intradisziplinäre Reflexion auf juristische Eigengesetzlichkeiten – vielleicht sogar Eigengesetzlichkeiten der verschiedenen juristischen Teildisziplinen – eine wichtige Voraussetzung dafür, überhaupt sinnvoll über Interdisziplinarität im Recht reden zu können.» Eric Hilgendorf, *Bedingungen gelingender Interdisziplinarität – am Beispiel der Rechtswissenschaft*, in: JZ, 2010, p. 913-923 (p. 914).

¹⁶ Esta, não obstante inevitável, pluralidade reflexiva, se teórico-metodologicamente descuidada, desemboca, por sua vez, no problema da erosão da identidade disciplinar do pensamento jurídico. O perigo de uma tal erosão, sublinhe-se, não resulta da pluralização em si das ciências do direito, mas da falta de consciência

Ao mesmo tempo, portanto, em que evidencia a impossibilidade de um único modelo-paradigma metodológico – para a totalidade da(s) ciência(s) do direito¹⁷ –, a nova teoria alerta para o fato de que, reconhecida a multidisciplinaridade do pensamento jurídico¹⁸, se apresentam assim inúmeros problemas teórico-metodológicos que escapam às atribuições disciplinares, ditas prático-normativas, da metodologia tradicional¹⁹. Por conta da sua dedicação à práxis e da sua representação praxista do pensamento jurídico, a metodologia é, com efeito, incapaz de perceber os problemas, de ordem mais teórica do que prática, que a teoria está a iluminar. No edifício das ciências do direito, o seu foco recai sobre o trabalho da dogmática prática, a que visa conferir uma certa capacidade reflexiva; pode mesmo dizer-se que a metodologia, neste sentido prático-normativo, mais não é do que uma (certa) instância reflexiva da própria dogmática²⁰, desta não se diferenciando e/ou distanciando muito. Ao assumir-se como tal, fecha os olhos para a pluralidade

metodológica a respeito de uma tal condição. Franz Lindner chega a considerar a hipótese de uma desintegração total da ciência do direito, entenda-se: uma sua total fragmentação metodológica, capturada pelos métodos vizinhos que aos poucos vão tomando conta do seu edifício-pensamento académico. Numa visão quase-apocalíptica da reflexividade jurídica, Lindner percebe nos processos de diferenciação interna das ciências do direito um modelo centrífugo virtualmente imparável (*Zentrifugalität als Charakteristikum der Rechtswissenschaft*) e tendente, pois, à desintegração; tão diferentes as ciências jurídicas uma da outra que já nada as manteria numa relação metódica mútua. Impor-se-ia, diante de uma tal problemática, levar adiante uma reflexão teórico-metodológica em torno da unidade/desfragmentação da ciência do direito, i.e., das componentes integrativas das ciências jurídicas. Josef Franz Lindner, *Einheit der Rechtswissenschaft als Aufgabe*, in: JZ, 2016, p. 697-707. Ver também Jan M. Smits, *The Mind and Method of the Legal Academic*, Cheltenham, 2012, p. 1-7.

¹⁷ Não será demais dizer, neste sentido, que, além de *imparadigmatizável*, o pensamento jurídico académico, como racionalidade, é, também, *multiparadigmático*, com cada uma das suas ciências a articular-se, internamente, a partir do seu próprio paradigma de racionalidade. Sobre o conceito de uma estrutura multiparadigmática das ciências, cfr. Stephan Kornmesser e Gerard Schurz, *Die multiparadigmatische Struktur der Wissenschaften*, in: Kornmesser/Schurz (Orgs.), *Die multiparadigmatische Struktur der Wissenschaften*, Springer, 2014, p. 11-47 – também aí, alargando criticamente a visão diacrónica de Thomas Kuhn, sobre a incomensurabilidade e rivalidade entre paradigmas coexistentes no mesmo campo reflexivo, bem como sobre o problema metódico, no contexto de uma tal coexistência, que análises normativas unilaterais, com base em divergências metodológicas e teóricas, podem engendrar. Ver também Gerard Schurz, *Koexistenz und Komplementarität rivalisierender Paradigmen*, (mesmo volume) cit. p. 47-62.

¹⁸ Nas belas palavras de Matthias Reimann: «Ist somit das *Proprium der Rechtswissenschaft* nicht nur durch die Rechtskultur, sondern auch durch die jeweilige Fachrichtung – sowie übrigens auch durch die konkreten Zeitbedürfnisse – bedingt, so ist es in der Jurisprudenz in der Tat wie in der faustischen Brust – nur noch schlimmer: Statt mit nur zwei Seelen haben wir mit einer ganzen Vielzahl zu leben. Das *Proprium der Rechtswissenschaft* an sich gibt es also gar nicht, jedenfalls nicht im Sinne einer allgemeingültigen Bestimmung des Eigentlichen der Jurisprudenz. Stattdessen müssen wir ihre vielgestaltigen *Propria* in deren jeweiligem Zusammenhang zu ermitteln und zu verstehen suchen.» Reimann, *Die Propria der Rechtswissenschaft*, in: Christoph Engel/Wolfgang Schön (Orgs.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, p. 87-102 (p. 98/99).

¹⁹ Martin Morlok caracterizou essa situação como um caso de *deficit reflexivo*. Cfr. Morlok, *Reflexionsdefizite in der deutschen Staatsrechtslehre*, in: Helmuth Schulze-Fielitz (Org.), *Die Verwaltung*, Beiheft 7, Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, p. 51-77. Endossando a sua tese: Helmuth Schulze-Fielitz, *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, (mesmo volume) cit. p. 14 s. e 47; Oliver Lepsius, *Deutsche Staatsrechtslehre und amerikanische Rechtswissenschaft*, (mesmo volume) cit. p. 349; Matthias Jestaedt, *Braucht die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht eine fachspezifische Wissenschaftstheorie?*, in: Andreas Funke/Jörn Lüdemann (Orgs.), *Öffentliches Rechts und Wissenschaftstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, p. 17-44.

²⁰ Cfr., muito especialmente, Castanheira Neves, *Teoria do Direito. Lições Proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, Coimbra, 1998, em que se lê: «[A] metodologia jurídica [...], [...] mais próxima do pensamento jurídico *stricto sensu* [a dogmática], [...] mais não é do que a auto-reflexão que este pensamento, enquanto pensamento chamado à judicativa realização do direito, faz de si próprio.» (p. 27)

metódico-disciplinar das ciências do direito, mas, além disso, e isto talvez seja o mais grave, tampouco a totalidade das atividades reflexivas da dogmática pode abarcar, uma vez que sequer esta limita-se aos temas gerais a que se dedica aquela. Tradicionalmente, concentra-se a metodologia no problema da interpretação do direito, atividade que organiza a partir dos seus modelos prático-normativos. À dogmática, contudo, não basta interpretar²¹. O seu trabalho disciplinar, ainda que orientado prático-normativamente – eis que cuida do direito positivo e da práxis do direito –, não é todo ele interpretação²², é também construção conceitual, atividade esta que, na sua especificidade reflexiva, foge à racionalidade daqueles modelos, envolvendo questões que demandam uma meditação teórico-metodológica distinta. Ao representar a dogmática como disciplina apenas prática, a metodologia tradicional, além de obscurecer os problemas de ordem teórica, que ficam metodologicamente descuidados, acaba por fomentar a dominância do discurso dogmático²³, melhor: a dominância disciplina(do)r(a) de uma sua perspectiva pragmática, a significar isto que a metodologia cristaliza, afinal, um estímulo ao dogmatismo, isto é: a dogmatização do pensamento jurídico acadêmico²⁴.

²¹ Com Christian Bumke: «Die juristischen Methodenlehren beschäftigen sich ganz überwiegend mit der Auslegung und Anwendung von (Verfassungs-)Gesetzen sowie den Grundlagen und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung. Diese Themen sind gewiss zentral für die Rechtsdogmatik. Doch greifen derer Aufgaben weit darüber hinaus. Um nur ein charakteristisches Beispiel anzuführen: Auch nach einem aufmerksamen Studium der Methodenlehre weiß man nicht, wie eine rechtsdogmatische Figur – andere mögen von einem Rechtsinstitut sprechen – entwickelt wird, welche Funktionen sie erfüllt und anhand welcher Maßstäbe sich ihre Qualität bemisst. [...] Das Ganze bleibt indes auf einer abstrakten Ebene. Kaum einmal wird erläutert, wie juristische Begriffe entwickelt werden, welche Art von Begriffen gebraucht werden, um ein rechtsdogmatisches Lehrgebäude zu errichten. Auch über die Herstellung und den Gebrauch anderer rechtsdogmatischer Instrumente, wie etwa einer juristischen Theorie, lässt sich wenig Greifbares in Erfahrung bringen.» Bumke, *Rechtsdogmatik. Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise. Zugleich eine Studie über das rechtsdogmatische Arbeiten Friedrich Carl von Savignys*, Mohr Siebeck, 2017, p. 113/114.

²² Com Jannis Lennartz: «Auslegung ist nicht allein der Inhalt juristischer Argumentation und Juristen streiten über mehr als nur diese. Als primärer Inhalt wurde stattdessen Dogmatik als Set juristischer Begriffe identifiziert. Auch die richtige Verwendung dieser Begriffe ist [...] eine Methodenfrage. Da Dogmatik bereichsspezifisch ist, kann eine allgemeine Methodenlehre der Rechtswissenschaft die verschiedenen Bereichsdogmatiken aber nicht mit umfassen. Es kann nicht ihre Aufgabe sein, darzustellen, wie man eine Grundrechtsprüfung vornimmt oder einen Diebstahl subsumiert. Ihre Aufgabe ist vielmehr ein allgemeiner Teil, der für alle Dogmatiken gilt und neben der Interpretationslehre wenn nicht die Verwendung, dann noch die Herstellung von Dogmatik umfasst. Sie muss also beantworten, wie rechtsquellenkonform Dogmatik produziert wird.» Lennartz, *Dogmatik als Methode*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, p. 172/173. Ver também Nils Jansen, *Rechtsdogmatik, Rechtswissenschaft und juristische Praxis. Zum gesellschaftlichen Ort und wissenschaftlichen Selbstverständnis universitärer Rechtsdogmatik*, in: AöR, Mohr Siebeck, 2018, p. 623-658.

²³ Winfried Brohm fala de uma «verdrängende Dominanz», sublinhando, na racionalidade dogmática, um seu certo caráter repressor, que estanca a pluralidade reflexiva do pensamento jurídico; cfr. Brohm, *Kurzlebigkeit und Langzeitwirkung der Rechtsdogmatik*, in: Max-Emanuel Geis/Dieter Lorenz (Orgs.), Staat, Kirche, Verwaltung. Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, 2001, p. 1079.

²⁴ Cfr. Matthias Jestaedt, *Die deutsche Staatsrechtslehre im europäisierten Rechtswissenschaftsdiskurs – Kennzeichen, Kernkompetenzen und Rezeptionshindernisse*, in: JZ, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, p. 1-10, com a ideia aí de que quanto mais avança a perspectiva prática, menos plural é o pensamento jurídico, mais reduzida é a ciência do direito, no singular, à dogmática. «Die wissenschaftspraktische juristische Leitdisziplin avanciert, den Plural der Rechtswissenschaften zum Singular der Rechtswissenschaft verkürzend, zur juristischen Hauptdisziplin. Mach einer setzt denn auch – bewusst oder unbewusst – Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik gleich.» (p. 1) Ver também Jan C. Schuhr, *Rechtsdogmatik als Wissenschaft. Rechtliche Theorien und Modelle*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, p. 23 s.

Além do dogmatismo, como dominância disciplinar de um determinado modelo de racionalidade (pragmática) sobre os demais, promove-se, desta feita, também aquilo que pode aqui nomear-se, com a ajuda de um neologismo, de «dogmati(vi)smo». Trata-se, fundamentalmente, do fenómeno da transformação metódica de uma muito específica disciplina académica, a dogmática jurídica, em plataforma para discursos de ordem jurídico-política²⁵. Neste sentido, a metodologia alavanca o ativismo jurídico-político da dogmática ao representar o problema da interpretação do direito como uma questão de argumentação prático-normativa em torno dos problemas da práxis. Perceba-se: em diálogo com a filosofia do direito, a metodologia, mormente com o pós-guerra, é conduzida, no seu trabalho com os temas da interpretação, até aos limites territoriais da normatividade jurídica, isto é, até às fronteiras normativas do direito com a moral, mobilizando, desde um tal lugar, os fundamentos e os critérios normativos com que pretende medir a correção/justeza prática do direito²⁶. Nas fronteiras entre o direito e a moral, a validade jurídica é então referida a valores e/ou princípios normativos não positivos, pode dizer-se: supra- e/ou transpositivos, com base nos quais se intenta, na perspectiva do respectivo modelo metodológico²⁷, o encadeamento normativo do direito positivo e da práxis judicial²⁸. O que importa perceber é que, mobilizando aí seja os ditos princípios normativos do direito seja a moralização explícita da

²⁵ Cfr. Bernd Rüthers, *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluß des Richterrechts*, in. Rechtspolitisches Forum, Nr. 15, IRP an der Universität Trier, 2003, p. 2-39, especial. p. 30-36, em que se fala de uma «Erosion der Dogmatik durch das Richterrecht».

²⁶ Nas palavras de Reinhold Zippelius: «[d]er eigentliche legitimierende Grund für die Rechtsfortbildung liegt in der Gerechtigkeitsfunktion des Rechts.» Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, 11. Aufl., München, 2011, p. 68. Neste sentido, é representativa a *Fallnormtheorie* de Wolfgang Fikentscher, com a proposta de uma metodologia que se orienta, na perspectiva da construção da “norma do caso”, por meio da comparação entre casos concretos, com vistas, desta feita, à conformação de uma *Gleichgerechtigkeit*. Cfr. Fikentscher, *Methoden des Rechts*, IV, J. C. B. Mohr, Tübingen, IV, 1977, p. 181 s., 295 s. e 382. Igualmente representativa é a proposta de Hans-Martin Pawlowski, que, partidário também de uma concepção de justiça como tratamento das semelhanças entre casos concretos, reconhece, já mais explicitamente do que Fikentscher – adepto ainda de uma certa perspectiva de subsunção, concebida, todavia, «unten kommend» e não «oben kommend», na base de um *hermeneutisches Verfahren* –, a necessidade de uma decisão normativa por parte do juiz, a fazer, com isto, a mediação casuística entre o direito e a justiça, consideradas, para tanto, a tradição e as *Vorentscheidungen* do direito. Cfr. Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen*. C.F. Müller, Heidelberg, 2. Aufl., 1991, p. 26 ss.; também o seu *Die Aufgabe des Richters bei der Bestimmung des Verhältnisses von Recht, Sittlichkeit und Moral*, in. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 1964, p. 503-519, especial. p. 514-517.

²⁷ A presente dissertação considera, como exemplos maiores do discurso metodológico da segunda metade do século 20, os nomes, muito especificamente, de Karl Larenz, Theodor Viehweg, Friedrich Müller, Josef Esser, Martin Kriele, Robert Alexy e, em língua portuguesa, António Castanheira Neves, cujos modelos metódicos serão, no próximo capítulo, internamente reconstruídos. A escolha, aqui, de tais modelos, que não exclui, ademais, a referência pontual a ainda outros nomes – p.e., Wolfgang Fikentscher, Franz Bydlinski, Martin Pawlowski e Fernando Bronze –, deve-se à sua particular relevância no âmbito das reflexões jurídico-metodológicas, bem como porque são estes os autores (de língua alemã) a que tem feito alusão a nova teoria. Com reconstruções em sentido semelhante, cfr. Jannis Lennartz, *Dogmatik als Methode*, cit. p. 62-95; Axel Adrian, *Grundprobleme einer juristischen (gemeinschaftsrechtlichen) Methodenlehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, p. 539-633.

²⁸ Cfr. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra, Coimbra, 1993, p. 155 ss.; ver também Franz Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Springer-Verlag, Wien, New York, 1982, p. 221 s., 369 s., 378 e 402.

normatividade jurídica²⁹, a dogmática que assim se orienta está a relacionar-se com o direito não meramente de *lex lata*, «objetivamente», mas já de *lex ferenda*, «subjetivamente». E, ao fazê-lo, age, por definição³⁰, jurídico-politicamente, estipulando, em nome de uma específica interpretação normativa do direito, o que deve fazer a práxis, noutras palavras: como devem juízes e juízas realizar as suas atribuições funcionais, como devem, em suma, solucionar os casos jurídicos concretos para que as suas decisões possam ser consideradas corretas/justas; isto tudo, porém, impõe sublinhar, no horizonte de fundamentos normativos não positivos, não objetivos. Em síntese: a dogmática, uma vez sob os auspícios da metodologia tradicional, passa a analisar o direito não desde o direito mesmo, mas desde (alg)um projeto normativo, reflexivo-disciplinar, para o direito. Quer dizer: também a dogmática do, por assim dizer, *strict legal point of view*, quando funda os seus sistemas em programas reflexivo-disciplinares, e não no direito mesmo, está a argumentar, na verdade, jurídico-politicamente³¹.

3.

A unidimensionalidade da metodologia não se limita, como dito, à representação prático-normativa do pensamento jurídico, refere também o direito enquanto tal, que se vê reduzido à sua expressão apenas judicial. Com efeito, o conceito de «práxis do direito», tal qual concebido pela metodologia, e, assim também, pela dogmática, não envolve a totalidade da práxis do direito, mas apenas uma sua pequena parcela, e pode dizer-se: uma sua parcela menor, a saber, a da práxis jurisprudencial do direito. Ficam excluídos dos seus cuidados metodológicos os demais campos da produção do direito, não tendo, os seus modelos metódicos, muito a dizer, p.e., sobre os ato(re)s dos processos legislativo e executivo, ou sobre os ato(re)s privados que, no âmbito do seu campo competencial, criam também o direito. A racionalidade prático-normativa de que trata a metodologia considera, como que única e exclusivamente, o âmbito das atividades jurisdicionais,

²⁹ Assim, p.e., ver-se-á que enquanto autores como Karl Larenz, Josef Esser, Franz Bydliniski e Castanheira Neves mobilizam a dimensão metodológica dos ditos princípios normativos do direito, nomeadamente como garantia fundamental da validade jurídica, Robert Alexy, por sua vez, propõe uma explícita comunhão discursiva, de tipo formal-procedimental, entre o direito e a moral. Une as duas perspectivas, no entanto, eis o que cumpre perceber, a mesma pretensão de correção/justeza normativa da práxis do direito. Cfr. *infra*, p. 68 ss.

³⁰ Cfr. Karlhans Liebl, *Rechtspolitik*, in. Hans-Jürgen Lange (Org.), *Wörterbuch zur Inneren Sicherheit*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006, p. 270-274. Sobre o caráter político no âmbito metodológico da interpretação do direito, cfr. Christoph Engel, *Rationale Rechtspolitik und ihre Grenzen*, in. JZ, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, p. 581-590. Nas suas palavras: «Dass die Regelnwendung [...] nicht unpolitisch wird, weiß natürlich jedermann. Denn der Text determiniert das Ergebnis nicht. Argumentiert man bei seiner Interpretation teleologisch, fließt die eigene politische Überzeugung sogar offen ein. Mit ein wenig Geschick lässt sich dasselbe Ergebnis regelmäßig aber auch mit Hilfe der übrigen Auslegungscanones erreichen.» (p. 589) Engel alerta, ainda, para o fato de que, pela via, então, da metodologia (e da hermenêutica), passa-se de uma perspectiva de controle científico da dimensão política da práxis para uma sua legitimação, com uma imunização discursiva dos seus atores concretos.

³¹ Cfr. Alexander Somek, *Rechtliches Wissen*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 2006, p. 93 ss.

que tampouco é, todavia, no todo abarcado, uma vez que aquela racionalidade trabalha apenas com o polo normativo de tais atividades. Para usar o vocabulário da teoria, pode dizer-se que a metodologia lida com a dimensão da «aplicação do direito» (*Rechtsanwendung*), deixa de lado, porém, a dimensão da pura «produção do direito» (*Rechtserzeugung*)³². Esclareça-se, no entanto, que, ao dizer-se que a metodologia restringe o seu alcance disciplinar à aplicação do direito, não se está a aludir, com o conceito de *Rechtsanwendung*, um específico modelo metódico, de tipo subsuntivista, que conceberia a práxis como um momento de simples “aplicação” de normas abstratas³³. O que está a dizer-se é que, dada a sua orientação para a prática (*Rechtsanwendungsorientierung*), a metodologia, e também a dogmática, têm de trabalhar nos limites normativos do «direito preexistente», que certamente problematizam e interpretam, mas a que estão metódico-disciplinarmente vinculadas. Ao assumir(em) a *perspectiva do participante*, as suas sugestões de solução prática, para que possam ser utilizadas pelo real participante da práxis, têm de estar fundamentadas, normativo-interpretativamente embora, no direito vigente³⁴.

O conceito de aplicação do direito, no sentido teórico ora em pauta, não ignora, portanto, a crítica da metodologia tradicional ao modelo clássico da subsunção. Importa perceber, no entanto, que, ao assumir as responsabilidades que a perspectiva do participante impõe, o seu trabalho disciplinar vê-se circunscrito pelos materiais normativos do direito; escapa-lhe, desta feita,

³² Com Mathias Jestaedt: «Das Kardinalproblem der vorherrschenden Methoden- und Rechtsquellenlehre ist, dass sie zur Rechtserzeugung – insbesondere jener der richterlichen Gewalt – kein rechtes Verhältnis hat. Zwar wird allseits betont, dass der Rechtsanwender selbstredend nicht (mehr) als apolitischer, objektiv-deduktiv arbeitender Subsumtionsautomat gedacht werden könne. Und dennoch findet eine offen(siv)e Ausweisung des Eigenbeitrags des Entscheidungsberufenen, d.h. des Selbstprogrammierungsanteils, der *jedem* Rechtsanwendungsakt – wenn auch in unterschiedlichen Umfang – innewohnt, weder in der juristischen Methodenlehre noch in der Rechtsdogmatik ihren gebührenden Platz.» Jestaedt, *Richterliche Rechtssetzung statt richterliche Rechtsfortbildung. Methodologische Betrachtungen zum sog. Richterrecht*, in: Christian Bumke (Org.), *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, p. 49-70 (p. 68). Ver também: Alexander Somek, *Rechtliches Wissen*, cit. p. 106 ss.; Oliver Lepsius, *Problemzugänge und Denktraditionen*, cit. p. 62 ss. Sobres o conceito de *Rechtserzeugung*, cfr. *infra*, p. 107 ss., 111 ss., 164 ss.

³³ Veja-se, por exemplo, o recente trabalho, que, aliás, contabiliza já (alguns d)os nomes da nova teoria, de Reinhard Zimmermann, *Juristische Methodenlehre in Deutschland*, in: RabelsZ, 2019, p. 242-287, especial. p. 256. «Im Mittelpunkt stehen die Probleme der Rechtsanwendung und -fortbildung – sie bilden den Kern dessen, was in Deutschland unter „juristischer Methodenlehre“ verstanden wird.» Não se confunde, esta referência ao conceito de *Rechtsanwendung*, portanto, com a diferenciação proposta por Thomas Vesting entre um *Anwendungsmodell* (silogístico) e um *Konkretisierungsmodell* (hermenêutico), envolvendo, antes e no limite, os dois modelos. Cfr. Vesting, *Rechtstheorie*, cit., p. 116 ss. Sobre o conceito de *Konkretisierungsjurisprudenz*, cfr. *infra*, nota 460. De um modo bastante pontual: o conceito de aplicação do direito refere, desde o ponto de vista da teoria, não um método em si, mas a tendência, de um lado, a limitar os trabalhos do pensamento jurídico ao âmbito da atividade judicial, e, do outro, os limites disciplinares a que está sujeito o pensamento prático, que se vê então na necessidade metódica de considerar, nas suas interpretações normativas, os materiais do direito, é dizer, o direito preexistente. Neste sentido, Franz Reimer, *Was ist die Frage, auf die Juristische Methodenlehre eine Antwort sein will?*, cit. p. 13, fala de uma «Pragmatische Beschränkung auf die Rechtsanwendung», bem como de uma «Rechtsanwendungsperspektive» como «Richterperspektive». Sobre o conceito de *Rechtsanwendung*, cfr. *infra*, nota 306.

³⁴ Cfr. Winfried Hassemer, *Dogmatik zwischen Wissenschaft und richterlicher Pragmatik*, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Orgs.), *Was weiß Dogmatik?*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, p. 3-14, especial. p. 5-8.

o campo em que se determina, e de que emerge, o «direito do futuro», campo este que se revela, teórico-conceitualmente, como o lugar da real *produção do direito* (*Rechtserzeugung*). Metódicamente disciplinarmente autonomizada, a teoria, diferente da metodologia e da dogmática, adota a *perspectiva do observador*, e liberta-se assim daqueles limites normativos³⁵. É precisamente isto o que lhe permite compreender o direito na pluralidade, e, então, multidimensionalidade, dos seus campos de produção, em busca, então e especificamente, das reais componentes dos processos da sua obtenção. Dessarte, ao invés de afunilar no âmbito interno da atividade judicial, a teoria, como observadora externa, amplia o seu campo disciplinar, de modo a envolver a totalidade dos atores do direito, presentes, afinal, não apenas no judiciário, também no legislativo e no executivo, bem como no campo competencial em que atores privados são autorizados a criar o direito. E, ao voltar-se aos processos da obtenção do direito, a teoria percebe que, no âmbito da determinação do campo dos ato(re)s do direito, mais importante do que os materiais normativos são as suas respectivas interações competenciais, que apontam não exatamente para «normas», mas para o «*podem*», nomeadamente: o poder da produção do direito (*Rechtserzeugungsmacht*)³⁶.

A nova teoria ilumina, assim, os bastidores processuais da obtenção do direito. Com isto, evidencia que o direito, enquanto «objeto material», e já não apenas como «objeto formal» – este não mais do que uma representação reflexiva daquele –, não está ao alcance das sobreposições normativas da ciência do direito, pois, na realidade, está à disposição do poder, mais claramente: do *poder do direito* (*Rechtsmacht*). No âmbito dos campos competenciais, a obtenção do direito resiste às pretensões de correção normativa do pensamento jurídico; ainda que referidos normativamente, prevalece, no seu interior, mais a força de um *poder-ser* do que de um *dever-ser*³⁷. Quer isto dizer que

³⁵ Cfr. Bernd Rüthers, *Rechtstheorie*, cit. p. 14 s.; Matthias Jestaedt, *Vom Nutzen der Rechtstheorie in der Europäischen Integration*, in: G. Herzig/M. Klamert/R. Palmstorfer/R. Puff/E. Vranes/P. Weismann (Orgs.), *Europarecht und Rechtstheorie*, Nomos Verlag, 1. Auflage 2017, p. 1-18, especial. p. 2 s.; Oliver Lepsius, *Problemzugänge und Denktraditionen*, cit. p. 78 s.; Thomas Vesting, *Rechtstheorie*, cit. p. 7 ss.

³⁶ Sobre o conceito de *Rechtserzeugungsmacht*, cfr. *infra*, p. 131 ss., especialmente p. 134.

³⁷ Cfr. Philipp Reimer, *Können und Dürfen. Zur rechtstheoretischen Zentralität eines unterschätzten Begriffspaars*, in: *Rechtstheorie*, 2017, p. 417-439, com a diferenciação aí, então, entre, de um lado, a componente da «*rechtliche Dürfen*», a revelar-se como o lado subjetivo, assumida a perspectiva do destinatário da norma, das normas ditas de permissão e de comportamento (*Verhaltens- und Zulässigkeitsnormen*), e, do outro, a respectiva componente da «*rechtliche Können*», como a dimensão, também subjetiva, do destinatário da norma, que as ditas normas de autorização ativam (*Ermächtigungsnormen*). Desde o ponto de vista do ator do direito, tais componentes articulam diferentes possibilidades de ato jurídico, com a primeira a referir proibições e permissões, atos que podem e não podem (e/ou devem) ser operados, e a segunda referindo já o nível da produção de efeitos e/ou consequências jurídicas a que está o ator autorizado, isto é, que ele próprio pode gerar. Enquanto o *Dürfen* relaciona-se com a estática jurídica, no sentido normativo kelseniano, o *Können* insere-se no âmbito da dinâmica do direito, a considerar a transferência processual de competências para a produção do direito (*Rechtserzeugung*). Aqui, interessa destacar especificamente o *Können*, que, mais explicitamente do que o *Dürfen*, ligado, normativamente, ao conceito de dever (*Sollen*), refere-se, na sua essência fenoménica própria, à indisponibilidade normativa do poder competencial (*Macht*), e então ao conceito de *Rechtsmacht*. «Und während die philosophischen und soziologischen Implikationen der Verhaltensnormen viel Aufmerksamkeit erfahren, bleibt das Können rechtsphilosophisch gewissermaßen unter dem Radar. Die Gerechtigkeitsrelevanz von

atrás da estrutura normativa do direito, melhor: atrás da estrutura que a ciência do direito confere ao direito – e o faz com a finalidade, precisamente, de o tornar reflexivamente controlável –, os processos do direito iniciam e têm fim de modo radicalmente contingente, na razão das interações competenciais e das vontades constitutivas dos seus atores concretos, e não dos métodos e das vontades disciplinares dos cientistas do direito. No campo do poder do direito, que, como será dito a seguir, cristaliza, em oposição(-polarização) à dimensão normativa, o *fundo ontológico do direito*, dão-se, pois, as vontades constitutivas do direito, que, nas suas relações mútuas, se institucionalizam como *política do direito (Rechtspolitik)*³⁸. Essas componentes do direito – nomeie-se-lhes: a pura produção do direito, o poder do direito, a política do direito, as interações competenciais dos seus atores concretos, as suas vontades constitutivas – têm permanecido não tematizadas, como objetos não identificados, pelo pensamento jurídico prático-normativo. O fato de comporem, entretanto e como será dito, a *realidade do direito* parece o suficiente para que sejam integradas na reflexão dogmático-metodológica, ainda demasiado atrelada aos temas da interpretação e da argumentação normativa do direito.

A presente dissertação sugere, à vista disto, a viabilidade de um diálogo entre o discurso da nova teoria do direito, que permanece, impõe reconhecer, fundamentalmente normativa – não obstante avance para além da perspectiva prática –, e a proposta hoje do assim chamado novo realismo, e então muito especialmente desde a recuperação ontológica indicada por Maurizio Ferraris³⁹. Com isto, propõe-se, aqui, a possibilidade, mas também necessidade, de uma radicalização da nova teoria, dito de outro modo: preconiza-se que se leve a sério os seus postulados, a fim de articular um conceito de *realidade do direito*, ontologicamente diferenciada, e absoluta, relativamente às pretensões normativas que o olhar interpretativo endossa. Não se trata, com isto, apenas de negativizar a perspectiva prática e normativa do direito, não obstante seja, com efeito, essencialmente *antipraxis* o olhar, assim, da teoria, pois trata-se, também, de indicar a via para uma reabilitação teórica da ciência do direito, mas uma via tal que não ignore, como o tem

Ermächtigungsnormen liegt in der Tat nicht auf der Hand, regeln sie doch vordergründig nur ein „Wer“, nicht ein „Was“. Ihr Regelungsthema kann wie eine Technikalie wirken – in ähnlicher Weise, wie das Verfahrensrecht oftmals als technisches Recht, als Expertenrecht hinter das materielle zurücktritt. Genau wie das Verfahrensrecht spielt das rechtliche Können aber eine tragende Rolle: es ermöglicht überhaupt erst eine arbeitsteilige, effektive Rechtsordnung.» (p. 426)

³⁸ Assumindo a componente da produção do direito como ponto cego das ditas *Rechtsanwendungswissenschaften*, referidas, com isto, a dogmática e a metodologia, Thilo Kuntz fala da necessidade de uma *Wende zur Rechtssetzungswissenschaft*, com o desenvolvimento de modos de acesso ao campo da *política do direito*, esta como instância-bastidores a que a perspectiva apenas argumentativa não tem acesso. Kuntz, *Recht als Gegenstand der Rechtswissenschaft und performative Rechtserzeugung. Zugleich ein Beitrag zur Möglichkeit von Dogmatik*, in: AcP, Mohr Siebeck, 2016, p. 866-910, especial. p. 908 ss. A partir daí, pode falar-se em política da produção do direito.

³⁹ Cfr. Maurizio Ferraris, *Esistere è resistere*, in: Mario De Caro/Maurizio Ferraris (Orgs.), Bentornata Realtà, Giulio Einaudi Editore, Torino, 2012, p. 139-165.

feito a nova teoria, a realidade do direito. Ao observar – não apenas normativa, também e sobretudo ontologicamente – os processos da obtenção do direito, na sua pluralidade e multidimensionalidade, a teoria informa ao pensamento jurídico o seguinte: a realidade do direito é mais ampla do que a práxis do direito, mais ampla nomeadamente do que o conceito-sentido jurisprudencial que lhe têm conferido a dogmática e a metodologia.

Na sua crítica à metodologia e à dogmática, a teoria não opera, portanto e entretanto, apenas com *l'appareil sanglant de la Destruction*⁴⁰, não é apenas destrutiva, opera também com aparatos de reconstrução, é também reconstrutiva⁴¹. Como dito, a palavra-chave da nova teoria é o conceito de intradisciplinaridade, interessando organizar teórico-metodologicamente o funcionamento académico e multidisciplinar do pensamento jurídico. A presente pesquisa sugere que, se não se atenta, num tal intento, à realidade do direito, tende a permanecer, o respectivo discurso metodológico, num nível reflexivo tendencialmente subjetivo, sem um apoio objetivo-real para a organização académica das ciências do direito⁴². O problema essencial da perspectiva interpretativa

⁴⁰ São as palavras de Charles Baudelaire:

Sans cesse à mes côtés s'agite le Démon;
Il nage autour de moi comme un air impalpable;
Je l'avale et le sens qui brûle mon poumon
Et l'emplit d'un désir éternel et coupable.

Parfois il prend, sachant mon grand amour de l'Art,
La forme de la plus séduisante des femmes,
Et, sous de spécieux prétextes de cafard,
Accoutume ma lèvre à des philtres infâmes.

Il me conduit ainsi, loin du regard de Dieu,
Haletant et brisé de fatigue, au milieu
Des plaines de l'Ennui, profondes et désertes,

Et jette dans mes yeux pleins de confusion
Des vêtements souillés, des blessures ouvertes,
Et l'appareil sanglant de la Destruction!

(Charles Baudelaire, *La Destruction*.)

⁴¹ Sobre a *destruição* como componente autorreflexiva, não tanto negativa quanto positiva, da analítica existencial, há que referir Martin Heidegger, *Sein und Zeit*, Max Niemeyer Verlag, Tübingen, Elfte, unveränderte Auflage, 1967, p. 22 e 23: «Die Destruktion hat ebensowenig den *negativen* Sinn einer Abschüttelung der ontologischen Tradition. Sie soll umgekehrt diese in ihren positiven Möglichkeiten, und das besagt immer, in ihren *Grenzen* abstecken, die mit der jeweiligen Fragestellung und der aus dieser vorgezeichneten Umgrenzung des möglichen Feldes der Untersuchung faktisch gegeben sind. [...] Die Destruktion will aber nicht die Vergangenheit in Nichtigkeit begraben, sie hat *positive* Absicht; ihre negative Funktion bleibt unausdrücklich und indirekt.»

⁴² Isto fica particularmente claro na investigação de Marietta Auer, que avança a proposta de um cuidado teórico-metodológico das disciplinas e subdisciplinas jurídicas, sem fazer, no entanto, qualquer menção ao direito mesmo, faltando-lhe, realmente, uma concepção clara de direito. Embora Oliver Lepsius, Matthias Jestaedt e Alexander Somek contribuam para uma reflexão em torno da objetividade do direito, tampouco mobilizam o pressuposto de uma realidade do direito, carecendo as suas propostas, no limite, de um ponto de apoio ontológico. Thomas Vesting, por sua vez, coloca-se *expressis verbis* contra a possibilidade de um tratamento objetivo-ontológico do direito. É possível,

e/ou argumentativa da dogmática jurídica é, precisamente, a sua falta de contato com a realidade, quer dizer: falta, nas suas construções normativas sobre o direito, a objetividade deste, fundando-se, as suas pretensões de correção, de modo essencialmente subjetivo. No pano de fundo da pretensão de correção do direito, encontra-se, ademais, a falsa ideia de que a ciência do direito e o direito em si compartilham uma mesma racionalidade-método – dito prático-normativo –, como se fosse aquela uma espécie de instância (reflexiva) co-constitutiva (da práxis) deste. Vai aí implicada a sobreposição a que se fez referência de início, anote-se: assume-se o problema da competência como se um problema de método fosse, sobrepondo-se a esfera deste à daquele; confunde-se, no limite, o «método do direito» com o método do pensamento jurídico acadêmico, fazendo eco, com o verniz de um discurso contemporâneo embora, às promessas novecentistas de um *wissenschaftliches Recht*⁴³, e, assim, do seu congênito *Juristenrecht*⁴⁴. Com o destacamento, contudo, do conceito de realidade do direito, e a sua diferenciação frente ao conceito de práxis do direito – aquele ontológico, este normativo –, insiste-se, antes, na diferenciação entre questões de método e questões de competência, entre a racionalidade do direito e a racionalidade da ciência do direito, concluindo que enquanto o método do direito liga-se ao poder o método da ciência do direito só pode ser o do conhecimento, entenda-se: conhecimento de um objeto-realidade que lhe é no todo externo e autónomo; um objeto-realidade que, diante da pretensão de correção do pensamento

diante disto, concluir e partir da premissa de que há, ainda, um deficit de realidade na nova teoria; e o presente trabalho intenta contribuir para alterar um tal estado de coisas.

⁴³ Poderia também dizer-se: um discurso contemporâneo e uma promessa extemporânea. É mesmo neste sentido que Christoph Schönberger identifica a tradição do *wissenschaftliches Recht* como o projeto romântico da ciência do direito *mos germanicus*, referindo especificamente a concepção metódica que se abre com Savigny (e é impossível, então, deixar de mencionar já aqui Puchta). A sua marca essencial seria a representação metodológica da ciência do direito como fonte do direito, como atividade “de algum modo” constitutiva do direito. «Seit ihrer modernen Gründungszeit um 1800 beruht sie auf zwei Grundvorstellungen: Recht als Wissenschaft und Rechtswissenschaft als Zukunftsentwurf. Nach dieser Vorstellung ist Wissenschaft auf irgendeine Weise selbst Recht, weil Recht wissenschaftlich erzeugt wird. Dieses „wissenschaftliche Recht“ übersteigt mit seinen systematischen Entwürfen stets ein Stück weit das Gegebene, ohne diesem doch nach Art eines philosophischen Entwurfs als reine Theorie gegenüberzutreten. Sei Savigny begreift sich die deutsche Rechtswissenschaft als eine Form der Poesie im Sinne der aristotelischen Ursprungsbedeutung von Poiesis als Machen und Schaffen. Das „wissenschaftliche Recht“ tritt auf als eine poetische Praxis, die das positive Recht teils erzeugt, teils transzendiert. Dieser prägende Habitus bleibt auch später erhalten, als das Recht stärker durchpositiviert wird und Gelehrtenmeinungen rechtstechnisch den Charakter einer Rechtsquelle verlieren.» Cfr. Schönberger, *Der „German Approach“: Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, p. 2 [«Die deutsche Rechtswissenschaft als romantisches Projekt»]. Sobre a sua inviabilidade hoje, p. 47-51 [«„Wissenschaftliches Recht“: It’s really over»]. «[Es] gilt [...], die Zeit des Professorenrechts und des “wissenschaftlichen Rechts“ endgültig zu verabschieden. Unter den Bedingungen demokratisch erzeugten positiven Rechts und einer umfassend ausgebauten Obergerichtsbarkeit ist dafür kein Platz, und es ist mit heutigen wissenschaftstheoretischen Standards ohnehin nicht zu begründen. Rechtsdogmatik ist immer nur ein unverbindlicher Vorschlag zur Deutung und Systematisierung des geltenden Rechts. Professorenmeinungen sind keine Rechtsquelle.» (p. 47) Ao dizer tratar-se de um projeto inviável, Schönberger não tem em mira o projeto romântico em si, que, no seu momento histórico, teve, com efeito, a sua razão de ser (p. 18-27), mas sim a sua presença subterrânea, nem sempre tematizada, nas propostas teórico-metodológicas da atualidade (ver p. 44-46). Ver também Alexander Somek, *Wissen des Rechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, p. 1-7.

⁴⁴ Cfr. Bernd Rüthers, *Rechtstheorie*, cit., p. 161/162 [«Juristenrecht»].

jurídico, (r)esiste na sua *in corrigibilidade reflexiva*⁴⁵. Não podendo produzir, controlar e/ou corrigir o direito, pode, para não dizer desde logo que deve, a ciência do direito, conhecê-lo na sua realidade própria⁴⁶.

4.

Antes de seguir, impõe-se ainda um breve excursão. Para tanto, há que repetir a pergunta: afinal, é mesmo nova a nova teoria? Com efeito, os nomes a que se referiu acima como núcleos da reflexão para uma nova teoria do direito cristalizam, não obstante as suas diferenças internas, uma postura crítica em comum, diante, nomeadamente, da metodologia tradicional e/ou dominante no século 20, e muito especialmente no pós-guerra. Contudo, e por óbvio, as suas respectivas propostas teóricas não caem do céu *Deus ex machina*, lançam mão, antes, de instrumentais teoréticos articulados no início do século passado, mas como que secundarizados com a crescente dominância pragmática. Assim, impõe anotar que Matthias Jestaedt⁴⁷ e Oliver Lepsius⁴⁸ utilizam-se de alguns conceitos-chave de Hans Kelsen e Adolf Julius Merkl, por exemplo o par conceitual já mencionado da *Rechtsanwendung* e da *Rechtserzeugung*. É, entretanto, equivocado concluir que os dois simplesmente

⁴⁵ Ao falar-se aqui em *in corrigibilidade do direito*, está a trabalhar-se, muito especificamente, com o conceito de «*in emendabilität*», de Maurizio Ferraris, a referir o caráter de (r)esistência ontológica da realidade diante do perspectivismo e das interpretações que intentam atribuir-lha algum sentido reflexivo (entenda-se: um sentido interpretativo). Significa isto que, não obstante a força argumentativa/retórica que se conceda a esta ou aquela interpretação, ou comunidade interpretativa, a realidade, como ontologia, não está, pois na verdade não é, interpretativa e/ou argumentativamente disponível; a realidade tem já, e desde logo, o seu próprio sentido, não sendo em si algo indeterminado, mas determinadíssimo – e determinam-se os seus sentidos no âmbito mesmo das suas interações (auto)constitutivas, a permanecerem, aí, epistemologicamente inalteráveis, isto é, ontologicamente incorrigível. Cfr. Ferraris, *Esistere è resistere*, in. Bentornata Realtà, cit. p. 154 ss. Sobre o direito, neste sentido, como realidade autónoma, cfr. *infra*, p. 127 ss. Sobre o conceito, que será no capítulo a seguir reconstruído, de pretensão de correção (*Richtigkeitsanspruch*), como marca do trabalho disciplinar da dogmática e da metodologia, cfr. Christian Bumke, *Rechtsdogmatik*, cit. p. 78-90; Christoph Möllers, *Vorüberlegungen zu einer Wissenschaftstheorie des öffentlichen Rechts*, in. *Rechtswissenschaftstheorie*, cit. p. 151-175, especialmente p. 156 ss.

⁴⁶ Neste sentido, a ciência do direito, melhor: a *teoria* é como o poeta de Wallace Stevens, que *procura Deus no objeto mesmo*.

«The poet [...]. He seeks

God in the object itself, without much choice.
It is a choice of the commodious adjective
For what he sees, it comes in the end to that:

The description that makes it divinity, still speech
As it touches the point of reverberation – not grim
Reality but reality grimly seen [...].»

(Wallace Stevens, *Study of images*, II)

⁴⁷ Cfr. Matthias Jestaedt, *Rechtswissenschaft als normative Disziplin*, in. Eric Hilgendorf/Jan C. Joerden (Orgs.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, J. B. Metzler Verlag, Stuttgart, p. 254-262.

⁴⁸ Cfr. Oliver Lepsius, *Relationen: Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, p. 22-30.

aderem e/ou capitulam diante da metódica normativa da *Reine Rechtslehre*, pois, se é verdade que se utilizam de tais conceitos como ferramentas analíticas, já não é verdade que endossam aquela metódica como modelo acabado para a teoria *das ciências* do direito hoje. Trata-se de autores teórico e metodologicamente pluralistas, algo que a teoria pura, na sua conformação normativo-metodológica, não pode ser. Isto parece não perceber Marietta Auer, para quem aquela utilização instrumental é motivo suficiente para um afastamento, sublinhando, não sem alguma puroteoriafobia, que a sua *ganz neue Rechtstheorie* há que ser, antes e precisamente, uma *Unreine Rechtslehre*⁴⁹. Também ela, importa entretanto sublinhar, aproxima-se de um nome clássico para justificar a sua proposta, a saber: Hermann Kantorowicz, e o seu projeto, diz a autora, de um *Freies Recht* como experiência radicalmente interpretativa. Alexander Somek, por sua vez, opera uma interessante conversação com o pensamento disruptivo de Fritz Sander, o que o coloca mais próximo de identificar o fundo ontológico do direito, organizando o seu trabalho em torno do conceito de *das souveräne Rechtsverfahren*, conceito este que coloca no centro do método do direito o poder competencial⁵⁰. Enquanto com Auer é possível avançar na reflexão *meta* em torno da intra- e da multidisciplinaridade das ciências do direito, com Jestaedt, Lepsius e Somek avança-se, por sua vez, no âmbito da reflexão propriamente teórica, é dizer, de teoria do direito em sentido próprio⁵¹. Dentre os três, é o primeiro que nos premia com uma mais bem acabada perspectiva hoje de teoria do direito, sendo, para este trabalho, essencial a sua proposta, teórico-metodológica, de uma (nova) *Rechtsgewinnungstheorie*⁵² – que nos permitirá falar, ademais, numa *teoria dos processos da obtenção do direito* –, e que a presente dissertação intenta, no sentido referido, radicalizar

⁴⁹ Marietta Auer, assim como os demais, revela-se essencialmente crítica aos limites metódico-disciplinares da metodologia no âmbito da *Rechtsanwendung*, mas, diferente dos demais, não aceita a utilização do conceito de *Rechtserzeugung*, que julga – equivocadamente embora – demasiado tributário da metódica normativa da *Reine Rechtslehre*, falando, antes, em *Rechtsentstehung*, cujo sentido teórico, no entanto, não difere muito daquele, referindo igualmente o ponto cego da metodologia tradicional, que, como reflexão em torno da solução de casos concretos, não percebe, diz a autora, o campo de que emerge o direito do futuro. Auer, *Erkenntnisziel der Rechtstheorie*, cit. p. 65. O mesmo tipo de negativa encontra-se em Thomas Vesting, que, dentre os nomes da nova teoria, parece ser, por assim dizer, o menos novo, e o mais pós-moderno, com uma reflexão de tipo linguístico-constructivista dita pós-ontológica. Cfr. Vesting, *Die Medien des Rechts: Sprache*, Hubert & Co, Göttingen, 2011, p. 9-45 [«Rechtstheorie als Medientheorie»]; *Gegenstandsadäquate Rechtsgewinnung – eine Alternative zum Abwägungspragmatismus des bundesdeutschen Verfassungsrechts?*, in: *Der Staat*, 41, 2002, p. 73-97.

⁵⁰ Cfr. Alexander Somek, *Wissen des Rechts*, cit. p. 19 ss.

⁵¹ Com Bernd Rüthers: «Rechtstheorie ist der Versuch, das Recht als solches und das jeweilige Rechtssystem in seinen realen Funktionsabläufen zu erkennen und zu beschreiben.» «Rechtstheorie ist der Versuch, das Recht insgesamt zu erfassen in seinen Funktionsweisen zu beobachten und dadurch systematisches Nachdenken darüber nachprüfen (= widerlegbare) Erkenntnisse zu gewinnen.» Rüthers, *Rechtstheorie*, cit. p. 13 e 25.

⁵² Cfr. Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studie zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, especialmente p. 262-358; *Richterliche Rechtserzeugung statt richterliche Rechtsfortbildung*, cit. 62 ss. [«Paradigmenwechsel bei der Konzeption der Rechtsgewinnung»].

ontologicamente, eis que a sua estrutura reflexiva permanece, também ela, num nível ainda demasiado normativo.

5.

Por fim, cumpre destacar, no horizonte da questão em torno da novidade da nova teoria, a crítica de A. Castanheira Neves, que, em 1998/9, divisando já aí a atribuição metanormativa da teoria, coloca em xeque, entretanto, a proposta estritamente teórica, «teórico-reflexiva», propondo, no seu lugar, uma representação dita «crítico-reflexiva» para a teoria do direito⁵³. Essa negação tem por alvo a experiência, e também a herança, teórica do pensamento jurídico do século 19⁵⁴. Neste sentido, o desafio que assim se apresenta consiste em saber se uma reabilitação do discurso teórico é capaz de sobrepujar os arquétipos do cientismo oitocentista, que marca ainda hoje o entendimento negativo da teoria, e, então, enunciar algo efetivamente diverso-novo – ou se não estará sempre *à la recherche du temps perdu*. É possível adiantar: a nova teoria não é uma viagem em busca do tempo perdido, e duas palavras parecem suficientes para o esclarecer. Em primeiro lugar, como será visto no capítulo a seguir, a marca fundamental do pensamento teórico-metodológico dos 1800 é a confusão entre o «método *do* direito» e o «método *da* ciência do direito», pressupondo-se, desta feita, que o direito é um produto do pensamento jurídico. Isto, viu-se, é precisamente o que nega a nova teoria, nisto consistindo, aliás, o seu realismo e ceticismo metodológico. Em segundo lugar, o conceito de ciência do direito oitocentista é, ver-se-á igualmente, um «conceito metódico», e pode dizer-se: abstrato-normativo, ao passo que a nova teoria trabalha com um «conceito institucional» de ciência do direito, interessando não tanto a abstração de um método específico quanto o (re)conhecimento do seu funcionamento académico-disciplinar. Ademais, a tendência à abstração cientificista desagua, nos oitocentos, numa clara pretensão de hegemonia disciplinar – conceito de Marietta Auer (*disziplinären Hegemonialanspruch*) –

⁵³ Cfr. Castanheira Neves, *Teoria do Direito. Lições Proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, Universidade de Coimbra, 1998, *passim*, especialmente p. 1-31. Que, além de destacar as diferenciações intradisciplinares da *dogmática* jurídica, da *metodologia* jurídica e da *teoria* do direito – e também da *política* do direito –, estabiliza o seguinte entendimento: «[A] uma “teoria do direito” compreendemo-la hoje sobretudo como a determinação crítico-reflexivamente metanormativa do direito, i. é, das concepções e das práticas constitutivas da juridicidade, e do pensamento que o pensa. [...] [E]ntre aquelas concepções e práticas e este pensamento há uma unidade de incindível circularidade e [...] o direito, na sua realidade histórica, não é senão a manifestação histórico-cultural dessa unidade: o direito [...] encontra como que a sua epifania na objectivação de uma certa concepção de juridicidade na prática que a assume.» Como «crítica revisão reconstituente» das manifestações histórico-culturais do direito (p. 4), «o seu objecto não é o direito, como que hipostasiado num em si e por si, mas as concepções práticas que o manifestam e os pensamentos que o pensam, pois só na unidade histórico-cultural entre aquelas e estes o direito vem à sua existência, à sua objectivação real e pode, já por isso, ser “objecto” de uma reflexão teórica que nessa objectivação o queira compreender.» (p. 28)

⁵⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 4-11, com referências aí também às correntes ditas herdeiras do pensamento novecentista, com as etiquetas, entre outras, da *Allgemeine Rechtslehre* e da *Analytical School*.

, com a identificação, metodicamente arbitrária, de um único sistema disciplinar a determinar, numa espécie de *mathesis universalis* do pensamento jurídico, o que se pode/deve e o que se não pode/deve pensar juridicamente. Se é possível anunciar, como declaração de intenções, uma novidade específica da nova teoria, pode então indicar-se a sua tentativa de romper com a, por assim dizer, xenofobia metódico-disciplinar, e de fomentar uma postura antes integrativa das ciências do direito, dito de outro modo: não uma *exclusive legal science*, sim uma *inclusive legal science*⁵⁵.

⁵⁵ Cfr. Matthias Jestaedt, *Vom Beruf der Rechtswissenschaft – zwischen Rechtspraxis und Rechtslehre*, in. Horst Dreier (Org.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, p. 227-255, especial. p. 249.

I

A renascença da teoria não é uma viagem à la recherche du temps perdu...

Ao pedir que o pensamento jurídico académico empenhe-se num exercício de autorreflexão, a *nova teoria* está a considerar o real funcionamento da ciência do direito, reconhecidas a sua «pluralidade disciplinar» e «multiplicidade metodológica», e reafirma, desta feita, a diferença institucional entre a ciência do direito e a práxis/realidade do direito. A novidade da nova teoria quer consistir, disse-se, na sua estruturação interna como teoria das *ciências* do direito. Para poder compreender, mas também avaliar uma tal promessa de novidade, impõe ter presente as propostas teórico-metodológicas que lhe precedem. A isto destina-se o presente capítulo. Importa esclarecer, a seguir, primeiramente, a estrutura arquetípica do discurso metodológico do século 19, identificado, aqui, como o *originarium* genealógico da modernidade jusmetodológica⁵⁶. Indicar-se-á as suas premissas/promessas fundamentais, e, então, e muito especialmente, a cisão que opera entre «técnica» e «ciência», «práxis» e «método», bem como a respectiva absorção d(o método d)o direito na esfera reflexiva d(o método d)a ciência do direito, síntese indispensável para a tese de que a obtenção do direito não se daria, propriamente, no âmbito d(o *poder* d)a práxis, mas no da ciência do direito, como um *direito (positivo) científico*. Nasce assim o conceito de *wissenschaftliches Recht*, que marca, ainda hoje, subterraneamente embora, o imaginário do pensamento jurídico. Esclarecida, entretanto, a sua extemporaneidade – na expressão, uma vez mais, de Christoph Schönberger: *It's really over!* –, analisa-se, na sequência, o núcleo das reflexões metodológicas do século 20, conferindo-se uma atenção especial à sua articulação discursiva no horizonte do pós-guerra, na esteira, dessarte, da assim chamada «reabilitação da filosofia prática». Apresenta-se os seus modelos metódicos mais relevantes, concebendo-se, ao final, uma representação da metodologia jurídica como campo disciplinar específico, que assume por intenção básica conferir um tratamento, de tipo normativo-reflexivo, à «práxis do direito», melhor: à práxis judicial do direito, sugerindo como juízes e juízas devem realizar as suas atribuições funcionais, quer dizer: como devem decidir os seus casos concretos. Conclui-se que, tal qual a pretensão de cientificidade oitocentista, tampouco a

⁵⁶ Sobre a relação interna das reflexões metodológicas do século 20 com as do século 19, e o seu horizonte hoje: «Während sich Methodendiskussionen an den aktuellen geisteswissenschaftlichen Großtrends orientieren und den Wissenschaftscharakter der Rechtswissenschaft und damit die Erkenntnissicherheit ihrer Arbeit thematisieren, wird die juristische Praxis durch Fragen einer Auslegungstechnik bestimmt, die mit einem relativ stabilen Begriffsset arbeitet. Dieses Begriffsset ist ein Produkt der Methodendiskussion des langen 19. Jahrhunderts und der Weimarer Zwischenzeit.» Jannis Lennartz, *Dogmatik als Methode*, cit. p. 12.

pretensão de praticidade da metodologia novecentista está apta a enfrentar os desafios – entenda-se: os problemas teórico-metodológicos – que o século 21 impõe à ciência do direito. Não é outra a razão da necessidade/urgência hoje de uma teoria *das ciências* do direito.

1. Premissas-*promessa* do pensamento jurídico oitocentista

Disse-se supra: a nova teoria não pretende revificar as pretensões de cientificidade do pensamento jurídico oitocentista. Enquanto atualmente as reflexões teórico-metodológicas tendem a gravitar em torno dos problemas relacionados ao funcionamento acadêmico do pensamento jurídico, forçosamente plural nas suas diferenciações intradisciplinares, o que anima as meditações metodológicas no século dezenove é a intenção básica de conceber *um método*, no singular, capaz de assegurar à ciência do direito o título de verdadeira «Ciência»⁵⁷. Em reação à tendência metafísica que caracterizara os dois séculos anteriores, com o predomínio da ideia ainda de um direito natural/racional⁵⁸, as considerações metodológicas dos 1800 pretendiam deduzir um método científico para ordenar o vínculo interno do pensamento jurídico com o *direito positivo*, ganhando centralidade, no correr do século – considerados, aqui, os seus dois arquétipos fundamentais, quais sejam, o da *Historische Rechtsschule* e o da *Pandektenwissenschaft*⁵⁹ –, as noções de objetividade,

⁵⁷ Cfr. Jan Schröder, *Theoretische und praktische Jurisprudenz, Die Verwissenschaftlichung der Rechtsgelehrsamkeit um 1800*, in: *Berichte zur Wissenschaftsgeschichte*, 16, 1993, p. 229-240, especialm. p. 237 ss.

⁵⁸ Cfr. Annette Brockmöller, *Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland*, cit. p. 25 ss.; Stephan Meder, *Rechtsgeschichte*, Utb., 6. Aufl., 2017, p. 261-278, aí também sobre o fenômeno da codificação como condição para a mudança do espírito científico.

⁵⁹ O primeiro arquétipo é, portanto, o da escola histórica, cuja potência reflexiva marca também o pensamento jurídico dos 1900, com reminiscências até hoje. Centrais aí são os nomes de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), Georg Friedrich Puchta (1798-1846), Friedrich Julius Stahl (1802-1861), Georg Beseler (1809-1888) e Rudolf von Jhering (1818-1892). Em linhas gerais, trata-se de um modelo de pensamento que se articula, num primeiro nível reflexivo, como concepção filosófica e histórica do direito, e, num segundo nível, como trabalho dogmático. A *historische Rechtsschule* intenta romper com o jusnaturalismo dos dois séculos anteriores, e propõe para tanto, no lugar de uma representação dualista, um conceito unitário de direito: *todo o direito é direito positivo*. Porém, este é o ponto essencial, o «direito positivo» não seria determinado pela vontade arbitrária/contingente do legislador, mas, na expressão do próprio Savigny, «[...] erst durch Sitte und Volksglaube, dann durch Jurisprudenz [...], überall also durch innere, stillwirkende Kräfte, nicht durch die Willkühr eines Gesetzgebers.» (Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1914, p. 14.) O direito positivo é então apresentado como um organismo vivo (quase-natural) cuja historicidade cristalizaria a consciência ético-espiritual do povo/nação; daí o conceito epocal de *Volksgeist*, é dizer, *Volksrecht*, do qual tanto a *lei* quanto a *ciência*, e então também o *Juristenrecht*, seriam «órgãos representativos». Cfr. Christian Bumke, *Rechtsdogmatik. Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise. Zugleich eine Studie über das rechtsdogmatische Arbeiten Friedrich Carl von Savignys*, cit. p. 163 ss. Com uma ordem e uma força próprias, o desenvolvimento histórico, e em-si-necessário, do organismo-direito, desde a experiência romana até aos costumes jurídicos de oitocentos, estabilizaria uma espécie de *sistema interno* do direito, cuja suposta objetividade garantiria a possibilidade de um tratamento científico. Nas palavras de Puchta: «Das Rechts ist ein Vernünftiges, und dieß ist die Seite, von welcher es ein System ist, einen Organismus von Gattungen und Arten bildet.» (*Cursus der Institutionen*, I, 1841, besorgt von Paul Krüger, Leipzig, 1881, p. 5.) Acrescente-se, portanto: *todo o direito é direito positivo e todo o direito (positivo) é direito costumeiro*. Analiticamente, são partes do *Gewohnheitsrecht* tanto o *Volksrecht* quanto o *Juristenrecht*, tidos como fontes específicas do direito; como representantes do povo, os juristas, pessoas com formação jurídica, seriam competentes para traduzir a consciência

ético-jurídica do seu tempo. Encaixa-se aqui, portanto, a tese, original da escola histórica, de um *wissenschaftliches Recht*. O direito não seria produzido, na sua totalidade, pelo estado ou pela legislação, mas também, e primordialmente, pelas atividades da ciência do direito, guiada, por sua vez, pelo conceito de verdade-*Wahrheit*. O caráter produtivo da ciência do direito (*Wissenschaft als Art der Rechtserzeugung*, nas palavras de Schröder) seria assegurado pelo pensamento de sistema, bem como pela sua orientação, no limite, de domínio da prática, eis que se assume como desiderato metódico, notadamente no *Beruf...* de Savigny (cit., p. 30 ss.), uma certa unificação entre a teoria e a práxis. O fascínio de Savigny com a experiência romana tem a ver precisamente com a habilidade do jurista romano em solucionar problemas jurídicos concretos com base na força integrativa de reflexões jurídicas abstratas. Ver Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule* (1500-1850), Verlag C.H. Beck, München, 2001, p. 191-271; Stephan Meder, *Rechtsgeschichte*, cit. p. 299-340; Stephan Meder, *Mißverstehen und Verstehen. Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik*, Mohr Siebeck, 2004, p. 69 ss. e 72 ss.; Joachim Rückert, *Savignys Konzeption von Jurisprudenz und Recht, ihre Folge und ihre Bedeutung bis heute*, in: Joachim Rückert (Org.), *Savigny-Studien*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2011, p. 17 ss.; Annette Brockmöller, *Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland*, cit. p. 83-114, especialm. p. 91-94 e p. 101-103; Bumke, *Rechtsdogmatik*, cit. p. 172-174. O segundo arquétipo do século dezenove é, disse-se, o do pandectismo. A figura aqui central, ao lado de Bernhard Windscheid (1817-1892), é a de Jhering, especificamente na primeira fase da sua obra – mais tarde por ele próprio renegada e pejorativamente referida como *Begriffsjurisprudenz* –, que abre e marca a segunda metade do século. A sua célebre expressão: *...durch das römische Recht über das römische Recht hinaus*, parece já explicitar o novo espírito analítico; o nível filosófico e histórico, embora evidentemente preponderante, vai dando mais e mais espaço ao método dogmático. Assim como na escola histórica, também com o pandectismo – a combinar as matrizes de um «conceitualismo formalista», um «mecanicismo» e de uma «representação lógica da correta subsunção» (cfr. Stephan Meder, *Rechtsgeschichte*, cit. p. 326) – retrata-se a ciência do direito como instância e/ou fonte da criação do direito (nas palavras de Windscheid: «Die Aufgabe der Rechtswissenschaft beschränkt sich nicht auf die Erkenntnis des anzuwendenden Rechts. Die Rechtswissenschaft hat eine Aufgabe zu erfüllen auch bei der Schaffung neuen Rechts.» «Ich mißachte den praktischen Takt nicht, ich halte ihn für etwas sehr Wertvolles, ich will nur nicht, daß er die Quelle der richterlichen Entscheidung sei. Die Quelle der Entscheidung kann nur das juristische Denken sein.» (*Gesammelte Reden*, Leipzig, 1904, 100, III e *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1909, p. 954). No desenvolvimento do conceitualismo, a verdadeira teoria da jurisprudência dos conceitos encontra-se na obra maior de Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (1852-1865), que, mais do que apresentar a *juristische Technik* dos romanos, oferece um retrato do entendimento oitocentista em torno do «método do direito», colocado sob os cuidados de uma ciência conceitual-produtiva do direito: «die Begriffe sind productive, sie paaren sich und zeugen neue». (Neste sentido, Meder, *Ibidem*, cit. p. 334.) No centro da teoria está a diferenciação entre *niederer und höherer Jurisprudenz*: a primeira a organizar o conhecimento interpretativo básico dos enunciados da lei (i.e., dos materiais do direito); a segunda a desenvolver, ao estabelecer a relação metódica entre os enunciados previamente ordenados, a construção propriamente dogmática. Exemplo de uma tal construção é a figura do «instituto jurídico» (*Rechtsinstitut*), conglomerado reflexivo que, tal qual já em Savigny, sintetiza dogmaticamente um conjunto específico dos materiais/enunciados do direito. A *juristische Konstruktion* seria «die bildende Kunst der Jurisprudenz, ihr Gegenstand, ihr Ziel ist der juristische Körper.» Enquanto o alto pensamento jurídico é representado por meio de conceitos como os de «invenção» e «arte», marcam o baixo pensamento jurídico os conceitos de «pensamento lógico», «operação racional» e «técnica». Assim como em Savigny, o processo de determinação do direito (*Rechtsfindung*) não é, para Jhering, totalmente dominado pelas faculdades da razão pura; a esta altura, anote-se, está já difundido o conceito kantiano de *Urteilkraft*, a tomar conta da esfera das atividades técnico-práticas – e não, portanto, o método científico (cfr. Jan Schröder, *Theoretische und praktische Jurisprudenz*, cit. p. 234 ss.; Stephan Meder, *Mißverstehen und Verstehen*, cit. p. 54 ss.). Além daquilo que viria a revelar-se um excesso de confiança na ideia de uma conceitualidade capaz de, na sua imanência própria, produzir um sistema de regras abstrato e fechado, a falta de atenção às especificidades da práxis e do caso jurídico seria o ponto central para que o próprio Jhering abandonasse mais tarde a sua teoria dos corpos e das construções jurídicas. Em 1884, contra aquilo que viria a chamar de *Begriffsjurisprudenz* (no seu *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*), diz: «Damit habe ich den Punkt berührt, der die Signatur der heutigen Begriffsjurisprudenz, wie ich sie nenne, in sich schließt. [...] Wenn dies hier meinerseits gleichwohl geschieht, so ist damit jene Verirrung unserer heutigen Jurisprudenz gemeint, welche den praktischen Endzweck und die Bedingungen der Anwendbarkeit des Rechts außer Acht lassend, in demselben nur einen Gegenstand erblickt, an dem das sich selber überlassene, seinen Reiz und Zweck in sich selber tragende logische Denken sich erproben kann, – eine Arena für logische Evolutionen, für die Gymnastik des Geistes, in der dem größten Denkvirtuosen die Palme zufällt.» (p. 347) Segundo Jhering, seriam particularmente responsáveis pela falsa compreensão do pensamento jurídico, além dos escritos de Puchta e Savigny, os seus próprios trabalhos pretéritos, bem como a tradição escolástica e romanística – argumentos estes que, como será a seguir salientado, seriam mais tarde retomados, na esteira de um olhar teleológico sobre o direito, pela crítica metodológica do início do século vinte, sobretudo com a escola do direito livre e a jurisprudência dos interesses (cfr., sobre isto, Meder, *Ibidem*, cit. p. 337).

neutralidade e sistematicidade. Para compreender as especificidades desse impulso metódico-científico no âmbito do pensamento jurídico, importa ter presente a diferenciação daquilo que, à época, se considerava ser o trabalho próprio da dogmática jurídica, de um lado, e o da ciência do direito, do outro. Há que lembrar, então, que, no início dos oitocentos, está a orientar-se a dogmática pelo conceito de *praktische Jurisprudenz*, tocando-lhe um muito específico conjunto de atribuições⁶⁰. O seu trabalho consistia em sistematizar, tecnicamente, os materiais normativos do direito e os problemas deles decorrentes⁶¹. Como atividade empírica, a sua função era conferir um arranjo prático ao direito positivo – já aí na perspectiva da práxis judicial e tendo em vista os problemas da interpretação e da aplicação da lei –, no escopo de iluminar, por meio de um tal arranjo, a racionalidade própria do direito, de modo a culminar numa representação da sua estrutura interna, vindo daí o conceito-ideia de um *sistema interno* do direito. Além da dogmática, a organização académica da ciência do direito contava ainda com duas grandes frentes de reflexão teórica, a da «filosofia do direito» e a da «história do direito», com a dogmática a cristalizar não exatamente uma disciplina, no sentido de uma ciência e/ou um campo reflexivo autónomo, mas a *técnica do pensamento jurídico*⁶².

Diferente, portanto, do que se passa na atualidade, com a orientação da reflexão metateórica para as especificidades intradisciplinares e para a relação de dependência metódica da dogmática frente aos demais campos do saber (jurídico e extrajurídico) – e frente, também, à própria práxis do direito –, o que motiva os esforços teórico-metodológicos nos oitocentos é a crença na possibilidade de vir a descobrir-se um método científico, propriamente jurídico, para o manuseio técnico-dogmático⁶³. A episteme dominante compreendia a «ciência» e/ou o «método científico» como algo a conceber *in abstracto*; daí que se não reconhecesse, importa destacar,

⁶⁰ Cfr. Christian Bumke, *Rechtsdogmatik*, cit. p. 16-21; Jan Schröder, *Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktische Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1976, p. 4 ss.

⁶¹ Com Bumke: «Im Unterschied zur aktuellen Debatte wurde damals nicht über die dogmatische Arbeitsweise als solche und ihr Verhältnis zu anderen rechtswissenschaftlichen Denk- und Arbeitsweisen nachgedacht, sondern über die richtige Handlung der Rechtsdogmatik. In diesem Sinne mahnte man zu genauerer Quellenarbeit, mehr philosophischer Reflexion, einem größeren Vertrauen in das natürliche Rechtsgefühl, zur Ausrichtung am Zweck des Rechts und zur Konzentration auf die nationale Rechtsordnung oder stritt über die Notwendigkeit historischer Analysen oder einer substantiellen Betrachtung eines Rechtsgegenstandes, das Verhältnis zwischen germanischen und römischen Rechtsquellen oder die angemessene Bildung der Grundbegriffe.» Bumke, *Rechtsdogmatik*, cit. p. 17, mencionando, nesta convergência, os trabalhos de Savigny, Albrecht, Jhering, Bekker, Laband, Gierke, Otto Mayer e Preuß.

⁶² Cfr. Brockmüller, *Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland*, cit. p. 25 ss.; Schröder, *Theoretische und praktische Jurisprudenz*, cit. p. 229 s.

⁶³ «Man glaubte an die Möglichkeit einer spezifischen Methode, die es erlaubte, sowohl den vorhandenen Rechtsstoff mit Hilfe eines überschaubaren Begriffsapparates zu erfassen und zu ordnen als auch auftretende Rechtsfragen über die Bedeutung von Rechtsvorschriften oder die Beurteilung tatsächlicher Gegebenheiten zu beantworten.» Bumke, *Rechtsdogmatik*, cit. 18.

autonomia científica/reflexiva à técnica/prática. A conformação científica do pensamento prático, e das suas técnicas próprias, pressupunha, por sua vez, a adoção, desde o âmbito da dogmática, de regras metódicas determinadas e conhecidas *a priori*, numa tentativa, não obstante precária, como que de subsunção sistemática do geral (universal) sobre o particular (contingente). Ou seja: acolhida a cisão entre «ciência» e «técnica», entre «teoria» e «práxis», «método» e «empíria», a cientificidade, melhor: a cientificização do pensamento jurídico seria conseguida, no limite, por meio de uma contenção metódica da dogmática. Dito de outro modo: o sentido científico da ciência do direito vinha previamente prescrito, de modo abstrato e normativo, numa metódica *more geometrico*, idealizada sem qualquer contato com o pensamento prático, que, por conseguinte, haveria que subsumir, *a posteriori*, as suas técnicas às deduções sistemáticas do método científico⁶⁴. Está aí a trabalhar-se, percebe-se, à base de uma diferenciação fundamental entre a «*ciência* do direito» e a «*técnica* do direito»⁶⁵ – é dizer: entre o *método* do direito e a *práxis* do direito –, com as duas últimas, a técnica e a práxis, a demarcarem o horizonte próprio da dogmática⁶⁶. É neste sentido, muito específico, que a cientificidade do trabalho da dogmática oitocentista não decorre de uma sua autonomia reflexivo-disciplinar, mas da sua subsunção, não obstante, insista-se, precária, ao método científico⁶⁷.

⁶⁴ «O objectivo capital [era] [...] dominar teoricamente (em termos de teoria) o prático (o prático-normativo) do direito.» Castanheira Neves, *Teoria do Direito*, cit. p. 5.

⁶⁵ Daí que, como será ainda visto, Philipp Heck, na sua crítica à visão dedutivista das normas, conclame por uma superação da cisão-separação entre o «direito» (como *direito científico*, no sentido oitocentista) e a «vida» (do direito, como práxis); daí também a razão da sua busca por um sentido metódico (e teleológico) inserto já na própria práxis do direito, percebida, precisamente, como técnica. Esta problemática será retomada.

⁶⁶ Cfr. Jan Schröder, *Theoretische und praktische Jurisprudenz*, cit. p. 236-238. É de registrar que o conceito de *ciência* que está a gestar-se no século 19 é compreendido como conceito autónomo, pensado, pois, como uma totalidade abstrata e sistemática, totalidade esta da qual a *técnica*, por sua vez, como atividade prática, não faria parte, sendo vista, antes, e ao contrário, como uma componente estranha à ciência, a ser, apenas idealmente, e no limite, metodicamente controlada. Para a consolidação de um tal entendimento foi essencial, mormente para o universo jurídico, a crítica do juízo, de Immanuel Kant, que substituiu, paradigmaticamente, a visão até então dominante, representada, p.e., por Christian Wolff, que consideraria a técnica uma verdadeira ciência. Nas palavras, neste ponto particularmente esclarecedoras, de Kant: «Praktische Sätze [...], die dem Inhalte nach bloß die Möglichkeit eines vorgestellten Objekts (durch willkürliche Handlung) betreffen, sind nur Anwendung einer vollständigen theoretischen Erkenntnis und können keinen besonderen Teil einer Wissenschaft ausmachen. Eine praktische Geometrie, als abgesonderte Wissenschaft, ist ein Unding [...]. Alle übrigen [i.e. os enunciados não pertencentes à filosofia prática] Sätze der Ausübung, an welche Wissenschaft sie sich auch immer anschließen mögen, können [...] statt praktischer technische Sätze heißen. Denn sie gehören zur Kunst, das zustande zu bringen, wovon man will, daß es sein soll, die, bei einer vollständigen Theorie, jederzeit eine bloße Folgerung und kein für sich bestehender Teil irgendeiner Art von Anweisung ist.» Kant, *Einleitung zur Kritik der Urteilskraft*, 1. Fassung, in: Wilhelm Weischedel (Org.), Kant, Werke, Band 5, Wiesbaden, 1957, p. 176/177. Entende-se, com isto, ademais, porque mais tarde a perspectiva prática do pensamento jurídico insistirá tão enfaticamente na negativa da cientificidade teórica da ciência do direito; de mencioar, uma vez mais, é o próprio Heck.

⁶⁷ «Wenn aber die Wissenschaft selbst, unverkörpert, in abstracto, einen bestimmten Zusammenhang aufweist, dann kann man nicht mehr einfach durch Auflösung dieses Zusammenhangs und Kombinierung von wissenschaftlichen Wahrheiten zu bestimmten Darstellungszwecken neuen „Wissenschaften“ hervorbringen. Das System der Wissenschaften kann nur eines sein. Nimmt man Sätze heraus und stellt sie zu praktischen Zwecken anders zusammen oder zieht Folgerungen daraus, dann entsteht keine neue Wissenschaft. So verselbständigt sich die

Tal diferenciação é central, pois é precisamente a síntese-equiparação, implicada naquela diferenciação, entre ciência e método o que permitirá ao pensamento jurídico oitocentista articular a (sua) tese de um *wissenschaftliches Recht*⁶⁸. Com efeito, em razão da equiparação entre a *ciência* do direito e o *método* (da obtenção do direito), passa a trabalhar-se na perspectiva de um direito que se produz enquanto tal não exatamente na esfera da práxis, sujeita à arbitrariedade e aos equívocos do ator jurídico concreto⁶⁹ – e é por isto, percebe-se, que a práxis e a técnica não merecem aí um status reflexivo –, mas na esfera, antes, da própria ciência do direito, isto é, do método do pensamento jurídico. Com a consequência de tornar assim indisponível o *direito científico* à contingência da práxis, colocado, portanto, o *Direito* sob a proteção do método científico; eis como o método do direito é (con)fundido, no cientismo de 1800, com o método da ciência do direito⁷⁰. Noutras palavras: o conceito de direito científico funda-se na (con) fusão entre o método da obtenção do direito e o método reflexivo da ciência do direito. Portanto, se é verdade, de um lado, que o pensamento jurídico do século 19 é responsável pela consolidação da passagem metodológica do direito natural/racional para o direito positivo, é igualmente verdade, do outro lado, que o direito positivo aí em pauta é produto não da vontade constitutiva d(o ator d)a práxis, mas da *vontade disciplinar* da ciência do direito (o que, aliás, evidencia desde logo a falsidade da ideia aí de

Wissenschaft theoretisch gegenüber den Lehren der Kunst und Technik – wie sie sich ja übrigens auch gesellschaftlich verselbständigt hat, wofür die Erkenntnistheorie eine Art Symbol darstellt.» Schröder, *Theoretische und praktische Jurisprudenz*, cit. p. 233.

⁶⁸ Cfr. Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft*, cit. p. 198 ss. Cfr. *infra*, nota 472.

⁶⁹ No mesmo sentido do que se viu acima com Savigny, agora com Jhering: «Es ist gegenwärtig kein Streit mehr darüber, daß das Recht nicht, wie man es früher betrachtete, ein äußerliches Aggregat willkürlicher Bestimmungen ist, welches der Reflexion der Gesetzgeber sein Ursprung verdankt, sondern gleich der Sprache eines Volkes ein innerlich vollständiges Product der Geschichte ist.» Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Bd. I, p. 25/26. Importa perceber, ademais, que, como construção histórica, a identificação da autoridade normativa do direito romano, como base para a concepção do sistema interno do direito, resulta de operações internas à própria ciência do direito; é um trabalho académico. «Nicht darin bestand die Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Zeit, daß es vorübergehend als Rechtsquelle gegolten [...] sondern darin, daß es eine total innere Umwandlung bewirkt, unserer ganzes juristisches Denken umgestaltet hat.» Jhering, *Ibidem*, p. 2/3. Nas palavras de Nils Jansen: «Individual rules might diverge from Roman law, but the intellectual order of the law, its terminology and doctrinal basis, continued to be based on the Roman sources. [...] Accordingly, the Roman *ius commune* continued to provide an overarching intellectual body of legal knowledge, which connected the different and even disparate legal systems of Europe.» Jansen, *The making of legal authority: Non-legislative codifications in historical and comparative perspective*, Oxford, New York, 2010, p. 38/39.

⁷⁰ Em suma: o método do direito aí não o determina a práxis, mas a ciência do direito. «Indem die Wissenschaft die im System „verborgenen“ Rechtssätze „als Product einer wissenschaftlichen Deduction“ sichtbar entstehen läßt, schafft sie nun zum ersten Mal in der Geschichte der Rechtswissenschaft selbst positives Recht.» Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft*, cit. p. 246. Reconhecido o *wissenschaftliches Recht* como uma criação conceitual originária da escola histórica – de Puchta e Savigny –, a ideia geral de uma ciência do direito que produz o direito positivo, insistisse: assim precisamente em razão da absorção teórica do método da obtenção do direito no âmbito e então como problema interno da ciência do direito, persistirá, como dito, no correr do século. Cfr. Annette Brockmüller, *Die Entstehung der Rechtstheorie*, cit. p. 201 ss., com referência aí a Jhering; no mesmo sentido, Stephen Meder, *Rechtsgeschichte*, cit. p. 334. Ver também Ralf Seinecke, *Rudolf von Jhering anno 1858. Interpretation, Konstruktion und Recht der sog. „Begriffsjurisprudenz“*, in. ZRG, GA, 130, 2013, p. 238-280, especial. p. 262.

superação do pensamento jusnaturalista⁷¹); pois é o pensamento jurídico, ou seja, o cientista do direito, e não, p.e., o legislador, que está aí a criar o «direito positivo».

2. Ao invés de um conceito metódico, um conceito institucional de ciência do direito

O que importa sublinhar, a fim de destacar a diferença entre a reabilitação teórica da nova teoria e a pretensão de cientificidade do pensamento jurídico oitocentista, é que este, diferente daquela, trabalha, em suma, com um «conceito metódico» de ciência do direito. O que guia as suas preocupações teórico-metodológicas é a promessa de “cientificidade” do pensamento jurídico, com a idealização de um método científico, concebido à maneira de uma ciência natural, de modo universal (e no singular). Falar aí em “ciência do direito” não significa reconhecer autonomia reflexiva às disciplinas e subdisciplinas jurídicas, significa comprometer-se com a investigação de *um* método ideal, e, desta forma, *um* pensamento jurídico ideal, método e pensamento estes a serem normativa e abstratamente estruturados. No que toca o trabalho da dogmática, a “dogmática científica” seria aquela que se deixasse conduzir, numa postura como que de passividade técnica (sem autonomia reflexiva), pelo “método científico” – funcionando, na sua empiria, dedutiva e subsuntivamente –, a consolidar-se, desta forma, a ideia de *um método dogmático*. Um tal padrão de tratamento reflexivo é, evidentemente, incompatível com as necessidades do presente. Enquanto no século 19 as considerações em torno da ciência do direito articulam-se, mormente no campo da filosofia do direito, como uma espécie de *mathesis universalis* do pensamento jurídico, as reflexões teórico-metodológicas têm hoje em vista compreender e cuidar do funcionamento acadêmico-disciplinar da ciência do direito⁷². Este lançar de olhos para as atividades académicas do pensamento jurídico afasta a necessidade de uma concepção abstrato-normativa do método, permitindo trabalhar com um conceito *prima vista* não-metódico de ciência do direito, numa palavra: um «conceito institucional». Desta forma, ao invés de prescrever um método e/ou uma racionalidade específica, interessa (re)conhecer o desempenho intradisciplinar das ciências jurídicas, de modo a tratar, com um olhar metateórico, das suas diferenciações e especializações internas, bem como da utilização, por parte da dogmática, de enunciados, modelos e teoremas reflexivos provenientes de outras disciplinas.

⁷¹ Cfr. *infra*, nota 343.

⁷² Cfr. Matthias Jestaedt, *Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie*, cit. p. 185-207; Oliver Lepsius, *Themen einer Rechtswissenschaftstheorie*, cit. p. 1-51; Matthias Jahn, *Pluralität der Rechtsdiskurse – Sektoralisierung der Methodenlehre. Zum Verhältnis von Rechtswissenschaftstheorie und Rechtstheorie*, cit. p. 178 ss.; Anne von Aaken, *Funktionale Rechtswissenschaftstheorie für die gesamte Rechtswissenschaft*, in. *Rechtswissenschaftstheorie*, cit. p. 79-105.

Passa-se, dessarte, de uma visão no singular para uma visão plural da ciência do direito. A falta de pluralidade e a tendência à totalização metodológica do pensamento oitocentista, assim analisado desde o presente, é, ademais, o que conduz Marietta Auer a perceber no intento de determinação abstrata do método uma *pretensão de hegemonia disciplinar (disziplinären Hegemonialanspruch)*, com a construção de estruturas normativamente projetadas a fim de controlar e definir abstratamente os limites do trabalho reflexivo do pensamento jurídico, e muito especialmente da dogmática⁷³. Com efeito, o contexto acadêmico do pensamento jurídico do século 21 é no todo outro, como são no todo outros os seus problemas teórico-metodológicos, tendo passado-se, notadamente com as últimas décadas do século 20, por uma explosão sem igual de perspectivas disciplinares que, por conta da fragmentação que estimula, rompe com a matriz universalista de origem oitocentista⁷⁴, testemunhando-se hoje modelos reflexivo-disciplinares que se não subordinam-subsumem à tradição do século 19. Como será a seguir acentuado, o problema, contudo, não é apenas o pensamento oitocentista, pois também os modelos metódicos novecentistas revelam-se hoje inadequados para o enfrentamento dos problemas que a assim chamada ciência *multi-level* está a engendrar⁷⁵. Assim como o universalismo totalizante não dá conta da multidisciplinaridade da ciência do direito, tampouco o dá a polarização metodológica entre, de um lado, um exercício de fundamentação normativa desde a filosofia do direito, e, do outro, o

⁷³ Sobre o conceito de *disziplinären Hegemonialanspruch*, como marca da filosofia do direito oitocentista, mas a estender-se também pelos novecentos – mormente sob os dispositivos reflexivos do pós-guerra –, e a consolidar-se, a partir das décadas de 1960 e 1970, como uma crítica normativa às tentativas de autonomização disciplinar da teoria do direito (ou: tentativas de análises estritamente teóricas do direito, entenda-se: análises não-normativas), cfr. Marietta Auer, *Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie*, cit. p. 31 ss., com a seguinte síntese: «Die Rechtsphilosophie versucht auf diesem Wege bis heute mit aller Kraft, sich die Rechtstheorie als analytisches Residuum für alle Fragen, die nicht in den Kunstbegriff „Rechtsethik“ passen, disziplinär unterzuordnen.»

⁷⁴ Sobre a alteração da matriz epistêmica, que rompe internamente com aquela pretensão de hegemonia disciplinar, e tendo o foco, muito especialmente, na explosão de perspectivas acadêmico-disciplinares dos anos 90 do século passado, cfr. Auer, *Rechtstheorie*, cit. 32. Ver também Eric Hilgendorf, *Die Renaissance der Rechtstheorie*, cit. p. 13 ss.; Thomas Vesting, *Rechtstheorie*, cit. p. 9 s. e 11 s. Sobre os efeitos, no funcionamento acadêmico do pensamento jurídico, de uma tal explosão perspectivista falar-se-á no próximo capítulo. É de concordar, neste ponto específico, com Marietta Auer, quando diz tocar à (nova) teoria, uma vez percebida a multiplicidade metodológica que passa a habitar o edifício das ciências do direito, programar uma sua organização teórico-metodológica. «Die Rechtstheorie hat sich, will man das zuspitzend auf den Punkt bringen, als theoretisches Kuckucksei im Nest der Rechtsphilosophie erweisen.»

⁷⁵ Cfr. Roland Czada, *Disziplinäre Identität als Voraussetzung von Interdisziplinarität?*, cit. p. 27-30 [«Epistemologisches Mehrebenensystem»].

pragmatismo da dogmática^{76 77}. O presente momento reclama, antes, e verdadeiramente, uma renovação das reflexões teórico-metodológicas; daí, afinal, a reabilitação do discurso teorético. Impõe estar apto a (re)conhecer os fenômenos da pluralidade disciplinar e da multiduplicidade metodológica, mas também a fomentar, num tal contexto, uma maior consciência metodológica do pensamento jurídico. Com a interpelação-perspectiva institucional da ciência do direito, substitui-se à problemática da cientificidade a atenção ao trabalho real-empírico, e às atribuições acadêmicas, das disciplinas e subdisciplinas jurídicas. Ademais, não obstante prometa, o discurso de cientificidade oitocentista, orientar-se com um esforço de objetividade, fato é que o caráter abstrato-normativo da sua discussão em torno do método acaba por cristalizar um forçoso subjetivismo⁷⁸ – fundado nomeadamente no empenho normativo abstrato que idealiza o método

⁷⁶ *Nota bene*: embora a marca do método, no século 19, seja, realmente, o afastamento cientificista relativamente à técnica dogmática, é possível divisar, já por entre as reflexões oitocentistas, uma certa tendência ao afinilamento das preocupações metodológicas numa perspectiva prática; é de notar, pois, que se está aí já diante de uma sociedade altamente complexa e normativamente diferenciada, marcada pelos processos da codificação e por uma crescente concentração competencial no âmbito das decisões judiciais (cfr. Christian Bumke, *Rechtsdogmatik*, cit. p. 22 ss.; Nils Jansen, *Rechtswissenschaft und Rechtssystem. Sieben Thesen zur Positivierung des Rechts und zur Differenzierung von Recht und Rechtswissenschaft*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2018, p. 7). Ver também Roland Dubischar, *Theorie und Praxis in der Rechtswissenschaft*, Verlag Karl Alber, Freiburg/München, 1978, p. 13 ss. e 41-67, sobre a importância da práxis no pensamento oitocentista. De qualquer modo, como será a seguir acentuado, é com a passagem para o século vinte, e então, muito especialmente, com as doutrinas metodológicas, que se consolida, de fato, a orientação prática da metodologia. Ver Bumke, *Ibidem*, cit. p. 25. Tendo sido, a reflexão metodológica, a partir de então, e de modo crescente no correr do século, prolífica na criação de modelos metódicos voltados para a práxis do direito – e, pois, para (uma certa) dogmática jurídica –, os problemas teórico-metodológicos que se oferecem hoje têm que ver, como será ainda dito, com o déficit reflexivo que o superavit do pensamento prático acabou por engendrar. Não se trata apenas de reconhecer, hoje, que o pensamento jurídico acadêmico não é na sua totalidade um pensamento de tipo prático, ou um pensamento passível de uma recondução metódica à racionalidade prático-normativa da dogmática, pois importa entender, também, que já a própria dogmática envolve, no seu trabalho disciplinar, questões teórico-metodológicas que escapam às atribuições reflexivas da orientação apenas prático-normativa.

⁷⁷ Para Jannis Lennartz, *Dogmatik als Methode*, cit. p. 12-19 e p. 27-39, a representação da práxis, e, pois, da dogmática, como um problema de mera interpretação marca o ponto de contato/continuidade entre a metodologia novecentista e as discussões teórico-metodológicas do século anterior. Na sua crítica, as doutrinas metodológicas, sob influência, principalmente, de Heck, teriam, na sua leitura de Jhering, deste absorvido apenas a dimensão interpretativa (da *niedere Jurisprudenz*), mas não a construtiva. Nas palavras do próprio Philipp Heck: «Es ist ein eigentümlicher Wandel der Anschauungen, daß wir diejenige Betätigung, die Jhering mit einer gewissen Nichtachtung als niedere Jurisprudenz bezeichnet, heute allein als Wissenschaft anerkennen und in der höheren Jurisprudenz nur eine Verirrung sehen.» Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, cit. 21. Sobre o caráter interpretativo da *niedere Jurisprudenz*, ver também Brockmoller, *Entstehung der Rechtstheorie*, p. 194-198; Ralf Seinecke, *Rudolf von Jhering anno 1858. Interpretation, Konstruktion und Recht der sog. „Begriffsjurisprudenz“*, cit. p. 249 ss. Segundo Lennartz, essa secundarização, para não dizer expulsão, do problema da construção conceitual, do âmbito da reflexão metodológica, está relacionada, ainda, com uma alteração fundamental na teoria das fontes do direito (*Rechtsquellenlehre*), que, com a passagem de séculos, passa a indicar como instância e/ou fundamento dos atos interpretativos elementos de ordem suprapositiva, ou simplesmente não-positiva, por exemplo com os conceitos de *Rechtsidee* e *Rechtswerte*. «Was sind die Folgen der dargestellten Veränderung der Rechtsquellenlehre für die juristische Praxis und die Methodenlehre? Die Konstruktion verschwindet aus der Methodenlehre. Übrig bleibt die niedere Jurisprudenz – Auslegung.» (p. 19) «Die Verengung der juristischen Methode auf die niedere Jurisprudenz muss methodisch verarbeitet werden. Am Ende steht die Einsicht: Je stärker Methoden auf Interpretation verengt wird, desto weiter werden die Grenzen der Interpretation. Was sich in diesen erweiterten Grenzen nicht fassen lässt, wird unter dem Topos Richterrecht behandelt.» (p. 24)

⁷⁸ Neste sentido, cfr. Hermann Kantorowicz, *Zur Lehre vom richtigen Recht*, Berlin und Leipzig, 1909, p. 37, em que se lê: «Gleich weit über die Philosophie der naturrechtlichen wie der historischen Schule führt hinaus der

sem o reconhecimento da autonomia reflexiva da atividade empírica –, havendo que insistir atualmente n(uma nov)a objetividade metódica para o pensamento jurídico. O conceito, outrossim, de intradisciplinaridade, ao clarear a diferenciação e a especialização das racionalidades da ciência do direito, chama a atenção para a autonomia interna das disciplinas jurídicas, sugerindo a necessidade de um cuidado teórico-metodológico em torno das suas trocas mútuas, tanto entre as diferentes ciências jurídicas quanto entre estas e as suas ciências vizinhas extrajurídicas. A perspectiva intradisciplinar destaca, assim, uma espécie de primado da autonomia (intra)disciplinar, também no campo da dogmática, com as diversas disciplinas jurídicas a determinarem autonomamente os seus próprios objetos, métodos e finalidades de conhecimento, a significar isto que as respectivas relações disciplinares dão-se não porque se lhes direciona algum tipo de exigência normativa externa, mas em razão, antes, de interesses disciplinares internos. Desde o ponto de vista da análise institucional, isto está desde logo a ocorrer – como funcionamento normal do pensamento jurídico académico –, importando, pois, cuidar do seu desempenho prático/empírico, de sorte a assegurar-lhe a devida consciência metodológica. No horizonte das diferenciações das disciplinas jurídicas, a reabilitação do discurso teórico devota uma atenção especial ao campo da dogmática, que, por conta da sua dimensão prático-normativa, é analisada na sua aproximação junto à práxis. Ao voltar-se à dogmática, não pretende, no entanto, imputar-lhe um dado método e/ou uma dada racionalidade, mas compreendê-la internamente, examinando-a na sua relação com as demais ciências (jurídicas e não jurídicas) e no seu potencial de utilidade(-manipulação) pelo ator da práxis.

3. *Fin de siècle...* A luta pel(o método d)a ciência do direito

Ainda no século 19, a promessa de um *direito científico* sofre já os seus primeiros reveses⁷⁹; abrem-se as suas primeiras ruturas, que, com a passagem para o século 20, somente farão crescer⁸⁰.

Gedanke einer allgemeingültigen Methode zur Ermittlung des jeweilig in gegebener Lage richtigen Rechts, der Gedanke des Relativismus.»

⁷⁹ Nas palavras pontuais de Christian Bumke, a referir-se ao período da segunda metade do século 19: «In dieser Zeit begann sich das Recht zu einem maßgeblichen Steuerungsinstrument der Politik zu entwickeln. [...] Die großen Kodifikationen lösten [...] das Gewohnheitsrecht ab. [...] Das abstrakte Recht musste erst mit Blick auf die gesellschaftliche Wirklichkeit entfaltet und konkretisiert werden. [...] Einher ging diese Entwicklung mit einem auch sonst zunehmenden Interesse in der Rechtswissenschaft an der Rechtsprechung.» Bumke, *Rechtsdogmatik*, cit. p. 23 e 24.

⁸⁰ Os rastros dessa rutura podem ser encontrados já nos clássicos textos de Julius von Kirchmann, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. Ein Vortrag gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Berlin (1848) e de Rudolf von Jhering, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?* Jherings Wiener Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868, Göttingen (1998) – que serão ainda tematizados. Mas também importa aí, e sobremaneira, a diferenciação disciplinar da dita *Allgemeine Rechtslehre*, que institucionaliza academicamente a crítica ao idealismo metódico da ciência

Embora vá, com efeito, consolidar-se, na mudança de séculos, uma orientação definitivamente prática no campo da metodologia jurídica – por conta, muito especialmente, da *Methodenkritik*⁸¹ –, trata-se aí, na verdade, de um período de difícil, para não dizer impossível, unificação teórica⁸²,

do direito oitocentista, idealismo que vai sendo substituído por uma compreensão mais e mais volutarista do direito. É de mencionar, no âmbito dessa teoria geral do direito, os trabalhos de Adolf Merkl, *Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur „positiven“ Rechtswissenschaft und zum allgemeine Teil derselben* (1874), de Karl Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (1892), Ernst Rudolf Bierling, *Juristische Prinzipienlehre* (1894-1917) e Felix Somló, *Juristische Grundlehre* (1917). Para a organização do vasto material aí envolvido, cfr. Aroso Linhares, *Os desafios-feridas da Allgemeine Rechtslehre. Um tempo de teoria do direito reconhecido (reencontrado?) pela perspectiva de outro tempo de teoria*, Coimbra (2009); Andreas Funke, *Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie. Entwicklung und gegenwärtige Bedeutung der Rechtslehre um 1900*, Mohr Siebeck, Tübingen (2004); Annette Brockmüller, *Die Entstehung*, cit. p. 238-272. Destaque-se, ademais, que a *Allgemeine Rechtslehre*, como disciplina autônoma, diferencia-se diante não apenas da dogmática mas também da filosofia do direito, tendo por objeto não o problema da justiça e/ou da racionalidade do direito, mas o próprio direito positivo, que pretende explicar como um objeto externo, ao invés de justificar/fundamentar internamente («Erklärung statt Rechtfertigung/Begründung», na expressão de Andreas Funke, *Allgemeine*, cit. p. 40 ss.; ver também Marietta Auer, *Zum Erkenntnisziel der Rechtslehre*, cit. p. 28 ss.). Daí o clássico dictum de Gustav Radbruch, para quem a teoria geral representaria a *Euthanasie der Rechtsphilosophie*, trabalhando, ao fim e ao cabo, como uma *Philosophie des positiven Rechts*, cfr. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1932, p. 20 s. Na síntese de Marietta Auer: «Zugespißt formuliert reagierte die Allgemeine Rechtslehre auf das Jahrhundertwendebedürfnis nach einer philosophischen Wissenschaft des positiven Rechts mit der paradoxen doppelten Ausgrenzungsstrategie, sich sowohl der Kontingenz des Rechts als auch der Metaphysik der Philosophie zu entledigen.» Auer, *Erkenntnisziel*, cit. p. 30. Auer percebe na *Allgemeine Rechtslehre*, ademais, o momento inicial da história disciplinar da teoria do direito, como *Rechtstheorie*, história esta que a autora compreende como uma contínua *Konkurrenzverhältnis zur Rechtsphilosophie*. (p. 28-33) Em sentido semelhante, Eric Hilgendorf, *Renaissance*, cit. p. 15, diz: «„Rechtstheorie“ ist also eine *Chiffre für Erneuerung in der Rechtswissenschaft*.»

⁸¹ Sobre a *crítica metodológica* falar-se-á abaixo. Importa, porém, pontuar, aqui, um elemento como que à parte, mas esclarecedor também da estrutura daquela crítica, a saber: que o fenômeno continental da revolta contra o cientismo jurídico encontra, no início do século passado, um paralelo na crítica do realismo jurídico estadunidense, mas com este não pode ser confundido, sob pena de se lhes não compreender a ambos. A diferença essencial entre um e outro pode ser medida, grosso modo, com a consideração das suas conseqüências para a «ciência do direito»; conseqüências estas que têm a ver, evidentemente, com as diferenças do *modus operandi*, lá e cá, do próprio direito, tampouco passível de confusão. Com efeito, no ambiente estadunidense, dificilmente falar-se-á em «metodologia jurídica» – por certo que não nos termos com que dela se fala no continente –, representando a revolta do *legal realism*, na verdade, a destruição implacável dos ideais e das promessas de uma ciência do direito capaz de conter-corrigir-orientar normativamente o direito. Daí a substituição, p.e., daquilo que seria a sua «dogmática jurídica», as assim chamadas *legal doctrines* (também: *doctrinal arguments*), por metodologias de ordem empírica que transcendem, também na sua efetividade prática, a ideia de uma correção normativo-metodológica da práxis do direito. O que se tem aí é, antes, uma variedade de perspectivas aglutinadas empiricamente com a finalidade de prever e/ou controlar a tomada de decisão de determinados juízes frente a específicos casos concretos. É curioso perceber, portanto, que no horizonte da dita *civil law* a revolta contra o formalismo tenha se desdobrado com a articulação de um pensamento prático-normativo jusmetodológico (pense-se, desde logo, na passagem, que será a seguir salientada, da rudimentar escola do direito livre para a já sofisticada jurisprudência dos interesses e, depois ainda, para a jurisprudência dos valores), salvaguardando-se com isto, no continente, a ideia mesmo de uma ciência do direito. Ver neste sentido Alexander Somek, *Zwei Welten der Rechtslehre und die Philosophie des Rechts*, in. JZ, 71, 2016, p. 481-486. Somek é categórico: «In den USA gibt es keine Rechtswissenschaft. Das Anzeichen dafür ist das Fehlen von Rechtsdogmatik. [...] Mit der „Rechtswissenschaft“ ist es insofern nichts, als sie keine verbindlichen Auskünfte geben kann. Die normative Orientierung muss von woanders her kommen, etwa – wie zumeist – von der Moral. [...] Die Juristenausbildung trägt zur Internationalisierung dieser „pragmatischen“ Perspektive auf das rechtliche Wissen bei. Die Perspektive ist insofern eine institutionelle Realität. „Thinking like a lawyer“ gilt als Bündel von Fertigkeiten, mit denen man Geld – viel Geld – verdienen kann, und nicht als etwas, das mit dem Geltungsanspruch auf Wahrheit auftritt.» (p. 482) Sobre a especificidade continental da metodologia jurídica, cfr. Winfried Hassemer, *Gesetzesbindung und Methodenlehre*, in. Zeitschrift für Rechtspolitik, 40, 2007, p. 213-219; *Juristische Methodenlehre und Richterliche Pragmatik*, cit. p. 1-22. Sobre uma «*Theorie- und Systemaversion des Common Law*», cfr. Marietta Auer, *Erkenntnisziel*, cit. p. 15, que cita Oliver Wendell Holmes: «Science is a first-rate piece of furniture for a man’s upper chamber if he has common sense on the ground floor.»

⁸² Cfr. Jan Schröder, *Zur Geschichte der juristischen Methodenlehre zwischen 1850 und 1933*, in. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte, Nr. 13, 2008, p. 160-175. Esclarece-se aí que, enquanto os

marcado pela eclosão de uma grande pluralidade de exercícios críticos. A sua marca-d'água, pode dizer-se, é a postura de negação, resoluto e generalizada, ao cientismo que definira até então a reflexão teórico-metodológica. Assim, e paradigmaticamente, é de mencionar as vozes críticas, que serão retomadas nos próximos capítulos⁸³, da «escola do direito livre», da «jurisprudência dos interesses», da «jurisprudência dos valores», bem como a da *Wiener rechtstheoretische Schule* – berço da «teoria pura do direito» –, a representarem pontos de cristalização de uma onda de descontentamento, quando não de um profundo ceticismo, em face das premissas e promessas da assim chamada «jurisprudência dos conceitos». Concordando, tais perspectivas, quanto à necessidade de ultrapassar o idealismo metodológico do século anterior, discordavam, no entanto, quanto ao caminho-*método* para tanto mais apropriado⁸⁴. Num ambiente filosófica e epistemologicamente pouco pacífico, não será demais dizer que o que marca, afinal, a entrada do pensamento jurídico nos 1900 é, lembrando a expressão de Hermann Kantorowicz, uma verdadeira *luta pel(o método d)a ciência do direito*⁸⁵. Com efeito, são diversos os projetos epistemológicos a concorrer aí para determinar o regime reflexivo do pensamento jurídico. Tem-se, de um lado, aqueles que propõem o resguardo de uma pureza metódica, como via para um conhecimento jurídico livre de conteúdos extrajurídicos; do outro lado, aqueles que falam na necessidade de

séculos 18 e 19 têm os seus arquétipos metódicos bem definidos – respectivamente: jusnaturalismo e escola histórica –, o mesmo não poderia dizer-se quanto ao início do século 20, cuja marca seria, antes, a de uma pluralidade de propostas metódicas. A origem de uma tal pluralização remontaria às últimas décadas já do século 19, com a conformação de uma mudança básica no entendimento académico acerca da criação do direito: fundado cada vez menos em conceitos e imagens abstratas, como o caso do epocal *Volksgeist*, mas também o do *wissenschaftliches Recht*, e cada vez mais na aceitação de uma *vontade humana* contingente. Não obstante o voluntarismo que passa então e ser preponderante, faltaria, ainda assim, diz Schröder, um conceito geral capaz de unificar uma representação do pensamento jurídico do início do início dos 1900, com diversas perspectivas metódicas a combinarem as suas próprias visões de mundo àquele voluntarismo. «Ein passendes Schlagwort fehlt uns noch und vielleicht gibt es auch gar keins.» (p. 175)

⁸³ Cfr. *infra*, p. 110 ss.

⁸⁴ Cfr. Axel-Johannes Korb, *Kelsens Kritiker. Beitrag zur Geschichte der Rechts- und Staatstheorie (1911-1934)*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, p. 11 ss.; Gabriel Nogueira Dias, *Rechtspositivismus und Rechtstheorie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, p. 12 ss. e 54 ss.; Thiago Tannous, *O Aluno do Aluno: A Controvérsia entre Hans Kelsen e Fritz Sander*. São Paulo, Universidade de São Paulo, 2013. Representativos do contexto então altamente concorrencial: Hermann Kantorowicz (Gnaeus Favius), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1906; Bernhard Stark, *Die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft und die naturwissenschaftliche Methode*, in: *Juristische Blätter*, 47, 1918, p. 301-304; Fritz Sander, *Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung*, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Band 1, 1919/1920, p. 132-164; *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtsverfäbrung? Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens*, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2. Band, 1921, p. 511-670; *Kelsens Rechtslehre. Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz*, Tübingen, 1923; Hans Kelsen, *Rechtswissenschaft und Recht: Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der „Rechtsdogmatik“*, in: *ZöR*, 1922; Axel-Johannes Korb, *Sander gegen Kelsen. Geschichte einer Feindschaft*, in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Orgs.), *Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit*, Wien, 2009; Felix Kaufmann, *Theorie der Rechtsverfäbrung oder reine Rechtslehre?* In: *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Band 3, 1922, p. 236-263; Philipp Heck, *Die reine Rechtslehre und die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft*, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, 122. Bd., H. 2, 1924, p. 173-194; *Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner*, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, 142. Bd., H. 2, 1936, p. 129-202; *Rechtsphilosophie und Interessenjurisprudenz*, cit., p. 129-196.

⁸⁵ Assim também em Alexander Somek, *Rechtliches Wissen*, cit. p. 7.

assimilar os modelos das ciências económicas, sociológicas e psicológicas, a fim de solucionar os conflitos jurídicos a partir do encadeamento empírico dos interesses mediados pelo direito; bem como, ainda, aqueles que defendem um regresso como que brando ao jusnaturalismo, com o resgate filosófico dos valores ditos ético-jurídicos para a compreensão do direito positivo⁸⁶. Também as representações mais pontuais da ciência do direito evidenciam a pluralidade em questão: representa-se-lhe, por exemplo, como «ciência prática», como «ciência empírico-psicológica», como «ciência experiencial-materialista», «ciência humano-cultural», etc. O que há, em suma, no início do século 20, é uma pluralidade de perspectivas-projetos a concorrer para a definição do método do pensamento jurídico. Como modelos metódicos autónomos, importa perceber em tais projetos uma certa tendência a tematizar a ciência do direito em bloco, isto é, como se se tratasse, a ciência do direito, de um todo homogéneo que trabalha e pensa à base de um único método e/ou modelo de pensamento⁸⁷. Noutras palavras: embora a marca da virada de séculos seja mesmo a da pluralidade de perspectivas, estas, por sua vez, não deixam de ser, cada qual a partir da sua própria visão de mundo e na defesa da sua própria proposta metódica, também elas totalizantes.

Desde o ponto de vista teórico-metodológico, cumpre sublinhar que, com a passagem para o século 20, é retirado do domínio da ciência do direito o processo da obtenção do direito, percebendo-se-lhe, a partir de então, como um fenómeno fundamentalmente, melhor: *prima vista* externo ao pensamento jurídico⁸⁸. Isto conduz, perceba-se, a uma fragmentação da imagem do Direito, até então compreendido como uma totalidade dada *a priori*, num arranjo científico-racional, e faz emergir, por conseguinte, (uma cert)a percepção da sua incompletude, é dizer: da lacunosidade

⁸⁶ Na tentativa de fazer uma síntese da pluralidade de perspectivas então em pauta, Jan Schröder propõe uma organização conceitual com três variantes: a variante sociológica (da qual seria representativa a metodologia de Philipp Heck), a variante idealista (com Rudolf Stammler e o seu conceito de *richtiges Recht*, bem como com Gustav Radbruch e a sua referência, numa síntese jusfilosófica entre *Wollen und Sollen*, aos valores do direito e à *Rechtsidee* [«In dieser Weise verbinden sich bei den meisten Autoren Voluntarismus und Idealismus: Recht ist zwar schon jede Willensäußerung des Gesetzgebers, aber sie strebt Gerechtigkeit oder Richtigkeit jedenfalls an.»]), e, por fim, a variante normativa (com Hans Kelsen e a pureza metódica do conhecimento jurídico), com variações, ainda, dessas três variantes, a partir das teorias objetiva e subjetiva da interpretação. Os idealistas estariam mais próximos da teoria objetiva, os sociologistas, da teoria subjetiva, e a teoria pura, nem de uma nem da outra, pois transformaria o problema da interpretação normativa em um problema de saber se se está diante de de uma decisão jurídica ou de uma decisão política. Cfr. Schröder, *Zur Geschichte der juristischen Methodenlehre zwischen 1850 und 1933*, cit. p. 169-174.

⁸⁷ Uma concepção dita plural da ciência do direito, incluindo a sociologia jurídica ao lado da divisão disciplinar até então dominante, encontra-se em Hermann Kantorowicz, *Legal Science – A Summary of its Methodology*, in. *Columbia Law Review*, Vol. 28, 1928, p. 679-707, especial. p. 691.

⁸⁸ Para dizer com Jan Schröder, substitui-se à convicção académica sobre o que é o direito (*Rechtsüberzeugung*) a vontade constitutiva dos seus atores concretos (*Rechtswillen*). «Es ist eben der Wille, der das Recht [...] hervorbringt, und nicht die innere stillwerkende Überzeugung von der Richtigkeit des Rechts.» Sobre o voluntarismo que entra então em pauta: «Primär ist nicht mehr die Rechtsüberzeugung (die man auch Rechtsgefühl nennen kann), sondern das tatsächlich geübte Recht.» Schröder, *Zur Geschichte der juristischen Methodenlehre zwischen 1850 und 1933*, cit. p. 165.

do direito. No lugar, agora, do «direito da natureza» e/ou do «direito da ciência do direito», tradicionais fontes subsidiárias, passa a tematizar-se, como instância de fechamento do sistema, o «direito dos juízes» (*Richterrecht*)⁸⁹. O direito judicial ganha, desta forma, a centralidade teórico-metodológica que até hoje se lhe concede. No que toca, ademais, e dessarte, a determinação do trabalho interno da dogmática, prevalece, entre os discursos em luta pel(o método d)a ciência do direito, o discurso prático da crítica metodológica, que, a articular uma intenção finalística ao pensamento jurídico – na linha conceitual do *Zweck des Rechts* jheringueano –, traz para o centro das reflexões dogmático-metodológicas a «práxis do direito», mais precisamente: a práxis judicial do direito. É assim que se transitará, num avançar normativo do pensamento teleológico, da *Freirechtslehre* para a *Interessenjurisprudenz* e desta para a *Wertungsjurisprudenz*, que se consolida dominante com o pós-guerra. O que unifica as divergências metodológicas de tais escolas é, entretanto, e com efeito, a sua dedicação ao tema da criação do direito pelo juiz⁹⁰. Se se considera a diferenciação acima referida entre *questão de método* e *questão de competência*, bem como entre os campos da *ciência* e da *práxis*, pode concluir-se que está a operar-se, com a crítica metodológica do início do século 20, uma síntese normativa entre «método» e «práxis». Ou seja: a práxis deixa de ser vista como algo a manter à distância do método, para se lhe conceber, ao contrário, como uma “coisa própria do método”, entenda-se: como um território a ser metodologicamente ocupado pelo pensamento jurídico⁹¹. A ciência do direito, por sua vez, e desta feita, abandona a autoimagem de

⁸⁹ «Der im späten 19. Jahrhundert aufkommende rechtstheoretische Voluntarismus wandelt die Rechtsquellenlehre völlig um. Das Gesetz wird zum Willen des Gesetzgebers. Das Gewohnheitsrecht wird zur willentlich erzeugten, von der Rechtsgemeinschaft dann hingenommenen Übung. Und da der Voluntarismus keine subsidiäre Rechtsquelle, wie Naturrecht oder wissenschaftliches Recht, mehr kennt, muss nun unter gewissen Umständen auch der Richterspruch Recht schaffen, wenn auch nur für den jeweiligen Einzelfall.» Schröder, *Ibidem*, p. 168. Ver também: Eduard Picker, *Richterrecht und Rechtsdogmatik. Zur rechtsdogmatischen Disziplinierung des Richterrechts*, in: *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, cit. p. 90.

⁹⁰ «Die Unentbehrlichkeit der richterlichen Rechtsschöpfung *als solche* ist im frühen 20. Jahrhundert fast unumstritten (und das macht es auch so schwierig, die Freirechtler von den Nichtfreirechtlern überhaupt noch zu unterscheiden).» *Ibidem*, *Idem*.

⁹¹ Nas palavras de Hermann Kantorowicz, *Zur Lehre vom richtigen Recht*, cit. p. 9: «So wird zum ersten Mal der Praxis die Notwendigkeit einer rechtsphilosophischen, nicht nur technischen, Bearbeitung des Rechtsstoffes fühlbar, wenn anders nicht in diesem wichtigen Punkte an Stelle der sonst erstreben wissenschaftlichen Exaktheit ein Tasten und Raten, an Stelle des Beweisens des Behaupten treten solle.» Que se fale aí de uma reflexão jusfilosófica em torno da práxis não significa que a crítica metodológica, tampouco a estritamente teórica, do início dos novecentos seja defensora da filosofia do direito, como disciplina fundante da reflexão metódica. A postura então aceite como cientificamente crítica é, antes, cética diante das promessas jusfilosóficas, daí que a proposta do próprio Kantorowicz venha a desenvolver-se com base numa análise de tipo sociológico, lógico-causal, e já não tanto de tipo normativo, no sentido de pensar um fundamento e/ou método para a correção/justeza da práxis; esse mesmo viés sociológico marcará, ademais, a proposta metodológica de Philipp Heck. Importa ter em mente que a filosofia do direito era a disciplina-ciência até então dominante, diante da qual estava a exigir-se uma postura crítica. Para a nova teoria, essas diferenciações disciplinares são particularmente relevantes, eis que, como dito, interessa hoje compreender as relações intradisciplinares da ciência do direito e os efeitos que tais relações geram na determinação e estruturação das disciplinas e subdisciplinas jurídicas, especialmente no trabalho da dogmática. Sobre a tradicional dominância da filosofia do direito: «Wissenschaftstheoretisch stellt die Rechtsphilosophie zweifelsohne die ältere und bedeutsamere Disziplin dar. Sie entstand im Umfeld von *Kants* Metaphysik der Sitten um die Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert und trat im

ciência conceitual abstrata, para assumir-se como um tipo de pensamento prático, que não obstante quer-se metódica e reflexivamente autónomo. E o que garante a sua autonomia é precisamente a práxis do direito, que passa a ser analisada internamente. Representada a práxis como um território específico, comprometida, ela própria, com exigências e aspirações, com desideratos, intenções e valores autónomos, a tais elementos a metodologia jurídica, como pensamento prático – entenda-se: como reflexão sobre o modo como devem juízes e juízas decidir⁹² –, já não pode deixar de estar atenta. Ao assumir a responsabilidade metódica para com a práxis, o pensamento jurídico, no nível dogmático-reflexivo da metodologia, passa a chamar a atenção, num diálogo intradisciplinar com a filosofia do direito⁹³, aos ditos princípios fundamentais do direito, mobilizando uma intenção propriamente normativa diante da práxis.

4. A perspectiva disciplinar da metodologia jurídica tradicional e/ou dominante no século 20

Como será ainda elucidado, a nova teoria adverte, hoje, para o fato de a práxis, na sua real autonomia, não se deixar re(con)duzir, assim sem mais, à ciência, aos seus métodos e às suas

Laufe des 19. Jahrhunderts die Erbschaft des zuvor herrschenden Vernunftrechts an. Bis heute fungiert sie als leitende Disziplinbezeichnung für die Frage nach der Gerechtigkeit des Rechts sowie für Theorien eines vernünftigen, richtigen, natürlichen oder absoluten Rechts.» Marietta Auer, *Rechtstheorie*, cit. p. 29. É também com isto em perspectiva que deve ler-se a diferenciação disciplinar da *Allgemeine Rechtslehre*, referida acima, que aparece, num tal contexto, como uma espécie de disciplina intermediária entre a dogmática e a filosofia do direito, mas que, criticamente, pode também ser compreendida como uma simples reflexão geral da própria dogmática. «So war der Gegenstandsbereich der Allgemeinen Rechtslehre umstrittenen Anspruch gekennzeichnet, große Zusammenhänge, allgemeine Strukturen, Prinzipien und Begriffe des Rechts zu formulieren und sich dennoch in philosophischer Enthaltbarkeit hinsichtlich der zugrundeliegenden normativen und erkenntnistheoretischen Prämissen zu üben.» (p. 30) A postura-intenção mais radicalmente crítica diante da filosofia do direito, e num olhar agora já puramente teórico – nem filosófico nem metodológico, e a querer-se tampouco dogmático –, vem expressa no prefácio da primeira edição do *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, Jg. 1. (1926/1927), periódico fundado por Hans Kelsen, Léon Duguit e Franz Weyer, da seguinte forma: «Wenn von einer Theorie des Rechts und nicht von Rechtsphilosophie gesprochen wird, so soll damit angedeutet werden, dass jenes Problem, dessen spekulative Lösung man für gewöhnlich in erster Linie unter der Bezeichnung „Rechtsphilosophie“ zu verstehen pflegt: das Problem der Gerechtigkeit, des richtigen, gerechten, des natürlichen oder absoluten Rechts, in den Kreis jener Erörterungen nicht einbezogen werden soll, denen die neue Zeitschrift gewidmet ist [...] ihr Arbeitsgebiet ist jene Theorie des Rechts, die nur eine Theorie des *positiven* Rechts sein kann und will.» (p. 3)

⁹² Com Philipp Heck: «Die neue Richtung, der die Interessensjurisprudenz angehört, beruht auf der Erkenntnis, daß eine Beschränkung des Richters auf die logische Subsumtion die Lebensbedürfnisse nicht befriedigen kann. [...] Was unser Gesetz und unser Leben braucht, das ist ein Richter, der dem Gesetzgeber als denkender Gehilfe zur Seite tritt, der nicht nur die Worte und die Gebote beachtet, sondern in die Absichten des Gesetzgebers eindringt und die Werturteile des Gesetzes auch für die nichtgeregelten Sachlagen auf Grunde eigener Interessenprüfung verwirklicht.» Heck, *Begriffsbildung und Interessensjurisprudenz*, cit. 4.

⁹³ Para a passagem, que marca um regresso ao direito natural, à dimensão dos valores, será essencial, cumpre anotar, o neokantismo radbruchiano, com o seu conceito dito cultural de direito. «Der Begriff des Rechts ist ein Kulturbegriff, d.h. ein Begriff von einer wertbezogenen Wirklichkeit, einer Wirklichkeit, die den Sinn hat, einem Werte zu dienen. Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen.» Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, cit. p. 34.

vontades disciplinares, pois aquelas questões – de *competência* e de *método* – cristalizam, na realidade, uma diferença institucional reflexivamente intransponível. Ainda assim, é também verdade que não raro a ciência do direito, melhor: os/as cientistas do direito tentam a chance de ganhar influência e autoridade reflexiva sobre a práxis do direito. Como que a assumir a herança dos esforços teórico-metodológicos do início do século⁹⁴, ainda marcadamente céticos diante da dominância dogmático-filosófica do século anterior, emergem, com o impulso normativo do pós-guerra, e sob o influxo, muito especialmente, da assim chamada *realibitação da filosofia prática*⁹⁵, diversos modelos metódicos

⁹⁴ Antes ainda de seguir, é importante registrar a diferenciação essencial entre a escola do direito livre, na figura, aqui, de Hermann Kantorowicz, e a jurisprudência dos interesses, com Philipp Heck, este um dos responsáveis pelo vigor prático-judicial da metodologia jurídica do século passado, e cujo refinamento metódico faz parecerem rudimentares as considerações de Kantorowicz, que, no entanto, do ponto de vista estritamente teórico, se revelam hoje desbravadoras. Cfr. Philipp Heck, *Rechtsphilosophie und Interessenjurisprudenz*, in. AcP, Bd. 143, H. 2, 1937, p. 129-196; Eberhard Dorndorf, *Zu den theoretischen Grundlagen der Interessenjurisprudenz*, in. ARSP, Vol. 81, Nr. 4, 1995, p. 542-562; Joachim Rückert, *Interessenjurisprudenz, Verfassungswandel, Methodenwandel, Juristenjurisprudenz?*, in. JZ, 2017, p. 965-974; Bernd Hüpers, *Karl Larenz – Methodenlehre und Philosophie des Rechts in Geschichte und Gegenwart*, BWV Berliner Wissenschafts-Verlag, 2016, p. 276-371 [«Philipp Heck»]. Sobre o caráter desbravador da *Freirechtslehre*, aos cuidados de Kantorowicz, cfr. Marietta Auer, *Der Kampf um die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft – zum 75. Todestag von Hermann Kantorowicz*, in. ZEuP, 2015, p. 773-805. A diferença essencial entre a teoria do direito livre de Kantorowicz e a metodologia da jurisprudência dos interesses – melhor: entre aquela e as metodologias jurídicas, incluída aí, desde logo, também a jurisprudência dos valores – consiste no fato de que, para aquela, uma vez reconhecida a existência da autonomia-liberdade do direito, i.e., o campo do direito livre, a intenção de uma vinculação metodológica da atividade judicial teria de ser compreendida, também ela, como uma tentativa de criação heterónoma do direito, isto é, de captura subjetivista da liberdade do direito; essa captura metodológica não seria, ademais, autorizada sequer pelo direito vigente. Daí que o conceito central de Kantorowicz seja *autonome Rechtsschöpfung*, e não tanto *Rechtsfortbildung* ou *Fortentwicklung des Rechts*, conceitos clássicos, estes últimos, do vocabulário metodológico. Para Kantorowicz, à metodologia seria, pois, impossível tocar com os seus modelos metódicos o núcleo da autonomia do direito, representando, assim, o conceito de *criação autónoma do direito* – também o de «direito livre» – uma categoria mais descritiva do que prescritiva e/ou normativa. «Fragen wie etwa die nach der genauen Einleitung der Lückenarten oder nach der konkreten Beschaffenheit des Schlussverfahrens im Fall der Analogie waren von seinem Standpunkt aus schlicht rechtstheoretisch irrelevant.» (Auer, *Kampf*, cit. p. 788) O projeto de uma vinculação metodológica da atividade judicial seria, ademais, um *ideal bizantino*, almejado por uma espécie de ciência secreta de juristas-padres (*das byzantinische Ideal des seine Geheimwissenschaft zelebrierenden Priesterjuristen*) pouco afeitos à democracia liberal constitucional. (Kantorowicz, *Kampf*, p.7; Auer, *Kampf*, p. 775 ss.) As medidas e os critérios metodológicos conduziram, ao fim e ao cabo, a resultados concretamente arbitrários, dada a inexistência de uma metaregra capaz de determinar a utilização das várias opções metodológicas. Porque impossível entregar ao juiz mais do que aquilo que ele já tem (*expressis verbis*: «Wir glauben, dass wir dem Richter damit nicht mehr geben, als was er sich bisher schon selbst – notwendigerweise – genommen hat.» Kantorowicz, *Kampf*, p. 42), a metodologia representaria, para Kantorowicz, apenas uma aparência de racionalidade, mas estaria a promover, para além das aparências, a prática de fundamentações arbitrárias. (Auer, *Kampf*, p. 784)

⁹⁵ Cfr. José Manuel Aroso Linhares, *The rehabilitation of practical reasoning and the persistence of deductivism: an impossible challenge?* In. ORCID, 2019, versão fornecida pela autor, p. 1-17, especial. p. 12 ss.; Martin Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, 1979, p. 17 ss. No âmbito do pensamento jurídico, a reabilitação da filosofia prática – a envolver, como discurso académico, diversas vozes, dentre as quais se destacam, além das articulações das teorias da justiça, e ao lado da hermenêutica gadameriana, a tópica viehwegiana e a nova retórica perelmaniana, sem ignorar os importantes desdobramentos no âmbito da filosofia analítica, especialmente com as teorias da argumentação – recupera, num regresso à *auctoritas* filosófica de Aristóteles, e às suas meditações acerca das virtudes intelectuais, o interesse reflexivo pelas especificidades do pensamento prático e, desta feita, da práxis do direito. Cfr. Aroso Linhares, *O Direito como mundo prático autónomo*, cit. p. 131-136. A *práxis* deixa de ser percebida como uma espécie de objeto inanimado, ou como mera técnica a ser axiomáticamente subsumida desde um ponto de vista metódico abstrato (e a ela externo), para se lhe conceber como detentora, ela própria, de uma racionalidade interna, isto é, uma autonomia reflexiva. Centrais, no âmbito de um tal regresso – que sustenta, em suma, uma redescoberta da própria filosofia do direito (que vinha sendo objeto de destruição teórica) –, são, então, as categorias de *prudentia* e *phronêsis*, tratando-se de referir, com isto, um tipo de saber humano que, por conta da sua contingência prática (um saber prático), não seria

dedicados ao controle/correção normativa da práxis judicial do direito. A intenção, a seguir, não é reconstruir a totalidade dos modelos aí implicados, interessando apenas identificar, desde a perspectiva da nova teoria, a estrutura do discurso disciplinar daquilo que passará a tratar-se, aqui, por «*metodologia jurídica tradicional*»⁹⁶. Alguns nomes, entre outros a serem oportunamente

passível de dedução aos modelos da certeza cientificista, funcionando, antes, na *lógica do provável e do verossímil*. Sob um tal espectro filosófico, passa a representar-se o pensamento jurídico, fundamentalmente, como *iuris-prudentia*, e não mais como *iuris-scientia*, com um padrão de racionalidade não objetivista (colocado no horizonte da relação sujeito/objeto), mas, sim, intersubjetivista (sujeito/sujeito). Sobre a diferenciação entre «*iuris-prudentia*» e entre «*iuris-scientia*», com os olhos na dogmática jurídica, cfr. Rolf Gröschner, *Rechtsdogmatik*, cit., p. 61-66. No campo específico da metodologia jurídica, a reabilitação da filosofia prática fundamenta uma diferenciação de importância capital, com a consolidação, no século passado, de uma metodologia que, a assumir-se a si própria como dimensão imanente da práxis, abandona, como que definitivamente, a intenção técnico-subsuntivista, para reivindicar uma tarefa propriamente prático-prudencial – com o pensamento metodológico a orientar-se, normativo-reflexivamente, no interior (embora necessariamente hipotético) da práxis. Cfr. Gröschner, *Dialogik und Jurisprudenz. Die Philosophie des Dialogs als Philosophie der Rechtspraxis*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1982, p. 3 s. Noutras palavras: a práxis e o pensamento prático passam a ser vistos como se formassem uma espécie de unidade dialética mutuamente constitutiva, ou simplesmente: co-constitutiva, de tipo normativo-reflexivo, com os modelos metodológicos a reconstruírem, insistisse: normativo-reflexivamente, os sentidos internos da práxis judicial. A sutileza de uma tal diferenciação ganha clareza ao considerar-se o embate metodológico entre a *Wertungsjurisprudenz* de Karl Larenz e a *Interessenjurisprudenz* de Philipp Heck, ambas, ademais, como crítica ao conceitualismo da *Begriffsjurisprudenz*. Com efeito, tocado por uma certa pretensão de justeza, o pensamento metodológico de Larenz articula uma esfera normativa e valorativa que escapa às pretensões técnico-metódicas de Heck. Assim é porque, diferente de Larenz, a representação heckiana da ciência do direito como uma *ciência prática* encontra o seu fundamento reflexivo não na filosofia, mas num pensamento de tipo sociológico, isto é: fundamenta-se não transcendental-filosoficamente, mas empírico-sociologicamente. Daí que no seu *Rechtsphilosophie und Interessenjurisprudenz* encontre-se um conceito da práxis como *Beruf und Technik* (p. 144 ss.) – mas sem confundir-se, impõe salientar, com a visão oitocentista, pois, diferente desta, Heck proporá uma síntese entre método e técnica –, bem como uma forte crítica a Larenz e à fundamentação filosófica da ciência do direito. Para Heck, a via filosófica manteria o pensamento jurídico preso ainda à jurisprudência dos conceitos, e, por conseguinte, seria incapaz de operar uma verdadeira síntese metódica com a práxis. A via para tanto seria a das ciências empíricas. Uma vez liberto dos sistemas filosóficos e das suas transcendentais visões de mundo (entendidas como subjetivistas), o modelo empírico da ciência do direito abriria o caminho para o ajuste técnico-causal da práxis e do comportamento do juiz (p. 155). Embora mantenha, portanto, o conceito de técnica para representar a práxis, Heck crê afastar-se do conceitualismo oitocentista ao negar o fundamento da filosofia do direito. Esta diferenciação é particularmente relevante porque marcará o horizonte da metodologia na segunda metade do século vinte, tendo predominado, no embate entre a jurisprudência dos interesses (empíricos) e a jurisprudência dos valores (transcendentais), o modo de pensar desta última, com a prevalência, pois, do diálogo intradisciplinar entre a metodologia e a filosofia. Ver Philipp Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, in: AfCP, 1914, p. 8 ss. e 11 ss. Para uma reconstrução crítica da jurisprudência dos interesses, cfr. Marietta Auer, *Methodenkritik und Interessenjurisprudenz. Philipp Heck zum 150. Geburtstag*, in: ZeuP, 2008, p. 517-533. Ver também Hans-Martin Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen*, cit. p. 4-8; *Einführung in die Juristische Methodenlehre*, cit. p. 89 ss. Sobre a falta de interesse de Heck pelos «*allgemeine Rechtsprinzipien*» – com a consequência de a sua metodologia ser incapaz de solucionar problemas que envolvam os princípios normativos do direito –, cfr. Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, in: Gesammelte Schriften, cit. p. 220-225. Ainda: Josef Esser, *Dogmatisches Denken im Zivilrecht*, cit. p. 112 s.

⁹⁶ Por «*metodologia jurídica tradicional*» entende-se, aqui, e assumida a perspectiva da nova teoria, o discurso jurídico-metodológico dominante no século vinte, a partir mormente do pós-guerra. Ver neste sentido: Oliver Lepsius, *Theorie der Rechtswissenschaftstheorie*, cit. p. 1-50; Matthias Jestaedt, *Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie*, cit. p. 185-205; Marietta Auer, *Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie*, cit. p. 63-74; Alexander Somek, *Rechtliches Wissen*, cit. p. 57-92; Josef Franz Lindner, *Rechtswissenschaft als Metaphysik*, cit. p. 83-90; Christian Bumke, *Rechtsdogmatik*, 2017, cit. p. 113-116. Mais do que reconstruir, repita-se, a totalidade dos modelos metódicos de um tal período, e indicar, então, as suas micro-diferenças internas, interessa, aqui, acentuar, no horizonte de uma teoria das *ciências do direito*, as suas componentes gerais, aquilo que é, portanto, como que comum aos diversos modelos, a fim de chegar-se, por esta via, a uma *concepção disciplinar* da «*metodologia jurídica*», ou seja: um concepção que indique o campo reflexivo básico de que emergem, ainal, os respectivos modelos. A lembrar as palavras de Franz Reimer, trata-se de buscar, assim, o «*estilo disciplinar da metodologia jurídica*». Reimer, *Was ist die Frage, auf die die Juristische Methodenlehre eine Antwort sein will?*, cit. p. 16. Isto posto, para uma reconstrução do discurso metodológico do século vinte, cfr. Axel Adrian, *Grundprobleme*

convocados, merecem, por conta da sua relevância singular, um destaque especial: são os nomes de Karl Larenz, Friedrich Müller, Theodor Viehweg, Josef Esser, Martin Kriele, Robert Alexy e António Castanheira Neves.

a) Karl Larenz. Uma metodologia da ciência do direito, mas para a práxis do direito

No contexto da reabilitação da filosofia prática⁹⁷, o livro epocal de Karl Larenz, desprovido embora de uma concepção clara de direito⁹⁸, caracteriza a ciência do direito como uma *verstehende Textwissenschaft*. Desde o campo próprio do direito civil, o autor de *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* delimita as atividades da ciência do direito com seções dedicadas aos temas da «interpretação» (*Auslegung*), da «construção do caso jurídico» (*Bildung des Sachverhalts*), da «formação judicial do direito» (*richterliche Rechtsfortbildung*) e da «construção do sistema» (*Systembildung*). Trata-se, diz, de uma metodologia para o pensamento jurídico, concebido este, muito especificamente, como a ciência dogmática que trata do direito no seu aspecto propriamente normativo, isto é, que trata com o sentido das normas jurídicas, cabendo-lhe, fundamentalmente, problematizar os textos do direito e as suas diferentes possibilidades interpretativas⁹⁹. Para Larenz, interpretar significa determinar, com base num juízo forçosamente valorativo¹⁰⁰, o sentido de um texto. No universo

einer juristischen (gemeinschaftsrechtlichen) Methodenlehre, cit. p. 539-633. Sobre o estilo filosófico, no âmbito mesmo da reabilitação da filosofia prática, da metodologia do pós-guerra, cfr. Eric Hilgendorf, *Die Renaissance der Rechtstheorie zwischen 1965 und 1985*, Ergon, Würzburg, 2005, p. 35 ss. Para uma crítica do caráter demasiado interpretativo da metodologia tradicional, cfr. Jannis Lennartz, *Dogmatik als Methode*, cit. p. 62-95, neste último também para a identificação, desde logo, de duas componentes constantes ao discurso metodológico: a representação da ciência do direito como ciência prática, de um lado, e o foco disciplinar no juiz e no seu dever de fundamentação decisória (*Richterperspektive*). Daí decorreria a intenção básica da metodologia no sentido de controlar, corrigir e/ou orientar, normativamente a práxis judicial.

⁹⁷ Cfr. Meinrad Böhl/Wolfgang Reinhard/Peter Walter (Orgs.), *Hermeneutik. Die Geschichte der abendländischen Textauslegung von der Antike bis zur Gegenwart*, Böhlau Verlag, Wien Köln Weimar, 2013, p. 308-346, especialmente p. 335-338.

⁹⁸ Referido da seguinte forma: „Recht“ ist eine Ordnung zwischenmenschlicher Beziehungen unter Anforderungen der Gerechtigkeit, insbesondere des gleichen Maßes für alle.» Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York, 1991, p. 371.

⁹⁹ «Im Folgenden geht es um eine Methodenlehre der Jurisprudenz. Wir hatten die Jurisprudenz als diejenige Wissenschaft vom Recht gekennzeichnet, die sich mit ihm vornehmlich unter dem normativen Aspekt und daher mit dem ‚Sinn‘ von Normen befasst.» «Die Jurisprudenz ist eben darum eine Wissenschaft – sieht man einmal von dem Einwand der Anhänger des ‚scientistischen‘ Wissenschaftsbegriffs ab – weil sie Rechtstexte grundsätzlich problematisiert, d.h. sie auf verschiedene Deutungsmöglichkeiten hin befragt.» Ibidem, p. 195 e 204. Para Larenz, a metodologia jurídica é uma «hermeneutische Selbstreflexion der Jurisprudenz»; «[es gehe] um die besonderen Weisen des Verstehens rechtlicher Sinnbezüge.» (p. 243 e 245)

¹⁰⁰ Reconhecendo embora a importância da *Begriffsjurisprudenz* – e muito especialmente do «pensamento de sistema» –, Larenz chama a atenção para o caráter necessariamente valorativo do pensamento jurídico, no que clama pela superação da visão apenas lógico-formalista, uma vez que «[...] daß Rechtsanwendung nicht von Interpretation und Rechtsfortbildung getrennt werden kann, daß sie nur zu einem geringen Teil auf logischer Subsumtion, im weitesten Maße auf Beurteilungen ganz anderer Art beruht, daß wertorientiertes Denken in der Jurisprudenz unentbehrlich ist und nicht mit persönlichem Werten gleichgesetzt werden darf, sowie welcher spezifischer Denkformen – wie Typus, konkretisierungsbedürftiger Maßstab, funktionsbestimmter Begriff – sich ein solches

jurídico, a sua finalidade técnica seria expressar o conteúdo normativo da *lei*, na perspectiva, entretanto, da «aplicação do direito» (*Rechtsanwendung*)¹⁰¹. No embate clássico, portanto, entre as teorias da interpretação do direito, “objetiva” e “subjetiva”, posiciona-se Larenz ao lado d(e um)a “interpretação objetiva”, eis que, instável, o sentido d(o texto d)o direito não seria algo dado *ex ante*, mas construído *ex post*.

A formação judicial do direito aparece, em Larenz, subordinada à teoria da interpretação¹⁰². Essencial seria identificar os limites terminológicos do texto jurídico (*Wortlautgrenze*), e a competência para tanto seria do próprio juiz¹⁰³. Uma vez confrontado, na prática, com a necessidade de complementar as lacunas legais, o juiz deveria operar, num primeiro momento, segundo os planos do legislador, numa espécie de aperfeiçoamento judicial (do direito) imanente à lei. Esta imanência poderia, contudo, ser vencida/transcendida nos casos em que somente com o auxílio dos ditos princípios da ordem geral do direito (*Prinzipien der Gesamtrechtsordnung*) revelasse-se possível chegar a uma solução técnica do caso concreto. À teleologia da lei sobrepor-se-ia (um)a teleologia do direito. Porque o aperfeiçoamento judicial do direito, pela via da transcendência legal – ou seja: *extra legem* –, ultrapassa os limites do plano normativo inserto no texto da lei, impor-se-ia realizá-lo apenas em cenários de necessidade incontestes, e à base, muito especificamente, dos princípios gerais do direito e da constituição¹⁰⁴.

Indispensável para imprimir o acabamento normativo de tais postulados interpretativos, o conceito-constructo do *sistema* provém, aqui, não diretamente de Larenz, mas do seu aluno, Claus-Wilhelm Canaris, a quem o professor faz referências constantes¹⁰⁵. Trata-se de uma tentativa de

Denken bedient.» Ibidem, cit. p. 246. Sobre a importância, para Larenz, da crítica de Engisch ao ideal do método axiomático-dedutivo, cfr. Axel Adrian, *Grundprobleme*, cit., p. 623-625. Sobre Larenz como representante da *Wertungsjurisprudenz*, por todos: Martin Corzilius, *Recht*, in. Hermeneutik. Die Geschichte der abendländlichen Textauslegung von der Antike bis zur Gegenwart, cit. p. 335 ss.

¹⁰¹ *Rechtsanwendung* significa para Larenz um fenómeno/processo geral, no âmbito da decisão judicial, no interior do qual se desenrolam tanto a *Auslegung* quanto a *Rechtsfortbildung*. Enquanto a primeira permanece adstrita às palavras da lei, transcende-as a segunda (p. 141 ss.). Daí que a *Rechtsfortbildung* envolva, sob os cuidados de Larenz, não apenas uma *Deutung* mas também uma *Umdeutung*, falando-se em formação do direito *gesetzimmanent* e *gesetzübersteigend*. Diferencia-se então a interpretação segundo o sentido da palavra (*Wortsinn*), o contexto significativo (*Bedeutungszusammenhang*), as finalidades do legislador histórico e os critérios objetivo-teleológicos. Uma ordem de prioridade não é indicada.

¹⁰² «Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung dürfen nicht als wesensverschieden angesehen werden, sondern nur als von einander verschiedene Stufen desselben gedanklichen Verfahrens.» Ibidem, p. 366.

¹⁰³ Ibidem, p. 370.

¹⁰⁴ «Zu einer gesetzesübergreifenden Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf ein rechtsetzendes Prinzip kommt es dann, wenn ein solches Prinzip, erstmal erkannt und in überzeugender Weise ausgesprochen wird.» Ibidem, p. 421.

¹⁰⁵ A relação professor-aluno entre Larenz e Canaris, responsável o último pela reedição de *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, é notória. Ver neste sentido Claus-Wilhelm Canaris, *Karl Larenz*, in. Stefan Grundmann/Karl Riesenhuber (Orgs.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler*, Band 2, Berlin New York, 2010, p. 263 ss. No mesmo volume (Reinhard Singer, *Claus-Wilhelm Canaris*, p. 366.), lê-se sobre

(re)construir o conceito tradicional de sistema alicerçando-o sobre um pensamento de tipo finalístico (*Zweckdenken*) e um ideal suprapositivo de direito. Mobiliza-se, para tanto, a diferenciação clássica entre sistemas *externo* e *interno*¹⁰⁶. Enquanto o primeiro faz referência, aí, aos conceitos e categorias elementares do arranjo textual-normativo do direito, indicaria, o segundo, a estrutura dita fundamental das finalidades e dos valores ético-jurídicos do direito. Assim, ao invés de dar expressão, na articulação do sistema interno, às vontades constitutivas do legislador histórico, acaba por recorrer-se à representação – *metafísica*¹⁰⁷ – de uma «*ideia de direito*» (*Rechtsidee*). A re(con)dução das finalidade e dos valores do direito a decisões concretas/reais sobre os conflitos e interesses sociais – como era ainda com Phillip Heck – faria perder de vista, na perspectiva larenziana, o conteúdo ético-jurídico que lhes é subjacente¹⁰⁸. Assim imaginado, o sistema encerra, afinal, uma espécie de conceito(-metodológico)-limite, articulando, de um lado, as técnicas da dogmática e, do outro, os fundamentos da filosofia do direito. Tocar-lhe-ia, ao «sistema», demarcar a ordem axiológica e/ou teleológica dos princípios gerais do direito. Tais princípios, diga-se uma vez mais, condensariam os valores jurídicos fundamentais não porque provenientes do legislador histórico, mas porque seriam, na sua autotranscendência (criptohegeliana), portadores de uma força ético-jurídica dita primordial¹⁰⁹.

Canaris: «Von Karl Larenz ‚erlebt‘ er das rechtstheoretische und methodologische Fundament seines Rechtsdenkens [...]» Larenz, de seu turno, usa o conceito de sistema de Canaris repetidamente, ver *e.g.* Ibidem, p. 377.

¹⁰⁶ Ver Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., p. 437 ss. e 473 ss. Sobre a conceito clássico de sistema interno: Philipp Heck, *Begriffsbildung und Jurisprudenz*, Tübingen, 1932, p. 139 ss. Também: Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, cit. p. 97. Sobre do conceito de sistema e de um *inneres System* como representação orgânica do direito, na primeira metade do século dezenove, cfr., novamente, Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft*, cit. p. 245 s.

¹⁰⁷ Sobre o caráter metafísico do conceito de *Rechtsidee*, bem como do de valores do direito (*Rechtswerte*), assim também em Jannis Lennartz: «Die Positivismus-Kritik nach dem Ende des Zweiten Weltkrieg sorgt in der fr̄her Bundesrepublik für die Wiedekehr eines ‚berpositiven Rechtsbegriffs, dessen philosophische Begründung inder unsicher blieb. Das gilt für Radbruchs Neukantianismus, erst recht für die verschiedenen materiellen Wertethiken und Naturrechtsideen. Der überpositive Rechtsbegriff ist konturlos und [...] [a]uf ihn wird nur in Ausnahmesituationen rekurriert. Der voluntaristische Rechtsbegriff wird zumindest in der frühen Bundesrepublik durch Bezug auf eine metaphysische Rechtsidee/Rechtswerte oder Naturrecht so angereichert, dass man nicht von einem sortnreinen Gesetzpositivismus sprechen kann. Auch heute noch gilt ein Positivismus plu X, wobei das X gänzlich unbestimmt ist.» Lennartz, *Dogmatik als Methode*, cit. p. 18.

¹⁰⁸ É assim que a construção reflexiva do sistema recupera a possibilidade – e os perigos nisto implicados – de considerar-se, no âmbito do pensamento jurídico, os valores do direito, em especial a justiça. «Denn die innere Sinneinheit des Rechts, die es im System zu erfassen gilt, ist entsprechend ihrer Ableitung aus dem Gerechtigkeitsgedanken nicht logischer, sondern wertungsmäßiger, also axiologischer Art.» «Denn wie es das Wesen des Rechts ist, Wertentscheidungen zu treffen, so ist es die Aufgabe des Juristen, Wertungen nachzuvollziehen, zu Ende zu denken und schließlich, auf einer letzten Stufe, selbst vorzunehmen.» Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, in. *Gesammelte Schriften*, cit. p. 207 e 209. Dado o caráter interpretativo-constitutivo do sistema, referido a valores e princípios gerais, Bernd Rüter diz tratar-se, na verdade, de um meta-sistema, «*Metasystem*», como um conceito metafísico. Cfr. Rüter, *Wir denken die Rechtsbegriffe um... Weltanschauung als Auslegungsprinzip*, p. 62 ss. e p. 80 s.

¹⁰⁹ A concepção de direito presente em Canaris, herdada de Larenz, é marcada por uma dialética (cripto-)hegeliana entre *Sein und Sollen* que confere mais espaço, por assim dizer, ao espírito do tempo do que a uma compreensão propriamente voluntarista do direito. Instala-se assim uma tensão com os postulados fundamentais da

Impõe anotar alguns elementos críticos. Há que reconhecer, desde logo, que manter os conceitos centrais do pensamento jurídico na dependência, melhor: atrelados a conteúdos normativos estranhos à objetividade/positividade do direito significa expor aos perigos do subjetivismo não apenas a ciência do direito mas também o próprio direito. Ademais, a “subordinação” da metodologia à filosofia, e, mais especificamente, ao discurso ético-normativo da filosofia prática, pode concorrer, igualmente, para um uso metodologicamente inconsciente dos conceitos jurídicos, posto que o horizonte metodológico passa a ser, mais do que a conquista daquela objetividade, a conformação prático(o-dogmática) a postulados de ordem ética e/ou ético-jurídica. Autores como Larenz e Canaris, que, além das disciplinas fundamentais da ciência do direito, se dedicaram também à atividade dogmática, ambos no âmbito do direito civil, ignoram os fenómenos da pluralidade disciplinar e da multiplicidade metodológica. Mais do que compreender as propriedades da dogmática, as especificidades do seu trabalho interno e da sua perspectiva disciplinar, parece interessar-lhes antes dizer, num tom como que paternalista, como deve pensar o dogmático do direito. Esta é uma crítica, ademais, que pode ser desde logo generalizada, pois, realmente, a referência da metodologia tradicional à dogmática tende a reduzir-se à formulação de postulados – com caráter, insista-se, mais normativo do que propriamente teórico-metodológico – a serem como que aproblematicamente endossados¹¹⁰. Fica, além disso, e dessarte, subentendido ser possível conceber, abstrata e normativamente, um método geral para a totalidade do pensamento jurídico; uma única metodologia a ser adotada pelas ciências jurídico-privadas, jurídico-penais e jurídico-públicas, como se lhes não tocasse qualquer diferença metodico-reflexiva. O caráter metafísico do *sistema*, no exemplo de Larenz e Canaris, a referir princípios gerais transcendentais, não passíveis de recondução à objetividade das normas do direito, mostra-se, por fim, tão filosoficamente exigente quanto politicamente pouco democrático. Daí que a única saída tenha sido negar a tradicional teoria das fontes e colocar no seu lugar uma combinação, que pode dizer-se academicista, de um *Richterrecht* com uma *Rechtsidee* e uma subsidiária *Natur der Sache*,

democracia constitucional, segundo os quais a justificação para o exercício do poder – e para a criação do direito – deve passar pelas especificidades processuais do direito positivo, sem espaço para ideias (metafísicas) de direito. Ver neste sentido Jannis Lennartz, *Dogmatik als Methode*, cit., p. 71.

¹¹⁰ Assim, exemplarmente, com Martin Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, cit. p. 13 ss. «Tritt die Rechtsdogmatik in Widerspruch zur Sittlichkeit, so bleiben ihre Vorschläge in der Regel von den Gerichten unbeachtet.» No sentido de uma recondução do argumento dogmático a critérios da argumentação prática geral e mesmo a um *Gerichtigkeitsgehalt*, cfr. Esser, *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis*, cit. p. 536. Também: Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 320-325 e ss., deste último: «Dogmatisches Argumentieren ist vernünftig, solange die Rückkoppelung an die allgemeine praktische Argumentation nicht verloren geht.» (p. 334) Do ponto de vista normativo do metodólogo, pode isto parecer, é verdade, algo normal; do ponto de vista da teoria, porém, representa um problema teórico-metodológico nada trivial, pois, ao invés de contribuir com a objetividade do trabalho dogmático, amplia a sua margem de subjetividade.

arquitetónica ao final envolta por uma defesa da teleologia do direito¹¹¹. O «sistema» significa agora um agregado de decisões referidas a valores (*Wertentscheidungen*), mais uma vez: não do legislador e/ou dos reais atores do direito, mas de uma dita “práxis social” especificada numa “práxis judicial”. Que uma tal construção do pensamento jurídico sintetiza um perigoso potencial antidemocrático, em contradição com os processos da produção do direito no horizonte constitucional-democrático, salientá-lo parece prescindível¹¹².

b) Friedrich Müller. Uma jurisprudência da *concretização*

Igualmente relevante é a proposta de Friedrich Müller. Concebida no trato específico com o direito constitucional, haveria que ser compreendida, diz o autor, como uma metódica geral da práxis jurisprudencial do direito¹¹³. Forte crítico do ideal da subsunção, e tendo a atenção voltada mais para a fabricação (*Herstellung*) do que para a representação (*Darstellung*) da decisão judicial, Müller entende que as problematizações, teórico-metodológicas, em torno da interpretação jurídica não dão conta da complexidade da práxis. Diferente de Larenz, ainda vinculado aos conceitos

¹¹¹ Sobre a manipulação prática do conceito de *ideia de direito*, Bernd Rüthers, após destacar a sua função interpretativa *contra legem*, diz: «Die Juristen und auch die Bürger, die gegen das Gesetz handeln und es ändern wollen, suchen dafür Halt und Rechtfertigung bei der Rechtsidee. Die Rechtsidee wird zur Waffe gegen das geltende Gesetz. [...] Ihre Vertreter verstehen sie als eine „allgemeine (universale) Idee. Ihr wird eine für das ganze Recht konstitutive, sinnbegründende Funktion zugemessen.» Rüthers, *Das Ungerechte an der Gerechtigkeit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 3. Auflage 2009, p. 77/78.

¹¹² Neste sentido: Jannis Lennartz, *Dogmatik und Methoden*, cit. p. 72: «Für sie [Larenz e Canaris] ist die Praxis selbst Ausdruck konkretisierter Werte. Den potentiellen Widerspruch von demokratischen Gesetz und juristisch „erkannter“ Rechtsidee lösen sie durch Schweigen.» Sobre a relação problemática entre o discurso da metodologia jurídica e o horizonte da democracia constitucional, cumpre ter presente a seguinte passagem de Bernd Rüthers: «Die Grundlehren der Rechtsanwendung („Juristische Methodenlehre“) sind – historisch gesehen – überwiegend in den Kernmaterien des römischen Rechts und durch dessen Rezeption in den meisten europäischen Zivilrechtsordnungen entwickelt worden, in einer Zeit also, als das öffentliche Recht, zumal das Verfassungsrecht, von seiner heutigen Bedeutung noch weit entfernt war.» Rüthers, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, p. 4. Ainda com Rüther, noutro lugar embora: «Die Verwendung des Singulars (*die* Rechtsidee, *die* Gerechtigkeit) deutet in aller Regel den Anspruch des Verwenders an, den Inhalt zentraler überpositiver Rechtsprinzipien mit selbsternannter Autorität und Kompetenz allein zu definieren. Gerade das aber verstößt gegen die Grundprinzipien eines liberalen und demokratischen Rechtsstaates.» Rüthers, *Das Ungerechte an der Gerechtigkeit*, cit. p. 81.

¹¹³ Embora a metodologia jurídica tradicional pretenda ser uma metodologia geral, passível de assimilação por todas as áreas d(a práxis judicial d)o direito, percebe-se já aqui quão dependentes são as suas propostas relativamente ao campo disciplinar em que são articuladas. Para Larenz e Canaris, p.e., parece plausível a ideia de uma ordem (quase-estática) dos valores jurídicos – por trás do texto do direito – nomeadamente porque partem do campo disciplinar do direito civil, em que, dada a existência de um específico e estável código de normas, faz sentido a demanda por uma sua sistematização/ordenação normativa geral. No âmbito do direito constitucional, no entanto, a aceitação de uma específica ordem de pensamento por trás do texto da constituição conduz (quase-)automaticamente a um tratamento político d(o texto d)o direito. Fato é que a consideração intradisciplinar dos diferentes setores da reflexão jurídica conduz à percepção de que cada setor, melhor: cada disciplina e subdisciplinar exige especificações metodológicas próprias. Neste sentido, cfr. Thilo Kuntz, *Recht als Gegenstand der Rechtswissenschaft und performative Rechtserzeugung. zugleich ein Beitrag zur Möglichkeit von Dogmatik*, in: Acp, 2016, p. 867-910 especialm. 908, nota 215; Franz Reimer, *Juristische Methodenlehre*, cit. p. 24 ss.

clássicos do pensamento metodológico, limitando-se a elevá-los, aqui e ali, a um patamar, por assim dizer, mais hermenêutico, Müller, já mais aberto às novidades da teoria social e da teoria da linguagem, intenta articular um modelo de pensamento próprio, autónomo. O seu modelo metódico é apresentado então como uma alternativa àquilo que chama de *herrschende Meinung*, cujos contornos, de uma tal opinião dominante, permanecem, no entanto, por esclarecer, falando-se, como que indistintamente, em “positivismo”, “formalismo” e “neopositivismo”. Para Müller, o campo reflexivo-disciplinar da metodologia jurídica é determinado pelo problema da *solução do caso concreto* segundo o direito vigente. A relação da metodologia com a práxis não seria meramente *descritiva*, seria também, e ao mesmo tempo, *prescritiva*, consideradas as componentes internas da decisão judicial¹¹⁴. Essa qualidade híbrida da metodologia deve-se, em Müller, à defesa de uma teoria jurídica com implicações práticas, isto é, um pensamento jurídico que, a aproximar-se descritivamente da práxis, se vai tornando, ele próprio¹¹⁵, uma sua parte integrante. Ou seja: a superação do modelo clássico, reduzido a problematizações em torno da interpretação e da subsunção, dar-se-ia, para Müller, por meio de um exercício metódico de descrição exaustiva da práxis, descrição esta que, por conta precisamente da sua exaustão descritiva (interna à experiência da práxis), geraria, como uma consequência metódica, o surgimento de uma instância reflexiva como que prescritiva, conformando-se, assim, a dita concretização metódico-normativa do direito (*methodische Normkonkretisierung*).

¹¹⁴ «Das Thema der juristischen Methodik ist: Wie löse ich Fälle nach dem geltenden Recht.» «Theorie erläutert, was geschieht; juristische Methodologie erklärt, was im juristischen Handeln, in verschiedene Richtung reflektiert und begrifflich aufgeschlüsselt, tatsächlich vor sich geht.» Friedrich Müller/Ralph Christensen, *Juristische Methodik. Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, p. 516 e 566. Sobre o caráter prescritivo da metodologia jurídica, cfr. p. 569, em que Müller tenta uma diferenciação conceitual entre *präskriptiv* e *normativ*. Crítico: Jannis Lennartz, *Dogmatik und Methode*, cit. p. 73.

¹¹⁵ Ideia essa que vai expressa no seu conceito de *Strukturierende Rechtslehre*. «Das Theoriegebäude nicht nur dieser Methodik, sondern der Strukturierenden Rechtslehre im Ganzen kommt aus der Beobachtung, aus fortlaufender Analyse der Rechtspraxis, und es mündet in sie zurück. Das gilt, als Beispiel, sogar für so fundamentale Themen wie Zeit und Ethik. Sie werden hier nicht im akademisch abstrahierenden Stil [...] abgehandelt. Vielmehr zeigt sich die radikale Orientierung an Praxis an ihrer Immanenz: darin, dass sie unausdrücklich erfasst werden, dass sie von Anfang an integriert und operational gemacht sind – so beim Recht auf Methodengleichheit, bei der Methodenehrlichkeit als einem Maßstab für praktische Rechtsarbeit oder beim Entwickeln von Normativität und Konkretisierung im Sinn von (begrifflich strukturierbaren) zeitlich Vorgängen.» Ibidem, p. 7. Para Lennartz, *Dogmatik als Methode*, cit., p. 91, a proposta mülleriana de uma metodologia normativa e prescritivamente ativa não é apenas irrealista, é também arrogante.

Com efeito, *Konkretisierung*¹¹⁶ é o conceito nuclear do pensamento mülleriano¹¹⁷. No que toca a sua função metódica, a «concretização», como conceito descritivo-prescritivo, substituiria a centralidade da «interpretação». Opera-se, com isto, uma alteração radical no entendimento do conceito de «norma do direito»¹¹⁸. Esta deixa de ser compreendida na sua expressão textual, que demandaria, pois, técnicas de interpretação e aplicação, para se lhe divisar, agora, como o resultado prático de uma complexa relação metódica entre aquilo que Müller chama de o «programa da norma», o «âmbito da norma» e as «características empíricas» do caso concreto¹¹⁹. Essa alteração do conceito de norma, vista, insista-se, não mais como *objeto* previamente dado, mas como *produto* final da concretização judicial, tem no seu pano de fundo uma concepção também muito específica do próprio direito, é dizer, do lugar em que ganha termo a sua produção: «Recht ist alles, was der (entschiedene) Fall ist.»¹²⁰

Direito passa a ser, em suma, aquilo que se decide diante do caso jurídico (*lex in casu*). O sentido do direito, a sua normatividade, é então concebido como um fenómeno observável apenas *a posteriori*, no âmbito das contingentes concretizações judiciais, não, porém, *a priori*, posto que, não obstante a existência de previsões normativas abstratas, a serem por certo absorvidas no modelo metódico, a experiência radical da práxis forçaria uma sua subversão concreta. Seria necessário abandonar a ilusão de uma *lex ante casum*. A complexidade da práxis reivindicaria uma organização metodológica igualmente complexa. Na base da diferenciação entre «texto da norma» e «norma do direito», especifica Müller, dessarte, aquilo que seriam as componentes indispensáveis para a *concretização metódica do direito*: a ter de considerar os elementos metodológicos em sentido estrito (a

¹¹⁶ Encontra-se o mesmo conceito, vale anotar, nas formulações teórico-dogmáticas de Konrad Hesse: «Verfassungsinsterpretation ist Konkretisierung. Gerade das, was als Inhalt der Verfassung noch nicht eindeutig ist, soll unter Einbeziehung der zu ordnenden Wirklichkeit bestimmt werden.» Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., 1995, p. 20.

¹¹⁷ «Schließlich meint „Konkretisierung“ auch nicht, eine vor dem Rechtsfall schon vorhandene Norm werde auf diese hin konkretisiert, ‚konkreter‘ gemacht, in ihrem Umfang sozusagen verengt.» «Die Rechtsnorm muss im Fall jeweils erst produziert werden.» Müller/Christensen, *Juristische Methodik*, cit., p. 517.

¹¹⁸ «Da die Norm mehr ist als ein sprachlicher Satz, der auf dem Papier steht, kann ihre ‚Anwendung‘ sich nicht allein in Interpretation, in Auslegung eines Textes erschöpfen. Vielmehr handelt es sich um fallbezogene Konkretisierung dessen, was Normprogramm, Normbereich und Eigenscheiten des Sachverhalts an Daten liefern.» Ibidem, p. 119.

¹¹⁹ Com efeito, embora prometida como elemento capaz de substituir a interpretação, a impressão que fica é que, ao fim e a cabo, a concretização não conduz a um lugar muito distante. Daí também a crítica de Castanheira Neves, que percebe em Müller um apego ainda excessivo à norma abstrata. Ver o seu *Metodologia Jurídica*, cit. p. 144.

¹²⁰ «Die fragwürdige Annahme, die Rechtsnorm als *vor* dem Rechtsfall existent anzusehen, die Illusion einer *lex ante casum*, ist dagegen positivistischen und antipositivistischen Ansätzen bis heute gemeinsam. [...] Es erscheint einleuchtender, erst die *lex in casu* „Rechtsnorm“ zu nennen: hinreichen konkret, um den Ausgang des Verfahrens normativ zu steuern. Recht ist alles, was der (entschiedene) Fall ist.» Ibidem, p. 520. Na crítica de Lennartz, *Dogmatik als Methode*, cit. p. 74: «Diese Erzeugung erfolgt indes oft genug einfach durch das, was andere Auslegung nennen.» «Da Müller sein Unterfangen als normativ aufgeladene Beschreibung versucht, kann er sich von der Praxis kaum lösen. Mit der Verengung des Begriffs der Rechtsnorm erfolgt dabei auch eine Verengung der Vorstellung von Rechtswirkung.»

interpretação e as figuras da analogia e da redução teleológica); os elementos do âmbito da norma; os elementos dogmáticos; os elementos de teoria; e, os elementos ditos técnico-jurídicos e político-jurídicos¹²¹.

c) Theodor Viehweg e a tópica jurídica. Um *pensamento problemático*

Theodor Viehweg é também inescapável para o entendimento da crítica metodológica do pós-guerra¹²². O seu *Topik und Jurisprudenz* oferece, a um só tempo, a referência a um fenómeno histórico, qual seja: a utilização da estrutura de catalogação tópica no universo jurídico pré-século dezenove¹²³, e uma crítica de tipo retórico-linguística aos postulados de certeza no âmbito do conhecimento jurídico¹²⁴. O alvo da crítica é a metodologia dita ortodoxa, considerada demasiado abstrata e nem sempre capaz de oferecer a solução que os problemas concretos do direito reclamam, havendo que ser substituída por um modelo de pensamento orientado por problemas (*Problemdenkens*)¹²⁵. Com a tópica, intenta-se sobrepujar o esquema clássico da subsunção jurídica e

¹²¹ Ibidem, p. 523 ss. Para Jannis Lennartz, com o que é possível concordar, o excesso de complexidade do modelo mülleriano, além de camuflar o que está efetivamente a fazer-se – sob a desculpa de uma crítica ao positivismo –, a saber: a entregar ao juiz a determinação final do direito, ao invés de buscar-lhe o sentido na lei, revela, ainda, uma falta de espírito democrático. Cfr. Lennartz, *Dogmatik als Methode*, cit. p. 75, em que diz, referindo-se ao clássico *Juristische Methodik*: «Für ein Buch, das sich seiner philosophischen Bezüge sehr sicher ist, gibt es erstaunlich wenig Demokratietheorie.» Mais à frente, p. 91: «Das verächtliche Abtuen etwa von illusionären Tabu-Linien des Gesetzpositivismus (gemein ist die Wortlautgrenze) steht dabei in einem seltsamen Spannungsverhältnis zum Pathos der Praxisnähe, nach dem Methode aus der Praxis entwickelt werden müsse. Denn ein Praktiker hat auch Fälle vor Augen, die in seiner Wahrnehmung eine vollkommen klare Wortlautgrenze aufweisen; außerdem wird fleißig subsumiert – gerade eine „praxisorientierte“ Theorie müsste versuchen, dem gerecht zu werden. Diese Praktiker-Perspektive einfach als philosophisch minderbemittelt abzutun, ist nicht nur arrogant, sondern verhindert den Zugang zum Verständnis juristischer Praxis. Das wahlweise attackierte oder gleich für tot erklärte Idel zeigt dann auch Beharrungskräfte, denen die Kritiker etwas ratlos gegenüberstehen.» Horst Dreier, por seu turno, ao referir a função de racionalização democrática da transparência metodológica no âmbito das decisões judiciais – entenda-se: a dizer que as decisões judiciais têm de esclarecer, de modo transparente, o método que estão a utilizar (o que permitirá uma sua análise pela ciência do direito) –, menciona o modelo de Müller como um bom exemplo. Cfr. Dreier, *Rechtswissenschaft als Beruf*, in. *Rechtswissenschaft als Beruf*, cit. p. 21-25.

¹²² Lê-se, por exemplo, em Martin Kriele: «Der Satz ‚Juristische Denken ist topisch‘ ist die fundamentalste Herausforderung, die die juristische Methodenlehre bisher erfahren hat, in ihrer Bedeutung dem bis dahin wichtigsten Einbruch, den zur ‚objektiven‘ Auslegungslehre, gleichkommend.» Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, cit. p. 114. Ver também Ralf Dreier, *Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation*, in. Ralf Dreier/Friedrich Schwegmann (Orgs.), *Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Kontrverse*, Baden-Baden, Nomos, 1976, p. 27. Percebe-se, também, e desde logo, o elogio de Kriele à teoria objetiva da interpretação; este tema será retomado à frente.

¹²³ Cfr. Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft*, cit. p. 25-48.

¹²⁴ «Die Topik ist eine von der Rhetorik entwickelte Technik des Problemdenkens. Sie entfaltet ein geistiges Gefüge, das sich bis in Einzelheiten hinein eindeutig von einem deduktiv-systematischen unterscheidet. Die Topik ist im *ius civile*, im *mos italicus* ebenso wie in der gegenwärtigen Zivilistik und vermutlich auch anderweit anzutreffen. Die Bemühungen der Neuzeit, sie aus der Jurisprudenz auszuschalten, sind nur einem sehr geringen Teil geglückt. Die Fortsetzung dieser Bemühungen erforderte eine stringente deduktive Systematisierung unseres Faches mit exakten Mitteln.» Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 5. Aufl., München, 1974, p. 14.

¹²⁵ Hiperbólico: «Die Gesamtstruktur der Jurisprudenz kann nur vom Problem bestimmt werden. Die Bestandteile der Jurisprudenz, ihre Begriffe und Sätze, müssen in spezifischer Weise an das Problem gebunden bleiben

a visão axiomática da ciência do direito¹²⁶. No lugar do modelo metódico fixo da dedução lógica, os problemas concretos deveriam passar a figurar no centro da argumentação jurídica, tocando a esta catalogar, na perspectiva de tais problemas, as suas possíveis soluções¹²⁷. Contra o formalismo e o cientismo *more geometrico* oitocentista, com o seu afastamento metódico diante da práxis, a tópica de Viehweg sugere ver-se no problema da justiça, como algo a determinar de modo prático/pragmático, numa espécie, pois, de justo concreto, a aporia fundamental da ciência do direito¹²⁸. Numa análise crítica, contudo, há que pontuar que as considerações de Viehweg, não obstante a relevância indiscutível da sua batalha contra o formalismo, sofrem de uma fragilidade teórico-metodológica fundamental, a saber: deixam de considerar a diferença institucional entre o contexto (constitutivo) *do* direito e o contexto (reflexivo) *da* ciência do direito; daí que não fique claro, no seu livro maior, se se trata, com a tópica, de um “método prescritivo” ou de um “método descritivo”, e, ainda, se se está a referir, afinal, a práxis do direito ou a ciência do direito. Fato é que, no âmbito acadêmico, a argumentação jurídica não segue uma estrutura tópica. O trabalho disciplinar em torno dos problemas jurídicos não tende a uma catalogação incessante de diferentes pontos de vista – jurídicos, filosóficos, sociológicos, antropológicos etc. –, seguindo, antes, um esquema, de certa forma bem estabelecido, embora por certo com os seus problemas internos, de

und können daher vom Problem her verstanden werden. Die Begriffe und Sätze der Jurisprudenz können deshalb auch nur in eine Implikation gebracht werden, die an das Problem gebunden bleibt. Eine andersartige ist zu meiden.» Ibidem p. 97, com referência a Max Salomon.

¹²⁶ O ponto culminante do cientismo jurídico é assim caracterizado: «Erforderlich wären: Eine strenge Axiomatisierung des gesamten Rechts verknüpft mit einem strikten Interpretationsverbot innerhalb des Systems, was am vollständigsten durch Kalkülierung zu erreichen wer; strenge und zwar lediglich am Rechtssystem (oder Rechtskalkül) orientierte Interpretationsvorschriften für den Sachverhalt; unbehinderte Zulässigkeit von Nonliquet-Entscheidungen; fortgesetztes Eingreifen eines systematisch (oder kalkulatorisch) exakt arbeitenden Gesetzgebers, um neu auftauchende, zunächst unlösbare Fälle schließlich lösbar zu machen, ohne die logische Perfektion des Systems (oder Kalküls) zu stören.» Ibidem, p. 92. Ver ainda p. 81 ss. Sobre a representação de Viehweg desconhecer o método das ciências naturais, cfr. Gerhard Otte, *Zwanzig Jahre Topik-Diskussion. Ertrag und Aufgabe*, in. *Rechtstheorie*, 1, 1970, p. 185. Para Lennartz, *Dogmatik als Methode*, cit. p. 77, tal representação está só na imaginação de Viehweg. Neste sentido, Uwe Diederichen descreve a batalha de Viehweg como, na verdade, uma «Kampf gegen Windmühlenflügel», cfr. Diederichen, *Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz*, in. *NJW*, 1966, p. 697-708 (p. 700).

¹²⁷ Por «*problema*» entende Viehweg aquelas questões para as quais mais de uma solução é pensável. «Nennt man, was für unsere Zwecke genügt, Problem eine jede Frage, die anscheinend mehr als eine Antwort zuläßt.» Ibidem, p. 32. Tais soluções teriam qualidade interpretativa, significando interpretação, como parte da tópica, «neue Verständnismöglichkeiten zu erschließen, ohne die alten zu verletzen.» (p. 42)

¹²⁸ Ver Ibidem, p. 84-89, 91/92, 96, 101-105. Como parte específica da retórica, a tópica culmina, com Viehweg, numa representação linguístico-pragmática da práxis decisória (p. 111 ss.). Cfr. também Viehweg, *Zur Topik, insbesondere auf juristische Gebiete*, in. *Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, p. 210-213; no mesmo volume, *Rhetorik, Sprachpragmatik, Rechtstheorie*, p. 206 ss. Sobre a pragmática como meio para o controle (*pragmatische/rhetorische Kontrolle*) da condição discursiva do direito e da argumentação jurídica – senão já da *Denkweise* do jurista –, cfr. no mesmo volume *Antirhetorische und Rhetorische Kontrolle rechtlicher Argumentation*, p. 218-222.

descrições fáticas e conjugações normativas^{129 130}. Se, no entanto, e do outro lado, o destino da tópica for, em fim, a própria práxis do direito, então o *locus* em que teria de fazer-se presente – como método, portanto, da (ou para a) produção dos enunciados do direito – seria o pensamento-intelecto do ator do direito (*den intellektuellen Herstellungsprozeß*), dito de outro modo, e mais especificamente: a cabeça do juiz¹³¹. Neste caso, é forçoso indagar: será todavia proveitoso abandonar o modelo normativo para seguir com um tipo de pensamento que, sem qualquer critério objetivo – tendente, na verdade, a assegurar um certo relativismo subjetivista –, parece limitar-se a ponderar entre diferentes pontos de vista?¹³² Como se fosse a lei apenas um ponto de vista entre outros...¹³³ Consegue ver-se, do ponto de vista teórico e metodológico, algo de positivo num juiz que pensa, afinal, topicamente? Seja como for, fato é que a problematização tópica da cientificidade do conhecimento jurídico toca um dos problemas centrais da metodologia tradicional: o fato de esta autorizar, em razão da pluralidade dos seus modelos práticos, mais de uma solução correta¹³⁴. Desde o ponto de vista teórico-metodológico, significa isto que as decisões (ditas) corretas,

¹²⁹ Inspirada em Gian Batista Vico, a argumentação tópica de Viehweg encontra em Aristóteles a sua fonte maior, mais especificamente no seu modelo retórico, consagrado para servir aos campos do saber humano em que prevalece a lógica da disputa de opiniões (*Meinungsmäßige*) – sob o horizonte, portanto, da dialética, e não imediatamente da apodítica –, campos, pois, do saber prático-prudencial, em diferenciação relativamente aos saberes teórico-científicos, ligados ao conceito de verdade. Cfr. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, cit., p. 20 ss. Ver também Fernando Bronze, *As margens e o rio (da retórica jurídica à metodonomia)*, cit. p. 101 ss.; Rolf Gröschner, *Rechtsdogmatik*, cit., p. 61-66, especialm. 62 e 64.

¹³⁰ Cfr. Uwe Diederichen, *Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz*, cit. p. 698.

¹³¹ «Das, was hier und jetzt im Rechtsfalle als gerecht akzeptiert wird, ergibt sich aus einer höchst komplexen Kommunikationssituation, die sich anhand von Rechtstexten abspielt. Es gehört gerade zu den notwendigsten Aufgaben einer fortentwickelten Rechtsforschung, diese schwierige Situation in situativer Denkweise mit allen Mitteln, die heute zur Verfügung stehen, zu klären und dergestalt überhaupt erst zuverlässig kontrollierbar zu machen. [...] Die situative Denkweise muß [...] zum pragmatischen Boden im oben angegebenen Sinne zurückkehren. Sie muß daher in erster Linie versuchen, den intellektuellen Herstellungsprozeß abzuklären, der sich in der Redesituation auf der Suche nach Verständigung abspielt.» Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, cit., p. 114/115 e p. 116.

¹³² É de concordar, pois, com Jannis Lennartz, quando lembra que o núcleo da argumentação jurídica não tem a ver com a mera disputa de opiniões e/ou visões de mundo, mas com a lei e o direito vigente. Este é, com efeito, o cerne da metodologia jurídica continental, para dizer com Winfried Hassemer, sobretudo se se considera o horizonte normativo do estado democrático constitucional. Para Lennartz, a tópica de Viehweg representa assim um ataque à lei, à objetividade do direito, do seu conhecimento e da sua compreensão/interpretação. A segurança e a centralidade da legalidade, como marca inafastável da argumentação jurídica – i.e., como núcleo de uma autocompreensão normativa do pensamento jurídico (estabilizada por e estabilizante de expectativas sociais) –, ver-se-iam ameaçadas pelo modelo tópico. Numa comparação com Larenz, conclui: «Der Unterschied: Larenz setzt auf ein kooperatives Verhältnis zu klassischen Figuren, Viehweg auf die Behauptung eines Gegensatzes (Topik versus Axiomatik). Hieraus mag sich das unterschiedliche Schicksal der jeweiligen Vorschläge erklären. Der eine beeinflusst die Praxis, der andere belebt die akademische Diskussion.» Lennartz, *Dogmatik als Methode*, cit., p. 79. Ver também Axel Adrian, *Grundprobleme*, cit. p. 612 s., que, com Larenz, inclui como alvo da crítica a Viehweg também Esser, Kriele e Alexy.

¹³³ «Die Norm wird [...] für die Topik zum Topos unter anderen.» Friedrich Müller, *Strukturierende Rechtslehre*, Ducker & Humblot, Berlin, 1984, p. 59.

¹³⁴ O mérito da tópica não merece, no entanto, ser ignorado. Como crítica aos postulados do cientismo e da certeza no âmbito do conhecimento jurídico, que desabam diante da denúncia do seu caráter retórico, a tópica tem, sem dúvida, o seu lugar de destaque na história da metodologia jurídica. As suas considerações sobre a justiça, a filosofia e a ética, a pré-compreensão e a pragmática deixam de fora, todavia, o modo de trabalho e disciplinar da dogmática jurídica.

entenda-se: as respostas jurídicas metodologicamente fundamentadas, estão ancoradas, no limite, e forçosamente, em elementos subjetivos, e, portanto, arbitrários, que escapam ao processo de fundamentação enquanto tal¹³⁵.

d) Josef Esser e Martin Kriele. Indeterminabilidade normativa e *correção metodológica*

Diante da presença metodologicamente inafastável dos fatores subjetivos e da possibilidade de escolha, por parte do ator do direito, entre diversos métodos de fundamentação, conclui Josef Esser, «daß unsere akademische Methodenlehre dem Richter weder Hilfe noch Kontrolle bedeutet.» A decisão judicial seria «eine rein pragmatische Auswahl oder ‚Kombination‘ von Argumentations- und Interpretationsmitteln im Interesse einer sachrichtigen Entscheidung.»¹³⁶ Quer dizer, a práxis do direito, para cujo controle concorrem os modelos metodológicos, revela-se, dessarte, nuclearmente incontrolável. Tal constatação não deveria, no entanto, conduzir ao abandono da pretensão de correção. Para Esser, a metodologia dominante estaria em erro. Focada ainda na problematização do modelo subsuntivo, ser-lhe-ia impossível perceber o essencial, a saber: o que faz com que uma determinada comunidade de intérpretes assumam uma dada decisão jurídica como correta, porém não outras igualmente plausíveis¹³⁷. A metodologia jurídica deveria indagar pelos fatores responsáveis por estabelecer historicamente a compreensão da correção do direito (*Richtigkeitsverständnis*).¹³⁸ E a resposta deveria que ser buscada, sugere Esser em diálogo com a hermenêutica gadameriana, no âmbito da *Vorverstehen* judicial, espécie de subsolo linguístico-

¹³⁵ Não será demais dizer, para usar a expressão de Christoph Möllers, dita embora noutro contexto, que *quando a metodologia chega, é já tarde demais*. Cfr. Möllers, *Historisches Wissen in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: Wolfgang Hoffmann-Rien/Eberhard Schmidt-Aßmann (Org.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, p. 133: «Drastisch formuliert kommt Methode dann immer zu spät [...]»

¹³⁶ Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Frankfurt am Main, 1970, p. 7. «Die Praxis [...] geht nicht von doktrinären „Methoden“ der Rechtsfindung aus, sondern sie benutzt sie nur, um die nach ihrem Rechts- und Sachverständnis angemessenste Entscheidung lege artis zu begründen.» Para uma tentativa de resposta à «Methodenwahl», propondo já uma *Rangtheorie der juristischen Methoden* em que a «ideia de direito» funciona como *Kontrollinstrument*, ver Franz Bydlinki, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, cit. p. 554, 557 558 ss. 562, 566 ss.

¹³⁷ «Daß unsere Methodenlehre dergestalt auf Leerformeln und bloße Bekenntnisaussagen zurückgreift, sobald der Bereich technisch-logischer Text-, Begriffs- und Systemausmünzung endet, läßt sich darauf zurückführen, daß sie beim Modell der Rechtsnorm von Sollensätze in der vereinfachenden Vorstellung glatter Subsumtion ausgeht, von Normen, die durch bloße syllogistische Folgerungen konkretisiert werden können, ohne dass eine ‚normfremder‘ Durchgriff auf komplexe Wertungen notwendig wäre.» Ibidem, p. 9. Ver também, p. 18 s.

¹³⁸ O recorte fenomênico e a finalidade metodológica de Esser parecem claros: compreender internamente a *Richtigkeitsverständnis* para, com base nisto, assegurar o «controle da sua correção» (*Richtigkeitskontrolle*). No seus conceitos: «*Eigenart des juristischen Vorverständnisses im Prozeß der Rechtsanwendung*»; «*Vorverständnis des Rechtsanwenders*»; «*Vernünftigkeit – Interpretation – Beruf- oder Rollenverständnis des Richters – Rechtsprechung – Richtigkeitskontrolle*». Esser, *Vorverständnis*, cit., p. 10 e 12.

existencial das decisões do direito¹³⁹. Reconhecido, ademais, que no território interno da práxis estão a concorrer elementos normativos que transcendem a norma abstrata, isto é, que há aí mais elementos normativos do que a simples previsão abstrata da lei – que são, precisamente, os fatores da *Richtigkeitsverständnis* –, haveria que explorar mais de perto a sua *pragmática argumentativa* (da práxis), que revelaria, afinal, tais elementos. Não podendo a práxis ser determinada, nos seus resultados concretos, pelo modelo subsuntivista, nem por problematizações de ordem meramente abstrata, dito de outro modo: não podendo a metodologia controlar a práxis, a indagação fundamental de Esser pode ser assim sintetizada: diante de uma específica solução concreta, o que assegura tratar-se de um resultado correto, isto é, como medir a sua correção (*Richtigkeit*)? Próxima a Esser¹⁴⁰, a proposta de Martin Kriele intenta, na perspectiva, também, da correção metodológica, um *continuum* metódico entre a teoria e a práxis, na base, isto, de uma perspectiva dita interna – com um pensamento jurídico que combinaria momentos *descritivos* e *normativos*¹⁴¹ – da obtenção do direito (*Rechtsgewinnung*)¹⁴². Além de permitir à metodologia compreender os espaços de indeterminação normativa da decisão judicial, está aí a sugerir-se que a análise linguística do direito representaria a chance para o controle da sua racionalidade¹⁴³.

¹³⁹ «Gerade in der Aufdeckung dieser Motivationen sehe ich ein wichtiges Objekt richterlicher Fortbildung und rechtswissenschaftlicher Methodenforschung.» Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, cit. p. 15.

¹⁴⁰ «Mit Kriele meine ich, daß die Rationalität der Rechtsfindung nur durch die Einbeziehung dieser ‚außersystematisch‘ wirksamen Entscheidungsmotivationen in die Kontrolle des Richtigkeitskonsenses zu erreichen ist, eines Konsenses, der auch mit der „Umwelt“ ständig hergestellt werden muß über die Frage der Plausibilität und Gerechtigkeit der juristisch gefundenen Lösung. Zu seiner Erklärung bedarf es allerdings des auch von Kriele offen anerkannten Rückgriffs auf die aufklärerische Annahme einer Gemeinsamkeit in der Ebene der ‚Vernunft‘, also der rationalen Ansprechbarkeit, Argumentationsbereitschaft und Einsichtsfähigkeit des Menschen.» Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, cit. p. 12.

¹⁴¹ «Es geht allerdings zunächst um den Versuch, den tatsächlichen juristischen Denkvorgang zu beschreiben. Aber diese Beschreibung soll ständig begleitet werden von der Frage nach den Gründen, die die tatsächliche Verfahrensweise gegenüber abweichenden Postulaten rechtfertigen können.» Kriele, *Ibidem*, cit. p. 157.

¹⁴² A obtenção do direito que lhe interessa – como horizonte específico da metodologia jurídica (cfr. Fernando Bronze, *Breves considerações sobre o estado actual da questão metodológica*, in. Bronze, *Analogias*, Coimbra, Coimbra, 2012, p. 11) –, é aquela que se dá sob a outorga de juízes e juízas. Para dizer com Jannis Lennartz, também Kriele gostaria de envolver, com a sua metodologia, aquilo que se passa na cabeça do/da jurista: «Er weist den typischen Unfrieden mit der Methodenlehre dergestalt auf, dass er [...] den internen Prozess der Rechtsgewinnung im Kopf des Juristen fassen möchte.» Lennartz, *Dogmatik als Methode*, cit. p. 82. Nas palavras do próprio Kriele: «Das, was man gewöhnlich als Auslegung des Grundgesetzes bezeichnet, ist nur ein Ausschnitt aus dem gesamten Denkvorgang, der zur Rechtsgewinnung im Verfassungsrecht nötig ist. Am Anfang steht der (wirkliche oder erdachte) Fall und nicht der Text.» Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, cit. p. 159. Ainda com Kriele: «Eine rechtswissenschaftliche Methodenlehre sucht Maßstäbe zu gewinnen, mittels derer die Entscheidungen der Praxis auf ihre methodische Richtigkeit oder Fehlerhaftigkeit hin überprüft werden können. Sie kann sich also nicht damit begügen, die Praxis zu beobachten und das von dieser angewandte Verfahren zu beschreiben, denn auf diese Weise könnte sie die jeweilige Praxis nur zur theoretischen Bewußtheit bringen, sie aber nicht kritisieren.» (p. 21)

¹⁴³ «Es geht ja gerade darum, zu begreifen, daß sich die juristische Interpretation an vernünftigen, unparteilichen, generellen und über den Einzelfall hinausweisenden Gesichtspunkten orientieren muß.» (p. 319) Kriele, *Ibidem*, p. 313.

e) Robert Alexy. *Richtigkeitsanspruch des Rechts* e uma moralização procedimental

Coube a Robert Alexy consolidar, na tradição alemã, o modelo acabado dessa pretensão de racionalização/correção linguístico-pragmática da práxis do direito. Com base numa refinada teoria da argumentação jurídica, produto, destaque-se, do encontro entre a filosofia da linguagem e o discurso prático-normativo da ética do discurso, o escopo metódico de Alexy é, nas suas palavras, conferir uma «Explikation des Begriffs der vernünftigen juristischen Argumentation», com vistas, muito especificamente, à delimitação das possibilidades da sua correção prática (*praktische Richtigkeit*)¹⁴⁴. Ao invés de intelecto e/ou pensamento jurídico, passa a falar-se em uma *argumentação jurídico-racional* intersubjetivamente experienciável¹⁴⁵. À luz da teoria do discurso, aquele espaço de indeterminação normativa, que Esser e Kriele identificam como *horror vacui* do direito, deveria, com Alexy, acomodar uma *decisão racional*, entenda-se: uma decisão metodologicamente controlada¹⁴⁶. Representada a práxis do direito como uma *práxis argumentativa*, a dinâmica discursiva desta seria a chave conceitual, e o caminho, para o controle metódico da sua correção interna, na perspectiva, especificamente, dos procedimentos normativos, as regras e as fórmulas, do discurso prático-racional. O discurso jurídico seria, em suma, e desta feita, um caso especial do discurso prático geral, tendo, assim como este, de debater-se com o problema da correção dos seus enunciados e juízos normativos¹⁴⁷. As considerações de Alexy sobre a realidade do direito partem do pressuposto, importa sublinhar, de que a sua práxis decisória seria uma práxis racional, em cujos

¹⁴⁴ «Die Explikation des Begriffs der vernünftigen juristischen Argumentation geschah in dieser Untersuchung durch die Angabe einer Reihe von Regeln, nach, und Formen, in denen die Argumentation stattfinden müßte, um dem in ihr erhobenen Anspruch zu genügen. Wenn eine Diskussion diesen Regeln und Formen entspricht, kann das in ihr erzielte Ergebnis als »richtig« bezeichnet werden. Die Regeln und Formen des juristischen Diskurses bilden damit ein Kriterium für die Richtigkeit juristischer Entscheidungen.» Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit. p. 357.

¹⁴⁵ Lennartz, *Dogmatik als Methode*, cit. p. 83, detecta na proposta de Alexy uma interessante modificação conceitual: «Dabei findet ein Kategorienwechsel dahingehend statt, dass nicht mehr das juristische Denken, sondern die intersubjektiv erfahrbare Argumentation behandelt wird.»

¹⁴⁶ «Daß im Gerichtsverfahren Wertungsfragen, die von dem vorgegebenen autoritativen Material offengelassen werden, Gegenstand nicht nur der Argumentation, sondern auch der Entscheidung sind, bedeutet keine Verabschiedung der Vernunft. Zum einen werden dieser Wertungsfragen im Rahmen von Bindungen entschieden, die [...] als solche rational sind, zum anderem können diese Wertungsfragen aufgrund rationaler praktischer Argumentation entschieden werden.» Alexy, *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2. Aufl., 1994, p. 501.

¹⁴⁷ «Die Gemeinsamkeit des juristischen Diskurses mit dem allgemeinen praktischen Diskurs besteht darin, da- es in beiden Diskursformen um die Richtigkeit normativer Aussagen geht.» «Von einem notwendigen Zusammenhang zwischen diskursiver und juristischer Rationalität könnte keine Rede sein, wenn mit juristischen Behauptungen und Entscheidungen nicht notwendig ein Anspruch auf Richtigkeit erhoben werden würden. Daß ein solcher Anspruch notwendig erhoben wird, ist u.a. daran zu erkennen, daß ein Urteilspruch, der diesen Anspruch explizit negiert, einen performativen Widerspruch einschließt und deshalb nicht nur aus moralischen Gründen fehlerhaft ist.» Alexy, *Ibidem*, p. 33 e 428. Perceba-se, portanto, que essencial aí, mais do que a própria tese da *Sonderfall*, é o conceito de *Richtigkeit*. É a pretensão de correção normativa do direito que abre as portas para a síntese alexyana, de modo algum necessária – e certamente perigosa! –, entre o discurso do direito e o da moral.

espaços de atuação (inter)subjetiva mais alto do que a autoridade/disponibilidade institucional do poder fariam as orientações para uma sua correção normativa¹⁴⁸. Ou seja: como fenômeno racional/racionalizável, o direito estaria, por força da sua discursividade, intrinsecamente emaranhado ao discurso (racional) da moral, desta a diferenciar-se com a particularização de alguns seus critérios normativos próprios, como a lei, o precedente judicial e a dogmática – mas necessariamente emaranhado.

É questionável, porém, se a proposta de racionalização formal-procedimental de Alexy toca mesmo a realidade do direito, ou se não será apenas uma sua idealização prático-filosófica. Do ponto de vista estritamente teórico-metodológico, o seu modelo conduz à ideia de que a práxis do direito, porque academicamente passível de uma crítica desde os princípios éticos da argumentação racional, seria, ela própria, na sua realidade, argumentativamente racional, e, pois, ética. Ainda que desejável, é duvidoso que assim o seja, sempre e necessariamente. A face descritiva da sua teoria parece mais interessada em construir um conceito ideal de (correção da) práxis do direito – o que faz com relativo sucesso no seu diálogo com a ética do discurso – do que em identificar a práxis enquanto tal, é dizer, as reais componentes da práxis do direito¹⁴⁹. Se é verdade, portanto, que a sua sofisticação analítica moderniza a discussão metodológico-filosófica em torno dos temas da justiça e da razão no universo jurídico¹⁵⁰, é também verdade que o seu conceito de *Richtigkeitsanspruch des Rechts*¹⁵¹ – numa síntese moralizante das tentativas metódicas precedentes (e principalmente, como

¹⁴⁸ «Die Teilnehmer eines praktischen Diskurses müssen unabhängig davon, ob eine einzig richtige Antwort existiert, den Anspruch erheben, daß ihre Antwort die einzige richtige ist. Anderfalls wären ihre Behauptungen und Begründungen sinnlos.» Alexy, *Ibidem*, p. 414.

¹⁴⁹ Entenda-se: (ess)a «práxis do direito» – como objeto da descrição metodológica – não está dada, ela própria, no plano da realidade do direito, mas construída no plano da ciência do direito. Trata-se de uma construção conceitual do pensamento jurídico acadêmico. Como construção conceitual, não descobre-exibe, pois, a verdadeira práxis do direito, a realidade do direito, sendo antes uma sua idealização, o que fica particulamente claro quando se lhe pensa como uma práxis argumentativo-racional, que, segundo o conceito ideal, tem os seus reais atores a seguir as regras racionais do discurso moral.

¹⁵⁰ Enquanto, p.e., em Radbruch e Larenz (entre outros), o tratamento do direito racional, da ideia de direito e/ou da justiça é ainda explicitamente substancialista, revelando mais facilmente o seu apego jusnaturalista, tem-se, com Alexy, uma procedimentalização que coloca a discussão num outro patamar filosófico/analítico. Isto, porém, não o torna menos idealista nas suas premissas/promessas, tampouco é suficiente para afastar de vez a reminiscência jusnaturalista. Para uma reconstrução da proposta discursiva de Alexy, na perspectiva do dilema jusnaturalismo/positivismo, cfr. Armin Engländer, *Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, p. 10 ss. [«Die Diskurstheorie als Rekonstruktion des klassischen Vernunftrechts»]. Nas palavras críticas de Rainer Lippold, referindo-se à teoria da argumentação de Alexy, mas também à tópica e à nova retórica: «Diese Grundidee besteht [...] darin, daß Rechtswissenschaft als „praktische Wissenschaft“ aufgefaßt wird. Es geht auch hier wieder um die Realisierung des alten Wunsches der Rechtswissenschaftler, selbst rechtsetzend tätig sein zu dürfen. [...] Es ist die Hoffnung, die Fehler der menschlichen Gerechtigkeit dadurch überwinden zu können, daß die Rechtssetzungsmacht in die Hände von Leuten gegeben werde, die im Besitze „höheren Wissens“ sind.» Lippold, *Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin*, 1989, p. 156 e 157 [«Autorität durch Argumentation – neue Formen autoritärer Jurisprudenz»].

¹⁵¹ O conceito, desta forma articulado, de «pretensão de correção do direito» (*Richtigkeitsanspruch des Rechts*) ganhou notoriedade, é verdade, com Robert Alexy, sob a influência, então, da ética do discurso de Jürgen Habermas. Porém, a *pretensão de correção* não é, em si, um conceito alexyano; pôde ver-se, acima, p.e., a sua presença na referência

idealista de Stammler, bem como, já no campo da metodologia jurídica, em Esser e Kriele, ademais de se tratar, na verdade, de um conceito ubíquo aos modelos metódicos novecentistas. Trata-se, de modo pontual, de um possível “modo-de-ser”, por assim dizer, do pensamento jurídico, nomeadamente daquele que se articula normativamente diante do direito, na intenção, pois, de medir a sua correção. Este ponto será, a seguir, retomado. Especificamente com Alexy, importa anotar, a pretensão de correção aparece como ponto de apoio para a sua tese, disse-se já, de uma correlação necessária entre o direito e a moral, ou entre o discurso da juridicidade e o discurso da moralidade. A tese sustenta, em suma, que o ator concreto do direito levanta, no âmbito da fundamentação das suas decisões, uma pretensão normativa (moral universal) de atuar aí da melhor forma (i.e.: da forma mais correta) possível, de modo, assim, a corrigir as eventuais insuficiências normativas do direito positivo. A correção do direito é, para Alexy, portanto, uma específica correção do direito, a saber: uma correção moral do direito, correção esta que se daria, na perspectiva alexyana, a partir das regras do discurso ético e da argumentação racional, sem ignorar as especificidades dos critérios jurídicos locais. Cfr. Alexy, *Law and Correctness*, Downloaded from <https://academic.oup.com/clp/article-abstract/51/1/205/366070> (on 07 May 2019); Aroso Linhares, *O Direito com Mundo Autônomo*, cit. p. 84-89; Juan Antonio García Amado, *Sobre a ideia de pretensão de correção do direito em Robert Alexy: considerações críticas*, in: Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 104, 2012, p. 53-127. Quando, a seguir, falar-se na *pretensão de correção do direito* como marca do modo reflexivo da dogmática e da metodologia jurídicas, tem-se em mente uma compreensão mais ampla do conceito, melhor: uma concepção não restrita pelo sentido que lhe quer dar Alexy, pois, como dito, o conceito é, em si, mais amplo. É de Christian Bumke que vem a inspiração para uma tal compreensão; cfr. Bumke, *Rechtsdogmatik*, cit. p. 78 ss., especial. p. 82-90. Após uma breve reconstrução do conceito em Habermas e Alexy, Bumke leva-o para além do campo da moral, referindo-lhe as diversas perspectivas que articulam (alg)uma intenção de corrigir o direito, isto é, que mobilizam critérios para determinar (um)a correção/justeza das decisões do direito. Passando pelos campos da economia, da política, das ciências sociais e da religião, Bumke conclui pela inexistência de qualquer critério normativo objetivo (transcendente à respectivas perspectivas) capaz de guiar, objetivamente, a correção do direito, entenda-se: para encadear e fundamentar o direito positivo e, desta feita, justificar, objetivamente, a correção das suas insuficiências normativas. «Doch keiner dieser Bereiche kann für sich in Anspruch nehmen, über ein Wissen zu verfügen, das sich von dem reflexiv-normativen Wissen und Verständnis der Juristen bezüglich ihres Gegenstandes „Recht“ signifikant unterscheidet oder gar über eine höhere Dignität verfügt. Der Verweis auf die Moral führt entweder zu Allem oder zu Keinem und nie zu einem spezifischen Wissensfeld, sodass man am Ende schlicht wieder vor der Frage nach der Richtigkeit des Rechts steht.» (p. 88) A pretensão de corrigir o direito não se confunde, portanto, com as perspectivas que a mobilizam – p.e. a moral, a económica, etc. –, pois, em si, ela é a marca de um tipo de pensamento jurídico que se dedica, independentemente da perspectiva de que esteja a partir, aos problemas da correta/justa fundamentação das decisões práticas do direito. Neste sentido, Bumke identifica-a como o elemento constitutivo fundamental do modo reflexivo da dogmática jurídica, como o campo de e para uma *genuína argumentação jurídica* em torno de um direito mais justo. «Als Einsicht in das dogmatische Denken darf festgehalten werden, dass der Richtigkeitsanspruch zu den konstitutiven Grundelementen dieses Denkens zählt. Insoweit ist ein relativistischer Standpunkt ausgeschlossen. Der genaue Inhalt des Anspruchs ist demgegenüber für unterschiedliche Ausdeutungen offen [...]» Não obstante sem abrir espaço para um relativismo, o conteúdo de uma tal genuína argumentação jurídica não é passível, diz Bumke, de ser previamente determinado. «Ist der Richtigkeitsanspruch, genau betrachtet, aber dann nicht nur ein schöner Schleier, eine Fiktion, um Macht, Vorurteile und politische Überzeugung als die maßgeblichen Steuerungsfaktoren zu verdecken? Es existiert doch kein Kriterium, mit dem sich sicher beurteilen lässt, ob ein Rechtsakt richtig und nicht nur möglich und fehlerfrei ist. [...] Gerade bei der Behandlung schwieriger Fälle wird auf sehr verschieden Dinge – wie etwa Prinzipien, vorangegangene Entscheidungen, anderweitige gesetzliche Feststellungen, literarische Entwürfe, das rechtsdogmatische Lehrgebäude, hermeneutische Grundsätze der Rechtstextverarbeitung und die Folge oder die Angemessenheit der Entscheidung – zurückgegriffen.» (p. 89) Mais à frente, complementa: «Das Unbestimmte und Unspezifische im Recht lässt sich zwar mit rechtlichen Argumenten bearbeiten. Auch muss es an- und eingebunden werden in die bestehende Praxis und das gegenwärtige Rechtsverständnis. Überdies lässt sich die Entscheidung am Ende rechtlich erklären. Aber es existiert keine Methode, um eine getroffene Entscheidung in einem schwierigen Rechtsfall als die einzig richtige auszuweisen.» (p. 116) Semelhantemente a Bumke, Helmuth Schulze-Fielitz fala em «*Richtigkeitsdimensionen der Erkenntnisinteressen*», cfr. Schulze-Fielitz, *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, cit. p. 44. Sob o espectro da diferenciação entre *prudentia* e *scientia*, considerando o campo da dogmática, que seria rebelde à segunda, Rolf Gröschner conclui: „Sätze solcher Art sind der Jurisprudenz prinzipiell fremd, weil Aussagen über Rechtsnormen keinen ontologischen Wahrheitsanspruch erheben, sondern einen [...] dogmatischen Richtigkeitsanspruch.“ Gröschner, *Rechtsdogmatik*, cit. p. 61. Portanto, ao falar-se, a seguir, em pretensão de correção do direito como marca disciplinar da dogmática e da metodologia, estará a referir-se não apenas à tese alexyana de uma imanência estrutural-discursiva entre o direito e a moral, mas, mais precisamente, ao modo reflexivo da ciência do direito que aborda o direito numa perspectiva normativa e articula, desta feita, critérios e escalas – independentemente, *prima vista*, da arena discursiva de que parte – com a finalidade de encadear/sistematizar os dispersos enunciados do direito (positivo) e de sugerir então como devem ser as suas (corretas/justas) decisões concretas, numa

será a seguir acentuado, a de Josef Esser) de pensar a correção do direito – consagra a tradição novecentista ao circunscrever o seu alcance reflexivo à esfera apenas da jurisprudência¹⁵². Desta forma, é possível concluir que o conceito argumentativo de práxis do direito, a obscurecer, com uma idealização conceitual, a realidade da obtenção do direito, propaga a falsa ideia de que «práxis do direito» significa tão-somente «práxis jurisprudencial do direito»¹⁵³, que universaliza a partir de uma específico discurso de moralidade.

f) Castanheira Neves e a resposta jurisprudencialista. O direito como *realização concreta*

É imprescindível considerar, em língua portuguesa, a proposta metodológica que António Castanheira Neves chama de *jurisprudencialista*, proposta esta que cristaliza, parece, a perspectiva da metodologia jurídica do século 20 na sua forma mais bem acabada. Definida a metodologia em geral como a «lógica», isto é, a racionalidade-razão e/ou o pensamento que visa a um fim específico, a metodologia jurídica teria por fim a realização prática do direito, sendo aquela

palavra: que trabalha, para usar novamente a expressão de Bumke, na intenção genuína de atribuir ao direito alguma justeza. Vale a pena atentar, por fim, às palavras de Christoph Möllers, pois tocam o ponto que aqui interessa sublinhar: «Die Unterscheidbarkeit von Recht und Rechtswissenschaften erscheint gefährdet, wenn die Rechtswissenschaften ihre Aufgabe darin sehen, die Bedeutung des geltenden Rechts mit einem wissenschaftlichen Richtigkeitsanspruch zu ermitteln. Dann wird die Rechtswissenschaft die Wissenschaft von „richtigen positiven“ Recht, und damit zugleich autonom hinsichtlich des Richtigkeitsanspruchs und heteronom hinsichtlich des sich verändernde Gegenstandes des positiven Rechts.» Möllers, *Vorüberlegungen*, cit. p. 158.

¹⁵² Para Alexy, a pretensão de correção não é mobilizada apenas pela ciência do direito, mas também pelo próprio direito, não apenas pelos cientistas mas também pelos atores do direito. Ela seria, dessarte, parte tanto da idealidade quanto da realidade do direito, sendo aquela internamente constitutiva desta. Incapaz, entretanto, de fazer valer uma tal exigência moral-discursiva noutros campos da produção do direito, o foco metódico acaba por restringir-se ao âmbito judicial, e implica, desta feita, o entendimento de que o direito enquanto tal, necessariamente justo/correto-racional, realizar-se-ia, especificamente – procedimental-formalmente –, sob o cuidado normativo de juízes e juízas. Contudo, tampouco para esta instância é apresentado um critério objetivo capaz de estabilizar, verdadeiramente, o controle das suas práticas decisórias, embora acentue, é verdade, a conformação político-democrática (e discursiva) como horizonte normativo. Cfr. Robert Alexy, *The Dual Nature of Law*, in. *Ratio Juris*, 23, 2010, especial. p. 167-182; Matthias Klatt, *Integrative Rechtswissenschaft. Methodologische und wissenschaftstheoretische Implikationen der Doppelnatur des Rechts*, in. *Der Staat*, 54, 2015, p. 469-499; Aroso Linhares, *O Binómio casos fáceis/casos difíceis*, cit. especialm. p. 65 ss.; Francesca Poggi/Alessio Sardo, *Do The Right Thing! – Robert Alexy and the claim to correctness*, in. *Rechtstheorie*, 47, 2016, p. 413-441; João Andrade Neto, *Participante ou observador? Uma escolha entre duas perspectivas metodológicas de estudo e aplicação do Direito*, in. *Revista Direito GV, SP, V. 12 N. 3*, 2016, p. 869-891. Sobre a inutilidade do modelo alexyano noutras instâncias que não a judicial, cfr. Christian Bumke, *Rechtsdogmatik*, 2017, cit. p. 83 ss. Sobre a ausência de um critério objetivo, por conta da falta de um *Stufenkatalog* dos cânones argumentativos/interpretativos, apelando então para uma ideia de *Wahrscheinlichkeit*, o próprio Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit. p. 303-307. Nas suas palavras: «[D]ie Diskursregeln [erlauben] nicht stets die Auffindung genau eines richtigen Ergebnisses. Es bleibt ein oft erheblicher Raum des diskursiv Möglichen.» (p. 338)

¹⁵³ Com a sua conhecida distinção, então, entre normas-princípios e normas-regras, a corresponderem, diante do caso concreto, a diferentes métodos práticos: «[R]ules are norms [...] that enclose a definite ought [...] [and] subsuming is the form how to apply rules [...] [...] [p]rinciples, in opposition, enclose an ideal ought [...] [and] their typical form of application is weighing and balancing [...]» Robert Alexy, *My Philosophy of Law: the Institutionalisation of Reason*, in. Luc. J. Wintgens (Org.), *The Law in Philosophical Perspectives. My Philosophy of Law*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/ London, 1999, p. 38 e 39.

o *logos* (a *ratio*), em suma: o pensamento de uma tal realização. Porque a realização do direito teria uma fenomenologia «prático-problemática», a desenvolver-se no trato judicativo dos problemas-casos jurídicos concretos, o pensamento que a quisesse pensar metódica e internamente haveria que ser ele próprio um *pensamento prático*; a sua intenção analítica não seria, entretanto, nem prescritiva nem meramente descritiva, mas reflexivamente reconstrutiva e crítico-normativa¹⁵⁴. Disciplinarmente, diferencia-se a metodologia frente à «política do direito», de modo a concentrar os cuidados reflexivos daquela na índole intencional da *mediação judicativa* – entenda-se: na racionalidade interna da decisão jurisdicional do direito¹⁵⁵. Numa fórmula simples: «à metodologia jurídica compete reflectir criticamente o método da judicativo-decisória realização do direito.» Ali(nh)ando-se, desta feita, à tradição metodológica que se dedica ao direito judicial (*Richterrecht*), reaparece aqui o entendimento segundo o qual «[...] o direito não o é antes da sua realização, pois só na sua realização adquire a sua autêntica existência e vem à sua própria realidade.»¹⁵⁶ O problema específico da metodologia seria o problema da *racionalidade jurídica*, importando «saber que tipo de racionalidade especificamente corresponde ou deve corresponder ao pensamento jurídico na sua tarefa da realização do direito.»¹⁵⁷ A *solução metódica* dos problemas do direito implicaria uma «normatividade» referida a uma «validade vinculante», a primeira a oferecer os fundamentos e os critérios da decisão, a segunda a justificá-los na sua dimensão fundamentante¹⁵⁸. Uma definição de direito é então apresentada: «o direito não é mais [...] do que um sistema de validades, formais e materiais, que se desenvolve com base naqueles dois pólos e se impõe a todos os tipos de poder e na vida da inter-acção comunitária». Assim, a racionalidade jurídica seria, na perspectiva de uma fundamentação material, uma *racionalidade prático-argumentativa*.¹⁵⁹ Não obstante indispensável o contributo da hermenêutica, esta não daria conta das especificidades daquela, dada a sua natureza praxístico-decisória e não simplesmente significativo-compreensiva. A práxis do direito, melhor: a racionalidade da realização do direito postula, à luz da proposta jurisprudencialista, quatro

¹⁵⁴ «[A] a metodologia jurídica não se proporrá nem construir sem mais um método, nem simplesmente conhecer o método praticado, mas reflectir o problema da realização do direito (no seu sentido, nos seus pressupostos, nas suas intenções) para criticamente (racional-fundamentadamente) a orientar no seu juízo decisório.» Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, cit. p. 15.

¹⁵⁵ «Ora [...], será ilusório ver na legislação o cumprimento de uma função puramente jurídica e não aquilo que ela realmente é: uma actividade de sentido e intenção estratégico-programaticamente político-social, e assim bem distinta da actividade de afirmação em concreto da validade do direito, mediante juízos normativos de decisão de controvérsias ou «conflitos» prático-jurídicos.» Ibidem, p. 23. Ver também Fernando Bronze, *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença (Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, Coimbra, 1990, p. 3.

¹⁵⁶ Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, cit. p. 25.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 49.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 54.

¹⁵⁹ Com a seguinte especificação crítica diante dos modelos argumentativos da tópica e da teoria do discurso: «[A] racionalidade jurídica judicativo-decisória, ou da normativa realização do direito, haverá de ser uma racionalidade de fundamentação (não apenas processual) e material (não simplesmente formal).» Ibidem, p. 74.

dimensões básicas, com «[u]ma *validade* pressuposta a objectivar-se numa *dogmática*, por um lado, e uma *concreta problematização* praxística a exigir uma *mediação judicativa*, por outro lado. As duas primeiras dimensões manifestam-se num *sistema normativo*; as outras são convocadas por um *problema* prático. A dialéctica entre *sistema e problema* numa intenção judicativa de realização normativa é, pois, a racionalidade jurídica a considerar.»¹⁶⁰ Neste sentido, o esquema metódico apresenta-se como uma espécie de convocação crític(o-reflexiv)a da racionalidade jurídica, de modo a conformar-se um *controle jurídico-metodológico*¹⁶¹: com o «controle dito da justeza material» (*Richtigkeitskontrolle*), de um lado, e o «controle da concordância dogmática» (*Stimmigkeitskontrolle*), do outro¹⁶².

¹⁶⁰ «O que isto exactamente significa, é o que nos vai mostrar o esquema metódico em que essa mesma racionalidade é chamada a cumprir-se e em que deverá encontrar a possibilidade do seu *controle jurídico – controle* que, com Esser, se sabe dever orientar-se em dois sentidos, aqueles mesmos em que, afinal e como vimos, as diferenciadas dimensões da racionalidade jurídica se manifestam: o *controle* da justeza material (*Richtigkeitskontrolle*) referido ao problema concreto e o *controle* da concordância dogmática (*Stimmigkeitskontrolle*) referido no sistema da validade normativa.» Ibidem, p. 79.

¹⁶¹ *Nota bene*: cumpre esclarecer, dando continuidade ao tema da pretensão de correção, que os conceitos de *Richtigkeitskontrolle* e *Stimmigkeitskontrolle*, de Josef Esser, referidos no corpo do texto e na nota anterior, estão na base não apenas do modelo metódico de Castanheira Neves, mas também na proposta, já referida, de Robert Alexy. A intenção deste é, precisamente, solucionar o problema que Esser teria deixado em aberto. Lê-se já na introdução do seu livro-maior: “Esser macht jedoch weder den Begriff der rationalen Argumentation noch den des Konsenses eigens zum Thema. So bleiben einige Unklarheiten. Es wird insbesondere nicht deutlich, wie sich die allgemeine praktische Argumentation, die dem entspricht, was er als »Richtigkeitskontrolle« bezeichnet, zur spezifisch juristischen Argumentation, der »Stimmigkeitskontrolle«, verhält.“ Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit. p. 45/46. É possível dizer, diante disto, que tais conceitos marcam, a um só tempo, o ponto de contato e de distanciamento entre C. Neves e R. Alexy. Reconhecendo, um e outro, a relevância da problemática levantada por Esser – cuja ausência de critério normativo claro fora já por Niklas Luhmann criticada (ver o seu *Kontingenz und Recht*, cit. p. 243 s. especial. nota 15): «Alle Dogmatik beruhe auf der vorausgesetzten Wahrheit ihrer Ausgangspunkte. Dann werde aber das dogmatische System autoritativ benutzt, und wissenschaftlicher Wahrheitsanspruch müsse dem dogmatischen Richtigkeitsanspruch weichen. Was aber ist die vorauszusetzende Wahrheit und wie fungiert sie als Kriterium, wenn sie in der Anwendung vor einem autoritativ eingeführten Prinzip der Richtigkeit weichen muß?» –, seguem, porém, a partir daí, frentes divergentes, entenda-se: ambos percebem a relevância do problema esseriano da correção/justeza da práxis, mas articulam critérios distintos para um seu controle metódico. Enquanto Alexy caminha, auxiliado por Habermas, para a tese da pretensão de correção do direito, como dito *supra*, com o encadeamento moral do discurso jurídico, Castanheira Neves ancora a sua reflexão sobre a *justeza* prática do direito no âmbito dos fundamentos originários do próprio direito, os «princípios normativos do direito», o que confere ao jurisprudencialismo a oportunidade de falar numa «justeza prática do direito», i.e., um *justo jurídico concreto*, ou uma justiça própria do direito, sem ter de ceder a uma sua moralização (cfr. Aroso Linhares, *O binómio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade «sistema»*, cit. p. 172). O que importa ora destacar é a origem do problema a que se dedicam ambos, impondo então reconhecer a centralidade de Josef Esser. Trata-se, com este, de perceber a dogmática, no seu diálogo privilegiado com a metodologia, no papel de guardiã da correção das decisões jurídicas, sendo ela como que responsável pela organização/dogmatização de um sistema jurídico que, composto da articulação histórica do direito positivo, dos precedentes, dos princípios fundamentais, entre outros elementos, estabilizaria, de modo axiológico e/ou valorativo, uma via para medir a correção/justeza interna da práxis, e também da própria pragmática dogmática na sua relação dialética com a experiência prática. Cfr. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, cit. p. 88-93 especial. 89 e 90.

¹⁶² Ainda com Esser, a reflexão em torno da correção dogmática do direito está relacionada à ideia de uma dogmática que se orienta por valores, sobrepujando a ideia de uma disciplina neutra (*wertungsneutral*). Por conta do seu caráter dito estabilizador da jurisprudência, o seu trabalho conceitual haveria que ser encarado, diz Esser, na perspectiva de um *Wertungsproblem*, isto é: como um problema de correção e de justiça (*Richtigkeit und Gerechtigkeit*). «Denn ohne außerdogmatische Richtigkeitskontrolle funktioniert die Methoden in Ernstfälle nicht. Hier ist die „Grenze“ der Rationalität von Dogmatik [...]» (p. 104) Na página anterior, fala-se também em *vordogmatische Richtigkeitskriterien*. Para Esser, a decisão dogmática está fundada num juízo pré-dogmático, este a conferir-lhe justificação interna; daí que a

O ponto de partida do tratamento metódico jurisprudencialista determina-o o *caso* – o problema jurídico inserto no caso concreto –, compreendido a um só tempo como objeto do juízo decisório e como *prius* metodológico, numa palavra: como *perspectiva do sentido normativo do direito*, a partir do qual se interroga (pel) o critério-norma jurídica¹⁶³. Concebe-se a «interpretação» como o ato metodológico de determinação do sentido jurídico-normativo de uma fonte do direito, ato ao fim do qual se obtém o critério normativo exigido pelo caso concreto¹⁶⁴. O esquema metódico convoca, como adiantado, duas categorias básicas: o *sistema* e o *problema*, de cuja dialética espera conformar-se o *momentum* próprio para uma realização metodologicamente orientada da decisão judicial. Enquanto a primeira refere o âmbito normativo de uma intenção axiológica¹⁶⁵, a segunda

garantia da sua correção (*Richtigkeitsgemähr*) tivesse de ser perseguida, como dito acima, pela via da argumentação prática/pragmática. (p. 108) A dogmática é então apresentada como uma *instância de controle*: «Dogmatik stellt ferner im Rahmen eines Systems jene Kontrollinstanz dar, welche die Verträglichkeit von Lösungen mit anderweit vorgegebenen Regelungen sichert, mit Lösungsanweisungen von gleichfallst begrifflich fixierter Art, wie in unseren Tatbeständen, aber auch mit Vorbildern, welche Praxis und begriffliche Konstruktion zusätzlich entdeckt und angeboten haben.» (104) Reconhecida à dogmática a função pragmática, a discussão prático-metodológica em torno dos critérios (pré-dogmáticos) da correção seria essencial. «Wenn wir dieses Verständnis zu einem wissenschaftlichen machen wollen, können wir die Unterrichtung über die Fragen von Konsens und Vorverständnis, über Richtigkeit und Gerechtigkeit nicht aus der dogmatischen Schulung ausklammern.» (p. 129)

¹⁶³ Nas suas palavras: «[É] mais do que duvidosa a validade d[a] persistente atribuição à norma jurídica de um valor normativo abstractamente sustentado no seu teor textual [...]. [P]erspectivas metodológicas que reconhecem igualmente a prioridade metódica do caso [...] dificilmente são conciliáveis com o postulado da autonomia normativo-textual. Com efeito, a norma revela-se sempre intencionalmente aberta ou normativamente indeterminada na referência ao caso decidendo e é a interpretação, exigida pela decisão do caso jurídico concreto e a realizar em função do problema normativo-jurídico por ele posto, que irá superar aquela abertura e a sua indeterminação, imputando à norma o sentido jurídico que essa concreta resolução problemática lhe permite reconhecer. A interpretação jurídica consuma-se, pois, na realização concreta e é metodologicamente indivisível dessa normativa realização. Pelo que em vão se pretenderá definir em abstracto pelo texto da norma [...] os limites dos seus sentidos jurídicos para demarcar vinculadamente por esses limites o âmbito objectivo da interpretação.» (p. 146) Com Rolf Gröschner, *Dialogik und Jurisprudenz*, p. 91: «Und nicht der Gesetztext ist das A und O des Juristen, sondern der Fall, der aus dem Leben gegriffene Fall, der am Anfang der Suche nach der „passenden“ Norm und am Ende der Prüfung des „billigen“ Ergebnisses steht. Selbst wer ein Gesetz nur in „theoretische“ Absicht, ohne es anwenden zu wollen, liest, muß sich den Lebenssachverhalt, den es regeln will, hinzudenken, um es zu verstehen. Juristisches Verstehen ist daher nie reines Textverstehen, sondern immer auch, für den Praktiker sogar zunächst, Lebensverstehen.»

¹⁶⁴ «E isto significa, por um lado, que o critério normativo que a fonte jurídica interpretanda ofereça só pode oferecê-lo pela mediação da interpretação – «a norma será tal como é interpretada» (Ascarelli) –; por outro lado, que a interpretação, ao propor-se referir a fonte-norma interpretanda às concretas exigências ou ao mérito concreto do problema jurídico a resolver, para que possa ser um critério adequado da sua solução, traduzir-se-á sempre numa constitutiva «concretização». A primeira nota mostra que «o nexos entre a norma (o preceito jurídico) e a interpretação é incindível» (Paresce); e pela segunda nota igualmente se reconhecerá que a norma só vem a ser interpretativamente determinada através da concreta resolução dos problemas jurídicos que nela se fundamenta ou que a invoque como seu critério – «a interpretação é o resultado do seu resultado» (Radbruch) –, pelo que também se falará aqui de um específico círculo metodológico, análogo ao «círculo hermenêutico» em geral.» (p. 89) Ver também o importante Joachim Hruschka, *Rechtsanwendung als methodologisches Problem*, in. ARSP, 1964, p. 485-501, especialm. 492-497.

¹⁶⁵ O sistema é referido aqui em quatro estratos: i. o dos princípios normativos do direito – positivos, transpositivos (p.e. cláusulas gerais) e suprapositivos –, como campo da validade; ii. o das normas prescritas/positivas, como campo da legitimidade; iii. o da jurisprudência, que imporia uma presunção de justeza-correção; iv. e, o da dogmática, que deveria caminhar, passando pelas normas legais e jurisprudência, até aos princípios (aquela instância subjetiva), para conquistarem os seus sistemas o status *secundum ius*. Ver Ibidem, p. 155-157.

aponta para os casos concretos como eixo prático dos juízos jurídicos¹⁶⁶. Na perspectiva do controle metódico, a análise do caso diferencia, de um lado, a *questão-de-fato*, com a determinação do âmbito da relevância jurídica da situação concreta e a comprovação dos seus elementos específicos e dos seus respectivos efeitos, e, do outro, a *questão-de-direito*, no âmbito da qual se determina tanto – hipotética e abstratamente (no sistema) – o critério jurídico a fundamentar a solução jurídica quanto o próprio juízo concreto. O caráter hipotético do critério-norma indica tratar-se de uma *experimentação normativa*, em que o primado é do caso concreto perante a norma abstrata¹⁶⁷. Opera-se, desta feita, uma ultrapassagem metódica (definitiva) do modelo subsuntivo, eis que a objetivação do problema-caso não se confunde aí com as previsões fáticas das normas positivas. A aplicabilidade de uma norma terá de pressupor antes um *juízo autónomo de juridicidade sobre o caso decidendo*, insuscetível, um tal juízo, de fundamentar-se na norma que se considere aplicável¹⁶⁸. Não se trata, pois, de ponderar princípios normativos abstratos, mas de divisar o *sentido jurídico concreto do caso*, que, reconhecido na sua autonomia, decide ele próprio, por assim dizer, pela convergência normativa mais adequada, vista, também a norma, na perspectiva do problema – senão já como problema¹⁶⁹. Quer isto dizer que o ato de seleção metódica da norma aplicável não se dirige ao conteúdo do texto – como se dá ainda, perceba-se, com Friedrich Müller –, mas, antes, ao problema jurídico nela pressuposto. O que decide é um *confronto entre problemas*, não a identidade

¹⁶⁶ «O *problema* [...] traduz a intencionalidade problemática dos casos decididos [...] e para cuja solução se exigem os concretos juízos decisórios que mobilizarão, como seu fundamento e o seu critério racionalmente materiais, a normatividade do sistema [...]. Mas solução que também só será concludentemente correcta [...] se for normativamente adequada à concreta problematidade dos mesmos casos – se lograr relativamente a estes uma pragmática justeza decisória.» Ibidem, p. 157. Na perspectiva da sua teoria da *Fallnorm*, sintetiza Fikentscher: «Ausgangspunkt ist der zu entscheidende Einzelfall, ein Sachverhalt also, der nach möglichst gerechter Entscheidung ruft.» Wolfgang Fikentscher, *Methoden des Rechts*, IV, cit. p. 202.

¹⁶⁷ «[P]or um lado, a norma aplicável há-de mostrar [...] que o caso concreto (e a sua solução jurídica) é assimilável pelo sistema jurídico – com o que se respeita quer o postulado da justiça universal ou da «igualdade», para que Fikentscher [...] chama a atenção, quer o «contrôle de concordância» dogmática relevado por Esser [...]. Por outro lado, que a normatividade jurídica que essa norma intenciona, e que, portanto, é por seu intermédio a normatividade jurídica do sistema, será susceptível de revelar o problemático-jurídico concreto (o mérito jurídico específico) do caso decidendo – com o que se respeita, por sua vez, o postulado da «justeza material» (Fikentscher [...]) e de «convicção de justeza» (Esser [...]).» Ibidem, p. 167.

¹⁶⁸ «[P]ois o certo é que a aplicabilidade da norma vem a decidir-se, não por mera dedução conceitual, ou por uma mera referência lógico-normativa (de coincidência ou não coincidência) do sentido hipotético abstracto às circunstâncias da situação concreta, mas com fundamento numa prévia e autónoma ponderação jurídico-normativa do caso, já que unicamente ela nos permite saber se ao concreto sentido jurídico do caso decidendo é ou não adequado, materialmente adequado (para além da simples coerência normativa garantida pela possibilidade dedutiva), o critério jurídico da norma.» Ibidem, p. 172.

¹⁶⁹ «[A] aplicabilidade problemática da norma não poderá aferir-se pelo conteúdo (textual) da sua prescrição e só pelo problema prático-jurídico que lhe corresponde. Apenas a *norma-problema* (a norma como solução normativa abstracta de um problema) pode ser critério para o juízo normativo que haverá de resolver um problema normativo concreto: a problematidade deste problema exige [...] que a norma ou normas sejam compreendidas pela mediação normativa das suas problemáticas constitutivas.» Ibidem, p. 172.

de situações.¹⁷⁰ Daí que no processo de experimentação da norma-hipótese não se apresente uma relação lógico-hermenêutica, de sentido textual-interpretativo, pois o que é aí decisivo é, antes, o juízo juridicamente analógico entre a relevância material hipotética e a relevância material do caso concreto¹⁷¹. Da *relação analógica entre os problemas jurídicos* decorreria, dialeticamente, a normatividade do direito, a estabilizar-se historicamente no âmbito dos princípios normativos do direito, que, por sua vez, passam a servir, sempre de modo dialético(-analógico), para a interpretação das normas e dos critérios jurídicos positivos, com uma fundamentação não apenas de *ratio legis*, mas já de *ratio iuris*¹⁷².

O esquema metódico jurisprudencialista postula, então, que o juízo decisório concreto do direito deverá encontrar a sua validade nos fundamentos normativos da juridicidade, e não numa qualquer justificação que tenha por alvo efeitos político-sociais¹⁷³. Diante de situações concretas que não encontram solução no sistema das normas positivas, propõe-se o conceito de uma *autónoma constituição normativa do direito*: «de um juízo decisório em que o julgador tem autónoma responsabilidade pela constituição dos próprios critérios e fundamentos do seu juízo»¹⁷⁴. Os limites de uma tal atuação determina-los-ia não o sistema, mas o problema concreto, com a exigência

¹⁷⁰ «O que tem esta consequência fundamental: o critério enunciado, se vai implicado pela racionalidade prático-normativa do direito, metodologicamente deixa de exigir uma rigorosa coincidência entre a relevância hipotética da norma-prescrição e a relevância do caso: a norma é aplicável, como critério de juízo, desde que haja analogia entre os problemas, i. é, desde que o problema para que a norma quer oferecer uma solução jurídica se possa considerar da mesma índole do problema do caso concreto, e ainda que os âmbitos de relevância não coincidam ou sejam diferentes.» Ibidem, p. 175.

¹⁷¹ Cfr. Fernando Bronze, *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença*, cit. p. 72-78.

¹⁷² Sobre a normatividade do direito, conclui-se, assim, tratar-se de uma «normatividade jurídica judicativa». Ibidem, p. 189. E fala-se então, no âmbito da problemática da interpretação, de uma «judicativa determinação conforme ao direito». Em sentido semelhante, falando de um «Postulat der Rechtskonformität», cfr. Franz Bydlinski, *Juristische Methodenlehre*, cit. p. 456.

¹⁷³ Cfr. Ibidem, p. 196-205. O que está em discussão aí é a representação da orientação da normatividade do direito, se, afinal, haveria que se manter no plano material dos fundamentos jurídicos ou se deveria/poderia ser integrada por modelos ancorados sociologicamente – tendo-se sempre em mente a perspectiva da correção metodológica d(a indeterminação normativa d)a práxis do direito. Para o juisprudencialismo, o melhor caminho será resgatar a dimensão teleológica dos valores do direito – «o que se traduz na exigência de uma consistência prática entre o sentido teleologicamente regulativo dos fundamentos e os resultados da decisão judicativa que os invoque.» (Ibidem, p. 204) «Esta consideração do «resultado da decisão», das suas consequências ou dos seus efeitos, actua, por um lado, na imanência intencional da juridicidade (da axiológica normatividade jurídica) e não se deixa, por outro lado, de reconhecer, através dela, o direito comprometido com uma «ética de responsabilidade». Têmo-la, por isso, como a única aceitável pelo pensamento metodológico-jurídico. Só que [...] o relevo do resultado jurídico da decisão não autonomiza qualquer outro cânone metódico [...], pois a consequencial consistência prática é o que deverá resultar da realização do direito de problemático-concreta justa normativo-material [...]. [A] consideração daquele resultado não é um *critério*, mas o próprio *objectivo* e o *sentido* da metodológica realização do direito.» (Ibidem, p. 205)

¹⁷⁴ Ibidem, p. 206. Um tal conceito envolve uma compreensão específica da juridicidade: «é forçoso reconhecer que não é o sistema positivo o titular definidor da juridicidade, antes, pelo contrário, terá de ver-se nele apenas a precipitação explícita, mas histórica e a compreender inserindo-a no ritmo histórico, de uma juridicidade que o transcende e que ao realizar-se historicamente do mesmo continuamente o supera.» (Ibidem, p. 228)

metódica de precisar-se o critério para tanto¹⁷⁵. Primeiro: estar-se-ia diante de um problema-caso jurídico quando uma dada controvérsia envolvesse a tensão entre a autonomia/liberdade pessoal e a vinculação/integração comunitária, a convocar a afirmação ética da *pessoa* como sujeito ético (o que implicaria um específico fundamento axiológico-normativo, «o fundamento implicado na axiologia da pessoa, na axiologia do seu reconhecimento e da sua responsabilidade numa comunidade ética de pessoas») ¹⁷⁶. Segundo: do ponto de vista funcional, trata-se de solucionar o problema com uma decisão jurídica, entenda-se, uma *decisão judicial*, mas não qualquer uma, pois haveria esta que seguir a racionalidade jurisprudencialista – se quisesse ser considerada *de direito* –, com a conformação, em síntese, de um justo concreto, i.e., da justiça do direito¹⁷⁷. No âmbito então da realização autónoma do direito, em que, insista-se, não ganha ancoragem a subsunção, o modelo interpretativo que o pensamento jurídico é suposto articular é identificado como radicalmente analógico¹⁷⁸. Sendo este o modelo reflexivo, a representação da normatividade jurídica – reconhecida a abertura essencial do sistema jurídico¹⁷⁹ – refere uma intenção transistemática¹⁸⁰. Daí que se fale de uma validade material do direito, a convocar, de um lado, uma localidade histórico-social, e, do outro, um específico chamado de adequação e justeza. Este chamado mobiliza os pressupostos normativos do direito, decorrentes – no mundo prático da vida em comum – de um certo *sentido de justiça e injustiça*, sentido/sentimento este que culminaria no destacamento da «normatividade jurídica», dita *de direito*, relativamente ao grande bloco da normatividade social. A especificidade normativa do direito seria determinada, primeiramente, pelos princípios constitutivos do sistema jurídico vigente, os «princípios gerais do direito», a

¹⁷⁵ «O que converge [...] no entendimento último da juridicidade em geral e assim no entendimento do direito enquanto tal (do direito como direito). E é, por isso mesmo, o ponto em que a metodologia se encontra, em termos decisivos, com a filosofia do direito – pode mesmo dizer-se que é da filosofia, e como questão fundamentalmente filosófica, que ele obterá a sua solução. Pelo que em sede metodológica, que é a nossa, terão de pressupor-se as coordenadas capitais a ter em contra e de cuja projecção se concluirá aquele critério.» (Ibidem, p. 231)

¹⁷⁶ Ibidem, p. 233.

¹⁷⁷ «Sem o cumprimento destas duas exigências, a constituição normativo-juridicamente autónoma não seria uma decisão judicativa, não teria a índole judicativamente decisória e como tal não seria também uma decisão jurídica (de direito).» [...] «Pois sabe-se que esta condição [de *justiciabilidade*] implica uma racionalidade e universalidade normativamente justificativas em termos de fundamentação do concreto conteúdo judicativo decisório que garanta tanto uma objectividade de pressuposição intencional do juízo com o controlo racional da motivação decisória.» (Ibidem, p. 235)

¹⁷⁸ «[A] analogia se revela o «contra-conceito» a opor à subsunção positivista (Hruschka [...]) e ao seu formal dedutivismo, então a generalizada superação metodológica do esquema lógico-subsuntivo [...] o que implícita e verdadeiramente significa é o reconhecimento da essência analógica de todos os momentos em que esse prático-normativamente assimila e cumpre o direito, no centro dos queia está a interpretação jurídica.» Ibidem, p. 271.

¹⁷⁹ Ver o esclarecedor Aroso Linhares, *Validade comunitária e contextos de realização. Anotações em espelho sobre a concepção jurisprudencialista do sistema*, (versão disponibilizada pelo autor) Coimbra, p. 1-42.

¹⁸⁰ Cfr. Castanheira Neves, *A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (diálogo com Kelsen)*, in. Digesta – escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, Coimbra, Coimbra, 1995, V. II, p. 134-155.

expressarem-se como fundamentos em todos os domínios da ordem jurídica positiva. Indo além ainda disto, fala-se também, num nível mais abstrato da normatividade do direito, numa «consciência jurídica geral, em que encontra objectivação histórico-comunitária o fundamental [...] *princípio normativo* do direito», uma espécie de síntese axiológica propriamente jurídica¹⁸¹. Estariam aí envolvidos, de um lado, o conjunto de valores, princípios éticos, exigências morais, intenções ético-culturais, concepções sociais sobre o válido e o inválido – referido como «bem comum espiritual» –, e, do outro, valores e princípios de ordem propriamente jurídica, o campo do «*direito como direito*»¹⁸². Tais princípios não seriam passíveis de uma enumeração exauriente, pois a própria experiência da realização do direito, num processo de experimentação concreta da juridicidade, revelá-los-ia no seu trato com os problemas jurídicos. Na conclusão de Castanheira Neves: «Por isso se haverá de dizer que a jurisprudência [...] e as instâncias jurisdicionais e doutrinárias que a actuam [...] são o momento e o locus legítimo da manifestação e constituição histórica da consciência jurídica geral.»¹⁸³

5. A orientação para a *práxis* como marca da metodologia jurídica tradicional, e a sua pretensão de correção/justeza

Disse-se acima: mais do que exaurir os modelos metódicos do século vinte, nomeadamente aqueles do pós-guerra, e insistir então nas suas micro-diferenças internas, interessa, aqui, identificar a estrutura (intra)disciplinar geral da «metodologia jurídica», como o campo, afinal, de que emergem aqueles modelos. Ou seja: importa conceber, na perspectiva de uma teoria *das ciências* do direito, que destaca, como será ainda acentuado, a diferenciação entre *dogmática*, *metodologia* e *teoria*, uma representação do discurso próprio da metodologia, é dizer: da metodologia jurídica

¹⁸¹ A significar: «a síntese de todos os valores e princípios normativos que nessa comunidade dão sentido fundamental ao direito ou que verdadeiramente lhes conferem o sentido de direito. Digamos, a síntese axiológico-jurídica dessa comunidade.» Ibidem, p. 280.

¹⁸² Sobre os princípios jurídicos fundamentais, apresentados como *constituens* de uma ordem jurídica válida, são exemplos: «os princípios do Estado-de-Direito e da legalidade em geral, os princípios da independência judicial, da defesa, do contraditório, da não retroactividade da lei penal e da culpa, os princípios da responsabilidade pelos danos, de *pacta sunt servanda*, da *fides* (a vinculação à palavra dada, o dever de honradez e o dever de lealdade, da boa fé), da censura do «abuso do direito». Ibidem, p. 282.

¹⁸³ Ibidem, p. 283. Continua, na mesma página: «o «órgão da consciência social para o cumprimento de tal tarefa [a revelação da consciência jurídico-social do tempo] deve hoje reconhecer-se na jurisprudência, entendida no sentido mais lato de jurisprudência tanto teórica (ciência jurídica) como prática.» Esse *modus operandi* tampouco estaria a contradizer a ideia de fundamento, pois «um fundamento normativo é intencionalmente pressuposto, como fundamento justamente, sem que por isso tenha de ser objectivo-formalmente antecedente, de ir já constituído e dado, pois aquela qualidade é de todo compatível com um assunção e criação constituintes no próprio juízo em que é fundamento. Neste temos, o seu «presente» denota um tempo lógico (o *prius* de pressuposto) e não um tempo cronológico (o *ante* de antecedente).»

tradicional, como uma disciplina específica. Há que perceber, portanto, e desde logo, que as diversas formulações do discurso metodológico, ainda quando divergentes nas suas proposições normativas, conservam um pressuposto comum, a saber: a sua *orientação para a práxis do direito*¹⁸⁴. Dessarte, mais do que o domínio de objetos enquanto tal, o que as diferencia mutuamente é a representação conceitual que conferem a uma tal práxis, e, a partir daí, a eleição que fazem dos respectivos critérios, escalas e fundamentos metodológicos para um seu tratamento reflexivo. Compartilham, não obstante, e em suma, o mesm(íssim)o recorte fenoménico, com as suas propostas a afunilarem sobre as atividades judicativas do direito, mais especificamente: sobre a *decisão judicial*, diferindo, apenas, e quando muito, quanto ao instrumental reflexivo, responsável, ademais, por caracterizar o respectivo modelo metódico, que julgam, cada qual, mais adequado para medir a correção/justeza prática daquela. Diferente do que ocorrera no século anterior, as reflexões metodológicas do século 20 concebem a práxis, viu-se, como um território autónomo, para cuja articulação normativo-reflexiva um pensamento jurídico prático, assim também autónomo (e hipoteticamente interno à práxis), faz-se indispensável. A práxis em pauta num tal discurso não envolve, no entanto, a totalidade da práxis do direito, na pluralidade (e, ver-se-á, multidimensionalidade) dos seus campos e processos produtivos. A práxis a que os modelos metódicos dedicam os seus esforços normativo-reflexivos é, somente, a práxis jurisprudencial do direito, interessando-lhes dizer como devem juízes e juízas solucionar os seus casos concretos. As componentes que cada modelo reivindica para uma tal orientação normativa – se os ditos princípios e valores fundamentais do direito, se algum conceito de justiça, uma ideia e/ou ética do direito, ou se antes o discurso da moral – não é, desde a perspectiva teórica, tão relevante quanto o é a *reivindicação normativa* enquanto tal, isto é, a intecção disciplinar, como marca do discurso da metodologia tradicional, de determinar, reflexivamente, como deve o juiz decidir os seus casos concretos; e, no limite, como deve ser a práxis do direito. Essa reivindicação prático-normativa é referida, no âmbito das discussões teórico-metodológicas, com o conceito de *pretensão de correção* (*Richtsgkeitsanspruch*), conceito este que, disse-se acima, embora tenha ganhado notoriedade com Robert Alexy, que lhe confere, entretanto, um sentido normativo muito/demasiado específico: com o encapsulamento moral-discursivo do discurso jurídico, expressa, na verdade, uma preocupação, senão aspiração geral da metodologia jurídica tradicional – como metodonomologia, tal qual o ensina perceber Fernando Bronze¹⁸⁵ –, a saber: a intenção e/ou pretensão prático-

¹⁸⁴ Está a considerar-se aí, muito especificamente, o conceito de *Rechtsanwendungsorientierung*, que será ainda esclarecido, cfr. *infra*, nota 306 e nota 538.

¹⁸⁵ «Os autores que tratam da “metodologia jurídica” e que recorrem a esta sua designação tradicional – lembrarei apenas os nomes dos meus Mestres Castanheira Neves e Wolfgang Fikentscher [...] –, ensinam ser

normativa de medir a correção/justeza do direito. Daí que o conceito possa ser encontrado, por exemplo, também em Larenz, Esser, Kriele e Castanheira Neves¹⁸⁶, e, todavia, já sem aquele sentido moral(izante). Diante disto, a presente dissertação sugere que a *pretensão de correção do direito*, mais do que um conceito alexyano, é, na verdade, uma característica geral do modo(-de-ser) reflexivo-disciplinar, não apenas da dogmática, mas também da metodologia jurídica tradicional¹⁸⁷. Assim, por exemplo, enquanto Robert Alexy propõe, como dito, uma correção formal moralizadora da juridicidade, propõe Castanheira Neves um modelo metódico interessado na justeza material do juízo-decisório, ambos em resposta, eis o ponto que importa destacar, ao problema levantado, mas deixado em aberto, por Josef Esser com os conceitos de *Stimmigkeitskontrolle* e *Richtigkeitskontrolle*¹⁸⁸. Um e outro estão a reivindicar, com base em perspectivas normativas diversas (um a buscar o fundamento numa espécie de juridicidade profunda, o outro, na moralidade), a intenção disciplinar, prático-normativa, de medir metodicamente a correção/justeza da práxis do direito. Porque tais fundamentos não estão desde logo inscritos na objetividade do direito, decorrendo, antes, do trabalho subjetivo do pensamento jurídico, percebe-os a nova teoria com um certo ceticismo

“metodologia” *meta + odos + logos*, pelo que tem a ver com o problema da racionalização (do *logos*) de um caminho (de um *odos*) para se atingir um certo objectivo (uma *meta*). E, referindo depois, obviamente, esta preocupação ao direito [...], sentem a evidente necessidade de deixar claro que não cuidam de uma metodologia global do direito [...], mas apenas da problemática da racionalizada realização judicativo-concreta do direito. Pois bem: se concedermos em compreender o *nomos* [...] como a “normatividade de uma intencional validade e de realização judicativamente decisória” – ou, em uma fórmula abreviada, como o “decisório juízo concreto” –, aí temos a palavra metodonomologia (*meta + odos + nomos + logos*) a traduzir exactamente todo o nosso campo temático, na medida em que sintetiza o caminho racionalizantemente percorrido pela reflexão judicativa para que *in concreto* se realize a intenção prático-normativa e, portanto, fundamentadamente regulativa do direito.» Fernando Bronze, *Breves considerações sobre o estado actual da questão metodonomológica*, cit. p. 11.

¹⁸⁶ Ver, ainda, e entre outros, Hans-Martin Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen*, cit. p. VII-IX e p. 10-12.

¹⁸⁷ Neste sentido, com Thomas Möllers, *Juristische Methodenlehre*, C.H. Beck München, 2017, p. 477/478: «Am Ende der Prüfung steht eine Richtigkeitskontrolle. Die Entscheidung des Richters steht unter einer „normativen Richtigkeitserwartung“, weil sie beansprucht, die gesellschaftliche Wirklichkeit zu beschreiben. Gerade wegen der Missbrauchsmöglichkeit juristischer Methoden, wie sie das Unrechtsregime des Dritten Reichs deutlich vor Augen geführt hat, ist es erforderlich, dass die Methodenlehre auf Richtigkeit und Gerechtigkeits abzielt. An dieser Stelle kommt auch das Rechtsgefühl, das geschulte Judiz, zum Einsatz. Gerechtigkeitsfragen müssen mit der Juristischen Methodenlehre rational abgesichert und damit „juristisch operational“ gemacht werden. [...] Wertungsjurisprudenz und andere methodische Ansätze müssen letztlich anerkennen, dass ganz am Ende der Prüfung in einem Restbereich auch auf außergesetzliche Wertmaßstäbe zurückgegriffen werden muss.» No mesmo sentido, Martin Morlok, *Die vier Auslegungsmethoden – was sonst?* In: Gottfried Gabriel/Rolf Gröschner (Orgs.), *Subsumtion*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, p. 179-214, com referência expressa a Josef Esser, conclui: «Dieser Richtigkeitsanspruch stellt eine wesentliche steuernde Größe für den Interpreten dar. Interpretationsergebnisse, mögen sie auch den fachlichen Regeln entsprechen, werden unter diesem Anspruch daraufhin überprüft, ob sie sich auch »richtig« oder »gerecht« darstellen lassen.» (p. 208) Também: Joachim Rückert/Ralf Seinecke, *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*, Nomos, 2012, p. 33 s. Bernd Rütters, a referir-se ao intérprete que atua com base em valores, diz: «Er korrigiert alte und produziert neue Rechtsnormen.» Rütters, *Wir denken die Rechtsbegriffe um...*, cit. p. 78.

¹⁸⁸ Cfr., muito especialmente, José Manuel Aroso Linhares, *The rehabilitation of practical reasoning and the persistence of deductivism: an impossible challenge?*, cit. p. 14, nota 53, referindo-se ao modelo jurisprudencialista e à herança esseriana (p. 15): «With principles (as warrants) benefitting from a presumption of *communitarian validity*, statutes (as criteria) from a presumption of *political-constitutional pedigree* or *authority-potestas*, legal dogmatic models (as warrants or criteria) benefitting from a presumption of *rationality* or *rational conclusiveness* and, last but not least, precedents-*exempla* (as criteria) benefitting from a singularly contextualized presumption of *correctness* (*justeza*).»

metodológico; como fundamentos subjetivos, acabam por promover, no âmbito dogmático, um trabalho igualmente subjetivo. Esta síntese conceitual, a compreender, pois, na metodologia jurídica, como metodonomologia, uma pretensão de correção normativa do direito, será aqui, à frente, particularmente importante, mormente quando, partindo-se do campo disciplinar próprio da *teoria do direito*, vier a advertir-se que, diante de uma tal pretensão metodológica, responde o direito, na sua realidade, com a sua *incorrigibilidade reflexiva*, por motivos, isto, que serão analisados no correr da dissertação.

6. *Deficit reflexivo*. A problemática teórico-metodológica hoje...

Assim orientada, a metodologia tradicional tem pouco a dizer diante dos problemas teórico-metodológico com que tem hoje de debater-se a ciência do direito. Desde logo porque não envolve, com o seu olhar prático-normativo, a «ciência do direito»; sendo, como dito, uma metodologia *da* ciência do direito, não é, no entanto, uma metodologia *para* a ciência do direito, mas *para* a «práxis do direito»¹⁸⁹. Dedicada à práxis, o pensamento jurídico que promove segue o modelo de racionalidade, no singular, de tipo prático-normativo¹⁹⁰. O pensamento jurídico acadêmico, contudo, não se articulando no singular, mas, antes, no plural, com as diferenciações e (hiper)especializações das subdisciplinas jurídicas, não é, na sua totalidade, prático-normativo, pelo que fica assim uma série de questões metódico-disciplinares sem o devido cuidado metodológico. Pergunte-se: o que sabe/pode (saber) a ciência do direito? O que caracteriza os seus enunciados reflexivos? Nos seus processos de diferenciação interna, como articulam as ciências jurídicas as suas atividades *inter-* e *intradisciplinares*? Compartilham, as diferentes ciências jurídicas, a mesma racionalidade? Como trabalha/deve-trabalhar a dogmática? Há apenas uma dogmática? Como relacionam-se os seus enunciados e sistemas interpretativos com a práxis/realidade do direito? Há que perceber: ao especializar-se diante dos artefatos do direito positivo, a dogmática vê-se na dependência reflexiva de acervos de conhecimento de tipo empírico-analítico que transcendem os limites do seu tratamento prático-normativo. Nos processos de diferenciação intradisciplinar, a

¹⁸⁹ Mencionou-se já na introdução a diferenciação conceitual de Franz Reimer (cfr. *supra*, nota 5). É de lembrar aqui a expressão de Castanheira Neves: «É o pensamento *de* uma prática *para* uma prática.» Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, cit. p. 16. Ver também Jan Schapp, *Methodenlehre des Zivilrechts*. Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, p. 3 [«Theorie der tatsächlich geübten Praxis»]; Alexander Somek, *Rechtliches Wissen*, cit. p. 80, fala, num tom já mais crítico, em «juristische Methode als »Handwerkzeug«»

¹⁹⁰ Mais especificamente, viu-se, pode dizer-se que o foco da metodologia é a decisão judicial, que aquela procura orientar internamente. Com Ralf Dreier *Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation*, cit. p. 23: «Die überkommene juristische Methodenlehre versteht sich in erster Linie als Methodologie richterlicher Entscheidungsfindung.»

cada novo destacamento, isto é: a cada novo campo (sub)disciplinar e nova sistematização jurídica, é forçosa a mobilização de recursos reflexivos *prima vista* estranhos-externos ao pensamento jurídico (de tipo prático-normativo). Como foi já dito, no seu funcionamento académico, a ciência do direito não se articula de modo unidimensional, com base num único modelo de pensamento ou numa única perspectiva reflexivo-disciplinar, mas de modo, antes, multidimensional, com uma pluralidade de disciplinas e subdisciplinas a perseguir, cada qual, os seus próprios interesses disciplinares. A constatação de uma tal multiplicidade metodológica, além de colocar em xeque a representação (totalizante) de uma única metodologia para (a totalidade d) o pensamento jurídico¹⁹¹, chama a atenção para o perigo d(e um)a erosão da identidade disciplinar, metódico-reflexiva, da ciência do direito, perigo este, perceba-se, que vai implicado não na pluralidade disciplinar em si, mas na falta de consciência metodológica em torno dos problemas que uma tal condição impõe¹⁹². Os processos de importação de modelos empírico-analíticos de origem extrajurídica não podem ser tratados como uma questão de seguir-se ou não a tendência e/ou moda académica, pois são um imperativo do próprio direito, que cristaliza nos seus artefatos componentes para cujo tratamento reflexivo impende romper o *Isolierung* disciplinar. Do ponto de vista puramente teórico, o desafio consiste, portanto, não em “aceitar ou rejeitar” tais fenómenos – o exercício, no limite, da inter- e da intradisciplinaridade –, mas em (aprender a) integrá-los de modo metodologicamente consciente, e consistente, e de sorte a atenuar, desta feita, os perigos do *anything goes* metodológico. O que a nova teoria está ora a dizer é que diante de um tal conjunto de questões a metodologia tradicional tem silenciado¹⁹³. A constatação do carácter setorial das ciências jurídicas, com

¹⁹¹ Com Marietta Auer: «[D]ie Pluralisierung der juristischen Methodenlehre [mündet] damit in den wissenschaftstheoretischen Horizont der Frage, was juristische Methodik als wissenschaftliches Erkenntnis- oder Praxisverfahren überhaupt leisten kann oder soll.» Auer, *Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie*, cit. p. 66. Semelhante indagação em: Franz Reimer, *Juristische Methodenlehre*, 2016, cit. p. 21 ss. No mesmo sentido, Matthias Jestaedt, *Vom Beruf der Rechtswissenschaft – zwischen Rechtspraxis und Rechtstheorie*, cit. p. 251 s., a falar aí em uma «Disziplinäre Vielsprachigkeit».

¹⁹² O perigo de erosão da identidade disciplinar resulta não tanto da pluralização interna da(s) ciência(s) do direito quanto da falta de consciência metodológica a respeito de uma tal condição, que convoca, realmente, uma reflexão metodológica própria. Franz Lindner chega a considerar a hipótese de uma desintegração total da ciência do direito, entenda-se: uma sua total fragmentação metodológica, capturada pelas metodologias vizinhas que aos poucos vão ocupando o edifício/pensamento da ciência do direito. Numa visão quase-apocalíptica da juridicidade, Lindner percebe nos processos de diferenciação interna das ciências do direito um modelo centrífugo virtualmente imparável (*Zentrifugalität als Charakteristikum der Rechtswissenschaft*) e tendente então à desintegração; tão diferentes uma ciência jurídica da outra que já nada as manteria em relação mútua. Impor-se-ia, em resposta, levar adiante uma reflexão em torno da unidade/desfragmentação da ciência do direito, i.e., das componentes integrativas das ciências jurídicas. Josef Franz Lindner, *Einheit der Rechtswissenschaft als Aufgabe*, cit. p. 697-707. Ver também Jan M. Smits, *The Mind and Method of the Legal Academic*, cit. p. 1-7.

¹⁹³ Schulze-Fielitz fala de uma «perda de sentido da metodologia jurídica clássica» (*Bedeutungsverlust der klassischen juristischen Methodik*), não apenas no âmbito metareflexivo de uma teoria (metodológica) da ciência do direito mas também e muito especialmente naquilo a que se teria ela originariamente proposto. *Quis indicat*: tanto prática quanto teoricamente, mais relevantes do que as doutrinas metodológicas seriam a organização e o processo institucionais da fabricação decisória, a composição pessoal dos órgãos coletivos de decisão, o equilíbrio entre os

subdisciplinas diferenciadas em torno de problemas metodológicos próprios – dificilmente passíveis de generalização (melhor: como, afinal, generalizá-los?) –, conduz, entretanto, a uma alteração fundamental das preocupações teórico-metodológicas, alteração esta que marca, precisamente, a reabilitação hoje do discurso teórico, a transitar-se de uma orientação prática genérica (filosófico-normativa) para um minimalismo metateórico e intradisciplinar (puramente teórico-reflexivo).

Numa fórmula simples: as diferentes ciências jurídicas não seguem uma mesma e única racionalidade, uma mesma e única metodologia; não são uma mesma e única ciência do direito. Assim, por exemplo, cumpre deixar registrado: enquanto a dogmática trabalha normativamente, com referências interpretativas a textos de lei e decisões concretas, predomina, no âmbito da sociologia jurídica, e por definição, o método o sociológico, tal qual no da filosofia do direito predomina o filosófico, no da história do direito, o historiográfico, e, no das análises económicas do direito, o económico¹⁹⁴. Da mesma forma, enquanto a metodologia jurídica está a organizar as suas reflexões e os seus enunciados de modo prático-normativo, na *perspectiva do participante*, fá-lo, a teoria do direito, de modo estritamente teórico-reflexivo, na *perspectiva do observador*. Num tal contexto, e à luz da multiplicidade metodológica, o conceito de «ciência do direito» passa a ser compreendido como um *cluster concept* institucional, e não como a marca de um modelo específico de racionalidade. Em razão da contínua especialização intradisciplinar do pensamento jurídico, não é dado às suas subdisciplinas assimilar, como que em bloco e/ou univocamente, um único paradigma metódico-reflexivo, com um mesmo e único modelo de pensamento. Daí que possa dizer-se que o pensamento jurídico académico é *imparadigmatizável*. *Imparadigmatizável*, perceba-se, mas também, e ao mesmo tempo, *multiparadigmático*¹⁹⁵, pois, não sendo passível de re(con)dução a um único paradigma de racionalidade – tendente, ademais, à hierarquização das (sub)disciplinas jurídicas a partir de um único ponto de equilíbrio –, segue, simultaneamente, múltiplos paradigmas¹⁹⁶. Para prosseguir nos exemplos, e ainda numa aproximação geral: trabalhando com

diferentes gremios responsáveis pela decisão, entre outros fatores de ordem empírica. Helmuth Schulze-Fielitz, *Staatsrechtslehre als Wissenschaft: Dimensionen einer nur scheinbar akademischen Fragestellung*, in. Die Verwaltung, cit., p. 26 s. Ver também Winfried Hassemer, *Juristische Methodenlehre und Richterliche Pragmatik*, in. Rechtstheorie, 39, 2008, p. 1-22.

¹⁹⁴ Cfr. Horst Dreier, *Rechtswissenschaft als Beruf*, cit. p. 6-10.

¹⁹⁵ A expressão, mencionada já na introdução (cfr. *supra*, nota 17), é de Stephan Kornmesser e Gerard Schurz. Falou-se também, na introdução, sobre o problema ideológico implicado nas análises normativas que, a ignorar as divergências metodológicas e teóricas pressupostas no contexto da incomensurabilidade e da rivalidade entre paradigmas coexistentes, negam enunciados e perspectivas diversas a partir apenas de uma perspectiva metódica interna.

¹⁹⁶ Se se pensa na organização paradigmática proposta pelo jurisprudencialismo, pode dizer-se que, no funcionamento académico do pensamento jurídico, se estruturam, simultaneamente – e não exclusivamente –, perspectivas/escaninhos e campos disciplinares ora mais ora menos «normativistas», ora mais ora menos «funcionalistas», ora mais ora menos «jurisprudencialistas», compartilhando todos, embora não a mesma racionalidade

uma racionalidade historiográfica, dificilmente os historiadores do direito concordarão, teórico-metodologicamente, com os saltos histórico-epistêmicos dos filósofos do direito, tal qual apenas com muito estoicismo reflexivo poderão estes concordar, nas suas fundamentações normativo-transcendentais do direito, com o empirismo e o funcionalismo dos sociólogos do direito. Enquanto o dogmático sistematiza os artefatos do direito positivo, o metodólogo informa-lhe sobre as filigranas da práxis, ao passo que o teórico distancia-se para formular uma visão integral dos processos do direito. Há que reconhecer, portanto, e desde logo, que as tentativas de totalização, ademais de serem concreta e institucionalmente implausíveis (melhor: não factíveis), implicam um empobrecimento da capacidade reflexiva do pensamento jurídico. Além de excluírem, unidimensional e arbitrariamente, relevantes acervos de conhecimento, deixam de compreender, dado que concebem a ciência do direito abstrata e normativamente, para não dizer: idealisticamente, as especificidades das disciplinas e subdisciplinas jurídicas. Com efeito, importa perceber que a ciência do direito não opera reflexões de ordem apenas normativa e/ou interpretativa – não lança mão, ademais, de acervos de racionalidade apenas filosófica, ou apenas sociológica, psicológica, historiográfica, económico –, pois, no seu funcionamento académico normal, opera tudo isto como que ao mesmo tempo, a depender apenas do setor de que esteja a partir.

a) A setorização metodológica da dogmática

A multiplicidade metodológica do pensamento jurídico não se expressa apenas na pluralidade geral das suas disciplinas fundamentais, pois refere também, e mais importantemente, uma pluralidade metódica no interior da própria dogmática. De um lado, há que ter claro que, como disciplina autónoma¹⁹⁷, i.e.: como modo reflexivo soberano de si mesmo, a dogmática não abre mão de ter, também ela, os seus interesses e métodos próprios, ainda que mobilize, na persecução das suas vontades disciplinares, postulados reflexivos de outras disciplinas-ciências. Por conta do seu vínculo especial com a *práxis*¹⁹⁸, a dogmática, concebida, neste aspecto, como ciência

ou o mesmo paradigma metodológico, o mesmo teto institucional. (Cfr. Castanheira Neves, *Teoria do Direito*, cit. p. 31.) O desafio com que se vê hoje confrontada a teoria das *ciências* do direito tem a ver com encontrar não o melhor paradigma ou uma específica racionalidade para uniformizar o funcionamento do pensamento jurídico, mas um critério objetivo capaz de orientar a integração académica das diferentes ciências-disciplinas jurídicas (cada qual no seu respectivo paradigma).

¹⁹⁷ Sobre a lógica institucional das relações, de dependência e independência, disciplinares, cfr. Roland Czada, *Disziplinäre Identität als Voraussetzung interdisziplinärer Verständigung*, cit. p. 37.

¹⁹⁸ Ver por todos Christian Waldhoff, *Kritik und Lob der Dogmatik. Rechtsdogmatik im Spannungsfeld von Gesetzesbindung und Funktionsorientierung*, in. *Was weiß Dogmatik?*, cit. p. 30.

prática, tende a dedicar pouca atenção às exigências da *ciência*. A sua relação disciplinar e reflexiva com as demais ciências, jurídicas e extrajurídicas, dá-se na medida da sua própria necessidade interna, na perspectiva, portanto, do seu interesse em produzir resultados práticos, concretos¹⁹⁹. Ademais, e a confirmar essa sua, por assim dizer, indisponibilidade disciplinar, impõe perceber que o trabalho interno da dogmática, contingente que é, não se dá de modo a meramente confirmar o padrão normativo de um dado modelo metódico, a se lhe dirigir normativa e abstratamente, respondendo antes às especificidades que o funcionamento setorial do pensamento jurídico acadêmico implica²⁰⁰. Embora seja possível identificar os elementos gerais do trabalho dogmático, com o seu formato disciplinar básico, as técnicas, os institutos e as figuras teóricas com que intenta encadear normativamente os artefatos do direito, a orientação dos seus enunciados e o seu estilo literário – para cujo tratamento reflexivo, insista-se, a metodologia tradicional revela-se inapta²⁰¹ (pois, perceba-se, está aqui a transcender-se já os problemas da interpretação e da argumentação jurídicas) –, fato é que a setorização das ciências do direito exige e responde a especializações teórico-metodológicas que colocam em dúvida a possibilidade de uma reflexão metódic(o-normativ)a unitária para a dogmática²⁰². Tendo de lidar, em cada um dos setores da ciência do

¹⁹⁹ Cfr. Andreas Voßkuhle, *Was leistet Rechtsdogmatik? Zusammenführung und Ausblick in 12 Thesen*, in: *Was Weiß Dogmatik?*, cit. p. 111-114; Martin Eifert, *Zum Verhältnis von Dogmatik und pluralisierter Rechtswissenschaft*, (mesmo volume) p. 79-96, especial. p. 80.

²⁰⁰ Daí, por exemplo, que também os livros dedicados ao direito das obrigações desenvolvam reflexões metodológicas, mas específicas às problemáticas com que têm de lidar, a diferirem, p.e., daquelas que se discute no âmbito do direito penal. Assim setorizada a reflexão metodológica, recorre-se ao discusso geral da metodologia jurídica somente se e quando necessário apresentar alguma consideração como o resultado de um processo interpretativo. Há que reconhecer, de qualquer sorte, a existência de diferentes métodos. „Denn neben der Methodenlehre im klassischen Sinne gibt es in den einzelnen Fächern Diskussionen, die sich mit bereichsspezifischen Problemen auseinander setzen und mit speziellen Begrifflichkeiten arbeiten, deshalb weniger mit den anderen Rechtsgebieten sprechen. [...] [Es] wird deutlich, dass die Teildisziplinen jeweils vor spezifische Herausforderungen gestellt sind, denen sie durch spezifische Dogmatik gerecht zu werden versuchen.“ Jannis Lennartz, *Dogmatik als Methode*, cit., p. 8 [«Methode oder Methoden?»]. No mesmo sentido: „Die verschiedenen Teilrechtsgebiete entwickeln ihre eigenen Strukturen, ihren eigenen Begrifflichkeiten, ihre eigenen Verständnishorizonte; und die einschlägigen Spezialdiskurse tendieren dazu, sich immer stärker voneinander abzukapseln.“ Gerhard Wagner/Reinhard Zimmermann, *Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung zum Thema „Methoden des Privatrechts“* (Vorwort), AcP 214, 2014, p. 1-6 (p. 5). Ver também: Bernd Rüthers, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, cit. p. 151 ss. [«Vielfalt oder Einheit der methoden der Rechtsanwendung?»]

²⁰¹ Para um tal tratamento parece necessário desenvolver antes uma *teoria da dogmática jurídica*, como o tem feito Christian Bumke (cfr. *supra*, nota 21). O que é certo é que as discussões metodológicas ocorrem também fora do campo disciplinar a que se tem dedicado a metodologia jurídica, cujo elemento maior permanece sendo o seu *juzgcentrismo*. Ainda com Lennartz: «Methodendiskussion finden also regelmäßig auch außerhalb der Diskussion um „die“ juristische Methoden statt. Daneben steht noch die Kritik, eine Richter-zentrierte Lehre ignoriere die praktisch relevanten Methoden der Vertragsgestaltung oder gar Gesetzgebung. Was bedeutet das für die Methodenlehre, und für das Selbstverständnis der ganzen Rechtswissenschaft?» E conclui: «Da eine Wissenschaft oft auch über ihre Methode definiert wird, müsste das Aufsplittern von Methodendiskussionen das Selbstverständnis berühren. Die Methodenliteratur selbst steht dem erstaunlich teilnahmslos gegenüber. Dabei gilt: Behandelt die „Methodenlehre“ nur einen kleinen Ausschnitt der Praxis, dann kann sie kaum deren Zügel sein. Natürlich kann sie nicht die Methodenfragen der verschiedenen Fachgebiete beantworten. Aber sie sollte doch zumindest einen konzeptionellen Rahmen bieten, in den sich diese einbetten lassen.» Jannis Lennartz, *Dogmatik als Methode*, cit. p. 10.

²⁰² „Für alle Rechtsbereiche gilt, dass methodische Auseinandersetzungen regelmäßig ohne begrifflichen Rekurs auf die allgemeine Methodenlehre auskommen.“ Lennartz, *Ibidem*, cit. p. 9. Em sentido semelhante: Winfried

direito, com artefatos e problemas locais (mais e mais específicos), as disciplinas de que se aproxima, então, a dogmática, são também mais e mais específicas, a depender, precisamente, dos artefatos e problemas com que é confrontada. Perceba-se: os artefatos do direito com que lidam, p.e., as ciências jurídico-constitucionais não carregam as mesmas propriedades que se encontra inscritas nos artefatos do direito sobre os quais se debruçam as ciências jurídico-criminais, ou as ciências jurídico-privadas. Tendo de manejar tão-específicos artefatos, as ciências vizinhas – os métodos, modelos reflexivos, teoremas, racionalidades – que as diferentes ciências jurídicas têm de convocar, a fim nomeadamente de operarem adequadamente com os seus respectivos artefatos, são, ou hão de ser, aquelas que se revelem mais aptas a auxiliar na consecução das suas finalidades disciplinares próprias. Diante dos artefatos do direito, as *ciências jurídicas* convocam, para ajudar no seu trabalho interno, as ciências vizinhas que melhor se adequem às suas necessidades disciplinares, o que revela serem os seus métodos algo contingente, não universal. Pense-se, por exemplo²⁰³, na diferença de fundo entre as ciências jurídico-criminais e as ciências jurídico-constitucionais, e, então, por conseguinte, no tipo de interdisciplinaridade que cada uma deve operar. Enquanto os trabalhos reflexivos em torno do direito penal têm como pressuposto básico o princípio da *nulla poena sine lege*, o que alimenta, internamente, a imagem de uma ciência do direito como que indisponível às vontades e argumentos jurídico-políticos²⁰⁴, é recorrente, no âmbito das reflexões constitucionais, o reconhecimento da contingência política dos tribunais superiores, no que toca tanto o seu papel político no processo democrático quanto o caráter político das suas decisões e interpretações do direito, o que conduz a uma ciência jurídica mais aberta e disponível à argumentação de tipo político²⁰⁵. Não é difícil perceber, dessarte, que as dogmáticas penal, de um lado, e a constitucional, do outro, seguem, pois, vias metódico-reflexivas diversas; a primeira é tendencialmente mais técnico-analítica, a segunda, mais disposta à colonização jurídico-política, com a sua argumentação principiológica.

Hassemmer, *Gesetzesbindung und Methodenlehre*, ZRP, 2007, p. 217. Nas suas palavras, considerando a autonomia da dogmática na realização das pretensões práticas do pensamento jurídico: “Ich behaupte, daß die zentralen Hoffnungen, welche Verfassungslehre und Rechtstheorie in die juristische Methodenlehre gesetzt haben und immer noch setzen, mittlerweile von einer ausdifferenzierten Rechtsdogmatik erfüllt werden.“ Hassemmer, *Juristische Methodenlehre und Richterliche Pragmatik*, cit. p. 15.

²⁰³ Para as diferenciações a seguir, cfr. Oliver Lepsius, *Themen einer Rechtswissenschaftstheorie*, cit. p. 8-16 e p. 21-27.

²⁰⁴ Cfr. Winfried Hassemmer, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit*, in: Eser/Hassemmer/Burkhardt, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Verlag C. H. Beck, München, 2000, p. 43 s.; Björn Burkhardt, *Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik*, (no mesmo volume) p. 120 s.

²⁰⁵ Com Jannis Lennatz, *Dogmatik als Methode*, cit. p. 9: «Daher mag es sinnvoll sein, von verschiedenen Methoden zu sprechen. Das Zivilrecht ist in seiner Methodik durch Begriffe geprägt, die im öffentlichen Recht nicht vergleichbar sind. [...] Das Strafrecht legt durch das *nulla poena sine lege*-Gebot Wert auf eine für das deutsche Recht sonst untypische Genauigkeit in der Begriffsarbeit. Das Verfassungsrecht hat seine eigenen Fragestellungen, etwa die Rolle des Bundesverfassungsgerichts im politischen Prozess.»

b) A dogmática, o sistema e o perspectivismo

Também o conceito de *sistema* – essencial para o trabalho dogmático, como será adiante enfatizado –, e como constructo do pensamento jurídico, é elucidativo da diferenciação setorial da dogmática²⁰⁶. De um lado, o «pensamento de sistema» parece bem harmonizar-se, é verdade, com as necessidades disciplinares das ciências do direito privado, as quais enfrentam problemas normativos tendencialmente estacionários – entenda-se: tendentes a estabilizarem-se num mesmo escalão da hierarquia das normas –, bem como porque a rigidez do sistema como que se flexibiliza aí na sua combinação com as ideias de *autonomia privada* e de *direito dispositivo*. A existência de um código normativo estável, a demandar apenas excepcionalmente que se convoque conteúdos normativos supra e infralegais, coloca o direito privado como que à parte da vontade contingente da política, podendo ser desde logo generalizado numa representação sistemática. Essa espécie de neutralidade política e de estabilidade temporal, que a codificação cristaliza no direito privado, dificilmente pode divisar-se, porém, nos âmbitos da regulação do direito público; a elasticidade e a capacidade de adaptação asseguradas pela autonomia privada e pelo direito dispositivo, como condição, neste sentido, da construção de um sistema geral, não aparecem aqui²⁰⁷. Parece, portanto, difícil combinar o pensamento de sistema com o campo do direito público²⁰⁸, em que a autonomia da criação do direito dá lugar a atores jurídicos que, no âmbito das suas atribuições competenciais, se veem marcados pela componente da soberania estatal. Os temas da elasticidade e da capacidade de adaptação normativa ganham, no direito público uma expressão própria, e no todo distinta, percebidos no horizonte do problema estrutural da relação entre os fenómenos da *vinculação normativa* do ator jurídico ao direito preexistente (objetivo) e da *competência* para ele próprio produzir o direito do futuro (subjeto). Ao invés de conflitos de interesses privados (intersubjetivos), tem-se aqui conflitos de ordem estrutural, referidos ao problema da vinculação normativa dos atores do direito, a ser considerado em nível tanto material quanto institucional – e mais: federal e estadual, nacional, supranacional e internacional, em relações verticais e horizontais –, nos espaços abertos dos campos competenciais²⁰⁹. Ademais, enquanto o direito civil envolve questões de caráter

²⁰⁶ Cfr. Oliver Lepsius, *Themen einer Rechtswissenschaftstheorie*, cit. p. 36 ss.

²⁰⁷ Idem, *Ibidem*, p. 39.

²⁰⁸ Assim em Ralf Poscher, *Am Fuße der Kathedrale. Von den Bedingungen, Grenzen und Kosten eines idealistischen Systemanspruchs an das Recht*, in: *Rechtswissenschaftstheorie*, cit. p. 110 s.

²⁰⁹ Se se pensa no contexto federativo, a complexidade do problema fica ainda mais evidente. Dificilmente encontra-se num tal contexto correlações normativas claramente delimitadas; com arranjos e graduações sub- e supralegais, entre regulações do direito da união e do direito dos estados membros, falta um campo ou corpo normativo unitário capaz de garantir aí um tratamento sistemático. Dificilmente as regulações legais de um estado membro

antagonista, a ter de solucionar-se problemas relacionados ao embate de interesses, e o direito penal com a individualização (objetiva) do ato típico e da respectiva pena (individualizada), o direito público lida com questões estruturais relacionadas às decisões de órgãos autorizados-empoderados para a criação do direito. É possível dizer, numa palavra, que enquanto o direito penal e o direito civil permanecem mais abertos a uma reflexão perspectivista, marcada esta pela precedência do método, o direito público pede uma reflexão que se oriente mais pelo objeto (p.e., a “constituição” e o “estado”). E se se considera, além disto, o direito mesmo como um objeto material, como será ainda sublinhado: na sua realidade própria, então pode dizer-se que as ciências do direito cristalizam, na sua pluralidade metódica, um verdadeiro *perspectivismo jurídico*, com reflexões que vão conformando metódico-disciplinarmente os seus próprios objetos formais, os seus respectivos “direitos”.

Uma vez mais: os problemas que se vão assim apresentando não são passíveis de tratamento pelo arsenal reflexivo da metodologia tradicional. Para esta, a dogmática envolve não muito mais do que um modo prático-normativo de pensamento, e como que desprovido de problemáticas de ordem teórica. No seu diálogo principalmente com a filosofia do direito, a sua reflexão acerca da categoria *sistema* tende a ser demasiado abstrata (subjéctiva), com referências a dimensões axiológicas/teleológicas com vistas a uma fundamentação normativa do direito, mas acaba que pouco contribui para a compreensão dos problemas locais com que se vê confrontada a dogmática²¹⁰. O trabalho desta não se limita, por fim, à interpretação dos materiais do direito, exigindo, no âmbito mesmo do seu pensamento de sistema, refinamentos teórico-metodológicos que escapam à racionalidade prático-normativa. Não bastasse isto, a nova teoria adverte, ainda, para o fato de que tampouco no território interno da práxis tem a metodologia encontrado verdadeira ressonância. Dado que a práxis não se articula a si própria a partir de grandes projetos teóricos²¹¹, isto relativiza o sentido tradicional das disputas normativas em torno das decisões do

formarão um sistema interno com as dos outros estados membros, potencialmente, antes, em dissonância normativa. Ver Lepsius, *Themen*, cit. p. 39.

²¹⁰ Nas palavras de Lepsius, *Ibidem*, cit. p. 41 [«Welche Zukunft hat das Systemdenken?»]: «Man wird die Systemtauglichkeit bestimmter Rechtsgebiete nicht mit einem schlichten pro oder contra beantworten können, sondern sich ja nach Normenkomplex, Rechtsgebiet oder auch juristischer Subdisziplin unterschiedlich entscheiden dürfen. Das aber entspricht der intendierten Folge einer Betrachtung, die abstrakte Theoriediskurse mit Sachdiskursen verbinden will: Jetzt wird deutlich, daß mit dem Systemgedanken in einem Praxisdiskurs sinnvoll gearbeitet werden kann, weswegen er aber noch nicht theoretisch sakrosankt ist. Zugleich gilt umgekehrt: Eine theoriegeladene Skepsis gegenüber dem Systemgedanken belegt nicht seine praktische Wertlosigkeit. Bezweckt sind keine absoluten theoretischen Einsichten und auch keine relativen praktischen, sondern relationale Verbindungen beider Aspekte.»

²¹¹ Com Martin Morlok: „Nach dem common sense juristischer Praktiker verdienen die Theoreme zur Auslegung und Anwendung von Rechtsnormen, die in den Lehrveranstaltungen der juristischen Grundlagenfächer gelehrt werden und in den Vorlesungen zu den Fachgesetzen implizit mitgedacht sind, als wenig hilfreich kaum Beachtung. Das Alltagshandwerk scheint ‚irgendwie‘ anders zu sein als die theoretischen Vorbilder, weniger wissenschaftliche und zugleich schwieriger.“ Martin Morlok, *Theorie/Praxis-Bruch in juristische Methodenlehre und Soziologie*,

direito^{212 213}. Nomeadamente o juiz, enquanto ator real da obtenção do direito, isto é: como um indivíduo, entre outros, investido de competência-*poder* para produzir o direito²¹⁴, procede, na determinação do *seu* campo competencial, autonomamente, em relação às doutrinas e aos embates académico-metodológicos²¹⁵. Ele é, numa palavra, se não desde logo no todo, ao menos em parte, na parte, porém, que realmente decide, independente das *vontades disciplinares* dos cientistas do direito²¹⁶. Diante, portanto, do deficit reflexivo da metodologia tradicional – relativo à compreensão tanto do direito mesmo quanto da ciência do direito –, a proposta de uma teoria *das ciências* do direito, como subdisciplina da teoria do direito, intenta dar atenção, hoje, ao pensamento jurídico académico e ao direito *em si*, sublinhando a diferença institucional entre o campo da *ciência* e o da *práxis* do direito.

in. Rechtstheorie, 33, 2001, p. 135. Para uma análise crítica da crítica metodológica, cfr. Eduard Picker, *Richterrecht oder Rechtsdogmatik – Alternativen der Rechtsgewinnung? – Teil 1*, JZ.43, 1988, p. 1-12. Fala-se aí numa «Korrespondenz von Dogmatikkritik und Richterrechtsfavorisierung als Schlüssel zum Verständnis der modernen Entwicklung», p. 3 ss. Sobre «der falsche Realismus der Methodenkritik», cfr. Jannis Lennartz, *Dogmatik als Methode*, Mohr Siebeck, 2017, p. 90 ss.

²¹² Com Regina Ogorek: «Eine Methodenlehre liefert Argument für die Entscheidung, und welche Argumente im Begründungs- und Überzeugungsbildungsprozeß Verwendung finden und welche nicht, richtet sich nicht nach intern-methodologischen Kriterien, sondern nach der sozialen und politischen Welt, in der judiziert wird. Das klingt betrüblich für jeden, der daran glaubt, dass es das positive Recht, die Verfassung, vielleicht sogar die überpositiven Maßstäbe sind, die der jeweiligen Justiz ihre Entscheidungen in die Feder diktieren.» Regina Ogorek, *Gefährliche Nähe? Richterliche Rechtsfortbildung und Nationalsozialismus*, in: Felix/Neumann (Orgs.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, p. 159 ss. (p. 169).

²¹³ Sobre a (falta) de força normativa da metodologia tradicional há hoje diversas paráfrases-chave: «Methodenvielfalt und Methodenwahl» (Josef Esser), «Methodenromantik» (Bernd Rütters), «juristische Methodenlehre als aporetisches Instrument des Richters» (Winfried Hassemer), «Reflexionsdefizit» (Martin Morlok), «Maßstabslosigkeit» (Christoph Möllers), «Wirkungslosigkeit der Methodenkritik» (Jannis Lennartz), «Methodenbeliebigkeit» (Franz Lindner), «Camouflage der Dezision» (Horst Sendler), «Verschleierung der Machtausübung» (Matthias Jestaedt), etc.

²¹⁴ Mais precisamente: os atores do direito são investidos de competência para criar o direito do futuro, mas também para destruir o direito preexistente, eis que o direito regula não apenas a sua autoprodução, mas também a sua autodestruição. Neste sentido, com Robert Walter, *Der Aufbau der Rechtsordnung*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchandlung, Wien, 1974, p. 57: «Ebenso wie das Recht seine eigene Erzeugung regelt, normiert es auch seine eigene Vernichtung.»

²¹⁵ Uma tal autorização/transferência de poder para a produção do direito, que por certo não autoriza que o ator jurídico faça o que bem entender, mas antes a produzir o direito do futuro (*modus futurus*) de acordo com o direito preexistente (*modus praeteritum*), não o obriga, este é o ponto a sublinhar, a seguir qualquer orientação metodológica ou teoria científica. Ainda que aqui e ali possa o ator competente recorrer aos enunciados da ciência do direito – o que fará se e somente se assim o quiser (subjetivamente portanto, pois objetivamente está já de «*lex lata*» autorizado a criar de «*lex ferenda*» o direito) –, a ciência do direito permanece sendo um empreendimento reflexivo sem vinculabilidade normativa. Sobre a autonomia da produção judicial do direito, frente à ciência do direito, cfr. Nils Jansen, *Rechtswissenschaft und Rechtssystem*, cit. p. 54 ss., identificando aí, numa perspectiva histórica, no século 19 as raízes de um tal diferenciação-autonomização.

²¹⁶ Essa sua independência/autonomia diante da ciência do direito não é ela própria produto de uma perspectiva teórica, pois, percebe-se, é o direito mesmo que a assegura ao constituir o ator do direito num determinado campo competencial. A validade dos enunciados do direito, produzidos por atores para tanto autorizados, não depende, pois, da aceitação da ciência do direito, não tendo de estar de acordo sequer com os virtuais consensos académicos, pois decorre imediata e diretamente do próprio direito. Daí que se trate de um problema de *competência* e não de um problema de *método*, como diz Matthias Jestaedt, „*Öffentliches Recht*“ als wissenschaftliche Disziplin. in: *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, cit. p. 250.

II

O pensamento jurídico contemporâneo. Um generalizado *sentimento antiteoria*...

Na divisão do trabalho interno das *ciências* do direito, tocará à teoria (re)conhecer as reais componentes da obtenção do direito, de modo a catalizar desde aí os critérios objetivos que a organização teórico-metodológica do pensamento jurídico académico requer. Uma tal tarefa, como dito, terá uma disposição disciplinar puramente teórica, ou teórico-reflexiva, fazendo-se forçosa hoje a postura crítico-destrutiva diante das promessas do pensamento prático para o trabalho dogmático. Antes, porém, de seguir por aí, é relevante destacar, brevemente embora, a posição-discurso geral do assim chamado *pensamento jurídico contemporâneo*, a fim de considerar, desde um ponto de vista de reabilitação do discurso teórico, em que desemboca(m), afinal, a(s) sua(s) leitura(s) crítica(s). Concluir-se-á o seguinte: assim como a metodologia tradicional, tampouco o pensamento jurídico contemporâneo mostra-se apto a enfrentar os problemas identificados pela nova teoria. O pano de fundo de um tal pensamento, importa salientar, é alimentado pelas dúvidas-relativizações próprias da filosofia contemporânea, é dizer: pós-moderna e/ou pós-estruturalista²¹⁷, as quais, sob o signo de uma generalizada *linguistic turn*, adentra(ra)m o universo jurídico pela via, também aí, do problema da interpretação; fazem-no, portanto, e ademais, pela porta que a hermenêutica deixara aberta²¹⁸. No âmbito das discussões jurídico-metodológicas, vê-se, com isto, uma espécie de radicalização linguístico-filosófica da experiência da práxis frente à teoria. As

²¹⁷ Cfr. Thomas Möllers, *Juristische Methodenlehre*, cit. p. 3 ss. [«Methodenlehre im Kontext der Nachbarwissenschaften – postmoderne Methodenlehre»]; Axel Adrian, *Grundzüge einer allgemeinen Wissenschaftstheorie auch für Juristen. Konsequenzen aus Zweifeln postmoderner/zeitgenössischer Philosophie für eine allgemeine Wissenschaftstheorie sowie für jede juristische Methodenlehre*. Duncker & Humblot, Berlin, 2012, p. 36 s.; Jannis Lennartz, *Dogmatik als Methode*, cit. p. 87 ss.

²¹⁸ Daí as aproximações, tornadas já lugar-comum, das reflexões jurídicas com os estudos literários, que, como campos disciplinares, parecem, entretanto, pouco realmente compartilhar. Basta pensar no tema-figura central do *Autor*, na crítica literária e na ciência do direito. Se pode dizer-se, no âmbito da literatura, que já não importa quem é o autor (na linha de Roland Barthes, com o seu “A morte do autor”, e, depois, com Michel Foucault, no seu “O que é um autor?” – em que se encontra a pergunta retórica: *que importa quem é o autor?* –, e que culmina, afinal, na desconstrução do texto, com Jacques Derrida), o mesmo não é dado dizer no âmbito jurídico. Os textos com que impõe lidar no universo do direito não se confundem com os textos e os problemas da interpretação literária... «Selbst wenn sich eine interpretationstheoretische Autorkritik als schlagend herausstellen sollte, ließe sich auf Foucaults rhetorische Frage „Wenn kümmert’s, wer spricht?“ antworten: „die Juristen ganz gewiß.» Carlos Spoerhase, *Autorschaft und Interpretation. Methodische Grundlagen einer philologischen Hermeneutik*. Walter de Gruyter, Berlin, New York, 2007, p. 13/14. Isto porque, no universo jurídico, só está permitido a produzir os textos do direito o a(u)tor para tanto competente – que é precisamente um “*quem*” –, e no âmbito específico da sua autori(d)a(de), eis que o direito não emana de uma confluência estética, mas de uma vontade constitutiva. Pode dizer-se: o relativismo com que se convive no âmbito literário não tem, melhor: não deveria ter espaço na ciência do direito. Ver também Christoph Möllers, *Die Möglichkeit der Normen*, Suhrkamp, Berlin, 2015, p. 301 ss.

problematizações da relação entre “conceito” e “realidade”, entre “linguagem” e “verdade”²¹⁹, que já levava a cabo Friedrich Nietzsche²²⁰, ganham, no contexto contemporâneo, a sua expressão máxima, com uma agora efetivamente consumada, e institucionalmente avalizada, fragmentação perspectivista. Isto conduzirá, no edifício da ciência do direito, a uma relativização tanto da realidade do direito, abstraída-dissolvida em problemáticas linguísticas – o que não deixa de ser um aprofundamento das premissas da própria metodologia tradicional, marcadamente dependente, como será ainda sublinhado, do discurso hermenêutico-filosófico –, quanto do funcionamento académico do pensamento jurídico, desprovido de um critério objetivo a guiar-lhe a consciência metodológica. Negar a pluralidade disciplinar e a multiplicidade metodológica não é, está já claro, uma opção; a opção é tratar tais fenómenos com o devido cuidado metodológico, o que passa, hoje, forçosamente, por uma teoria do direito, e um discurso teórico, forte. Isto não o percebe o pensamento jurídico (dito) contemporâneo.

1. Teoria sob suspeita

No âmbito do pensamento jurídico contemporâneo, impera a postura de desconfiança diante do discurso teórico²²¹, prevalecendo o entendimento de que os modelos do pensamento prático seriam os mais apropriados, senão que os únicos, para o tratamento reflexivo do direito e da ciência do direito²²². Disse-se, no capítulo anterior, que a partir notadamente da década de 70 do século passado, passa a vivenciar-se os efeitos de uma explosão sem igual de perspectivas disciplinares, explosão que marca, também, e afinal, o assim fragmentado pensamento jurídico²²³.

²¹⁹ Cfr. Dietmar von der Pfordten, *Über Begriffe im Recht*, ARSP, 2012, p. 439-456.

²²⁰ «Was ist also Wahrheit? Ein bewegliches Heer von Metaphern, Metonymien, Anthropomorphismen kurz eine Summe von menschlichen Relationen, die, poetisch und rhetorisch gesteigert, übertragen, geschmückt wurden, und die nach langen Gebrauche einem Volke fest, canonisch und verbindlich dünken: die Wahrheiten sind Illusionen, von denen man vergessen hat, dass sie welche sind, Metaphern, die abgenutzt und sinnlich kraftlos geworden sind, Münzen, die ihr Bild verloren haben und nun als Metall, nicht mehr als Münzen in Betracht kommen.» Nietzsche, *Über Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinn*, Frankfurt am Main, Leipzig, 2000, p. 15/16.

²²¹ Cfr. José Manuel Aroso Linhares, *Relatório com a perspectiva e os métodos de ensino da(s) disciplina(s) de Teoria do Direito e (ou) Pensamento jurídico contemporâneo*, Coimbra, 2008, especial. p. 11 ss.; *Introdução ao pensamento jurídico contemporâneo*, Coimbra, (versão policopiada) p. 1 ss.

²²² Sobre a relação entre o horizonte prático-filosófico da metodologia tradicional, considerada aí especificamente a proposta de Josef Esser (na sua desconfiança diante do otimismo racionalista, a enfatizar o caráter pré-racional das atividades práticas), e o discurso filosófico dito pós-moderno, representado por Jaques Derrida, cfr. Johannes Köndgen, *Josef Esser – Methodologie zwischen Theorie und Praxis*, in. JZ, 2001, p. 807-813 (p. 810).

²²³ Com Aroso Linhares: «Tratando-se, numa palavra, de reconhecer que a nossa circunstância nos interpela como um *tempo* (muito especial!) de «teoria» do direito. Um *tempo* que submete os juristas e as comunidades de juristas a uma multiplicação *sem precedentes* de perspectivas e de códigos de compreensão, de modelos operatórios e de propostas de assimilação racional – quando não os esmaga com uma sobreposição de *discursos heterogêneos* (dominados pelo apelo-*exemplum* de arenas exteriores)? Bem o sabemos. Só que então e assim também um *tempo*... que passa a exigir destes mesmos juristas um esforço, não menos singular, de esclarecimento crítico e de autonomia cultural – um

É desta forma que se vai estabilizando no edifício da ciência do direito uma série de campos disciplinares *prima vista* estranhos ao pensamento jurídico, com estudos, p.e., linguísticos e estéticos, literários e culturais, económicos e psicológicos, políticos e antropológicos, ao passo que, *et pour cause*, se vai fazendo mais e mais exígua a perspectiva estritamente teórica²²⁴. Pode dizer-se que se torna uma constante, variável apenas na forma como vêm expressa, a ideia de que no âmbito do pensamento jurídico não tem pertinência a perspectiva teórica²²⁵. Não será demais dizer, neste sentido – como o fez, aliás, Ralf Dreier, referindo-se embora às indesejadas dissecações sociológicas do trabalho dogmático –, que o discurso hegemónico do pensamento jurídico contemporâneo cristaliza, e promove, um *generalizado sentimento antiteórico*²²⁶; para não dizer, simplesmente, antirreflexivo. Talvez fosse o caso, à vista disto, de dar razão a Bernd Rüthers, para quem um dos motivos de um tal sentimento consistiria no fato de a teoria trazer notícias nem sempre agradáveis²²⁷. Sobretudo o ator da práxis e o dogmático prático, a trabalharem sob a promessa de

esforço de reação-resposta que precisa de uma *mediação*... e de uma *mediação* que a reflexão dogmática (precisamente porque são outros os seus problemas!) não deve (nem pode) proporcionar-lhe.» Aroso Linhares, *Relatório de Teoria do Direito*, cit. p. 4. Perceba-se: não é sem mais que está a aí utilizar-se a expressão «teoria», como que entre aspas. Marcado o tempo em pauta por um esforço de reação-resposta ao domínio teórico formalista (no limite: ao pensamento oitocentista e os seus herdeiros), não haveria que falar aí propriamente em *teoria* do direito – sem aspas (ou em *Teoria*, com “T” maiúsculo) –, mas apenas mesmo em «teoria» do direito. Não por outra razão, trata-se de um tempo «muito especial»..., eis que expressa a *Erschütterung* da *Teoria do Direito*.

²²⁴ Sobre a «Proliferação der „Rechtswissenschaften“», cfr. Alexander Somek, *Der Gegenstand der Rechtskenntnis. Epitaph eines juristischen Problems*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996, p. 71.

²²⁵ Com Castanheira Neves: «A exclusão crítica [...] da perspectiva teórica do direito, que o postula como objecto [...] reabre o espaço para a [...] posição [...] associada às naturais exigências da *praxis* [...]. E obtendo o direito, como sabemos, só realidade através dessa realização problemática – i.é, através de uma sua realização que assuma judicativo-decisoramente uma específica problemática normativa – o ponto capital estará [...] em entender o direito como problema de uma validade problemático-judicativamente realizanda, a solicitar consequentemente um pensamento prático-prudencial.» Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, cit. p. 70/71.

²²⁶ «Es liegt in der Natur der Sache, daß sie dabei Erkenntnis produziert, die dem Juristen „als solchem“ unangenehm sind. Niemand läßt gern eine Vivisektion über sich ergeben.» Ralf Dreier, *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?*, cit., p. 16. Numa adaptação hoje referida à teoria do direito: «Es liegt [...] in der Natur der Sache, dass der Rechtstheoretiker bei seinem der Rechtspraxis gewidmeten Rasonnement Erkenntnis zutage fördert, die dem rechtsanwendungsbezogen arbeitenden Dogmatiker oder Praktiker unangenehm sind, ihn in seiner Unbefangenheit und Selbstsicherheit, seinem Selbstverständnis und seiner (Außen-)Darstellung stören.» Matthias Jestaedt, *Das mag in der Theorie*, cit. p. 6. Ao invés de um «*noch immer verbreiteten antisoziologischen Affekt*», um «*antitheoretische Affekt*». Crítico: Christian Bumke, *Rechtsdogmatik*, p. 13.

²²⁷ «Das Nachdenken über die Grundfragen des Rechts und seiner Funktionsweise führt nicht notwendig zu erfreulichen oder beruhigenden Einsichten. [...] Systematisches Nachdenken über das Recht in Theorie und Praxis schließt Überraschungsrisiken ein. Es kann zu einer Entidealisierung, Entromantisierung und Entmythologisierung unserer Rechtsvorstellungen führen. Vielleicht ist das eine vorrangige Aufgabe der Rechtstheorie.» Bernd Rüthers, *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, cit. p. 1. «[D]ie Unsicherheit des Rechts. Unsicher ist es in seiner Substanz und in seiner jeweiligen Ausprägung durch die zuständigen letzten Instanzen, also im realen Prozeß der Rechtsgewinnung. Recht wird von Menschen formuliert, „gesetzt“ und angewendet. Es ist dem Irrtum und Mißbrauch menschlichen Handels ausgesetzt. Wer anderes und mehr will, muß das Recht in einer anderen Welt ansiedeln, darf es dann aber auch erst in dieser „anderen Welt“ erwarten.» (p. 2/3)

um controle normativo²²⁸, sentir-se-iam abalados pelo caráter *kontrapraktisch* da teoria²²⁹. Essa postura de desconfiança não provém, porém, apenas dos atores da práxis e/ou da dogmática. Também entre os jusfilósofos contemporâneos é comum encontrar um certo menosprezo para com a teoria. Assim, por exemplo, as considerações mais recentes de Friedrich Müller pedem que se restrinja a autonomia da teoria, que, como *Theorie der Praxis* – entenda-se: teoria da práxis –, deveria limitar-se a descrever a atividade judicial do direito²³⁰. Um outro exemplo é Dennis Patterson, que, aprofundando a visão mülleriana, parece conduzir o sentimento antiteoria à sua forma acabada. «*Zur Rechtstheorie: Wir brauchen weniger Rechtstheorie! Im Moment ist die Rechtstheorie auf eine Erklärungsperspektive gegründet. Man meint, daß eine Praxis wie Recht zu erklären ist, und daß man ohne eine Theorie die Rechtspraxis nicht verstehen kann. Von daher stellt sich die Frage, was es denn heißen soll, eine Praxis zu erklären. Eine Erklärung ist ein normativer Prozeß, in dem und durch den man die Praxis besser versteht.*»²³¹ Na mesma base linguístico-filosófica, de inspiração, anote-se, wittgensteiniana, corroboram uma tal negativa, ainda, Ralph Christensen²³² e Michael Sokolowski²³³, entre tantos outros que integram a trincheira contemporânea do discurso antiteoria. A fim de articular uma grelha para a leitura do pensamento jurídico contemporâneo, mobiliza-se, a seguir, cinco do seus arquétipos, parece, mais representativos: o do *pragmático*, o do *jurisprudencial-positivista* (“*realista*”), o do *anarcometodólogo*, o do *esclarecido* e o do *esteta*²³⁴. Como expressões do pensamento contemporâneo,

²²⁸ Cfr. Andreas Funke, *Die Konstellation der Rechtssicherheit*, in: Jan C. Schuhr, *Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, p. 58 s. e 63 s. No mesmo volume, ver também Susanne Beck, *Die Suggestion einzig richtiger Entscheidungen im Recht – notwendig oder vermeindbar?*, p. 29 s.

²²⁹ Nas palavras de Matthias Jestaedt, *Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*, cit. p. 265: «Wie der Eigenwert des Rechts sich besonders dann zeigt, wenn es kontrafaktisch wirkt, so bringt der Eigenwert der Rechtswissenschaft sich dort am nachdrücklichsten zur Geltung, wo sie im genannten Sinne »kontrapraktisch« operiert.» Ver também o seu: „*Öffentliches Recht* als wissenschaftliche Disziplin* [«Die Disziplinfrage im Lichte von Wissenschaftstheorie und Rechtstheorie»], p. 267 ss. Em sentido semelhante, Christoph Möllers, *Vorüberlegungen*, cit. p. 169: «Rechtswissenschaft ist nicht praktisch, sie kann aber praktisch werden.»

²³⁰ «Wir brauchen keine neue Theorie. Aber wir brauchen eine Theorie, die neu beschreibt. Das heißt, eine Theorie, die endlich angemessen beschreibt.» (p. 129) «Die Theorie kann versuchen, und da sind wir wieder bei dem Punkt: was tut Theorie überhaupt? Praxis angemessen zu erklären. Sie wird durch die Praxis angeleitet, sozusagen an die Hand genommen. Wenn sie der Praxis folgt und dabei die Augen offen hält, ist es gut.» (p. 148) Müller/Christensen/Patterson/Sokolowski, *Einige Probleme der gegenwärtigen Rechtstheorie – ein deutsch-amerikanisches Gespräch*. In: *Rechtstheorie*, 38, 2007, p. 123-156.

²³¹ *Ibidem*, p. 131.

²³² «Mit der Jurisprudenz kommt die Sprachphilosophie aus dem Elfenbeinturm heraus und mitten in die Welt. Im juristischen Urteil geht es um Freiheit oder Nichtfreiheit, darum, wer gewinnt und wer verliert. Und da stellt sich die Frage nach der Bedeutung eines Textes wirklich. Sie ist hier kein akademisches Glasperlenspiel, sondern eine Frage der Tat. Was aber passiert hier? Wie arbeiten Juristen mit ihren Texten? Geht es um Verstehen, Interpretieren oder wird Sprache sogar normiert? Das sind sprachphilosophische Probleme, die mitten in der Praxis liegen.» *Ibidem*, p. 147.

²³³ «Theorie wird, wie du es gesagt hast, Ralph, daraus bestimmt, zu fragen, was können wir jetzt tun. Sie wird präsentativ. Sie *präsentiert sich* wiederum praktisch als ein Weg, in der Praxis weiterzuschreiben.» *Ibidem*, p. 127.

²³⁴ Ao propor uma tal sistematização, melhor: uma tal grelha, a intenção aqui é apenas oferecer uma possível arrumação-representação do discurso jurídico dito contemporâneo. Fala-se em arquétipos a fim de indicar as características gerais dos seus modelos internos, sem prejuízo, por certo, de que possa identificar-se ainda outros

cumprir perceber nas suas problematizações o fomento, como dito, do sentimento antiteoria, mas também um certo equívoco na compreensão das tarefas da teoria enquanto tal. Na sequência, o presente capítulo destaca, ao contrário do pensamento contemporâneo, o papel imprescindível do discurso teórico, nomeadamente para o (re)conhecimento da realidade do direito, e, assim, dos processos da sua obtenção, como condição para uma teoria *das ciências* do direito objetivamente orientada, e, portanto, para um pensamento jurídico metodologicamente consciente.

a) O arquétipo do pragmático: *doing (with law) what comes naturally...*

O primeiro arquétipo a considerar é o do *pragmático*. Tendo constatado reivindicar o pensamento jurídico, já não uma acomodação metódica de tipo cognitivista, mas, antes, a etiqueta de uma autêntica *ciência prática*, indaga o pragmático: *...does theory matter?* Para quê, afinal, uma teoria (do direito) autónoma? Não dará a práxis (do direito) conta dela própria? Encontra-se neste espectro a crítica convencionalista – de matriz, importa frisar, crítico-literária – de Stanley Fish²³⁵,

arquétipos/modelos. O que se pretende com este capítulo é justificar, com alguns exemplos, o etendimento de que o pensamento jurídico contemporâneo, ainda quando crítico da metodologia tradicional, assim como esta, não está apto a envolver os problemas teórico-metodológicos a que está exposta hoje a ciência do direito. Desde a perspectiva da nova teoria, tais problemas exigem, ao invés de uma radicalização da práxis, uma reabilitação do discurso teórico. Para um aprofundamento das vozes antiteoria, cfr. Matthias Jestaedt, *Das mag in der Theorie*, cit. p. 1-15; *Verfassungsgerichtspositivismus. Die Ohnmacht des Verfassungsgesetzgebers im verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat*, in: Depenheuer/Heintzen/Jestaedt/Axer (Orgs.), *Nomos und Ethos, Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag von seinen Schülern*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002, p. 183-229.

²³⁵ «I am a pragmatist, although by that I mean something very limited. I am a pragmatist in the sense that if you were to ask me a series of questions (Could we find independent grounds for our practices and convictions? [...] Do texts have plain and perspicuous meanings?), I would give answers (no, no, no, and no) that place me in the pragmatist camp [...]. But that would be it; nothing else would follow, no method or style of lawyering and judging. In short, my pragmatism is a badge of identification in the philosophy game, not a recipe for action or a way of deciding between alternative paths in particular situations.» Stanley Fish, *Theory Minimalism*, in *San Diego Law Review*, vol. 37, n. 3, 2000, p. 773. Ver também: Aroso Linhares, *Constelação de discursos ou sobreposição de comunidades interpretativas? A caixa negra do pensamento jurídico contemporâneo*, Instituto da Conferência, 2007. Matthias Jestaedt coloca no centro daquilo que trata por «fanfarra pragmatista» os nomes de Oliver Wendell Holmes Jr. – com a sua anuência da *the view of our friend the bad man* (e as conclusões que daí decorrem: «[...] he does not care two straws for the axioms or deductions, but [...] 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 law.» Holmes, *The Path of the Law*, in *Harvard Law Review*, 10, 1896/97, p. 460) – e de Helmut Coing, para quem não teria a ciência do direito outra tarefa senão que a de preparar as decisões da práxis jurisdicional («Die Rechtswissenschaft [hat] nichts anderes zu tun, als juristische Entscheidungen in der Praxis vorzubereiten.» Coing, *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, 1959, p. 23). Para um estudo das relações entre pragmatismo e direito, cfr. Lorenz Schulz, *Recht und Pragmatismus*, in: Winfried Brugger/Ulfrid Neumann/Stephan Kirste (Orgs.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 2008, p. 286-314. No diálogo entre o pragmatismo filosófico e o direito, o reconhecimento da responsabilidade do ator da práxis, nomeadamente: do juiz, conduz, importa anotar, a uma reflexão em torno de uma normatividade inerente à práxis, e, por esta via, ao problema da resposta correta no âmbito jurídico. Cfr. Joachim Lege, *Pragmatismus und Jurisprudenz. Über die Philosophie des Charles Sanders Peirce und über das Verhältnis von Logik, Wertung und Kreativität im Recht*. Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 524 ss. [«Jurisprudenz und Gerechtigkeit»] [«Gibt es eine „right answer“ für jeden Fall?»] [«Gerechtigkeit und juristische Richtigkeit»], com o conceito aí de *juristische Richtigkeit* a representar o horizonte específico para a consideração daquela normatividade. Ver também: Robert Brandom, *Pragmatische Themen in Hegels Idealismus. Unterhandlung und Verwaltung der Struktur und des Gehalts in Hegels*

com o seu conhecido postulado: *doing (with law) what comes naturally...*, e a sua radical oposição às premissas de uma teoria dita consequencialista. Para Fish, a teoria não é mais do que uma *atividade improdutiva*²³⁶; uma prática academicamente institucionalizada inconfundível, e, ademais, incomunicável, com a práxis a que dedica o seu *theoretical calculus*. Desprovida de alcance, dessarte, no *real world of judicial practice*, tampouco seria necessário, no entanto, condená-la à morte, eis que o tempo da teoria, celebrado como um tempo de não-teoria, estaria já a consumir-se. «*The fading away of theory... That time may have come: theory's day is dying; the hour is late; and the only thing left for a theorist to do is to say so, which is what I have been saying here, and, I think, not a moment too soon.*»²³⁷ O que cumpre aqui sublinhar é o seguinte: uma tal proclamação de improdutividade prática, e, por conseguinte, de fracasso-morte da teoria, somente faz sentido, nos termos em que é articulada, na perspectiva da premissa (equivocada) de que a teoria realmente pretende-promete controlar e/ou corrigir a práxis. Dito de outro modo: a conclusão aí de que a teoria fracassa porque não logra o controle da práxis pressupõe, por óbvio, e aproblematicamente, que a teoria visa, efetivamente, um tal controle; sem a premissa, deixa a conclusão de fazer sentido.

A constatação, no universo jurídico, de que a *teoria* não constitui ela própria o dínamo das atividades internas da *práxis* nada diz quanto ao campo reflexivo-disciplinar da teoria enquanto tal, ou quanto às suas premissas/promessas próprias. Quando muito, expressa aquilo que o crítico (Fish) está a pressupor por teoria, a saber: uma atividade académica dedicada a preordenar como deve ser a práxis²³⁸. Trata-se, na verdade, e numa palavra, de uma concepção demasiado limitada; para não dizer, desde logo, equivocada. Fish está a exigir da teoria algo a que esta não se propõe

Erklärung begrifflicher Normen. DZPhil, Berlin, 47 (1999), 3, p. 355-381, que identifica no reconhecimento recíproco entre o juiz do presente, o do passado e o do futuro a via para uma reflexão normativa em torno da práxis jurisprudencial do direito. A referência a Fish, aqui, dá-se em razão especificamente da sua radicalização do pragmatismo como crítica à relevância da teoria; no âmbito já dos estudos literários, Fish representa, importa sublinhar, uma aposta no aprofundamento na figura do leitor – em oposição à pergunta pelo autor –, com a interpretação a determinar-se, ao invés de pelo texto mesmo, pelas práticas e ritos literários institucionais, *the unwritten rules of the literary game*, das ditas comunidades interpretativas, como que a relativizar, pela via de tais ritos e regras não escritas, o sentido originário do texto. Cfr. Fish, *What Makes an Interpretation Acceptable?*, in: *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities*, Harvard University Press, 1980, p. 338-355.

²³⁶ «Uma «improdutividade» assim que não se limita a fragilizar os núcleos (*transdogmaticamente* compreendidos) da *filosofia, teoria e metodologia* jurídicas... que atinge também e muito significativamente a *dogmática doutrinal*.» Aroso Linhares, *A caixa negra do pensamento jurídico contemporâneo*, cit. p. 17.

²³⁷ Stanley Fish, *Doing What Comes Naturally*, cit. p. 341.

²³⁸ «I should acknowledge here that what I intend by “theory” may seem to some to be excessively narrow. I reserve that word for an abstract or algorithmic formulation that guides or governs practice from a position outside any particular conception of practice. A theory, in short, is something a practitioner consults when he wishes to perform correctly, with the term “correctly” here understood as meaning independently of his preconceptions, biases, or personal preferences. [...] When I assert the lack of a relationship between theory and practice I refer to the kind of relationship (of precedence and priority) implied by the strongest notion of theory.» Fish, *Doing What Comes Naturally*, cit. p. 377. O conceito fishiano de teoria é confessadamente limitado, restrit(ivo). Trata-se, numa palavra crítica, de um conceito metafísico de teoria, entenda-se: não realista, que demanda da teoria o cumprimento de condições ideais, no limite incumpríveis.

realizar – e que, no limite, pode dizer-se, julga irrealizável –, o controle acadêmico da práxis. Ato contínuo: descumprida uma tal exigência, Fish desqualifica em bloco o empreendimento teórico, sem dedicar-se a compreender as intenções próprias da teoria. O seu suposto «minimalismo teórico» revela-se, desta feita, uma espécie, antes, de *maximalismo teórico*²³⁹, uma vez que, ao invés de indicar uns poucos-mínimos requisitos, pressupõe, insista-se: aproblematicamente, condições e exigências excessivas, e afinal inexecutáveis. A insatisfação de Fish com a teoria resulta, portanto, de uma insuspeita idealização da teoria.

Numa analogia, seria como esperar do pianista Nelson Freire que se sentasse diante do seu piano para tocar, como que espontaneamente, algum improviso de jazz, quando se sabe ser ele, na verdade, um pianista de orquestra; que, como diz o próprio, não nasceu para improvisar. Ninguém negará o talento de Freire caso não possa eventualmente fazer uma *jam session* com um tema qualquer de *my favorite things* de John Coltrane, sabendo-se que é capaz de executar como poucos o concerto para piano n. 2 de Johannes Brahms. O mesmo vale para a teoria na sua relação com a práxis do direito, mas isto parece escapar ao pragmatismo fishiano²⁴⁰: na sua autonomia reflexiva, a teoria não está interessada na práxis, melhor: não (pode) promete(r) controlar a práxis, não devendo, pois, ser confrontada a partir de um tal critério; o que ela (pode), entretanto, promete(r) é conhecer (a realidade e as componentes da obtenção d) o direito²⁴¹. E é por isto que tem de ser questionada.

b) O arquétipo do “realista”. Ou: o positivismo jurisprudencial

O segundo arquétipo é o do dito “*realista*”. Este, diferente daquele, reconhece a necessidade e a autorização da teoria, considera-a, contudo, plenamente absorvida na e pela

²³⁹ Veja-se, por exemplo, a proposta de análise minimalista de Christoph Möllers, que, indagado sobre como definiria o conceito de democracia, responde: «Ganz minimalistisch: Eine Demokratie ist eine Herrschaft der Gleichen und Freien, in der alle dasselbe Recht haben, an den politischen Angelegenheiten teilzunehmen. [...] Wer diese Definition mit Details anfüttert, gerät in die Gefahr, nur bestimmte Formen zu betrachten. Schnell scheint eine parlamentarische Demokratie besser als eine präsidentielle oder eine plebiszitäre besser als eine repräsentative Demokratie – dabei verliert man das Legitimationsprogramm aus dem Auge. Es geht zunächst um gleiche politische Beteiligungsmöglichkeiten für alle – erst dann kommt die Frage, wie man dies verwirklicht.» Möllers, *Weil Demokratie sich ändern muss. Im Gespräch mit Paul Nolte, Helen Darbishire*. Springer, 2014, p. 83/84.

²⁴⁰ Importa sublinhar que as conversações de Fish limitam-se a um conjunto muito específico de autores, fundamentalmente pouco interessados, eles próprios, na autonomização reflexiva da perspectiva teórica. Sobretudo neste ponto, estabelece-se o seu embate primordialmente com Ronald Dworkin e Roberto Unger, que postulam, diz Fish, a teoria – confundida com o conceito de «interpretação» – como instância geradora e guia da práxis. Fish, *Doing what comes naturally*, cit. p. 379 ss.

²⁴¹ O que importará perceber é que com o exercício mesmo de (re)conhecimento da realidade do direito, e das componentes dos seus processos constitutivos, vão surgindo elementos que poderão ser mobilizados para referir também a práxis do direito.

atividade judicativa. Enquanto o pragmático percebe na «práxis do direito» uma espécie de caixa negra com conteúdo reflexivamente impenetrável, incorpora-a o “realista” na perspectiva de um, por assim dizer, positivismo jurisprudencial²⁴². Nas palavras de Matthias Jestaedt: «*Der – kaum zu Recht – als desavouiert geltende Methodologische Positivismus muss seinen Platz räumen für einen zumeist recht kerachledern daberkommenden Rechtsprechungspositivismus, der immer dann, wenn’s darauf ankommt, als Theorie-Double engagiert wird.*»²⁴³ Afirmando, melhor: supervalorizando o potencial reflexivo da práxis, o jurisprudencial-positivista, dito “realista”, faz crer que não há, para além da atividade judicial, qualquer outro objeto de relevância teórica. Desde logo, é como se os *multiversos* (os vários campos) em que têm lugar os processos da obtenção do direito pudessem ser ignorados, porque supostamente desprovidos de uma ancoragem jurídico-reflexiva, para fazer valer no seu lugar uma representação *universal* d(a criação – judicial – d)o direito²⁴⁴. Consequência: a teoria, a princípio admitida na sua necessidade e dignidade própria, passa por um processo de degradação disciplinar-reflexiva, condena(n)do o funcionamento académico do pensamento jurídico a meramente

²⁴² Sobre o conceito de *Rechtsprechungspositivismus*, cfr. Matthias Jestaedt, *Verfassungsgerichtspositivismus*, cit. p. 183-228, especialmente p. 188 ss.; Alexander Somek, *Rechtliches Wissen*, cit. p. 82. A sua relevância prática evidenciarse-ia desde logo no campo constitucional, embora transcenda-o também, em que se falará então de um positivismo jurisprudencial-constitucional, referindo-se, criticamente, à tendência de dominação do discurso de interpretação normativa da constituição, e do direito em geral, a partir da instância judicial, elevada assim a critério e medida das «coisas do direito (constitucional)». Bernd Rüthers diz: «Das Verfassungsrecht ist zum *Verfassungsrichterrecht* geworden.» Rüthers, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, cit. p. 38. A isto seria correlato um processo como que de marginalização/invisibilização teórico-metodológica dos processos da produção do direito levados a termo pelo legislador e demais atores do direito, deixados, assim, sem a devida atenção da ciência do direito. Encontrando, uma tal tendência de invisibilização, justificação numa série de perspectivas filosóficas e metodológicas, a dogmática, por sua vez, tampouco ser-lhe-ia crítica, aproveitando-se, antes, da situação para o seu próprio benefício, para influenciar, pois, a atividade judicial. Nas palavras de Walter Schmidt, trata-se de uma «[Trend zur] Dogmatisierung des bundesverfassungsgerichtlichen Richterrechts zu einem Rechtsprechungspositivismus.» Walter Schmidt, *Grundrechte – Theorie und Dogmatik seit 1946 in Westdeutschland*, in: Dieter Simon (Org.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, 1994, p. 209. Nas palavras agora de Josef Isensee: «Die immer weiter ausgreifende und sich immer feiner ausdifferenzierende Judikatur ersetzt geradezu die Normen, die sie interpretiert, und entwickelt ein Eigenleben von einer Kraft, der die Staatsrechtslehre wenig entgegensetzt. Diese überläßt sich weitgehend dem Sog der verfassungsgerichtlichen Exegese und begnügt sich damit, die Judikate zu sichern, zu ordnen und zukunftsweisende Tendenzen herauszulegen. Verfassungsdogmatik ergibt sich weitgehend dem Verfassungsgerichtspositivismus.» Josef Isensee, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland*, in: Bernd Wieser/Armin Stolz (Org.), *Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit an der Schwelle zum 21. Jahrhundert. Symposium für Richard Novak*, 2000, p. 18.

²⁴³ Matthias Jestaedt, *Das mag in der Theorie*, cit. p. 5/6.

²⁴⁴ Entenda-se: como se somente no campo da jurisprudência realizasse-se verdadeiramente o Direito. Ignora-se, assim, algo para que, já no início do século passado, Adolf Julius Merkl soube bem chamar a atenção. «Die arbeitsteilige Organisation des Prozesses der Rechtserzeugung und der Rechtsanwendung wird gänzliche mißverstanden, wenn man an einem beliebigen Punkte dieses Prozesses [...] eine *Zäsur* vornimmt und von diesem Punkte aus, ungeachtet des weiten Ablaufes dieses Prozesses, gewissermaßen das Rechtsganze aus den Angeln zu heben unternimmt.» Adolf Julius Merkl, *Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts*, 1918, in: Dorothea Mayer-Maly/Herbert Schambeck/Wolf-Dietrich Grussmann (Orgs.), *Adolf Julius Merkl Gesammelte Schriften, Erster Band, Grundlagen des Rechts*, 1993, p. 227/252 (p. 232). Ou seja, não é dado compreender o direito na sua integralidade, e assim na sua realidade, detendo-se numa única instância e/ou num único campo da sua produção, seja o judiciário seja o legislativo, seja ainda o administrativo ou o da autonomia privada.

mimetizar as atribuições da jurisprudência²⁴⁵. O arquétipo do “realista” não é no todo unívoco, ganhando expressão, a sua vocação-devoção praxística, em modelos prático-teóricos bastante diversos, com tendências ora mais pragmáticas ora mais metodológicas, ora mais hermenêuticas ora mais sociológicas²⁴⁶. Aqui, mais do que pontuar as suas variações internas, interessa sublinhar as suas características gerais²⁴⁷. Dois pontos merecem então destaque: **i.** numa espécie de

²⁴⁵ A expressão é de Ulrich Haltern (*Degradierung der Theorie*): «die Theorie zur Reflexion der Ergebnisse der Rechtsprechung degradiert und den Namen „Theorie“ daher kaum verdient.» Haltern, *Die Rule of Law zwischen Theorie und Praxis. Grundrechtsrechtsprechung und Verfassungstheorie im Kontext*, in: Der Staat, 2001, p. 256. Com a seguinte consequência: «[D]ie Marginalisierung und Invisibilisierung des Verfassungsgesetzgebers. Indem dessen Werk nur mehr in der Vermittlung, d.h. in der Sicht und mit den Worten verfassungsgerichtlicher Interpretation wahrgenommen wird, avanciert der – autoritative – Verfassungsrechtsinterpret zum Maß der verfassungsrechtlichen Dinge. Mit jedem Richterspruch verstellt er sowohl der Verfassungsrechtspraxis als auch der Verfassungsrechtstheorie ein wenig mehr den – ursprünglich – freien, ungetrübten Blick auf den Verfassungsrechtsetzer und dessen Produkt. Das Verfassungsgericht postiert sich als Türhüter am Eingang zur Verfassung: interpositio praetoris. Das legalistische Modell des Verfassungsrechtspositivismus wird abgelöst und verabschiedet durch das legitimistische Modell des Verfassungsgerichtspositivismus.» Matthias Jestaedt, *Verfassungsgerichtspositivismus*, cit. p. 189/199. Trata-se de um processo de degradação disciplinar porque a atividade reflexiva da teoria vê-se, desta forma, fundamentalmente limitada; a teoria já não está a pensar verdadeiramente o direito, na sua totalidade fenoménica, mas apenas uma sua muito específica instância, o judiciário, quer dizer: o direito dos juízes (*Richterrecht*). Para Eduard Picker, em sentido semelhante ao que se dizia na nota anterior, é corresponsável por um tal fenómeno a própria ciência do direito, que, ao restringir o seu foco na função judicial, estaria a contribuir para o esquecimento da figura do legislador (e dos demais atores do direito). Pode ver-se nisto uma espécie de ambição normativa da ciência do direito, a pressupor que a “inclinação reflexiva da práxis” poderia ser ocupada por ela própria e pelos seus modelos normativo-decisórios; como se uma tal inclinação fosse um espaço em que fazer valer as suas vontades disciplinares. Nas suas palavras: «Den Rechtssetzungsimpetus der modernen forensischen Praxis hat die Theorie unterstützt, wenn nicht dar geweckt. Dem Richterrecht als rechtstatsächlichem Phänomen wurde und wird von rechtstheoretischen und rechtspolitischen Bewegungen der Boden bereitet.» Picker, *Richterrecht oder Rechtsdogmatik – Alternativen der Rechtsgewinnung? – Teil 1*, cit. p. 3. Picker identifica então nos movimentos antipositivistas do início do século passado a força teórico-política propulsora do empoderamento do direito judicial. «Die Konsequenz für den Prozeß der Rechtsgewinnung ist geradezu zwingend: eine solche antidogmatische und antipositivistische Jurisprudenz treibt sich selbst in die Arme des Richters. [...] Der Richter wird dann also auf sachlich wie psychologisch unmittelbar nachvollziehbare Weise zu der Autorität, die im Chaos eines subjektivistisch zersetzten Rechts allein noch Sicherheit gibt und Richtungen weist.» [...] «Die ungezählten Versuche, richterliche Normsetzung zunehmend rechtstheoretisch und rechtsdogmatisch zu legitimieren, erscheinen danach als natürliche Folge dieser Hingabe an einen neuen Positivismus [...]. Sie sind das Bemühen, das [...] unvermeidliche Legitimationsdefizit auszugleichen, das jede in ihrer Zielrichtung antipositivistische Lehre konzeptionsgemäß aufweist. Sie verkörpert somit die [...] Suche nach neuem Halt, die zwangsläufig ausgelöst wird durch die Verabschiedung überkommener Autoritäten.» A origem do problema estaria, portanto, nas doutrinas metodológicas – que serão no próximo capítulo tematizadas já nesta perspectiva –, que, tendo reconhecido à decisão judicial soberania criativa frente ao direito preexistente, não teriam entretanto cumprido a promessa de operar um seu controle metodológico; noutras palavras, teriam destruído o positivismo, sem, no entanto, colocar algo no seu lugar, contribuindo, assim, e aliás, não tanto para o controle quanto para um ainda maior descontrolo da práxis.

²⁴⁶ As variantes do arquétipo do “realista” não podem ser tratadas aqui. Para tanto, cfr. Matthias Jestaedt, *Verfassungsgerichtspositivismus*, cit. p. 191-203. Ver também o esclarecedor Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 2007, *passim*, especialmente p. 31 ss. [«Rethinking Legal Realism»], com as premissas e os desdobramentos metodológicos da perspectiva que assume as ciências empíricas para trabalhar a formação da decisão de juízes. (p. 37 ss.); ainda, Michael Steven Green, *Legal Realism as Theory of Law*, in: William and Mary Law Review, 2005, Vol. 46, p. 1915-2000.

²⁴⁷ «[E]in explizit-offensiv propagiertes Theoriekonzept des Verfassungsgerichtspositivismus existiert ebenfalls (noch?) nicht und doch dürfte es in praxi dasjenige Rechtsgewinnungsverständnis mit Verfassungsbezug sein, die tiefste Verwurzelung und die heterogenste Anhängerschaft besitzt. Er markiert gleichsam den eher impliziten denn expliziten, eher unbewußten denn bewußten, weniger theoretisch unterfangenen denn in Rechtsalltag und Rechtswissenschaft praktizierten „methodologischen“ Grundkonsens, also kleinsten gemeinsame Nenner.» Jestaedt, *Verfassungsgerichtspositivismus*, cit. p. 190.

«behaviorismo metodológico», o discurso jurisprudencial-positivista é aquele que apregoa a ideia de que o pensamento jurídico deve concentrar-se no comportamento funcional-institucional do juiz (*Rechtsanwendungsverhalten*), mais precisamente: no sentido interpretativo/normativo das suas atividades judicativas; **ii.** como que a justificar essa orientação, o “realista” pressupõe que a práxis do direito encerra ela própria uma certa inclinação reflexiva, a viabilizar, uma vez compreendida, o pretendido emaranhamento teoria-práxis²⁴⁸. A concepção estritamente jurisprudencial (unidimensional) da obtenção do direito (em si multidimensional) culmina, ao fim e ao cabo, numa representação demasiado simplista da «realidade do direito», identificada com o espaço da atuação decisória de juízes e juízas²⁴⁹. «Die – mindestens stillschweigend angenommene – normative Kraft des Faktischen findet ihr Pendant in der theoretischen Kraft des Praktischen.»²⁵⁰

c) O arquétipo do anarquista. Questão de método? Tanto faz!

Também contribui para a difusão do sentimento antiteoria o arquétipo do *anarcometodólogo*, que relativiza a relevância da consciência metodológica, supostamente prejudicial

²⁴⁸ Do ponto de vista da teoria, a redução da realidade do direito metodologicamente relevante à esfera das atividades judiciais supostamente passíveis de racionalização – i.e., de controle metódico (pense-se, p.e., no conceito de *juristische Richtigkeit* a que faz menção, como pode ler-se na nota seguinte, Joachim Lege) – é deveras problemática, parecendo representar, afinal, não um verdadeiro realismo, mas uma espécie de *irrealismo jurídico*, a expulsar do âmbito dos cuidados metodológicos da ciência do direito uma série de fenómenos entretanto cruciais à constitutividade, e à realidade, do direito. Se é verdade, ademais, que o dito “realismo jurídico” funciona na prática contenciosa, p.e., na dos Estados Unidos, numa espécie aí de bricolagem de perspectivas empíricas articuladas a fim de fazer prever e/ou guiar estrategicamente, de modo psíquico-sociológico, o comportamento processual de juízes, bem como o da outra parte no processo, com a finalidade profissional-advocatória de vencer causas, é também verdade que esse sucesso empírico não encontra paralelo no ambiente académico, em que o “realismo” tem fracassado como teoria precisamente porque incapaz de oferecer uma representação da realidade do direito, é dizer, um conhecimento teórico do direito. Daí a necessidade, como será ainda sublinhado, de dissociar, teórico-metodologicamente, os conceitos de «práxis do direito» e de «realidade do direito», insistindo, então, que a realidade d(a produção d) o direito é mais ampla do que a práxis (judicial) do direito. Sobre o fracasso académico do “realismo jurídico”, cfr. Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, cit. p. 12-24.

²⁴⁹ Tem ido neste sentido, atualmente, Joachim Lege, *Was Juristen wirklich tun? Jurisprudential Realism*, in. *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, cit. p. 207-233. «In Wahrheit hat das Recht seine Realität im konkreten Fall, der entschieden werden will.» (p. 208) Importa ter em mente a passagem em que está inserida essa máxima, eis que bem sintetiza o olhar em questão: «In Wahrheit hat das Recht seine Realität in etwas anderem als in Gesetzen oder sonstigen Wörtern und Sätzen, und Erkenntnis ist auch etwas anderes als sichere Wissen, nämlich ein voraussetzungsvolles Konstrukt. In Wahrheit hat das Recht seine Realität im konkreten Fall, der entschieden werden will. Und was dort, in einzelnen Fall, erkannt werden muss, ist letztlich Gerechtigkeit, freilich in der zivilen Form *juristischer Richtigkeit*.» E na nota de explicação deste conceito de *correção jurídica*: «Nicht: rechtliche Richtigkeit, denn juristische ist eben die rechtswissenschaftliche Richtigkeit.» Algo semelhante encontra-se já em Martin Kriele, em referência à filosofia prática: «Sie eröffnet nämlich der Theorie wieder den Zugang zur Rechtswirklichkeit, sie erschließt die Möglichkeit, die zwischen Theorie und Praxis aufgerissene Kluft zu überbrücken und die Theorie wieder auf die Praxis zu beziehen.» Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, cit. p. 169; algo, aliás, que se expressa também já no título da sua coleção de artigos: *Recht, Vernunft, Wirklichkeit*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990.

²⁵⁰ Matthias Jestaedt, *Das mag in der Theorie*, cit. p. 5. Sobre a difusão no campo constitucional da «moderne Variante der These von der „normativen Kraft des Faktischen“», cfr. *Verfassungsgerichtspositivismus*, cit., p. 203. Ver ainda Markus Winkler, *Die normative Kraft des Praktischen. Robert Brandom und die Rechtslehre*, in. *JZ*, 17, 2009, p. 821-829.

ao avanço mesmo do conhecimento²⁵¹. No universo jurídico, e na perspectiva de uma problematização da representação da ciência do direito como ciência prática, a relativização da questão do método tem de ser compreendida no horizonte da diferenciação entre teoria e metodologia. Que a teoria não integre o primeiro plano das preocupações do ator (*prático*) e do dogmático (*cientista*) do direito, não é novidade. Por conta da sua orientação prático-normativa, é dizer: orientação para a aplicação do direito, interessa-lhes mais de perto o que se diz no campo da metodologia. O postulado anarquista do *Against method!*, bem como o seu congênere *anything goes* metodológico, que, em si, é um sentimento antimetodologia, concorre, entretanto, e mais ou menos (in)conscientemente, para a expressão do sentimento antiteórico; reconhecida a ineficácia prático-normativa da metodologia tradicional, qualquer reflexão teórico-metodológica, mesmo quando não orientada para a práxis, passa a ser encarada como uma limitação da criatividade própria do pensamento jurídico. Forma-se, dessarte, e ademais, uma espécie de círculo vicioso na relação intradisciplinar entre a teoria e a metodologia: pois o enfraquecimento da teoria, tradicionalmente incentivado, aliás, pela própria metodologia, acaba por conduzir a um enfraquecimento também desta última. Com efeito, a negação do discurso teórico debilita a base (teórica) da metodologia, que, desprovida, então, do conhecimento acerca d(a realidade d)o direito – e do funcionamento acadêmico das ciências do direito –, se vê cooptada pelos interesses disciplinares da dogmática²⁵². Em razão, portanto, do emaranhamento intradisciplinar das ciências jurídicas, a ideia de um *tanto faz metodológico*, em ressonância, p.e., com o discurso dominante da hermenêutica filosófica, culmina no encobrimento e/ou desconhecimento tanto do direito em si quanto das ciências do direito²⁵³.

²⁵¹ Trata-se, evidentemente, de uma referência a Paul Feyerabend, *Against Method. Outline of an Anarchistic Theory of Knowledge*, 1975 (utilizada aqui a edição de 1993): «The only principle that does not inhibit progress is: anything goes![]» (p. 14). A visão anarquista está a criticar, em nome da criatividade, a pressão, dupostamente anticriativa, do método, daí o conceito, na versão alemã do livro, de «Wider den Methodenrang». Sobre a anarquia metodológica conduzir a um relativismo, cfr. Gerhard Schurz, *Einführung in die Wissenschaftstheorie*, 3. Aufl. Darmstadt, 2011, p. 17. No âmbito jurídico, crítico do anarquismo metodológico: Axel Adrian, *Grundzüge einer allgemeinen Wissenschaftstheorie auch für Juristen*, cit. p. 20 e 24 s.; ver também Jens-Peter Damas, *Ist die Rechtswissenschaft eine „Wissenschaft“? Fallibilismus als Erkenntnistheorie der Rechtswissenschaft*, cit. p. 194 ss., neste último com uma confusão entre teoria e metodologia.

²⁵² Daí o entendimento, assim expresso de forma crítica, de que a metodologia acaba por reduzir-se a *método da dogmática jurídica* (p.e., Lennartz e Somek, Jestaedt fala em *methodologisches Seitenstück zur Rechtsdogmatik*). Voltando-se para a práxis judicial, e tendo na sua base reflexiva um esvaziamento do conhecimento teórico – com efeito, a metodologia tradicional tem na sua base uma teoria demasiado fraca (e assim o é porque ela própria, a aceitar-se como pensamento radicalmente prático, nega e/ou ignora a importância do discurso teórico) –, a situação em que se coloca a metodologia é, para dizer com Martin Kriele, como que paradoxal: «1. Sie bemüht sich, die Richterfreit einzugrenzen und erweitert sie durch Vermehrung der zur Auswahl stehenden Methoden. 2. Sie strebt danach, die juristische Argumentation von dem Einfluß politischer Meinungen möglichst zu reinigen, ihre Theorie werden aber von Schulen geprägt, die sich unbemerkt selbst an politischen Zielvorstellungen orientiert haben. 3. Sie will die Interpretation des Grundgesetzes an materialen Verfassungstheorien orientieren. 4. Sie leitet Methodengesichtspunkte aus dem Grundgesetz her, aus dem sich aber ganz Verschiedenes entnehmen läßt, je nachdem, mit welcher Methode man es interpretiert.» Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, cit. p. 36.

²⁵³ Sem freios teóricos e metodológicos, é dizer: sem a devida consciência metodológica, acaba por degenerar a própria dogmática: «Dogmatik wurde nunmehr und wird noch stets als rhetorische Operation verstanden,

Num aprofundamento da inconsciência metodológica, a mensagem anarquista adapta-se, por fim, de modo providencial ao discurso prático do dogmático e do ator da práxis pouco afeitos às justificações teórico-metodológicas, favorecendo, ao fim e ao cabo, a arbitrariedade e o subjetivismo das suas decisões²⁵⁴.

d) O arquétipo do esclarecido: *...os juízes não fazem o que dizem, tampouco dizem o que fazem!*

Menos radical do que o anarquista é o arquétipo do *esclarecido*: aquele que, consciente também dos limites da metodologia tradicional, professa não a sua anarquização, senão niilização, mas uma sua sublimação filosófica²⁵⁵. Representativa é a conclusão de Ralph Christensen, a ter em consideração, muito especificamente, a tradição ligada aos nomes de Karl Larenz e Claus-Wilhelm Canaris, sobre o fosso que separa a teoria, como metodologia, e a prática do direito²⁵⁶: *...os juízes não fazem o que dizem, tampouco dizem o que fazem*²⁵⁷. Que a sua própria proposta, dita não meramente semântica, conforma, também ela, uma espécie de sentimento antiteoria, com uma abstração linguístico-pragmática em torno dos sentidos normativos do direito, fez-se já acima uma breve menção²⁵⁸. Interessa ora salientar o que vem implicado na sua máxima. Desde logo: que a

die sowohl die eigentlich treibenden Faktoren von Entscheidungen nur verbrämt und zugleich frei ist von jedem normativen Gehalt.» Helge Dedek, *Recht an der Universität – „Wissenschaftlichkeit“ der Juristenausbildung in Nordamerika*, in: JZ, 11, 2009, p. 546.

²⁵⁴ Cfr. Josef Franz Lindner, *Rechtswissenschaft als Metaphysik*, cit. p. 83 ss. especialmente p. 85 [«Methodenbeliebigkeit»]. Sobre o papel da dogmática como mantenedora do *status quo* jurisprudencial, cfr. Martin Morlock, *Reflexionsdefizite in der deutschen Staatsrechtslehre*, cit. p. 73 s.

²⁵⁵ Entenda-se: enquanto o anarcometodólogo conduz à conclusão de que a reflexão teórico-metodológica em torno da ciência do direito é algo irrelevante, quando não já contraproducente, o esclarecido, diante também da crise da metodologia tradicional, opta, antes, por uma sua melhor fundamentação filosófica, como que a revigorar os compromissos prático-normativos do pensamento jurídico.

²⁵⁶ Cfr. Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, cit. p. 43 ss.; Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, cit. p. 9/10; Christoph Möllers, *Methoden*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Abmann/Andreas Voßkuhle (Orgs.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts – 1*, Verlag C.H. Beck, München, 2012, p. 123-178 (p. 140 ss.).

²⁵⁷ Referindo-se àquilo que chama de virada judicativa da teoria: «Die Analyse von Ansätzen zu einer methodischen Einlösung der Gesetzesbindung in der Praxis der Gerichte führt zu dem Ergebnis, daß die Gerichte tun nicht, was sie sagen, und sagen nicht, was sie tun. Es besteht eine tiefe Kluft zwischen der Theorie der Gerichte und ihrer Praxis.» Ralph Christensen, *Was heißt Gesetzesbindung?*, 1989, p. 64. Crítico: Bernd Rütters, *Gesetzesbindung oder freie Methodenvwahl? – Hypothesen zu einer Diskussion*, in: JZ., 2008, p. 48-51.

²⁵⁸ A tentativa de racionalizar a práxis da decisão judicial e da sua fundamentação a partir de uma perspectiva linguística semântico-pragmática é desenvolvida em: Ralph Christensen/Hans Kudlich, *Theorie rechtlichen Begründens*, 2001. Ver também dos dois, *Das Problem der Rechtsquelle medientheoretisch präzisiert*, in: Ralph Christensen/Bodo Pieroth (Orgs.), *Rechtstheorie in rechtspraktischer Absicht*. Freundesgabe zum 70. Geburtstag von Friedrich Müller, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, p. 57-73, especialm. p. 70 ss.; Ralph Christensen/Michael Sokolowski, *Neo-Pragmatismus: Brandom*, in: Buckel/ Christensen/Lescano, *Neue Theorien des Rechts*, 2009, p. 285/306. «Im Recht gibt es eine Grundparadoxie, die darin besteht, dass wir an Normen gebunden sind, die wir selbst schaffen. Ein solches Paradox muss praktisch entfaltet werden. (...) Zwischen dem „Dass“ der Norm und dem „Was“ ihres Inhalts kann nicht die Erkenntnis, sondern nur die Praxis der Argumentation eine vorläufige Brücke schlagen. Normativität ist kein dem Handeln vorgegebener Maßstab, sondern eine perspektivische Form, welche die Kommunikationsteilnehmer sich gegenseitig unterstellen.» Christensen, *Reine Rechtsdekonstruktion*, 2013, p. 217.

metodologia tradicional é incapaz de solucionar os problemas da práxis jurisprudencial do direito²⁵⁹. Mas mais do que isto. Pois está também a dizer-se que, a despeito e por conta mesmo da sua ineficácia normativa, as eventuais referências, desde a prática, ao discurso metodológico não garantem que se está, realmente, diante de uma orientação metódica da práxis. Quer dizer: ainda que faça o juiz consignar nas suas decisões algum modelo metodológico, não significa isto estar ele a ancorar/orientar as suas atividades interpretativo-funcionais, e/ou normativas, desde um tal modelo, ...*pois ele não faz o que diz, nem diz o que faz!*

Desde um ponto de vista crítico, e título de hipótese teórica, pode dizer-se que o que vai aí implicado é que o ator prático do direito, quando emprega alguma justificação metodológica, fá-lo não necessariamente no escopo de clarear e/ou publicizar o fundamento das suas escolhas funcionais, mas, possivelmente, a fim de camuflar o que motiva, verdadeiramente, as suas decisões²⁶⁰. Embora destinado ao pensamento jurídico com pretensão prática, o adágio christenseniano vulnerabiliza também a perspectiva teórica, não apenas pela opção da sublimação filosófica, mas porque torna cristalina a distância que separa a «teoria do método» e a «prática do método». Impõe, todavia, insistir: o discurso teórico não promete, como o faz a metodologia, orientar normativamente a práxis. Enquanto a metodologia almeja, como visto, o *continuum* teoria-

²⁵⁹ Nas palavras hoje de Matthias Jestaedt: «Die überkommene Methodenlehre gilt, was ihren Anleitungs- und Erklärungswert für die Rechtsgewinnung betrifft, bei vielen – nicht ganz zu Unrecht – als hoffnungslos unterkomplex. Mit ihr lässt sich kaum ein anspruchsvollerer Fall lösen. Weder liefert sie eine auch nur lediglich zutreffende Beschreibung dessen, wie Rechtsanwender wirklich vorgehen, wenn sie Recht sei es erkennend, sei es erzeugend gewinnen, noch gar eine verlässliche oder doch zumindest brauchbare Handlungsanweisung für Orientierungs- und hilfesuchende Rechtspraktiker.» Jestaedt, *Braucht die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht eine fachspezifische Wissenschaftstheorie?*, cit. p. 25.

²⁶⁰ Sobre o perigo da instrumentalização, especificamente da metodologia prática, por parte dos atores jurídicos, cfr. Matthias Jestaedt, *Richterliche Rechtsetzung statt richterliche Rechtsfortbildung. Methodologische Betrachtung zum sog. Richterrecht*, cit. p. 49 ss. Lê-se aí: «Man muss kein Methodenskeptiker, Methodennihilist oder Methodenanarchist sein, um darauf zu bestehen, dass das Setting juristischer Methoden weniger der Herstellung denn der Darstellung von Rechtsgewinnungsprozessen und – Ergebnissen dient. [...] Methodische Argumente dienen eben primär dazu, ein bereits gefundenes Ergebnis nachträglich zu rationalisieren, insbesondere gegenüber den nicht an der Entscheidungsfindung Beteiligten zu legitimieren. Und dennoch wäre es zu kurz gegriffen, würde man die Beschäftigung mit Methodenfragen unter den Generalverdacht setzen, sie diene ausschließlich oder doch zumindest zuvörderst der strategisch-taktischen Verschleierung der Machtausübung von Juristen bzw. von im Recht Entscheidungsberufen. Dass Methodenargumente und methodologisches Raisonement in diesem Sinne eingesetzt werden, lässt sich ernsthaft nicht bestreiten. Bestritten werden muss aber, dass sie ausnahmslos und notwendigerweise in dieser Absicht instrumentalisiert werden.» (p. 49) Perceba-se que este diagnóstico não conduz a uma niilização metodológica da ciência do direito, restringindo-se, a sua crítica, ao excesso de confiança no pensamento prático, acreditando-se possível desenvolver, no âmbito da reflexão metodológica, uma perspectiva teórica. Sobre o conceito de racionalização e camuflagem da decisão, cfr. Horst Sandler, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Rationalisierung der Entscheidungsfindung oder Camouflage der Deziision?*, in: Staatsphilosophie und Rechtspolitik, Festschrift für Martin Kriele zum Geburtstag, München, Beck, 1997, p. 457-505, especialmente p. 463 e 480 ss.; sobre a dimensão política da práxis do juiz, e do pensamento prático que demanda da práxis um sentido específico (numa espécie de *literarischen Lobbyismus*), cfr. Bernd Rüthers, *Wir denken die Rechtsbegriffe um...*, cit. p. 38: «Er ist nicht oder jedenfalls nicht nur als Rechtsanwender, sondern – in unterschiedlicher Intensität – als *Gesetzgeber* tätig. Er nimmt *normsetzende*, also *rechtspolitische* Aufgabe wahr.»

práxis²⁶¹, a teoria – interessada na real relação entre o direito e a ciência do direito – chama a atenção, precisamente, para a falta de plausibilidade de uma tal pretensão, alertando, ademais, para os perigos a que está sujeito o pensamento prático que nisto insiste. Noutras palavras: ao invés de sublimar filosoficamente as capacidades prático-normativas do pensamento jurídico, a teoria dedica-se a compreender, de modo puramente teórico – sem intenção prática –, a real relação entre o direito e as ciências do direito. Daí que as seguintes diferenciações apresentem-se-lhe necessárias: «método *do* direito», «método *da* ciência do direito»; «contexto de produção» e «contexto de representação»²⁶², «campo de criação do direito» e «campo de conhecimento do direito», *context of discovery* e *context of justification* («via inventionis vel inquisitionis vel acquisitionis» e «via iudicis vel resolutionis»); a diferença, ainda, entre a fundamentação/justificação do ato constitutivo (*ex ante*) e a sua explicação/conhecimento (*ex post*); entre enunciados de «lex ferenda» e enunciados de «lex lata». Tudo a corroborar a consciência metodológica de que, desde o ponto de vista da própria práxis, tanto a teoria quanto a metodologia, e também a dogmática, representam, no melhor dos casos, atividades intelectuais a partir das quais é dado aprender algo sobre o conhecimento académico do direito; e, no pior dos casos, mecanismos a serem utilizados para obscurecer as verdadeiras razões da produção do direito²⁶³. O perigo latente à perspectiva prática decorre, por fim, da sua tendência a ignorar as diferenciações teóricas²⁶⁴. A teoria sugere, à vista disto, que se considere a possibilidade de os enunciados e as construções do pensamento jurídico,

²⁶¹ «Die Trennung von Theorie und Praxis wird erst überwunden sein, wenn die Methodenlehre ganz auf die praktischen Erfordernisse und Notwendigkeiten der Verfassungsrechtsprechung abgestimmt ist.» Martin Kriele, *Rechtsgewinnung*, cit., p. 42/43.

²⁶² Sobre a diferenciação entre *Herstellungs- und Darstellungs-zusammenhang*, cfr. Wolfgang Hoffmann-Riem, *Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: Eberhard Schmidt-Abmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Orgs.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, p. 23 ss. [«Rechtserheblichkeit der Differenz von Darstellung und Herstellung»]; Hans-Heinrich Trute, *Methodik der Herstellung und Darstellung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen*, mesmo volume, p. 296 ss.; Christian Bumke, *Einführung in das Forschungsgespräch über die richterliche Rechtsarbeit*, cit., p. 15. Com Matthias Jestaedt, *Braucht die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht eine fachspezifische Wissenschaftstheorie?*, cit. p. 26: «Im Herstellungskontext, d.h. für die Frage, auf welchem Wege und mit welchen Mitteln Recht zu gewinnen sei, spielen die von der traditionellen Methodenlehre unterbreiteten Angebote in Gestalt der Auslegungsmethoden, wie es den Anschein hat, keine oder doch keine nennenswerte Rolle; ihrer bedient man sich im Darstellungs- oder Rechtfertigungskontext, also gleichsam erst post festum, nämlich dann, wenn es darum geht, das gewonnene Rechtsergebnis den davon Betroffenen zu kommunizieren, deren Verständnis und Gefolgschaft einzuwerben, sprich: zu Marketing-Zwecken.» Para Andreas Fischer-Lescano, cuja perspectiva será a seguir destacada, busca-se (e fracassa-se) com a metodologia «den arationalen Herstellungsprozess des Entscheidens in der Rechtsrationalität methodische aufzudecken [...]. Aber die Ergebnisse [...] sind unbefriedigend. Sie markieren eine Leerstelle: Die Darstellung der Entscheidungsgründe kann ein noch so rationaler Vorgang sein, aber die Herstellungsprozesse der Entscheidung bleiben ein – obendrein durch das Beratungsgeheimnis geschütztes – Mysterium.» Fischer-Lescano, *Rechtskraft*, August Verlag, 2013, p. 88.

²⁶³ Nas conhecidas palavras de Gustav Radbruch: «[D]as Auslegungsmittel wird erst gewählt, nachdem das Ergebnis schon feststeht, die sogenannten Auslegungsmittel dienen in Wahrheit nur dazu, nachträglich aus dem Text zu begründen, was in schöpferischer Ergänzung des Textes bereits gefunden war.» Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, cit. p. 161.

²⁶⁴ Cfr. Christoph Möllers, *Vorüberlegungen*, cit. p. 159; Horst Dreier, *Rechtswissenschaft als Beruf*, cit. p. 20.

mormente da metodologia e da dogmática, ao invés de estarem a estabelecer um ponto de apoio normativo para o controle/correção da práxis, estarem, na verdade, a ser utilizados, pelo ator da práxis, como instrumento de camuflagem, isto é, como desculpa académica/científica para camuflar as reais propriedades da obtenção do direito²⁶⁵.

e) O arquétipo do esteta: por uma política da sensibilidade jurídica...

Enquanto o pragmático, o “realista” e o esclarecido percebem no direito uma atividade de realização prática e na ciência do direito um específico tipo de pensamento prático, o *esteta* recomenda um passo a mais nos degraus da abstração filosófica. Nas palavras de Andreas Fischer-Lescano: «*Normatives Entscheiden ist weder eine rein rationale, noch eine rein arationale Angelegenheit. Normatives Entscheiden ist kein nachträglich mit Gründen kaschiertes Walten der Intuitionskraft. Denn normatives Entscheiden ist nicht das Erfühlen einer Evidenz. [...] Es ist die Verknüpfung von Vermögen und Kraft, die das normative Entscheiden ausmacht. Geschmack ist weder Ausübung kognitiver noch praktischer Vernunft, sondern eine Weise ästhetischen Entscheidens.*»²⁶⁶ Entenda-se: para o esteta, é impossível, com base apenas nas tradicionais «razão cognitiva» e «razão prática», compreender a verdadeira natureza/qualidade dos processos constitutivos do direito, e, então, das forças internas do juízo jurídico. Mais do que insistir na racionalização prático-normativa do direito, a perseguir, p.e., representações metódicas e enunciados para uma sua fundamentação decisória, o esteta está interessado em iluminar a *ubíqua irracionalidade do direito*²⁶⁷. Reconhecida a práxis, portanto, na sua irracionalidade, impor-se-ia à ciência do direito deixar de lado, ainda que provisoriamente, os seus modelos práticos, dado que as reais forças do direito ser-lhes-iam estranhas²⁶⁸. A orientação prático-

²⁶⁵ Pode dizer-se, numa radicalização da tese da *Selbstermächtigung der Rechtsdogmatik* (Oliver Lepsius), que será tratada adiante (cfr. *infra*, p. 219 ss.), o seguinte: diferente do que faz acreditar o pensamento jurídico de tipo prático-normativo, a preconizar poder controlar a «práxis do direito», talvez seja o caso de ponderar se, na verdade, ao invés de as «ciências do direito» estarem a controlar a «práxis/realidade do direito», não será esta, na verdade, que está a controlar aquelas. Noutras palavras: se afinal não é exatamente a dogmática que controla a práxis, mas a práxis que controla a dogmática.

²⁶⁶ Fischer-Lescano, *Rechtskraft*, cit. p. 92, que esclarece: «Das geht mit Kant über Kant hinaus. Kant denkt das ästhetische Geschmacksurteil als „zweier Vorstellungskräfte Zusammenstellung: nämlich der Einbildungskraft [...] und des Verstandes“, ordnet dabei aber die Einbildungskraft der Logik der Vermögen unter. Für Luhmann ist der „Rechtsgeschmack“ das andere der Vermögen, weder eine rein kognitive Frage, noch eine Frage der praktischen Vernunft, eben ein Nicht-Vermögen. Der Schmerz, die Empathie, der Affekt, das Gefühl – kurz: die Kraft der Einbildung – sind Teil des Prozesses und des normativen Entscheidens.» (p. 93)

²⁶⁷ Sobre a decisão normativa do direito: «[...] deren Herstellungs-(nicht: Begründungs-)Prozess analog zur ästhetischen Entscheidungsherstellung verläuft.» *Ibidem*, p. 87.

²⁶⁸ Cumpre anotar que já os autores que trabalham no horizonte do pensamento prático reconhecem a presença da irracionalidade no âmbito da práxis. Exemplar é, neste sentido, Josef Esser, referido, aliás, pelo próprio Lescano, mas também, em língua portuguesa, Castanheira Neves e Fernando Bronze, com a diferenciação entre *decisão* e *juízo*, *voluntas* e *ratio*. A intenção do pensamento prático(-normativo) é precisamente conter/orientar, por meio d(e

normativa da metodologia tradicional compreenderia a *Urteilkraft*²⁶⁹ da atividade judicativa apenas na sua dimensão-polo racional(lizáve)l, desconsiderando, como um *mysterium tremendum*, o momento próprio da *decisão (irracional)* do direito²⁷⁰. Por conta disto, uma tal orientação operaria uma mistificação das forças realmente constitutivas do direito, abstrata e idealmente substituídas pelo conceito de «práxis do direito», com o qual ficaria ocultado o entretanto sempre presente momento da *auctoritas interpositio*²⁷¹.

A reflexão estética sobre a *força* do direito procura, à vista e ao invés disto, os espaços em que se manifestam a intuição e o sentimento de/do direito (*Rechtsgefühl*), o gosto de/do direito (*Rechtsgeschmack*), de modo a representar uma espécie de campo energético da *sensibilidade jurígena*; numa palavra: o não-direito no direito²⁷². O processo de estetização do mundo transcendental-perceptivo do direito conduziria, desta feita, à ampliação do potencial transformador positivo da irracionalidade jurídica – *das Feld der Gefühle, Affekte, der nichtrationalen, energetischen Kraft ist an der Herstellung normativer Entscheidungen beteiligt*. Pela via da (mimética da ir)racionalidade jurídica, é-se então virtualmente levado para *fora* (que, todavia, seria também um dentro) do direito²⁷³, percorrendo-se, aos cuidados do esteta, os processos comunicativos que conectam o direito ao

um)a razão prático-prudencial de fundamentação, uma tal irracionalidade, que se sabe, não obstante, que permanece sempre lá. Ao destacar o fracasso do pensamento prático tradicional, que não estaria a atingir o coração da (ir)racionalidade jurídica, a crítica estética não está propriamente a inovar, mas a propor um rearranjo do tratamento reflexivo de uma tal (ir)racionalidade, desde (um)a percepção agora genuinamente estética. Não será equivocado concluir, neste sentido, que o pensamento estético é, na verdade, um pensamento estético-prático-normativo.

²⁶⁹ Referência estético-conceitual presente, importa lembrar, já em Friedrich Carl von Savigny, para quem a arte da interpretação não resulta de uma conformação *more geometrico*, i.e., não pode ser compreendida/determinada por meio de teorias e/ou regras gerais, antes na e pela observação prática dos modelos da experiência. Cfr. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Erster Band, 1840, Erstes Buch, Kap. IV, § 32, p. 211. Sobre a sua teoria da interpretação e a sua relação com o conceito de *Urteilkraft*, ver o aqui já referido Stephan Meder, *Mißverstehen und Verstehen*, cit. p. 52 ss. e 85 ss.; ver tbm. Ulrich Huber, *Savignys Lehre von der Auslegung der Gesetze in heutiger Sicht*, in. JZ, 2003, p. 1-17, especialmente p. 4 ss. [«Auslegung als regelmäßiges Verfahren und als Kunst»].

²⁷⁰ Cfr. Benjamin Lahusen/Moritz Renner, *Gespenster zweiter Ordnung*, in: Calliess/Fischer-Lescano/Wielsch/Zumbansen (Hrsg.), *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner*, Berlin, 2009, p. 69-82; ver tbm. supra nota 44, referência de Lescano.

²⁷¹ Fischer-Lescano/Christensen, *Auctoritas Interpositio: How Systems Theory Deconstructs Decisionism*, in. *Social & Legal Studies*, 2012, p. 93-119. Criticamente, perceba-se: enquanto a reflexão prática busca determinar os momentos juridicamente racional(lizáve)is do direito – e assim dos materiais do direito na perspectiva da práxis judicial –, a reflexão estética interessa-se pelos momentos juridicamente irracional(lizáve)is (entenda-se: irracionalizáveis desde as perspectivas puramente cognitiva e puramente prática), limite sistêmico em que opera a fuga (estetizante) para o não-jurídico (a política) no direito, com vistas, porém e afinal, a uma sua racionalização crítica.

²⁷² «Das eröffnet den Widerstreit im Recht: Weder ein harmonistisches Erkennen des richtigen und intersubjektiv konsentierten Rechts, noch ein kollektives Erfühlen der Gerechtigkeit ist möglich. (...) Wir müssen unser Recht wählen; wir müssen eine partikuläre Lesart, Neigung, Präferenz gegen widerstrebende Neigung und Präferenz rechtfertigen. Die Wahl ist nicht zwischen Recht und Politik, sondern zwischen einer Rechtspolitik und der anderen.» Fischer-Lescano, *Rechtskraft*, cit., p. 95/96.

²⁷³ Esse «fora do direito» é antes um «dentro do direito»; como dito, o não-jurídico *no* direito. A proposta, portanto, é encontrar a política *no* direito, numa espécie de encontro do *Outro* que reside em *si próprio*. «Das Recht muss sich aus eigener Kraft begründen. Es kann sich nicht auf externen Quelle stützen. Die Kraft ist Teil des Rechts, sie wirkt im Recht als das Andere der Vernunft. Nur wenn das Recht ein Gespür für die Kraft entwickelt, wird das Tertium des Rechts jenseits von Gewalt und Vernunft denkbar, wird Emanzipation möglich.» Ibidem, contracapa.

campo da política, a política como luta social²⁷⁴ pelos sentidos da (ir)racionalidade/sensibilidade do direito²⁷⁵. No retorno para *dentro* (o dentro-dentro do fora-dentro) do direito, não resta, porém, muito a dizer, senão que a perspectiva em pauta pretende uma transformação estética do mundo prático-normativo do direito; porque *todo juízo-julgamento jurídico seria um juízo-julgamento estético*²⁷⁶, a radicalização da dimensão irracional conferiria aos juízos do direito uma mais ampla reflexividade, alimentando tais juízos com os sentidos, reconhecidos em *diferendo*, dos processos político-sociais²⁷⁷. Ao fim e ao cabo, (est)a reflexão estética parece repetir um discurso já bastante conhecido,

²⁷⁴ Essa *fuga* para a política dá-se também com Christoph Menke, em cujas reflexões estéticas e filosóficas Fischer-Lescano encontra inspiração fundamental (cfr. e.g. Lescano, *Rechtskraft*, cit. p. 14). Na sua paralelização entre direito e tragédia – cfr. Christoph Menke, *Recht und Gewalt*, August Verlag, 2012 –, lê-se o seguinte: «Deshalb gehört Gewalt nicht nur zur Erscheinung, sondern zum Wesen des Rechts: Die Gewalt des Rechts folgt aus seiner politisch-prozeduralen Urteilsformen.» (p. 38) «[D]as Rechtsverfahren [etabliert] politische Beziehungen zwischen den Beteiligten: Relationen der Gleichheit und der Herrschaft. Diese beiden Relationen machen die Politik der Prozedur aus; sie definieren das Rechtsverfahren als Politik.» (p. 25) «Der Anfang des Rechts besteht nach der Einsicht der Tragödie darin, eine prozedurale Urteilsform einzusetzen, die das rechtliche Urteilen an ein politisches Subjekt – den Richter, der im Namen der Gleichheit der Bürger spricht – bindet.» (p. 65) Menke articula aí a síntese entre direito e política a partir da categoria *Rechtsverfahren*. Ver também o seu, *Kritik der Rechte*, Suhrkamp, Berlin, 2015, especialmente p. 233.

²⁷⁵ «Das Recht gründet nicht auf dem Konsens der Rechtssubjekte, das Recht ist Widerstreit im Kampf um die Kategorien des guten Lebens. Und auch die Gerechtigkeit scheint sich dann „nicht aus den guten Willen des Subjektes zu beziehen, sondern macht einen Zustand der Welt aus, Gerechtigkeit bezeichnet die ethische Kategorie des Existenten.» Fischer-Lescano, *Rechtskraft*, cit., p. 105.

²⁷⁶ «Rechtliches Urteilen ist ästhetisches Urteilen. Das gilt für alle Formen rechtlichen Urteilens/Entscheidens, für alle Formen der Rechtskommunikation also, die eine rechtliche Unterscheidung treffen.» Fischer-Lescano, *Rechtskraft*, cit., p. 93. Sobre a diferença entre o juízo estético e o juízo prático, com Christoph Menke: «Von [der] Dialektik des praktischen Urteils muß das Problem des *ästhetischen* Urteils unterschieden werden. Das Problem des Ästhetischen liegt *vor* der Dialektik, die das Praktische definiert: »Ästhetisches Urteil« ist der Name eines Problems, das der Frage – die sich jedem praktischen Urteil stellt –, wie Individuum und Gemeinschaft in ihrer Gegensinnigkeit zu vermitteln sind, vorhergeht und zugrunde liegt. Das praktische Problem des Urteils lautet: Wie kann ein Subjekt sich durch seine Urteile selbst regieren und darin als Individuum soziale Geltung gewinnen? Oder umgekehrt: Wie kann die urteilende Übereinstimmung einer sozialen Gemeinschaft individuelle Wirklichkeit in der Selbstführung der Subjekte erlangen? Dieses praktische Problem des Urteilens setzt jedoch voraus, daß das ästhetische Problem bereits gelöst, ja Urteilen als gegeben voraussetzt, wird im ästhetischen Urteilen als prinzipiell unsicher und ungewiß erfahren: Das praktische Urteilen setzt voraus, *daß es einen Gegenstand gibt*, über den geurteilt werden kann.» «Die Bedingung des praktischen Urteils mit seiner Dialektik von Individuum und Gemeinschaft ist das Wegräumen des Gegenstands, der Bruch der Affektion durch die Einbildungskraft des Subjekts: die Hervorbringung von Beurteilbarem. Weil es ohne Beurteilbares kein Urteil geben kann, muß das praktische Urteil [...] voraussetzen, daß diese ästhetische Konstitution in der Einbildungskraft abgeschlossen und gelungen ist. Das *Problem* des ästhetischen Urteils – das Problem, dessen Namen »ästhetisches Urteil« ist; das Problem, das sich im ästhetischen Urteilen entfaltet – besteht jedoch darin, daß diese Hervorbringung niemals abschließend gelingt. Das macht das Problem des ästhetischen Urteils zum Paradox: Es ist ein Urteil, das keinen Gegenstand hat – ein Urteil ohne Beurteilbares.» Christoph Menke, *Die Kraft der Kunst*, Suhrkamp, Berlin (2013), p. 59/60 e 61. Sobre o «paradoxo do direito» como o problema da indecibilidade do direito/não-direito – referindo, muito especialmente, os casos de «erro do direito» ou da produção do *direito antijurídico* –, cfr. Fischer-Lescano, *Wozu Rechtsphilosophie?*, in. JZ, 2018, p. 161-171, especialmente 162 s., propondo também aí como tarefa da filosofia do direito pensar não propriamente a justiça, mas a injustiça do direito.

²⁷⁷ A luta política pelos sentidos (irracionais) do direito é reconhecida aí, como dito, como estando em *diferendo* (*Widerstreit*). Para um aprofundamento do conceito, cfr. José Manuel Aroso Linhares, *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de «passagem» nos limites da juridicidade. Imagens e reflexos pré-metodológicos*, Coimbra, 2001, especialmente p. 213/508; *A representação metanormativa do(s) discurso(s) do juiz: o «testemunho» crítico de um «diferendo»?*, in. Revista Lusófona de Humanidades e Tecnologias, n.12, 2009, *passim*. Ver também *infra*, nota 650.

mormente por conta da perspectiva de teoria crítica que endossa, a saber: o da demanda por um melhor aproveitamento das potencialidades emancipatórias da práxis d(e *decisão* e de *diferença* d) o direito. Que se trate de um projeto verdadeiramente factível, parece não restar comprovado²⁷⁸; como crítica estético-política, parece contribuir, no entanto, para uma renovação da (teoria) crítica do direito, embora assim também de modo talvez ideologicamente enviesado²⁷⁹. Há que ter claro

²⁷⁸ Quer dizer: no campo real da produção e da fundamentação decisória (e num diálogo, portanto, com a metodologia), não resta comprovada a factibilidade do projeto de estetização do direito, senão como mera politização. Aquilo que a perspectiva estética está a assumir como paradoxo da indecidibilidade, com o aprofundamento estético do irracional no âmbito da fabricação das decisões jurídicas, redundando, do ponto de vista teórico, num outro e talvez mais problemático paradoxo, o da infundamentabilidade do direito, eis que exige a fundamentação do infundável, a saber: a violência. Daí que um tal projeto tenha de assumir-se a si próprio como uma radicalização da crítica da irracionalidade do direito.

²⁷⁹ Cumpre esclarecer que a *Rechtskraft* de Lescano é expressamente concebida como crítica à clássica monografia de Adolf Julius Merkl (*Die Lehre von der Rechtskraft. Entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine Rechts-theoretische Untersuchung*. Leipzig und Wien, Franz Deuticke, 1923). Dito isto já na primeira página, seguida de uma brevíssima menção a Fritz Sander – sem referência embora aos seus escritos (cfr. desde logo o seu *Merks Rechtslehre*, in: Prager Juristische Zeitschrift, Heft I, IV. Jahrg, 1924, p. 16 ss.) –, sobre tais autores e as suas teorias nada mais é dito; não há, em suma, qualquer análise daquilo que se critica. Isto parece fragilizar a proposta lescaniana de mimetização estético-normativa do direito, que deixa de problematizar, eis o que importa destacar, a diferenciação entre o «contexto do direito» e o «contexto da ciência do direito», entre a *realidade* do direito e o *pensamento* académico sobre o direito – diferenciação esta central nas considerações de Merkl e Sander. A partir de uma tal diferenciação, não deixam, Merkl e Sander, de reconhecer a inevitável presença do irracional no campo/contexto do direito e dos seus processos-juízos constitutivos. Ambos reconhecem que a irracionalidade é uma componente inerente ao direito, bem como que o *poder* e a política perpassam e condicionam a sua práxis. Daí que tenham dedicado atenção ao fenómeno (paradoxal) do «erro do direito», isto é: da criação, pelo ator do direito, de um suposto “direito antijurídico”, um direito que, por conta de um erro aparente, pensa-se que não deveria ser Direito. Trata-se de um fenómeno paradoxal e aparente, senão ficcional, como classicamente se lhe chama, porque, desde a perspectiva da realidade do direito, este não erra, sendo, um tal “direito antijurídico”, um fenómeno, na verdade, produzido no contexto da ciência do direito, pelo pensamento académico sobre o direito. Daí, também, a teoria do *Fehlerkalkül*, de Merkl, segundo a qual o direito mesmo prevê/calcula, por assim dizer, a possibilidade de os seus atores concretos virem a cometer “erros” nos seus atos constitutivos, disponibilizando, por isto, uma série de recursos que autorizam, melhor: que transferem a competência a um outro ator/órgão do direito para que sejam corrigidos os atos do primeiro ator – o ator originariamente competente para a criação o direito, e que tem agora o seu ato (e, no limite, a sua competência) questionado –, permitindo que seja medido o cumprimento ou não das condições mínimas para o exercício da sua competência criativa. Ocorre que, uma vez percorrido o caminho processual-recursivo estabelecido para a autorreção do direito, a decisão do último ator competente, ainda que hipoteticamente “equivocada”, já não pode ser “corrigida”, uma vez que não há uma instância superior para tanto, de modo que, persistindo o “erro”, transforma-se este em “acerto”, isto é, em Direito, podendo mesmo dizer-se que, na sua autocorreção interna, o direito não erra (*Unfehlbarkeit*), e, no mesmo sentido, que a ciência do direito simula a antijuridicidade do direito: «die Rechtswissenschaft fingiert ihre Rechtswidrigkeit» (p. 295), cfr. Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, p. 275 ss. e 298 ss.; Christoph Kletzer, *Kelsen’s Development of the Fehlerkalkül-Theory*, in: Ratio Juris, 2005, p. 46-63; Johannes Buchheim, *Fehlerkalkül als Ermächtigung?*, in: JZ, 2014, p. 59-78; Philipp Reimer, *Die Unabhängigkeit von Rechtswirksamkeit und Rechtsmässigkeit. Ein Beitrag zur Lehre vom Fehlerkalkül*, in: JZ, 2014, p. 383-414; Rodrigo Garcia Cadore, *Die Lehre von der Rechtskraft 90 Jahre danach*, in: Rechtstheorie, 2013, p. 554-556; Matheus Pelegrino da Silva, *Positive oder vorausgesetzte alternative Ermächtigung? Kelsens Lehre der alternativen Ermächtigung und die Bedingungen der Zuschreibung der rechtlichen Bedeutung für einen Akt*, in: Rechtstheorie, 2018, p. 371-390. Assim, se Merkl aposta no aprofundamento do conhecimento jurídico, como instância que conhece e que assim pode(ria) aspirar à última palavra sobre a correção dos atos da produção do direito – chega mesmo a falar da ciência do direito como a única autoridade competente para o controle dos órgãos do direito (Ibidem, p. 286 ss.) –, Lescano, pela via da (est)ética, abandona o pensamento jurídico, diante do problema normativo daquela correção, ao discutir político. Daí que conclua que o dilema hoje seja escolher não entre «o direito ou a política», mas entre uma política ou outra política; ou seja, impor-se-ia, para Lescano, no âmbito do pensamento jurídico, *escolher uma específica política para determinar o direito*. Isto esclarece a sua opção-aproximação com a teoria crítica de Frankfurt, e então a sua mobilização do conceito de *Emanzipation* e a sua representação do direito como um meio para a emancipação. Enquanto Merkl (e Sander) propõe(m) aprofundar o conhecimento teórico da produção do direito – também eles

o que está aí a propugnar-se: que o direito deve(ria) desenvolver uma (não obstante já sua) maior sensibilidade, como condição para que se cumpra, finalmente, o seu destino prático-normativo emancipatório. Portanto, embora transcenda o olhar estritamente prático-normativo, posto que vai aos campos da percepção estética e da teoria da arte, acaba por funcionar como mais um remendo para a práxis, entenda-se, como mais uma frente de sublimação da perspectiva prático-normativa dominante. Se não isto, parece degenerar em pura e simples política²⁸⁰.

2. Elogio à teoria. Teoria como destino...

Cada qual ao seu modo, os arquétipos do pragmático, do “realista”, do anarquista, do esclarecido e do esteta contribuem, ora mais ora menos (in)conscientemente, para a intensificação do sentimento antiteoria. Se é verdade que entre eles os mais promissores – também o “realista”, mas principalmente o esclarecido e o esteta – desenvolvem relevantes instrumentos para o confronto normativo da práxis, é também verdade que daí não passam. No pano de fundo do pensamento jurídico contemporâneo, está como que a pressupor-se não ter relevância-dignidade própria o discurso teórico; quando muito, interessa aí uma “teoria” a serviço da práxis. Nas suas articulações internas, uma série de testemunhos extrajurídicos é convocada – nos exemplos aqui tratados: o do discurso literário, o do discurso linguístico-filosófico, o do discurso estético-político –, sem que se dê voz ao direito mesmo. O resultado é o esquecimento-obliteração da realidade do direito²⁸¹, e, por conseguinte, o sacrifício da objetividade no âmbito do pensamento jurídico,

com as suas discordâncias mútuas (para Sander, Merkl está preso ainda ao dogma da ciência do direito como fonte do direito, apenas substituindo postulados ético-políticos por postulados lógico-formais [veja-se, dando razão à crítica de Sander, a seguinte passagem de Merkl: «Wie die Logik prüfen darf und muß, ob die in der „Erfahrung“ des Denkens gegebenen Denkakte, z. B. Urteile oder Schlüsse, vorerst eigentlich nur „Versuche“ von solchen (logisch) richtig sind, so darf und muß die Rechtswissenschaft prüfen, ob die in der „Erfahrung“ des Rechts – wenn hier Sander Wort, freilich nicht in Sanders Sinn, gestattet ist – gegebenen Rechtsakte (richtiger: gleichfalls nur Versuche von solchen) logisch und zugleich juristisch richtig sind, wobei als Maß der „Richtigkeit“ die Rechtsmäßigkeit in Betracht kommt.» (p. 287)]; para Merkl, por sua vez, Sander nulificaria a ciência do direito, ao abrir mão de um apoio normativo [esta problemática será retomada]) –, Lescano mobiliza o seu arsenal intelectual para dizer *como, desde um ponto de vista estético, deve(ria) ser o direito*. Cfr., por fim, Fischer-Lescano, *Postmoderne Rechtstheorie als kritische Theorie*, in: DZPhil, Akademie Verlag, 2013, p. 179-196, especialmente p. 192.

²⁸⁰ Como será adiante esclarecido, o discurso teórico, ao voltar-se nomeadamente para os processos da obtenção do direito, reconhece a «política do direito» como uma componente constitutiva da realidade do direito. Fá-lo, contudo, a fim de identificar os espaços de determinação e de indeterminação dos processos de criação do direito, isto é: o horizonte da criatividade própria do direito, levada a termo por atores concretos com competência (*de lex lata*) para produzir o direito (*de lex ferenda*). Mobiliza-se o conceito de política do direito, assim, e em suma, como uma síntese teórico-conceitual da expressão fenoménico-institucional do «poder do direito», mas já não como uma plataforma para o discurso meramente político («política no direito»).

²⁸¹ Ainda com Sander, em resposta, precisamente, à capitulação, acima evidenciada (nota 279), de Merkl ao postulado da ciência do direito como fonte do direito: «Das Recht kalkuliert nicht mit Fehlern, welche die Rechtswissenschaft macht und es kalkuliert nicht mit eigenen Fehlern, welche niemals vorhanden sind, weil das Recht vom Grundaxiom der Zuständigkeit beherrscht ist.» E, numa passagem que serve também para a crítica ao pensamento

restando tudo, ao fim e ao cabo, numa celebração da fragmentação discursiva. O que importa sublinhar é que o relativismo do pensamento contemporâneo não se dá a partir do nada. Uma tal postura, disse-se no início do capítulo, provém da tradição filosófico-metodológica do pós-guerra, e, mais especificamente, da proximidade desta junto ao discurso hermenêutico-fenomenológico (cujo problema nuclear será ainda acentuado). Quer dizer-se com isto o seguinte: o germe da negação da teoria reside, de um lado, na defesa de um pensamento jurídico radical e/ou estritamente prático, e, do outro, na abstração interpretativ(ist)a dos sentidos do direito. Ao consumir tais premissas, o pensamento contemporâneo dissolve a realidade do direito e coloca no seu lugar metodológico uma série de imagens, representações e/ou testemunhos discursivos alienígenas, e, por conseguinte, deixa de poder cuidar do funcionamento académico do pensamento jurídico. Do ponto de vista teórico-metodológico, isto é trágico. E é contra um tal estado de coisas que se ergue, afinal, a nova teoria, e a sua reabilitação do discurso teórico. A este interessa compreender, disse-se, a organização interna das disciplinas e subdisciplinas jurídicas, com o escopo de conferir-lhes o devido cuidado metodológico; e, para tanto, importa ter em atenção como os seus enunciados reflexivo-disciplinares são realmente/empiricamente articulados. Afinal: quais são os fundamentos dos enunciados disciplinares da ciência do direito? O que tomam por base ao referirem-se ao direito? Em que se fundam as interpretações e os sistemas dogmáticos, isto é, qual é o elemento básico que lhes sustenta internamente? O direito mesmo, ou algum outro enunciado reflexivo de alguma outra disciplina (jurídica e/ou não-jurídica)? Fundam-se, pois, no direito ou em ideias e vontades disciplinares? Uma teoria *das ciências* do direito, ao aventar tais questões, chama a atenção para a consciência teórico-metodológica das disciplinas jurídicas, de modo a lançar luz sobre o modo como a ciência do direito, e em especial a dogmática, refere-se ao direito, se objetivamente, desde o direito mesmo, ou se antes subjetivamente, desde opiniões

jurídico contemporâneo, prossegue: «Auf jeden Tatbestand der seienden Welt können sich unbegrenzt viele wissenschaftliche, ästhetische, religiöse, politische und andere Blicke richten, aber nur begrenzt Rechtsblicke, eben die der „zuständigen Organe“. Dieses meinende, nur wieder von anderen Rechtsakten zu rechtsfertigende Moment ist das auszeichnende Wesensmoment des Rechtes, ist jenes Grundaxiom, kraft dessen das Recht die Welt in seiner eigenen, souveränen Weise erfaßt, nämlich: als Macht. „Zuständigkeit“ ist das rechtsbegriffliche Symbol der metarechtlichen „Macht“, das Recht richtet sich nicht auf „logische Richtigkeit“, sondern auf „Macht“, es ist kein Phänomen der „Logik“, sondern ein Phänomen der „Macht.“» Sander, *Merkels Rechtslehre*, cit. p. 31. Dáí que a própria *Fehlerkalkül* apareça, para Sander, não como uma componente do direito em si, como o quer Merkl, mas como mais uma construção da ciência do direito, isto é, uma construção de Merkl, como meio para que a ciência do direito possa controlar a correção do direito. É neste sentido que tem de ler-se a conclusão de Merkl: «Recht ist, was die Rechtswissenschaft als wahr erkennt. [...] Recht haben also nicht notwendig das Organ und der Untertan, auch nicht notwendig der „Rechtswissenschaftler“. Aber die Rechtswissenschaft hat Recht im eigentlichsten Sinne des Wortes, hat insbesondere auch allein Recht im Konflikt mit der Rechtspraxis, die bloß den – erst von der Rechtswissenschaft zu verifizierenden – Versuch des Rechtes darstellt.» Merkl, *Rechtskraft*, cit. p. 290. Neste sentido, funciona para Merkl a teoria da *Fehlerkalkül* como meio para o controle do direito pela ciência do direito, especificamente sob às regras da correção lógico-formal.

normativo-disciplinares sobre o direito. À vista disto, as páginas que seguem partem do pressuposto não apenas da possibilidade, mas já da necessidade/urgência de uma autonomização da teoria²⁸². Diante dos problemas a que está hoje exposto o pensamento jurídico, mostra-se, com efeito, indispensável a reabilitação do discurso teorético²⁸³.

É de lembrar, antes de seguir, as palavras de Hans-Georg Gadamer, que, no seu *elogia à teoria*, observa: não obstante esteja continuamente a exigir-se da teoria que justifique a sua razão de ser perante o tribunal da práxis – e já não, perceba-se, perante o tribunal da razão –, fato é que *a teoria não veio ao mundo para servir à práxis*²⁸⁴. A teoria não está a serviço da práxis. A crítica que se lhe dirige em função, portanto, de uma sua suposta inutilidade prática, na verdade não lhe atinge; permanecem intactas as suas verdadeiras intenções²⁸⁵. E não é outra a postura fundamental do pragmatismo contemporâneo: nega-se a teoria, e a sua perspectiva puramente reflexiva, não porque eventualmente equivocadas as suas premissas, e/ou implausíveis as suas conclusões, mas porque supostamente inúteis para a práxis. Cumpre elucidar, a seguir, que o destino da teoria é entretanto outro.

²⁸² «Legal knowledge cannot leave its labor to art, let alone grow into it. [...] The question before us is how one is to conceive of legal knowledge given that both legal positivism and modern natural law theory have run their course. [...] [T]he core question of legal theory must be how one can conceive of legal knowledge once legal positivism no longer appears to be an option. More precisely, the question is how legal knowledge can still legitimately claim to rise above money and power and say what the law truly is [...].» Alexander Somek, *The Legal Relation*, cit. p. 6/7.

²⁸³ Perceba-se: todo cientista do direito, nos diferentes campos do pensamento jurídico, tem na base das suas reflexões uma teoria do direito; se isto é consciente ou inconsciente, se se trata de pré-compreensão ou claro entendimento, é uma questão menor. Porque o pensamento jurídico tem na sua base (um)a teoria do direito, não deve esta ser menosprezada, sob pena de vir abaixo o edifício mesmo da ciência do direito. Isto fica particularmente claro na relação entre a *teoria* e a *metodologia*; uma teoria fraca desemboca numa metodologia igualmente fraca; uma teoria forte fortalece a metodologia. Essencial é perceber que a teoria faz-se sempre, e inevitavelmente, presente. Não será demais dizer, neste sentido, que *a teoria guarda o destino das reflexões jurídicas*. O problema metodológico não consiste, portanto, na alternativa entre teoria e não-teoria, entre reflexão e intuição, mas entre discutir conscientemente a teoria que se tem praticado e/ou não a discutir, deixando neste caso prevalecer, no seu uso e na sua prática, a postura academicamente inconsciente.

²⁸⁴ Cfr. Hans-Georg Gadamer, *Lob der Theorie*, 1980. «Theorie hat sich vor dem Forum der Praxis zu rechtfertigen.» (p. 44). «Man muß sich die doppelte Frage stellen: Ist Theorie vielleicht noch mehr, als was durch die moderne Institution der Wissenschaft zur Darstellung kommt? Und: Ist vielleicht auch Praxis mehr als bloße Anwendung von Wissenschaft? Sind Theorie und Praxis überhaupt richtig unterschieden, wenn sie nur von ihrem Gegeneinander her gesehen sind?» (p. 40) «Man muß nicht ein bestallter Lobredner der Theorie sein, um zu erkennen, daß Theorie sich nicht im unmittelbaren Dienst für die Praxis erschöpft.» (p. 49).

²⁸⁵ «Wer den akademischen Status der Rechtswissenschaft nicht grundsätzlich leugnet, wird gut daran tun, die Rechtstheorie als eine der zentralen juristischen Theorie-(Sub-)Disziplinen aus dem Disziplinkanon der Jurisprudenz zu verbannen.» Matthias Jestaedt, *Das mag in der Theorie*, cit., p. 13. Ver-se-á a seguir que a centralidade da perspectiva teórica no âmbito do pensamento jurídico académico consiste no fato de somente ela – e já não a metodologia, nem a dogmática, e tampouco a filosofia do direito – poder relacionar-se com o direito assumindo-o como um «objeto material», como uma realidade independente do conhecimento da ciência do direito; e isto é essencial para a organização metodológica do pensamento jurídico. Ver Jestaedt, *Öffentliches Recht als wissenschaftliche Disziplin*, cit. p. 267 ss. especialm. p. 269.

III

Teoria e práxis no âmbito do pensamento jurídico académico.

Ou: a relação *entre* o direito e as ciências do direito...

No edifício das ciências do direito, o que sabe a *teoria*? O que sabe a *metodologia*? E a *dogmática*? Voltam-se a tais questões os capítulos *III*, *IV* e *V*, que, na perspectiva de uma teoria das ciências do direito, identificam e desenvolvem os postulados fundamentais para a representação d(a realidade d) o direito e para uma sua projeção metódica no âmbito do pensamento jurídico. O primeiro ponto em destaque diz respeito ao conceito de «práxis do direito», que, central para o trabalho dogmático (e metodológico), recebe, desde o campo da teoria, uma análise de tipo crítico-destrutiva (*III*). Na sequência (*IV* e *V*), aprofunda-se no problema específico das «autonomias jurígenas», é dizer: das racionalidades-métodos do direito, de um lado, e da ciência do direito, do outro. Tendo como fio condutor um diálogo com a assim chamada *Rechtsgewinnungstheorie* – a permitir a articulação, aqui, de uma *teoria dos processos da obtenção do direito*²⁸⁶ –, o objetivo essencial do presente capítulo é diferenciar as intenções reflexivo-disciplinares de um pensamento jurídico de ordem prática e de um pensamento jurídico de ordem teórica. Examina-se, dessarte, e a título de exemplo histórico, a controvérsia entre as propostas, escritas no início do século 20, de Adolf Julius Merkl e de Philipp Heck. O primeiro, como representante da perspectiva teórica, e o segundo, da perspectiva metodológica, conduzem, afinal, a percepções no todo distintas acerca da ciência do direito e das suas relações com o direito mesmo. A controvérsia cristaliza de modo

²⁸⁶ Fala-se aqui em *teoria dos processos da obtenção do direito* tencionando uma radicalização – que, como será elucidado no próximo capítulo, é uma radicalização ontológica, a partir, nomeadamente, da fundamentação filosófica do *novo* realismo – das reflexões hoje em torno da *Rechtsgewinnungstheorie*, reflexões estas que, não obstante tragam o conceito de obtenção do direito do campo da metodologia para o da teoria, parecem ainda demasiado dependentes da perspectiva normativa. Como será destacado, o conceito de «processos da obtenção do direito» (*Rechtsgewinnungsprozesse*) refere aqui o *objeto formal* da teoria, é dizer: a via reflexiva para a representação teórico-metodológica da «realidade do direito», esta como o seu *objeto material*. Os processos da obtenção do direito catalizam, assim, as reais interações-relações dos indivíduos envolvidos na produção do direito; a identificação e compreensão das suas componentes internas quer conduzir, aqui, à representação da realidade do direito. Cfr. Matthias Jestaedt, *Vom Nutzen der Rechtstheorie in der Europäischen Integration*, 2017; *Rechtswissenschaft als normative Disziplin*, 2016; *Das mag in der Theorie richtig sein*, 2006; *Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studie zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*, cit. p. 262 ss. Ver também: Clemens Jabloner, *Richterrecht im Verfassungsvergleichung*, in. *Europarecht und Rechtstheorie*, cit. p. 19-46; Horst Dreier, *Rechtswissenschaft als Beruf*, cit. p. 59 s.; Bernd Rütters, *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, cit. p. 384 ss. [«Rechtsgewinnung als methodisches Problem»]. Sobre a perda do fundo ontológico do direito, cfr. Alexander Somek, *Der Gegenstand der Rechtskenntnis*, cit. p. 68 s.; *Rechtliches Wissen*, cit. p. 91 s. Para uma aproximação da *Rechtsgewinnungstheorie* com o *neuen Realismus*, com a proposta de um «realismo normativo», cfr. Christian Hillgruber, *Braucht das Völkerrecht eine Völkerrechtswissenschaftstheorie?*, cit. p. 129 ss.

particularmente exemplar o embate (intra)disciplinar entre os campos, respectivamente, da *teoria* e da *metodologia*, com efeitos, evidentemente, no âmbito dogmático. Tendo prevalecido, no correr do século, a intenção prática da segunda, a *nova teoria* insiste na necessidade de uma reabilitação conceitual da primeira, e, para tanto, tem recuperado o acervo justeorético do início daquele século. As objeções de Merkl a Heck são implacáveis, tampouco estão, contudo, imunes à crítica, como o evidenciam as reflexões disruptivas de Fritz Sander, que, radicalizando o olhar da *pura teoria*, rompe não apenas com a intenção prática mas também, e muito especialmente, com a pretensão normativa da ciência do direito, entenda-se: com a representação normativa do direito. Chega-se, pela via de uma tal radicalização, ao *fundo ontológico* do direito, campo de sentidos em que nem as hierarquias normativas nem as tentativas de correção reflexiva, operadas pela ciência do direito, têm a entrada livre. Descobre-se, pois, a «realidade do direito», que, em razão da força constitutiva das suas interações competenciais próprias (ontológicas), faz perceber que os processos da obtenção do direito não estão sob o domínio d(o método d) a *ciência*, mas d(o método d) o *poder* do direito. O olhar cético da teoria em relação à dogmática e à metodologia não conduz, no entanto, a uma nulificação da ciência do direito. Na sua crítica ao pensamento prático-normativo, o discurso teorético mobiliza elementos que servem para uma reconstrução metateórica/reflexiva do trabalho prático com o direito.

1. O pensamento jurídico acadêmico como disciplina prática e como disciplina teórica

Para compreender alcance da crítica teórica, nas suas dimensões-faces tanto destrutiva quanto reconstrutiva, ao conceito de «práxis do direito», importa ter presente, antes, os contornos que diferenciam (intra)disciplinarmente a *teoria* do direito diante dos campos da *dogmática* e da *metodologia* jurídicas²⁸⁷. Pode partir-se, para tanto, da seguinte observação: enquanto a dogmática e a metodologia acomodam as suas considerações no horizonte-expectativa de um conhecimento de tipo prático-normativo, daí, aliás, que se lhes trate por ciências da *aplicação* do direito²⁸⁸ e ciências

²⁸⁷ Cfr. Oliver Lepsius, *Themen einer Rechtswissenschaftstheorie*, [«Zum Verhältnis von Dogmatik und Theorie»], cit. p. 4 ss.; Christian Waldhof, *Kritik und Lob der Dogmatik*, cit. p. 32; Christian Bumke, *Rechtsdogmatik*, cit. p. 6 ss.

²⁸⁸ Cfr. Matthias Jestaedt, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, cit. p. 277 ss., com a representação aí da metodologia e da dogmática sob a etiqueta de *Rechtsanwendungswissenschaften*, e a teoria do direito como *juristische Reflexionswissenschaft*, ou simplesmente *juristische Reflexionsdisziplin*, ou seja, como disciplina jurídica puramente reflexiva.

da *jurisprudência*²⁸⁹, a teoria postula, por sua vez, um arranjo metódico próprio, distinto²⁹⁰. Diferente daquelas, a teoria não visa integrar a práxis²⁹¹; não compõe o rol dos seus interesses disciplinares estruturar escalas e/ou fundamentar critérios normativos para um seu controle metódico²⁹². Compreendendo, por certo, a primazia constitutiva (e existencial) da práxis, assume-lhe, a teoria, porém, como um objeto entre outros, é dizer: como um objeto material que lhe é forçosamente externo, e não como uma instância normativa e reflexivamente privilegiada, supostamente virtuosa, a que imporia consagrar uma proteção especial. Dito de outro modo: o interesse da teoria pela práxis está subordinado à finalidade teórica de identificar e (re)conhecer as suas reais componentes, de modo que a teoria não a confronta, como o fazem já a dogmática e a metodologia, como se fosse ela, a práxis, uma oportunidade para fazer valer em concreto as suas vontades disciplinares. Ademais, tão relevantes quanto o processo judicial, a que tende a limitar-se o trabalho dogmático, e a que se limita explicitamente a metodologia, são, para a teoria, também os processos legislativo e executivo, bem como os processos da produção do direito no âmbito do exercício da autonomia privada. Se é verdade, pois, que as três (dogmática, metodologia e teoria) participam da mesma instituição, eis que formulam os seus saberes e expressam os seus juízos-teses disciplinares sob o mesmo teto académico, é também verdade que entre elas há mais diferenças do que semelhanças²⁹³. Diante, pois, dos processos da obtenção do direito, a dogmática – e também a

²⁸⁹ Assim, p.e., com Peter Noll, *Von der Rechtsprechungswissenschaft zur Gesetzgebungswissenschaft*, in: Hans Albert/Niklas Luhmann/Werner Maihofer (Org.), *Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft* (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 2), Bielefeld, 1972; Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit. p. 58 ss.; Jörn Lüdemann, *Rechtssetzung und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: Preprints of Max-Planck-Institute for Research on Collective Goods, Bonn, 2009, p. 4, nota 19, neste último com a seguinte conclusão: «Nach hiesiger Überzeugung hat weder die allgemeine Wissenschaftstheorie noch die Rechtswissenschaftstheorie die Aufgabe, alle Wissenschaftler zu identischer Arbeitsweise anzuhalten. [...] Das vorrangige Ziel (rechts)wissenschaftstheoretischen Razonierens besteht vielmehr in methodischer Selbstreflexion und methodologischer Aufklärung, damit die Wissenschaftspraxis rationale statt naturwüchsige Züge annimmt.» (p. 12)

²⁹⁰ Cfr. Matthias Jestaedt, *Vom Nutzen der Rechtstheorie*, cit. p. 2 ss., a falar de uma «Rechtstheorie als juristische Selbstvergewisserungsdisziplin».

²⁹¹ Cfr., neste sentido, Jürgen Schmidt, *Die Neutralität der Rechtstheorie gegenüber der Rechtsphilosophie*, in: *Rechtstheorie*, 1971, p. 95.

²⁹² Diferente do que acaba por sugerir Martin Kriele, na justificação teórica da sua visão metodológica, não há, entre a teoria e a práxis – esta última, para Kriele, reduzida à instância judicial –, qualquer copertencimento necessário, tampouco há que estar a primeira, disse-se já, a serviço da segunda. As perspectivas disciplinares que se dedicam à correção da atividade decisional fazem-no, em suma, por conta e risco (e interesse) próprios, fundadas em decisões e vontades disciplinares que não são em si forçosas. Cfr. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, cit. p. 37-46 [«Das Verhältnis von Theorie und Praxis»] [«Die Zusammengehörigkeit von Theorie und Praxis»].

²⁹³ Assim com Christian Bumke: «Rechtstheorie und Rechtsdogmatik nähern sich dem Recht jedoch auf unterschiedliche Weise: Die Rechtstheorie will die „Natur“ des Rechts ergründen, allgemein gültige Elemente, Mechanismen und Strukturen finden oder eine gesellschaftliche Praxis erklären, die das Instrument Recht nutzt oder darauf gründet. Die Rechtsdogmatik ist hingegen Teil dieser gesellschaftlichen Praxis. Sie bearbeitet und reflektiert ihren Gegenstand von innen heraus. Sie ist eingebunden in einen bestimmten historischen, politischen, kulturellen, sozial-ökonomischen und geografischen Kontext, der für ihr Selbstverständnis konstitutiv ist. [...] Die Rechtsdogmatik und erst recht eine Theorie der Rechtsdogmatik werden sich sorgfältig bei der Rechtstheorie und anderen theoretischen

metodologia, como foro reflexivo do seu trabalho interpretativo – sistematiza(m) o seu discurso na perspectiva dita do *participante interno*, ao passo que, desprovida de orientação prática e guiada por uma intenção puramente reflexiva, a teoria assume a perspectiva do *observador externo*²⁹⁴. Enquanto aquela(s) busca(m) fazer parte e suscitar efeitos concretos na práxis, a teoria abdica de um tal intento, e dedica-se a iluminar as componentes constitutivas do direito²⁹⁵. Isto conduz a regimes reflexivos, metódico-disciplinares, diversos. Pois enquanto a figura do «participante» confirma a caracterização metodológica, disciplinar, do pensamento jurídico como uma *ciência prática*, de modo a falar-se então em um pensamento prático-normativo, a figura do «observador» ratifica, antes, os protocolos de uma *ciência teórica*, com um pensamento jurídico teórico-reflexivo²⁹⁶. Não obstante trabalhem, portanto, no mesmo edifício académico – o edifício das ciências do direito –, produzem, a dogmática, a teoria e a metodológica, modelos distintos de conhecimento-pensamento jurídico.

a) A disciplina do *participante*, a disciplina do *observador*

Trata-se, numa palavra, de diferentes ciências do direito, mas que guardam algo em comum, e que cumpre destacar. Confrontadas com a positividade-realidade/exterioridade do universo da *práxis*, tanto a «teoria do direito» quanto a «dogmática jurídica» e a «metodologia

Disziplinen informieren und von ihnen anregen lassen. Aber einen verbindlichen Rahmen für die Rechtsdogmatik zeichnet die Rechtstheorie nicht vor.» Bumke, *Rechtsdogmatik. Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise*, cit. p. 12/13; ver também o seu, *Rechtsdogmatik. Überlegungen zur Entwicklung und zu den Formen einer Denk- und Arbeitsweise der deutschen Rechtswissenschaft*, cit. p. 641-692.

²⁹⁴ Ao assumir a perspectiva do observador externo, a teoria prescinde da pretensão de controlar, na perspectiva de um participante hipotético, a correção da práxis. O distanciamento em relação às atividades jurisprudenciais permitir-lhe-á, ademais, não apenas problematizar o conceito de «práxis do direito», como será visto a seguir, mas também melhor compreender as relações entre as ciências d(a aplicação d)o direito e, como será também esclarecido, a verdadeira práxis do direito.

²⁹⁵ Para a diferenciação das perspectivas, cfr., *locus classicus*, Herbert Lionel Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, Second Edition, 1994, p. 86 ss. e 242 ss.; ver também Rainer Lippold, *Recht und Ordnung*, 2000, especialmente p. 51 ss., 266 e 268 ss. Para uma síntese do estado da arte da discussão, sem abarcar contudo a perspectiva das diferenciações intradisciplinares, cfr. João Andrade Neto, *Participante ou observador? Uma escolha entre duas perspectivas metodológicas de estudo e aplicação do Direito*, Revista Direito GV, SP, 2016, p. 869-891. No horizonte já das distinções intradisciplinares, com a diferenciação das funções teórica e prática do pensamento jurídico, cfr. Oliver Lepsius, *Problemzugänge und Denktraditionen*, in. *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, cit. p. 73/81 [«Die Perspektive des Rechtswissenschaftlers auf Recht»].

²⁹⁶ Sobre a representação da teoria do direito como *Geisteswissenschaft*, diferenciada, precisamente, frente à perspectiva prática da dogmática e da metodologia, cfr. Alexander Somek, *Rechtliches Wissen*, cit. p. 18, em que se atribui à teoria (apresentada como uma *Orchideenfach*, i.e., uma espécie rara de disciplina) a função de conferir maior *refinamento científico-espiritual* ao pensamento jurídico [«die Funktion eines geisteswissenschaftlichen Aufputzes»]. No mesmo sentido, Matthias Jestaedt, *Das mag in der Theorie*, cit. p. 16: «Just das Verhältnis zu den beiden Letzten – zu Rechtsmethodik und Rechtsdogmatik – macht das Spannungsverhältnis aus, welches mit den tendenziell gegenläufigen Selbstverständnissen der Jurisprudenz als praktische, als angewandte Wissenschaft einerseits und als Geisteswissenschaft andererseits korreliert.»

jurídica» são, na verdade, *teoria*²⁹⁷. Estruturadas embora em níveis diversos da reflexividade jurídica, cada qual a perseguir os seus próprios interesses, com métodos, objetos e modos próprios de representar e de relacionar-se com o direito, compartilham as três, como disciplinas-ciências que são, um mesmo atributo: são *atividades académicas*; operam, pois, pensamentos e/ou saberes *sobre*, não *do* direito. Ainda que se concebam a si próprias como parte integrante da práxis, como o fazem a dogmática e a metodologia, não passam, impõe reconhecer, de teoria, de modo que, mesmo assinalando os seus enunciados com (algum)a intenção de autoridade normativa, a nenhuma é atribuída a capacidade/competência normativa para realizar, direta e imediatamente, a obtenção do direito²⁹⁸. A práxis de que fazem parte e que efetivamente constituem não é, portanto, a «práxis do direito» – que, ademais, enquanto conceito é, pelo pensamento prático, tão celebrada quanto pouco problematizada²⁹⁹ –, mas a práxis académica das ciências do direito. Não se submetendo, a práxis do direito, às vontades disciplinares da ciência do direito, implica isto uma necessária relativização

²⁹⁷ Nas palavras de Somek: «[V]on Praktikern [wird] auch noch die sich selbst als »praxisnah« verstehende Rechtsdogmatik als »theoretisch« erlebt.» «Juristische Experten kommen also nicht darum herum, den entscheidenden Stellen zu verstehen zu geben, wie sie entscheiden *sollen*, selbst wenn sie nur wissen vorgeben, dass sie wissen, wie die entscheidenden Stellen ihre bisherige Entscheidungspraxis deuten und aufgrund einer solchen Deutung fortsetzen werden. Sie müssen dies vorgeben, weil der juristischen Expertise die Normativität als Mittel der Komplexitätsreduktion nicht zur Verfügung steht.» Alexander Somek, *Rechtliches Wissen*, cit. p. 44.

²⁹⁸ Também, portanto, a dogmática jurídica, que encontra, realmente, manuseio empírico pelos atores do direito, é aqui considerada como a disciplina académica que é. Não é incomum encontrar hoje a tese de que também a práxis desenvolveria a dogmática jurídica; não obstante, fato é que o seu estudo metódico, a sua teorização, força o regresso analítico à sua condição académica. Assim, por exemplo, com Christian Bumke: «Rechtsdogmatik ist eine Praxis, an der viele beteiligt sind: Richter, wissenschaftlicher Mitarbeiterinnen an den Bundesgerichten und in den großen Anwaltsfirmen, Verwaltungsbeamte oder Rechtsanwälte und Wissenschaftlerinnen. In den Blick genommen und studiert wird diese Praxis im Folgenden, soweit Wissenschaftler/innen sich daran beteiligen.» Bumke, *Rechtsdogmatik* (2017), cit. p. 15. Em sentido semelhante, com uma proposta de compreensão da «ciência do direito» como uma atividade desenvolvida não apenas por cientistas do direito, como professores, académicos e doutores em ciências jurídicas (no interior do edifício das ciências/faculdades de direito), mas igualmente por atores-órgãos do próprio direito, como juízes, advogados e funcionários públicos, cfr. Josef Franz Lindner, *Rechtswissenschaft als Metaphysik*, cit. p. 7: «Unter Rechtswissenschaft wird nicht lediglich eine bestimmte theoretische Befassung mit dem Materialobjekt „Recht“ verstanden, sondern jegliche systematische, methodisch geleitete Befassung mit Recht überhaupt sowie mit der Systematisierung, Auslegung und Anwendung bestimmter Rechtsnormen. Rechtswissenschaftler in diesem Sinne ist mithin nicht nur „der Professor“, sondern auch der Richter, Rechtsanwalt, Notar und Verwaltungsbeamte, der sich – freilich eingebettet in seinen jeweiligen beruflich-organisatorischen Kontext und den daraus resultierten Erwartungen und Anfragen ausgesetzt – methodisch geleitet der Auslegung und Anwendung (oder Schaffung) des Rechts systematisch widmet.» O problema de uma tal proposta, que será adiante retomada, é que, a aceitar-se que também a práxis pode exercer a titularidade da ciência do direito, está, na verdade, a dar-se-lhe a última palavra, já não apenas sobre a produção do direito, mas também sobre o conhecimento jurídico, sobre a ciência do direito. A práxis, que, ao fim e ao cabo, é a práxis de juízes e juízas, passaria então a determinar não apenas o que é o direito válido mas também o que é uma ciência do direito válida(!), capturando, como última instância da ciência do direito, o funcionamento académico e a autonomia reflexiva do pensamento jurídico. [esta problemática será retomada]

²⁹⁹ Neste sentido, Alexander Somek fala em «der Rekurs auf die Praxis als einem *Simulacrum* interpretativer Geschlossenheit», bem como numa «Inkommensurabilität der Routinen der Rechtsanwendung». Cfr. Somek, *Der Gegenstand der Rechtskenntnis*, cit. p. 120. Ver também o seu, *Die Praxis ist ganz anders. Rechtstheoretischer Versuch über die Rechtspraxis im Rahmen einer systemtheoretischen Reformulierung des Holmessen Praädiktivismus*, in. *Rechtstheorie*, 18, 1987, p. 463-486, com a seguinte fórmula: «Kurz: Der Theoretiker kann Praxis erklären, nicht aber der Praktiker Theorie.» (p. 464)

das pretensões do pensamento jurídico, notadamente do seu intento de constituir, normativa e reflexivamente, os sentidos da práxis.

Nada obstante, pode dizer-se, no que toca as diferenciações intradisciplinares, que a dogmática e a metodologia articulam os seus enunciados desde um (hipotético) *ponto de vista interno*, sugerindo critérios e escalas normativas para a aplicação prática do direito³⁰⁰, ao passo que a teoria formula as suas análises desde um (autoconsciente) *ponto de vista externo*, a fim de divisar, antes, a integralidade do direito³⁰¹. Há então que sublinhar que o ponto de vista interno encontra-se limitado pelos materiais do direito, isto é, pela necessidade de os contabilizar nas suas interpretações e sistematizações disciplinares – noutras palavras: o ponto de vista interno, como perspectiva do participante, está vinculado pelas normas do direito positivo –, algo de que está livre o ponto de vista externo, que, como mero observador, não tem de assumir as atribuições e responsabilidades normativas que o participante pressupõe. Assim, enquanto a dogmática trabalha no escopo de assegurar ao direito positivo uma organização sistemática, e a metodologia a dizer-lhe como o fazer, a teoria observa o direito sem os óculos da normatividade, percebendo, dessarte, a sua forçosa, ontológica, assistemática. O conhecimento teórico que daí se produz não tem uma função diretiva e/ou ordenadora da obtenção do direito – a teoria não ensina a julgar –, precisamente porque renuncia à cortina-promessa da normatividade³⁰²; a sua função disciplinar é, antes, uma

³⁰⁰ Desde a perspectiva do observador, representa o participante uma *perspectiva interessada*, comprometida com um dado resultado prático-normativo, nomeadamente aquele que concretiza os seus próprios interesses reflexivos. Daí que, do ponto de vista da teoria, possa concluir-se que o que diferencia mutuamente as diversas propostas prático-normativas é a respectiva orientação e/ou opção juspolítica, isto é, as diferentes propostas discordam entre si por razões de ordem jurídico-política. O observador, por sua vez, e à vista disto, permanece juspoliticamente desinteressado, daí também o seu potencial integrativo. Esse caráter interessado da perspectiva do participante chama Bernd Rüthers de *pensamento jurídico institucional*. Cfr. Rüthers, *Wir denken Rechtsbegriffe um...*, cit. p. 43 ss. [«Das „institutionelle Rechtsdenken“»]

³⁰¹ Especificamente sobre as ciências jurídicas que se articulam na perspectiva do observador, diz Oliver Lepsius: «Man erwartet von ihnen keine Hilfestellung bei der Lösung von konkreten Rechtsfragen oder Behandlung aktueller Rechtsprobleme. [...] Nach meinem Eindruck schwächt es die analytischen und kreativen Möglichkeiten der Rechtswissenschaft erheblich, wenn die Beobachterperspektiven heute in erster Linie auf die Grundlagenfächer abgewälzt werden, während sich die dogmatischen Zugänge teilnehmerorientierter präsentieren als sie es müssen. [...] Erst dieser Schritt aus der Teilnehmer- zur Beobachterperspektive, letztlich der Schritt aus der Praxiskompatibilität zur Elfenbeinmentalität, markiert den Unterschied zwischen Praxis und Wissenschaft. Jetzt wird Wissenschaft als Wissenschaft tätig, nämlich nicht mit dem Anspruch, praxisverwertbare Lösungen für die juristischen Professionen anzubieten.» Lepsius, *Problemzugänge und Denktraditionen*, cit. p. 78/79. Sobre a teoria do direito como *observadora externa*, cfr. Bernd Rüthers, *Rechtstheorie mit juristischen Methodenlehre*, cit. p. 15: «Die Rechtstheorie untersucht das Funktionieren der Rechtsanwendung wie ein neutraler Beobachter „von außen“.» «Es geht um das Recht, wie es entsteht, ist und wirkt.»

³⁰² Para dizer com Hasso Hofmann, a diferença está na referência à *decisão sobre o direito e o não-direito (im Entscheidungsbezug)*, marca-d'água da dogmática e ausente no campo da teoria: «[Es] handelt sich um den Unterschied zwischen einer normativen, unmittelbar auf Handlung ausgerichteten oder zumindest die Richtigkeit von Handlungen vorstellenden Haltung und der rein kognitiven Einstellung dessen, der einen Gegenstand gleichsam von außen bloß beschreibt und analysiert.» Hofmann, *Rechtsdogmatik, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, in. *Recht und Recht. Festschrift für Gerd Roellecke*, Verlag Kohlhammer, Berlin, 1997, p. 125. No mesmo sentido, Gerd Roellecke, *Theorie und*

função bussolar, balizadora, de tipo estritamente reflexivo e ontologicamente orientada³⁰³. Trata-se, pode dizer-se, afinal, de um *saber de segunda ordem*, ao lado, e acima, do *saber de primeira ordem*, reservado este à dogmática e à metodologia; um saber, por conseguinte, que se desdobra internamente num exercício, crítico por definição, como que de reflexão da reflexão, ou: observação da observação³⁰⁴.

b) A *práxis* do direito na perspectiva da *teoria*

O ponto agora a destacar refere-se diretamente à «*práxis do direito*». Sabe-se já que se trata de um conceito essencial para a arquitetura do discurso dogmático e metodológico, importando acentuar em que medida e com que finalidade dele pode/deve emancipar-se a teoria.

Philosophie des Rechts, in. Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie?, Darmstadt, 1988, p. 23: «Das Paradigma ist die Begründung von Gerichtsentscheidungen.»

³⁰³ Quer dizer-se que o conhecimento teórico será, neste sentido, um conhecimento de simples orientação, como que de navegação, apontando para as componentes constitutivas do direito, a serem observadas, por sua vez, pelas disciplinas práticas-aplicadas. Sobre esta diferenciação, cfr. Jürgen Mittelstraß, *Bildung und ethische Maße*, in: Nelson Killius/Jürgen Kluge/Linda Reisch (Organizadores), *Die Zukunft der Bildung*, 2002, p. 151-170 (p. 164): «*Verfügungswissen* ist ein Wissen um Ursachen, Wirkungen und Mittel; es ist das Wissen, das Wissenschaft und Technik unter gegebenen Zwecken zur Verfügung stellen. *Orientierungswissen* ist ein Wissen um gerechtfertigte Zwecke und Ziele; gemeint sind Einsichten, die im Leben orientieren (z. B. als Orientierung im Gelände, in einem Fach, in persönliche Beziehungen), aber auch solche, die das Leben orientieren (und etwa den „Sinn“ des eigenen Lebens ausmachen). Verfügungswissen ist insofern ein *positives* Wissen, Orientierungswissen ein *regulatives* Wissen.» No universo do pensamento jurídico: «Zur Charakterisierung der beiden Theorie-Varianten kann – wenn auch mit gewissen Begriffspaar von Verfügungs- und Orientierungswissen fruchtbar gemacht werden: Verfügungswissen, welches sich der Erreichung vorab bestimmter Ziele verschreibt, generieren zuvörderst Rechtsmethodik und Rechtsdogmatik, indes Orientierungswissen, welches eine Ordnungssicht entwirft, um die zu erreichenden Ziele bestimmen zu können, eher von der Rechtstheorie prästiert wird.» Jestaedt, *Das mag in der Theorie*, cit. p. 18. Com base nesta diferenciação, a teoria recupera o seu status estritamente reflexivo, deixando orientar-se diretamente pela a realidade (ontológica) do direito, isto é, pelas propriedades autoconstitutivas dos processos da sua obtenção, sem articular a intenção (normativa) de os corrigir. No seu *Vom Nutzen der Rechtstheorie*, cit. p. 13, Jestaedt complementa: «Orientierungswissen über die Aufbau- und Ablaufstrukturen des positiven Rechts – und nichts anderes meint ja das Sprechen von den „Eigengesetzlichkeiten“ – zu generieren, ist das *proprium* der Rechtstheorie.»

³⁰⁴ Com Thomas Vesting: «Rechtstheorie ist auf einer sekundären Beobachtungsebene, einer Ebene der Beobachtung zweiter Ordnung, angesiedelt. Mit der Unterscheidung von Beobachtung erster und zweiter Ordnung knüpfen wir an das Konzept der „Beobachtung der Beobachtung“ an, [...]. „Beobachtung zweiter Ordnung“ soll dabei nichts anderes heißen, als die reflektierte Handhabung von Unterscheidungen, im Unterschied zur Beobachtung erster Ordnung, die die alltägliche, oft auch unbewusste Handhabung von Unterscheidungen markiert.» [...] «Das ist zugleich der Hintergrund und der rationale Kern der heute fest etablierten Unterscheidung von Rechtsdogmatik und Rechtstheorie: In der Rechtsdogmatik werden Schrifttexte mit dem Anspruch der direkten Einflussnahme auf den Entscheidungsbetrieb etwa der Gerichte oder der politischen Gesetzgebung publiziert; das Recht wird Techniken der Beobachtung und Deutung unterworfen, in der es zu einer Art Kommentierung und Kanonisierung, einer Sinnpflege des Rechts, kommt. [...] Von diesen unmittelbar praxisorientierten Typen der Rechtsexpertise sind die verschiedenen Formen der theoretischen Behandlung des Rechts, etwa die schulförmig aufbereitete Darstellung des Schuldrechts oder die lehrbuchartige Einführung in die Rechtstheorie, zu unterscheiden.» Vesting, *Rechtstheorie*, cit. p. 7 e 9. Ver também: Jestaedt, *Was die Reine Rechtslehre nicht leistet*, cit. p. 208 s., sobre a teoria não se dedicar à *Schulung der praktischen Urteilskraft* e à *prudencia iuris*. Este desdobramento reflexivo da teoria como *observação da observação*, no sentido indicado por Vesting, refere as atividades metateóricas da teoria, que, além de perceber o direito em si, volta-se também ao pensamento jurídico na sua relação com o direito.

Tradicionalmente, entende-se por práxis do direito as atividades inerentes ao processo de *aplicação* do direito (*Rechtsanwendung*), isto quando não se lhe identifica, simples e aproblematicamente, com o comportamento judicativo-decisório de juízes e juízas³⁰⁵. Adstrito à aplicação, o domínio a que o conceito faz referência é, com efeito, bastante-demasiado restrito, abarcando apenas as funções ditas de implementação e/ou de execução da lei abstrata, sem envolver as atividades ditas de *criação* do direito (*Rechtssetzung*). Está a pressupor-se, dessarte, que a práxis tem início apenas após o ato de criação, e que o direito, uma vez criado e estabilizado na sua preexistência abstrata, demandaria, aí sim, um processo de aplicação prática. A práxis seria, em suma, uma tal aplicação, para cuja complexidade interna tem direcionado as suas atenções, no âmbito judicial, a metodologia tradicional³⁰⁶.

Dadas as diferenciações intradisciplinares da ciência do direito, toca à dogmática a atribuição de catalizar a praticidade do direito abstrato, tarefa esta que realiza por meio, precisamente, das suas técnicas da sistematização (que serão ainda analisadas³⁰⁷), e de modo a precipitar, com o tratamento dos materiais do direito, os caminhos para a fundamentação normativa das decisões da práxis. Essa orientação disciplinar, ao focar na aplicação e deixar de lado o problema da criação, fornece, pois, e no entanto, uma representação apenas parcial, não integral,

³⁰⁵ «Das „praktische“ Gegenüber der „theoretischen“ Rechtswissenschaft ist auch heute in erster Linie die Richterschaft; mit ihr steht die Rechtswissenschaft zuvörderst im Dialog, für sie entwickelt die Jurisprudenz vornehmlich ihre methodologischen und dogmatischen Konzepte, was angesichts der nach wie vor starken Richterzentrierung der akademischen Ausbildung von Juristen auch nicht weiter Wunder nimmt.» Jestaedt, *Das mag in der Theorie*, cit. p. 19. Na mesma página: «Es ist daher alles andere als Zufall, dass juristische Methodenlehre zuvörderst (und nicht selten ausschließlich) als *Gesetzes-*(einschließlich *Verfassungsgesetzes-*)*Auslegungslehre* verstanden, formuliert und gehandhabt wird.»

³⁰⁶ O conceito de *aplicação* do direito (*Rechtsanwendung*) não está a referir aí uma definição metodológica específica da ou para a atividade judicial, como um momento de “aplicação/subsunção de normas abstratas” – em concorrência, p.e., com as definições que veem na atividade judicial um trabalho antes de “interpretação”, de “concretização”, de “realização”, ou de qualquer outra representação de tipo metódico, por exemplo, ainda, com a diferenciação analítica entre “interpretação” e “formação judicial do direito” –, trata-se, apenas, de fazer referência, de um lado, à tendência do pensamento prático a orientar as suas atividades reflexivas de modo exclusivo para a instância judicial, e, do outro, à condição então a que o próprio pensamento jurídico, assim orientado, acaba por ser condenado, ficando, pois, limitado a lidar com o problema normativo da aplicação do direito preexistente (e, aí sim, à discussão metodológica sobre saber se se trata de uma “interpretação”, uma “formação judicial do direito”, etc.). Nas palavras de Bernd Rùthers: «Die Hauptadressaten des Methodenproblems sind in einem gewaltenteilenden Rechtsstaat die Gerichte. Es geht in erster Linie darum, wie sie die Rechtsnormen praktisch anwenden und anwenden sollen.» [...] «Bei der Rechtsanwendung geht es um die Herleitung und Begründung eines Einzelfall-Urteils aus der Rechtsordnung. Der Rechtsanwender muß eine Entscheidung treffen. Ebenso wie jeder andere Regelanwender muß er begründen, warum die Regelanwendung im Einzelfall ein konkretes, „dieses“ Ergebnis erbringt.» Rùthers, *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, cit. p. 393 e 401 [«Rechtsgewinnung als methodisches Problem»]. Como será a seguir esclarecido, ao compreender a práxis na perspectiva apenas da aplicação, escapa ao pensamento prático aquilo que a teoria trata por *produção* do direito (*Rechtszeugung*). Ao chamar atenção para esta última, o discurso teórico pretende abrir uma via de acesso distinta à práxis, iluminando componentes do direito que ao pensamento prático, naquela perspectiva, não é dado perceber. Ver Alexander Somek, *Der Gegenstand der Rechtskenntnis*, cit. p. 102 ss. e p. 107 ss. [«Vom Doppelsinn der Rechtsanwendung»].

³⁰⁷ Cfr. *infra*, p. 208 ss.

da obtenção do direito; daí, como dito, que se chame a dogmática (e a metodologia) de ciência(s) da *aplicação*, mas não da *criação* do direito³⁰⁸. Como será a seguir elucidado, essas componentes da «aplicação» e da «criação», como dimensões-polos de todo e qualquer ato jurídico, percorrem a totalidade dos processos do direito – também no âmbito judicial –, e cristalizam-se, como problema teórico-metodológico, na tensão entre a constatação de «lex lata» do direito preexistente e o descerramento para o futuro da sua produção de «lex ferenda». A ver-se, portanto, na jurisprudência o critério determinante do pensamento jurídico de tipo prático, acaba por condenar-se o próprio pensamento prático a um domínio muit(íssim)o reduzido de objetos, posto que, mesmo no âmbito judicial, deste aquele pensamento não poderá a tudo abarcar (apenas o polo da aplicação, mas não o da criação)³⁰⁹. É evidente, entretanto, e ademais, que o direito dos juízes não

³⁰⁸ Quer com isto dizer-se que a dogmática (e a metodologia) não compreende(m) o fenómeno da criação do direito. Sobre a necessidade hoje, à vista disto, de uma «*Wende zur Rechtssetzungswissenschaft*», relacionada já aí ao conceito de «política do direito», que será referido a seguir, como âmbito real da produção do direito, cfr. Thilo Kuntz, *Recht als Gegenstand der Rechtswissenschaft*, cit. p. 909 ss.

³⁰⁹ Para Alexander Somek, o apego do pensamento jurídico à práxis judicial cristaliza, no âmbito das reflexões jurídicas, um estrutural e problemático primado da aplicação do direito (*Primat der Rechtsanwendung*), em detrimento do carácter reflexivo da ciência do direito (*Primat der Rechtswissenschaft*): «Denn Theorie und Methodik würden sich aufgrund der auf den höheren Ebenen im Verhältnis zur Praxis produzierten Kontingenz nahezu beliebig dazu heranziehen lassen, um vorgefasste Ergebnisse oder bestehende Routine mit einer terminologisch möglicherweise ehrfurchtgebietend anmutenden Rationalisierung zu verstehen.» Somek, *Rechtliches Wissen*, p. 112. O conceito de *Primat der Rechtsanwendung* é, entretanto, de Adolf Julius Merkl, *Das doppelte Rechtsantlitz*, cit. p. 227 ss. especialmente p. 235 ss. Enquanto Somek usa-o para salientar que a ciência do direito está a atrofiar a sua capacidade crítico-reflexiva ao limitar o seu trabalho a considerações sobre a fundamentação prática da decisão judicial, Merkl cunha o conceito a fim de esclarecer a relação entre o direito a ciência do direito, é dizer: entre a aplicação e o conhecimento do direito. A axiomática de Merkl conta com duas polarizações básicas: *Rechtserkenntnis/Rechtsetzung* e *Rechtsanwendung/Rechtserzeugung*, com a primeira referindo a diferenciação entre os campos do conhecimento e da criação do direito, e a segunda, a diferenciação, no campo da criação, dos polos da aplicação e da produção do direito. O primado da aplicação é tematizado no contexto do problema, aqui já referido, da produção do direito “antijurídico” e da consolidação (correção interna) da sua juridicidade com a formação da *Rechtskraft*. Do ponto de vista d(a teoria d) o conhecimento do direito, a produção do direito estabilizada com força *de* direito, como “coisa julgada”, teria como *prins* inevitável a aplicação, entenda-se: seria logicamente impossível pensar a categoria da *Rechtskraft*, responsável por cristalizar o direito enquanto direito (i.e.: por corrigir/superar processualmente quaisquer erros jurídicos), sem a mobilização de (alg)uma categoria capaz de expressar o fenómeno de “aplicação” de um direito preexistente (note-se: é precisamente o direito do passado o que garante a força de/do direito do presente, se se pensa o direito, como o faz Merkl, em termos de validade jurídica). Sem a pressuposição da aplicação, a coisa julgada, como um *posterius* daquele, pairaria no ar, e deixaria de existir qualquer direito preexistente (e portanto também a atribuição de competência para a criação do direito no presente). A práxis do direito seria, por assim dizer, integralmente voltada para o futuro, seria ela própria uma abertura para o futuro, melhor: uma plataforma do futuro, sem conexão com o passado, porém, insista-se, também a ideia de competência para criar o direito desmanchar-se-ia no ar. Ainda que se parta da *Rechtskraft*, reconhecendo *a priori* o seu carácter de (enunciado do) direito, um tal reconhecimento pressupõe, é o que ensina Merkl, a existência de tantos outros enunciados do direito, numa palavra, um direito preexistente, e desde logo uma atribuição competencial. «*Erkennt die gemeine Vernunft einen Rechtsatz von der Rechtskraft, so ist nicht einzusehen, warum sie nicht auch zugleich andere Rechtsätze inhaltlich zu erfassen und an dieser Rechtserkenntnis die Rechtsanwendung nachzuprüfen in der Lage sein soll. [...]* Die Macht, die Tatsache der Durchsetzung, die Wirkung machen den einzelnen Staatsakt, den einzelnen Rechtsanwender. Anstatt von einer höchsten Ordnung, welche alle Rechtsersehnungen und Rechtsanwender gewissermaßen andeutungsweise *in nuce* zusammenfaßt und in sich enthält, zu den einzelnen Akten und Akteuren hinabzusteigen, welche sich als solche in einer Probe dieser ihrer Deszendenz bewähren müssen, geht die neue, hier andeutungsweise vorggeführte Rechtsauffassung von zunächst isolierten durch ihre Seinswirkung charakterisierten Akten und Akteuren aus und sucht sie mit Hilfe des hier durchaus unangebrachten Gedankens der Rechtsanwendung – es fehlen ja im Grunde Verfassung, Gesetz, Verordnung, es fehlt jede rechtliche Bindung – in ein geschlossenes

esgota a totalidade da práxis, representando apenas uma sua pequena parcela³¹⁰, e pode mesmo dizer-se: uma sua parcela menor, de que fica excluída uma série de fenómenos entretanto essenciais ao direito – essenciais, por conseguinte, também para a reflexão metodológica.

c) Uma herança insuspeita no âmbito do pensamento prático

Reduzido às atribuições normativas do juiz, o conceito de práxis do direito é, com efeito, incapaz de iluminar, de um modo integral, os processos e as componentes da obtenção do direito. Cumpre ora destacar, à vista disto, que uma tal construção conceitual, dominante ainda hoje, tem as suas raízes na clássica, e simplificadora, oposição entre as instâncias ditas da criação/produção (*Rechtssetzung* e *Rechtserzeugung*), de um lado, e da aplicação/execução do direito (*Rechtsanwendung* e *Rechtsvollziehung*), do outro³¹¹. Esta oposição fundamenta-se, por sua vez, em uma concepção estritamente legalista da normatividade do direito, segundo a qual somente a lei abstrata e geral cristalizaria o conceito de «norma do direito» e somente ao legislativo tocaria a funções de criar o direito³¹²; à administração estatal e ao judiciário incumbiria apenas aplicar em concreto o direito já prévia e abstratamente constituído³¹³. Sob uma tal olhar, que pode dizer-se de um estrito positivismo subsuntivista, as operações de aplicação do direito envolveriam uma função apenas

System zu bringen.» (p. 243) Já mais próximo a Somek, é de lembrar aqui a crítica de Bernd Rüthers, para quem *toda a ciência do direito foi hoje reduzida a ciência da aplicação do direito*: «Die Rechtswissenschaft wird heute primär oder dar ausschließlich als Wissenschaft von der Rechtsanwendung verstanden und betrieben. Das schließt so entscheidende Fragen wie die der Rechtsentstehung, der Rechtswirkung und der Rechtsgeltung weithin aus dem Horizont kritischer wissenschaftlicher Analyse aus. Folgerichtig hüten wir im Bereich der Rechtsquellenlehre die Denkformen vergangener Jahrhunderte; unsere Kenntnis der realen Normwirkung und die Erfassung rechtlich erheblicher Fakten kommt oft nicht über den Maßstab roher Schätzungen hinaus. Der ganze rechtswissenschaftliche Eifer konzentriert sich auf die Rechtsanwendung. Und diese galt und gilt nach herkömmlicher und wohl mancherorts immer noch herrschender Überzeugung [...] als eine ganz und gar „unpolitische“ Sache.» Rüthers, *Wir denken die Rechtsbegriffe um...*, cit. p. 37, com referência expressa aí a Karl Larenz.

³¹⁰ Sobre o conceito hoje de «direito dos juízes», cfr. Christian Bumke, *Einführung in das Forschungsgespräch über die richterliche Rechtsarbeit*, in: Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, cit. p. 1-33; Matthias Jestaedt, *Richterliche Rechtssetzung statt richterliche Rechtsfortbildung. Methodologische Betrachtungen zum sog. Richterrecht*, cit. p. 49-71; Eduard Picker, *Richterrecht und Rechtsdogmatik*, cit. cit. p. 85 ss.

³¹¹ Cfr. Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, cit., p. 309. Ver também Somek, *The Legal Relation. Legal Theory after Legal Positivism*, cit. p. 27 ss. e 31 s.

³¹² «Das Alternativitätstheorem von Rechtsetzung und Rechtsanwendung hat seinen Grund letztlich in der Gesetzesfixierung des Rechtsnormbegriffes, d.h. in der Hypostasierung einer, wenn auch herausragend wichtigen, so doch nichtsdestoweniger kontingenten Erscheinungsform von Recht zum rechtstheoretischen Inbegriff von Rechtsnorm.» Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, cit., p. 315.

³¹³ Sobre a relutância da teoria das fontes do direito em conceder o carácter de *norma* às decisões judiciais, bem como aos atos administrativos, cfr. Castanheira Neves, *As Fontes do Direito e o problema da positividade do direito*, in: Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Vol. LI, 1975, p. 134 s.; também, *As Fontes do Direito e o problema da positividade do direito (continuação)*, Boletim, 1976, p. 95-240; *Fontes do Direito. Contributos para uma revisão do problema*, Boletim, 1982, p. 169-285, esp. 190 ss. Ver, ainda, Franz Bydlinski, *Hauptpositionen zum Richterrecht*, JZ, 1985, p. 149-155; Clemens Jabloner, *Richterrecht als Rechtsquelle?* In: Gedenkschrift. Robert Walter, Wien, 2013, p. 185 ss., especialmente p. 192 ss.

cognitiva, a orientar-se lógico-dedutivamente. De um modo sintético, para a visão clássica: i. o vínculo do direito constitui-se de forma exclusivamente legal (*ex vi legis*); ii. a sua criação-produção fica a cargo do legislativo, e a respectiva aplicação-execução, a cargo do judiciário e da administração pública; iii. o primeiro determina as causas e as consequências jurídicas para os casos-fatos concretos, tocando aos outros dois operar tecnicamente a sua correlação concreta³¹⁴. A atividade do juiz é representada como *viva vox legis*, e o juiz como um autómato da subsunção (*Subsumtionsautomat*) de cuja função não mais se exige, e não mais se espera, do que a reprodução silabar dos programas decisórios estipulados em abstrato³¹⁵.

Coube, como pôde ver-se no capítulo I, sobretudo à *crítica metodológica*, nas primeiras décadas do século passado, o papel histórico de alicerçar as premissas para um pensamento jurídico alternativo. Porém, eis o que importa ora salientar, ao fazê-lo, além de lançar as bases para a consolidação, no correr do século, da compreensão da práxis como mera práxis judicial, a crítica metodológica acabou por absorver, de modo talvez inconsciente, a intenção exclusivista, é dizer: monopolista, que marcara a visão clássica. Fundamentalmente, o que a crítica metodológica estava a reclamar era a transição de uma racionalidade formal, lógico-subsuntivista, para uma racionalidade material, prático-axiológica, com a promessa de que, uma vez compreendidas as peculiaridades da atividade judicial, seria possível submetê-la a um controle metodológico. Seja com as objeções da *Freirechtsbewegung*³¹⁶, com o seu vitalismo sociológico a efrentar as representações do direito como

³¹⁴ Como *locus classicus* desta representação pode mencionar-se Paul Laband: «Die rechtliche Entscheidung besteht in der Subsumtion eines Gegebenen Tatbestandes unter das geltende Recht, sie ist wie jeder logische Schluß vom Willen unabhängig; es besteht keine Freiheit der Entscheidung, ob die Folgerung eintreten soll oder nicht; sie ergibt sich – wie man sagt – von selbst, mit innerer Notwendigkeit. Dem zur Aufgabe der Entscheidung Berufenen mag es obliegen, den Tatbestand zu ermitteln, und es kann ihm bei der Feststellung desselben ein weiter Spielraum des Ermessens gelassen sein; aber immerhin hängt die Gestaltung desselben nicht von seinem Willen ab, sondern er hat ihn so zugrunde zu legen, wie er sich ihm darstellt, wie er sich in seinem Geiste als vorhanden widerspiegelt. Ebenso kann das objektive Recht (der logische Obersatz) dem Richter eine weitreichende diskretionäre Gewalt einräumen, ihm die Berücksichtigung der Billigkeit vorschreiben, ihm einen arbiträren Spruch übertragen. Trotzdem hat der Richter nicht *seinen* Willen, sondern denjenigen des objektiven Rechts zu bringen; er ist die *viva vox legis*; er schafft sich nicht den Obersatz, sondern er nimmt ihn hin als von einer über ihm stehenden Macht gegeben. [...] Dies gilt ganz gleichmäßig, mag ein „Gericht“ oder eine „Verwaltungsbehörde“ zur Entscheidung berufen sein.» Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. II, 5. Aufl., 1911, p. 178. Laband relaciona-se, por sua vez, com a representação clássica de Montesquieu de um juiz como «*la bouche qui prononce les paroles de la loi*» e a sua caracterização do poder judiciário como «*en quelque façon nulle*». Que a metáfora da boca da lei não quer ser compreendida aí como mera expressão estilística, mas sim na sua radicalidade e drasticidade, parece ficar evidente na defesa-imagem de um juiz como instrumento (*sem vontade* própria, *inanimado*) do *espírito* da lei, eis que os juízes seriam «des êtres inanimés qui n'en [à lei] peuvent modérer ni la force ni la rigueur.» Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748, 1834, Vol. 1, Livro 11., Cap. 6. [p. 293, 296, 297, 300 e 305].

³¹⁵ Cfr. Regina Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?*, 1986, p. 292 ss. Nas palavras de Bernd Rüthers: «Die „Kunst der Gesetzesauslegung“ bestand darin, für jeden Rechtsfall, der zu entscheiden war, die vermeintlich eindeutige und „objektive“ Antwort der gesetzlichen Rechtsordnung „aufzufinden“. *Rechtsfindung* nannte man das.» Rüthers, *Das Ungerechte an der Gerechtigkeit*, cit. p. 86.

³¹⁶ De que fizeram parte os seguintes nomes: Eugen Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtslehre*, 1903; Ernst Fuchs, *Schreibjustiz und Richterkönigtum*, 1907; Hermann Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906; Hans Reichel, *Gesetz und Richterspruch*, 1915; Hermann Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung*, 1929. Para ainda outras

fenómeno abstratamente hipostasiado em enunciados legais³¹⁷, seja com os esforços técnico-metódicos da *Interessenjurisprudenz*, responsável, com Philipp Heck, por situar no centro das reflexões metodológicas o problema da obtenção judicial do direito³¹⁸, o que movia a crítica metodológica era a intenção de afastar o puro conceitualismo, a fim de assegurar à jurisprudência o seu caráter produtivo, reivindicando-se, assim, o fim do monopólio legislativo sobre o direito³¹⁹. Tratava-se, metodologicamente, de conceber um modelo prático capaz de guiar os juízos axiológicos no âmbito das decisões judiciais³²⁰.

referências, cfr. Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, cit. p. 63; Castanheira Neves, *Escola do direito livre*, in: Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros, Vol. 2., Coimbra, Coimbra, 1995, p. 193-201, especialmente p. 193 s.

³¹⁷ «Denn nachdem das 19. Jahrhundert vorüber ist, dieses Zeitalter der Halbheit und des Kompromisses, gehen wir einem 20. entgegen, das, wenn nicht alle Zeichen trügen, in Kunst und Wissenschaft und Religion ein Jahrhundert des Gefühls und des Willens sein wird. Aus den Trümmern der Folter erhob sich, zum Entsetzen aller Mutlosen, triumphierend die Freie Beweiswürdigung, der Stolz der Gegenwart; aus den Trümmern der Dogmatik wird, zum Entsetzen aller Unklaren, der Stolz der Zukunft steigen, die Freie Rechtsschöpfung.» Hermann Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit. p. 49. É de notar que a representação do século vinte aí como o «século da vontade» está desde logo a fazer voz crítica ao espírito do *Willenlosigkeitstheorem* presente na concepção dos juízes como *êtres inanimés* e do poder judiciário como um poder *en quelque façon nulle*.

³¹⁸ «Das Problem der Rechtsgewinnung durch Richterspruch steht im Mittelpunkt der juristischen Methodenlehre. Die Rechtswissenschaft ist nach ihrer historischen Entwicklung und ihrer gegenwärtigen Gestalt eine normative und praktische Wissenschaft, wie die Medizin. [...] Das für Leben bedeutsame Recht ist nun dasjenige, das in dem Richterspruch verwirklicht wird. Das Gesetzesrecht erlangt nur durch den Richterspruch die autoritative Macht, die dem Rechte seinen Wert gibt.» Philipp Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, cit. p. 10.

³¹⁹ Nas palavras já de Oskar Bülow: «[Es wäre] eine völlig verfehlt Hoffnung, wenn die Gesetzgebung etwas glaubte, der Selbständigkeit und den Schwierigkeiten der richterlichen Rechtsfindung dadurch vorbeugen zu können, daß sie selber möglichst aufs Einzelne und Besondere einginge. [...] Wollte der Gesetzgeber jenes Ziel erreichen, so bliebe ihm nichts anderes übrig, als daß er [...] unter der Maske des Gesetzesgebers den *richterlichen* Beruf selber versähe.» Bülow, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885, p. 33. Ver também, sobre o monopólio do direito, Josef Esser, *Grundnorm und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, p. 18 [«Befreiung vom Monopol der politischen Legislative verengten Blickes»]; Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 160 ss.

³²⁰ Na perspectiva especificamente do problema das lacunas, que, como dito supra, marca as discussões da crítica metodológica, cumpre perceber que a jurisprudência dos conceitos não diz que o direito *em si*, melhor, que o direito na sua expressão legal é desprovido de lacunas, mas sim que o «*sistema* do direito», arquetizado no âmbito das construções conceituais da ciência do direito, como *Begriffskonstruktion* – e, portanto, como *wissenschaftliches Recht* –, este sim é que, em razão da sua força construtiva interna, não apresentaria lacunas (cfr. Jan Schröder, *Begriffsjurisprudenz*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, ESV, p. 500-502). As doutrinas metodológicas, por sua vez, não questionam, na sua crítica ao conceitualismo, a ideia de que tocaria à ciência do direito uma função constitutiva, construtiva do direito. O alvo da sua crítica é apenas o modo, isto é, o método da construção conceitual próprio do conceitualismo, método este que, representado formal e abstratamente, a crítica metodológica julga incompatível com as especificidades da práxis. O problema não estaria, portanto, na tese da supressão das lacunas como função da ciência do direito – a dita *Lückenergänzung durch Konstruktion von Rechtsbegriffen* (Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 1913, p. 18 ss.) –, mas na escolha do método para tanto, ou seja, na racionalidade que o pensamento jurídico deveria adotar para realizar uma tal sua função constitutiva. O que importa, entretentes, destacar é que, uma vez que se aceite tocar à ciência do direito a função metódica de comple(men)tar ela própria as lacunas do direito, é dizer, uma vez que se conceda ao pensamento jurídico uma função constitutiva, está então a aceitar-se, também, ainda que implicitamente, a ideia de um *direito científico*. Nas palavras críticas de Matthias Jestaedt: «Die Alternativlösung der konstruktiven Begriffsjurisprudenz: nicht das Recht in Gesetzesform ist lückenlos, sondern das durch Begriffskonstruktion von der Wissenschaft (sic!) zu erschließende System des Rechts ist es. [...] Wird, ob ausdrücklich oder einschlußweise, der Wissenschaft rechtsproduktive Macht attestiert (Savigny sprach insofern noch ganz arglos von »wissenschaftlichem Recht« [...]), so bedarf, unter den Bedingungen des vollverrechtlichten Verfassungsstaates, das Mandat der Wissenschaft zur Rechtsetzung des Ausweises am positiven Recht.» Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung*, cit. p. 315/316, nota 151.

Por vezes a causa é nobre, mas os efeitos nem tanto. Impulsionadas contra o domínio do direito no âmbito do legislativo, as doutrinas metodológicas estavam a colocar em curso uma outra – desde o ponto de vista teórico, não muito distinta³²¹ – absolutização do direito, posto agora sob o monopólio do judiciário³²².

Para a teoria, o problema fundamental consiste na preservação, por parte da crítica metodológica, do entendimento dicotómico entre as esferas da produção (*Rechtserzeugung*) e da aplicação do direito (*Rechtsanwendung*), pressupondo-se-lhes, desde um tal entendimento, como instâncias alternativas, isto é, como domínios teórica e metodologicamente – e, no limite, também jurídico-politicamente³²³ – concorrentes, antagónicos, senão já mutuamente excludentes. Assim, uma vez que a visão clássica da ciência do direito dedicara-se até então ao domínio da criação, impunha agora, desde a perspectiva crítica das doutrinas metodológicas, radicalizar o domínio da aplicação, de modo a explorar ao máximo o seu potencial propriamente criativo. Concretamente, significava isto concentrar as preocupações metodológicas da ciência do direito mais e mais no âmbito judicial, tornando também mais e mais obscuros os processos dos demais campos do direito. Esse afunilamento na decisão judicial configura, ademais, ainda um outro problema, pois, com a manutenção da dicotomia clássica criação/aplicação e dedicando-se exclusivamente à aplicação, condenava-se a criação do direito a permanecer sob a custódia natural(izada) do legislador³²⁴.

³²¹ «Was als Wesensgegensatz in strikter Alternativität erscheint, ist [...] aus der Folie eines auf positive Rechtsnormen reduzierten Normverständnisses sowie einer gestuften Rechtsordnung mit einem arbeitsteiligen Rechtsaktualisierungsprozeß nichts weiter als eine *perspektivisch relative* Eigenschaftszuschreibung [...]» Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung*, cit. p. 317.

³²² Cfr. Bernd Rüthers, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, cit. p. 148 ss.

³²³ Cfr. Adolf Julius Merkl, *Freirecht und Richterfreiheit*, cit. p. 259 ss., com uma referência expressa ao movimento do direito livre como uma «*allerdings rechtstheoretisch maskierte [...] politische Strömung*» (p. 260). Isto porque, na terminologia de Merkl, o reconhecimento do carácter criativo da atividade judicial demandaria não tanto uma «*Revision der Rechtsetzungsmethoden als vielmehr der Methoden der Rechtskenntnis*» (p. 261) Ver também o seu *Gesetzesrecht und Richterrecht*, cit. p. 317.

³²⁴ E lá permanecer, insista-se, sem qualquer exame metodológico. Mas não apenas isto, pois, como dirá Merkl, ao ignorar-se as características próprias da criação do direito, deixa também de compreender-se a realidade da própria aplicação do direito. Nas suas palavras: «Es mag nun allenfalls der Beruf einer Teildisziplin der Jurisprudenz sein, das Recht im Hinblick auf den Beruf des Rechtsanwenders – oder sprechen wir im folgenden kurzweg vom Richter als dem charakteristischsten Typus des Rechtsanwenders – zu betrachten, aber die Jurisprudenz kann sich doch schwerlich in dieser Aufgabe erschöpfen. Die im Hinblick auf die Rechtsanwendung durch den Richter orientierte Jurisprudenz beschränkt sich in der Tat auch gar nicht darauf, das noch nicht angewendete, erst anzuwendende Recht in dem der Anwendung vorangehenden Stadium darzustellen, sondern sie sucht trotz der unbewußten Beschränkung auf die Rechtsform des Gesetzes, welche das Recht in unvollendeter Prägung enthält, inhaltlich das Rechtsganze zu erraffen.» Merkl, *Das doppelte Rechtsantlitz*, cit. p. 320. Confirmando a crítica de Merkl, Matthias Jestaedt conclui hoje que a perspectiva da metodologia, a manter a dicotomia clássica, acaba por absorver-conservar o «positivismo» que pretendia combater. «Das Herzstück der tradierten Methodik, die Konzeption der „objektiv“-teleologischen Auslegung – wonach die Norm, spricht: der Normwender, klüger sein kann als der Normsetzer –, bleibt unangetastet, und die den zugrundeliegenden rechtsgewinnungstheoretischen Annahmen bleiben weithin unreflektiert. Mit anderen Worten: Bei aller Neuausrichtung bleibt die (rechts)wissenschaftstheoretische wie rechts(gewinnungs)theoretische Pfadabhängigkeit zu den bereits vom staatsrechtlichen Positivismus geteilten Grundannahmen im Wesentlichen erhalten.» Jestaedt, „*Öffentliches Recht*“ als wissenschaftliche Disziplin, cit. p. 261/262. Ver também Anne van Aaken,

Não foi outro o problema teórico-metodológico a motivar, aliás, a crítica, nas primeiras décadas do século passado, de Adolf Julius Merkl a Philipp Heck³²⁵.

d) A pluralidade dos processos d(a obtenção d)o direito

Isto que parece ter efetivamente escapado às doutrinas metodológicas, a saber: a necessidade de atentar à pluralidade, e multidimensionalidade, dos campos e dos processos da

Funktionale Rechtswissenschaftstheorie für die gesamte Rechtswissenschaft, cit. p. 85. Para Alexander Somek, num diálogo aí com Fritz Sander, a visão dicotômica é a marca mesmo do positivismo jurídico. «If every act is, however, both law creating and law applying, it is also neither one nor the other. It is a synthesis of both. [...] What matters is that taking this step marks the end of legal positivism since it fundamentally alters the ontological commitments of legal theory. The law is no longer deemed to be produced and subsequently to be just there. Rather, the law is in a permanent state of reproduction.» Somek, *Legal Relation*, cit. p. 32.

³²⁵ O pano de fundo da crítica de Merkl envolve uma discordância fundamental quanto ao problema da interpretação do direito. Publicada a célebre monografia de Philipp Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, em 1914, escreve Merkl, no ano seguinte, uma recensão crítica que evidencia, de modo exemplar, as diferenças entre a metodologia e a teoria. Referindo-se aos «meios de interpretação», que concebe Merkl como sendo transcendententes à ciência do direito, observa: «Heck betrachtet sie nicht kritisch, um sie schließlich von ihrem Standpunkt aus gelten zu lassen, er betrachtet sie dogmatisch, um sie darauf von seinem Standpunkt aus zu verwerfen. Seines – wie jedes solchen Interpretationstheoretikers – metajuristischen Standpunktes ist sich Heck sicher bewußt; nur bricht dieses Bewußtsein bloß vereinzelt hervor, geht in der Masse der Ausführungen unter und wäre an vielen Stellen vergeblich zu suchen.» E segue então com uma citação do próprio Heck: «Wir müssen uns immer gegenwärtig halten, daß unser Gebiet nicht durch Gesetzesgebote geregelt ist. Unsere eigene Aufgabe gehört daher nicht in das Gebiet der historischen Forschung, sondern in das Gebiet der Rechtsfortbildung. Die Endprobleme, die wir zu lösen haben, sind Probleme der Normierung. Solche normative Aufgabe sind einmal zu scheiden von Erkenntnisproblemen. Die Endfrage ist bei ihnen eine ‚Sollfrage‘ und nicht eine ‚Istfrage‘.» E conclui, como que a ironizar a proposta heckiana: «Die Auslegung, soll damit gesagt sein, schaff das Recht gewissermaßen gedanklich neu; wie es auszulegen sei, darüber entscheidet nicht ein dem Rechte immanente Sollen, darüber muß ein fremdes (das der Rechtserkenntnislehre, wie wir es etwa nennen dürfen) bindend entscheiden. Logisch stehen da wohl immer mehrere Auslegungsmittel offen, und fast durchaus wird es Willkür sein, wenn einzelne oder nur ein einziges herausgegriffen wird.» Adolf Julius Merkl, *Rezension von: Philipp Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, in. *Gesammelte Schriften*, cit., p. 28/29. Para Merkl, a teoria da interpretação de Heck, tal qual qualquer teoria da interpretação jurídica, tem como fundamento último um ponto de apoio *metajurídico*; aquilo que a teoria chama de regras interpretativas do direito seriam, na verdade, regras interpretativas da ciência do direito, entenda-se: construções do pensamento jurídico, e, como tal, cristalizações dos interesses pessoais do seu idealizador, o respectivo cientista do direito. O direito em si – nas suas reais atividades interpretativas – não estaria a ser compreendido, desta feita, desde a sua expressão fenoménica própria, mas desde a visão de mundo e das preferências filosóficas do cientista do direito. Para Merkl, a primazia, no entanto, é sempre do direito. Daí que o problema da interpretação do direito afigure-se-lhe transcendente à ciência do direito. «Die Entscheidung für die eine oder andere Interpretationsmethode ist noch der Rechtswissenschaft transzendent; erst nach dieser Entscheidung hebt die Rechtswissenschaft an.» Adolf Julius Merkl, *Das Recht im Lichte seiner Anwendung*, in. *Gesammelte Schriften*, cit. p. 95. Enquanto Heck adota (um)a variante subjetiva da teoria da interpretação jurídica – focada nomeadamente nos «interesses» do criador normativo –, Merkl defende, contra Heck, (um)a variante objetiva, com a primazia da análise lógico-gramatical dos textos legais. Ver o seu *Zum Interpretationsproblem*, in. *Schriften*, cit. p. 78 ss. Escrito este último em 1916, dirá Merkl mais tarde, na sua autobiografia (1952), o seguinte: «[Im] Zum Interpretationsproblem [...] versuche ich die (heute nicht mehr aufrecht erhaltenen) Thesen zu begründen: Die Auslegung selbst ist nichts als Sache der Rechtswissenschaft und umgekehrt ist diese wieder nichts als Rechtsauslegung; ferner die von mir nach wie vor festgehaltene These: „Die Lückenfeststellung, nicht aber die Lückenauslegung ist Sache der Rechtswissenschaft.“» In. *Gesammelte Schriften*, cit., p. XXVI. E, no texto em questão, a passagem que se encontra é esta: «Die Lückenfeststellung, nicht aber die Lückenausfüllung fällt in die Kompetenz der Rechtswissenschaft.» (p. 80) Essa dita complementação, como preenchimento reflexivo das lacunas do direito, parece ser, aliás, precisamente o que intenta Heck, no âmbito da sua proposta interpretativa, ao passo que Merkl julga ser competência da ciência do direito – com os instrumentos, especificamente, da lógica e da gramática – apenas identicar as lacunas, mas já não seria sua função preenchê-las interpretativamente.

obtenção do direito, souberam reconhecer, por sua vez, os integrantes da assim chamada *Wiener Rechtstheoretische Schule*³²⁶. Berço das disputas em torno do método da *teoria pura do direito*, a agenda teórica da escola vianense é inconfundível com a das doutrinas metodológicas, e isto não obstante parta, também aquela, de um desacordo fundamental com o pensamento clássico³²⁷. Assim como

³²⁶ É no âmbito da *Wiener Rechtstheoretische Schule* que, a partir de 1911, ano da habilitação de Hans Kelsen (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre – entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*), passam a ser gestadas as propostas metodológicas da *Reine Rechtslehre*. Importa lembrar que a R.R. não é apenas o título epocal de um dos livros jurídicos mais difundidos do século vinte – publicada a sua primeira edição apenas em 1934 –, como tampouco é obra de um homem só (Hans Kelsen). Trata-se de um projeto teórico-metodológico coletivo em torno, fundamentalmente, dos limites do conhecimento jurídico. Tomaram parte num tal projeto: Adolf Julius Merkl, Alfred Verdross, Leonid Pitamic, Josef Dobretsberger, Georg Fleischer, Leo Gross, Felix Kaufmann, Margit Kraft-Fuchs, Josef Laurenz Kunz, Fritz Schreier, Erich Vögelin e Fritz Sander. No mesmo ano da habilitação de Kelsen, têm início os seus seminários privados – que, como tendia a ocorrer com os *Wiener Kreise*, tinham lugar *extra murus*, é dizer, fora dos muros universitários, por conta das perseguições políticas antisemitas já iniciadas e presentes *intra murus*, criando-se assim o ambiente para uma singularíssima e particularmente subversiva *nichtakademische und -universitäre Wissenschaftskultur* (cfr. Tamara Ehs, *Das extramurale Exil. Vereinsleben als Reaktion auf universitären Antisemitismus*, in: Adunka/Lamprecht/Traska (Orgs.). *Jüdisches Vereinswesen in Österreich im 19. und 20. Jahrhundert* [Schriftenreihe des Centrums für Jüdische Studien der Universität Graz 18, Innsbruck, 2011], p. 15-29; Tamara Ehs, *Vertreibung in drei Schritten. Hans Kelsens Netzwerk und die Anfänge österreichischer Politikwissenschaft*, in: *Die Österreichische Zeitschrift für Geschichtswissenschaften*, 21, 2010, p. 147-174; Olechowski/Ehs/Staudigl-Ciechowicz (Orgs.), *Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1918–1938*, V&R Unipress: Göttingen, 2014; Rudolf Aladár Metall, *Hans Kelsen – Leben und Werk*, 1969, p. 29 ss.) – em que se discutia, além de temas correlatos de filosofia, sociologia e ciência política, os problemas teóricos da ciência do direito. (Cfr. Walter/Jabloner/Zeleny (Orgs.), *Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre*, 2008; Jabloner/Stadler (Hrsg.), *Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und Hans Kelsen-Schule*, 2001; Gabriel Nogueira Dias, *Rechtspositivismus und Rechtstheorie. Das Verhältnis beider im Werke Hans Kelsens*, Tübingen, 2005; sobre uma atual renascença da teoria pura, cfr. Andreas Funke, *Die Konstellation der Rechtssicherheit*, cit., p. 49; ver também Matthias Jestaedt, *Was die Reine Rechtslehre nicht leistet – Anspruch und Horizont einer beschränkten Theorie*, in: *ZÖR*, 2011, p. 201-213). Para as finalidades desta dissertação, interessa chamar atenção, de modo especial, para as propostas teóricas de dois alunos de Kelsen, que têm sido qui já mobilizados: Adolf Julius Merkl e Fritz Sander. Mais especificamente, interessa compreender, com base nos seus conceitos e nas suas teses centrais, a crítica que mobilizam, o primeiro, contra a perspectiva prática que se encontra no pano de fundo da metodologia tradicional, e, o segundo, contra a representação normativa do direito.

³²⁷ O que terá de concluir-se é que a *crítica teórica* é, já aí, mais radical do que a *crítica metodológica*. Pense-se no potencial analítico-reflexivo, ainda hoje, e não obstante as críticas que merecem, dos conceitos e das formulações contidas nas célebres *Stufenbautheorie* e *Theorie vom doppelten Rechtsantlitz*, de Adolf Julius Merkl, que, comparadas às doutrinas metodológicas – tendencialmente limitadas ao polo normativo da decisão judicial –, representam já mais fidedignamente a pluralidade dos processos da produção do direito. No âmbito hoje do discurso de retomada da perspectiva teórica, a *Rechtsgewinnungstheorie* de Matthias Jestaedt insiste na pertinência dos conceitos merklianos – embora, importa dizer, sem fazer-lhes as devidas críticas –, e, ao absorvê-los num vocabulário próprio, numa síntese com o conceito heckiano de *Rechtsgewinnung*, passa a falar numa «Janusköpfigkeit der Rechtsgewinnung». Nas suas palavras: «[Es] folgt für eine gegenstandsadäquate Reflexionstheorie der Rechtsgewinnung [...] eine vierfache Grundsaurichtung: (1) Rechtsgewinnung vollzieht sich auf allen Stufen der Rechtsordnung und darf nicht aus eine einzige Stufe verkürzt, d.h. einstufig dargestellt werden. (2) Rechtsgewinnung erschöpft sich nicht in Rechtserkenntnis oder, was dasselbe ist, in Auslegung (Interpretation). (3) Rechtsetzung ist kein auf eine bestimmte Rechtskonkretisierungs- und Rechtsindividualisierungsstufe [...] beschränktes Phänomen, sondern taucht auf allen Stufen des Rechts [...] auf. [...] (4) Rechtsanwendung bedeutet Rechtsetzung in Bindung an bestehendes Recht. Der jeweilige Rechtsanwender bewegt sich also im Spannungsfeld zwischen Bindung an Recht, das ihm vorgegeben ist, und Findung von Recht, das er in Ansehung des zu entscheidenden Falles zu setzen hat, zwischen bereits – aus seiner Perspektive: heteronom – Entschiedenem und noch – wiederum aus seiner Perspektive: autonom – zu Entscheidendem.» Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung*, p. 307-322 (p. 322). Ver também o seu *Das doppelte Ermessensantlitz: Eine rechtstheoretische Vermessung des administrativen Entscheidungsfreirums*, in: *Osaka University Law Review*, 63, 2016, p. 190-209. No mesmo sentido de Jestaedt, para uma síntese do conceito de *Rechtserzeugungsprozesse* (Merkl) sob o conceito de *Rechtsgewinnung* (Heck), falando então em *Rechtsgewinnungsprozesse* – na perspectiva da totalidade fenoménica da obtenção do direito –, cfr. Thomas Elsner, *Das Ermessen im Lichte der Reine Rechtslehre*, cit. p. 23 ss. e por toda a parte. Reconhecendo igualmente a dupla face dos atos jurídicos, no sentido da *doppelten Rechtsantlitz*, Clemens Jabloner sugere

a *crítica metodológica*, também a *crítica teórica* está aí a postular, embora sem a intenção prático-normativa daquela³²⁸ – num intento, antes, estritamente teórico –, a superação do *dogma da lei como*

também a adoção do conceito unitário de *Rechtsgewinnung*, para referir os atos jurídicos, e que se passe a concebê-los não como um problema metodológico, no sentido tradicional das teorias da interpretação, mas como um problema de competência, de modo a se lhes analisar na sua extensão competencial, isto é: os atos jurídicos deveriam ser estudados não num horizonte interpretativo, mas num horizonte competencial, a fim de compreender os limites que lhes são conferidos para uma atuação competente, cfr. Jabloner, *Richterrecht im Verfassungsvergleichung*, cit. p. 27. Ainda, com Horst Dreier: «[Man muss], eine Rechtsgewinnungstheorie zu konzipieren, die diese beiden Schritte analytisch trennt und für sie jeweils unterschiedliche Methodiken konzipiert. Für eine solche Rechtsgewinnungstheorie, die den Normbindungs- wie den Normsetzungsaspekt bei der Anwendung des Rechts auf jeder Stufe analytisch sauber in eine Rechtserkenntnis- und eine Rechtsetzungslehre zu zerlegen hätte, liegen programmatische Ansätze, aber noch keine elaborierten Konzepte auf dem Tisch.» Dreier, *Rechtswissenschaft als Beruf*, cit. p. 59.

³²⁸ Nas palavras de Heck: «Die praktische Rechtswissenschaft hat in weitem Umfang normative Aufgabe. Wenn der Richter nicht nur Tatbestände unter vorhandene Gebotsvorstellungen logisch zu subsumieren, sondern dieser Gebote nach Werturteilen zu ergänzen hat, dann muß ihm die Rechtswissenschaft diese schwierige Aufgabe dadurch erleichtern, daß sie die Lücken voraussieht, die Ergänzung vorschlägt und dem Richter die maßgebenden Erwägungen unterbreitet.» Philipp Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, cit. p. 38. Na mesma página: «Die Arbeit de lege ferenda ist die beste Schule für das Verständnis und die Ergänzung der *lex lata*.» Ainda: «Die Konsequenz dieser Richtung führt dazu, daß der Richter Gesetzeslücken nach teleologischen Gesichtspunkten ergänzt, daß er also nicht nur unter Gebote zu subsumieren, sondern auch subsidiär Gebote zu schaffen hat.» (p. 9). Ou seja, Heck está a propugnar, sob a etiqueta de uma ciência prática, que a ciência do direito, não se resignando à observação de *lex lata* do direito, deve assumir uma função propriamente produtiva. «Diese Resignation hat in der Vergangenheit gewirkt und wird es auch in der Zukunft tun, wenn wir nicht einen leichteren Weg der Rechtsfortbildung eröffnen.» (p. 45) Isto coloca em evidência aquilo que pode ser considerado o postulado fundamental que mantém a crítica metodológica conectada ainda à *Begriffsjurisprudenz*, postulado este do qual abdica, por sua vez, a crítica teórica; e é precisamente isto o que garante à teoria uma maior radicalidade analítica relativamente à metodologia, permitindo-lhe romper de modo mais fundamental com o conceitualismo daquela. Trata-se do entendimento, endossado, portanto, pela metodologia, de que a ciência do direito operaria uma função constitutiva do direito. Como dito, a crítica metodológica não nega a totalidade das premissas da jurisprudência dos conceitos, limitando-se a condenar o seu método, e, então, o carácter abstrato da sua proposta de obtenção científica do direito; mas não discorda da possibilidade/necessidade de a ciência do direito atuar de modo metodologicamente constitutivo do direito – atuação esta que a metodologia pretende levar a termo no âmbito, não do conceito formal-abstrato, mas da práxis. Importa reconhecer, portanto, que, seja com a construção jurídica de conceitos lógico-dedutivos, seja com a determinação empírica de interesses psicossociológicos para o encadeamento normativo do direito, ou, ainda, com a articulação de uma ideia de direito e/ou dos ditos princípios jurídicos fundamentais, o que unifica tais visões metodológicas é a crença, numa palavra, de que a ciência do direito pode/deve, ela própria, operar a racionalidade interna do direito. A diferença entre tais visões é, dessarte, apenas relativa ao modelo de racionalidade que cada visão julga ser o mais adequado para tanto; discordam quanto ao sentido da racionalidade que o direito deve(ria) realizar, mas compartilham a mesma finalidade – a saber: de que o direito seja obtido por meio daqueles modelo científicos/metodológicos. Diferente desta postura, é o carácter estritamente teórico da teoria pura, como projeto metodológico que não tenciona controlar a práxis, interessado, antes, e precisamente, em compreender os limites da ciência do direito diante ao direito mesmo, o que assegura à perspectiva teórica não ser reduzida – como o é a metodológica – a uma simples ciência da jurisprudência, ou, como dito, uma ciência da aplicação do direito. Nas palavras de Gerhart Wielinger: «Die Rechtswissenschaft versteht sich nicht nur [...] als eine Rechtsprechungswissenschaft. Die überwiegende Zahl der Rechtswissenschaftler sah und sieht es als ihre Aufgabe an, der Rechtspraxis Anleitungen für Entscheidungen im Einzelfall zu geben, sei es durch die Entwicklung von „Methodenlehre“, sei es in der Dogmatik einzelner Rechtsgebiete. Daß dabei die Grenzen zwischen Rechtserkenntnis und Rechtserzeugung nicht immer gesehen, ja mitunter bewußt verwischt werden, liegt auf der Hand.» «Das Verständnis der Rechtswissenschaft als einer Rechtsprechungswissenschaft haben auch die Anhänger des sogenannten Gesetzespositivismus vertreten. Auch ihnen ging es um die Frage, wie der Richter seine Entscheidung finden kann und wodurch er sich determinieren lassen dürfe, letztlich also darum, was Quelle für die Festlegung des Inhaltes einer Einzelfallentscheidung sein soll. Sie haben diese Frage im Sinne einer strikten Betonung der Bindung an das Gesetz und damit die Autorität des Gesetzgebers beantwortet.» Acrescenta ainda em nota: «Als Beispiel seien die Aussagen von *Radbruch* genannt, der noch in der 3. Auflage seiner „Rechtsphilosophie“ (83 f) im Jahre 1932 die absolute Gesetzestreue des Richters auch als Gebot der Moral bezeichnet hat.» «Die Wiener Schule des Rechtspositivismus vertritt demgegenüber ein ganz anderes Verständnis von der Funktion der Rechtswissenschaft: Die Rechtswissenschaft soll Rechtserkenntnis um der Erkenntnis willen anstreben, nicht aber Anleitung für

*única instância da produção do direito*³²⁹. Colocado no centro da teoria o conceito de «positividade do direito», a referir, especificamente, a pulsão (auto)constitutiva d(a existência d)o direito, a figura da *lei* é percebida, pela teoria, como um simples ponto de passagem, uma cristalização contingente dos processos de contínua concretização e individualização do direito³³⁰. Assim, desde uma perspectiva ainda marcadamente normativa, vê-se Merkl sublinhar algo básico, a saber: que, sob a estrutura do estado constitucional democrático, se encontra acima da lei, desde lodo, a própria constituição, a definir a partilha das funções e das competências para suscitar e encerrar os processos do direito; e, abaixo dela, uma variedade virtualmente indeterminável de materiais normativos, com decretos e estatutos jurídicos, decisões judiciais, determinações e cumprimentos executórios, atos, editais, regulamentos e procedimentos administrativos, contratos – unilaterais, bilaterais, coletivos –, empreendimentos e sociedades privadas..., entre tantas expressões fenoménicas do direito³³¹. Já com Merkl, portanto – e, insista-se, ainda desde uma perspectiva normativa –, percebe-se que a obtenção do direito apresenta uma estrutura, por Merkl nomeada de escalonada, (muito) mais complexa e plural do que o olhar monista da metodologia era capaz de representar, demandando, pois, um olhar igualmente plural³³².

Einzelfallentscheidungen sein.» Gerhart Wielinger, *Merkl's Interpretationslehre*, in: Robert Walter, Adolf J. Merkl *Werk und Wirksamkeit*, Manz Verlag, Wien, 1990, p. 107.

³²⁹ «Keine Wissenschaft kann über ihr Objekt hinaus; und sobald sie es versucht, über ihren Erkenntnisgegenstand hinauszukommen, wird sie ihrem Wesen, ihrem Beruf untreu. Das wird auch die Rechtswissenschaft, die zwar vom Gesetze ausgeht, von diesem Ausgangspunkte aus jedoch das ganze Recht erfassen will. Das Recht erschöpft sich nicht im Gesetze, mithin kann eine Gesetzeskunde nicht das Recht erschöpfen.» Adolf Julius Merkl, *Das Recht im Lichte seiner Anwendung* (1916), cit. p. 107. Cfr. também *Gesetzesrecht und Richterrecht* (1922), cit. p. 317 ss.

³³⁰ «Doch das Gewässer, die Rechtswerdung, steht nicht Still; sie macht einen weiteren großen Schritt dem Endziel zu; und wieder gibt es Anlaß für wissenschaftliche Klärungsarbeit, und so fort, bis die Entwicklungsreihe der Rechtserscheinung erschöpft, bis der Strom im Meer der Einzelheiten gemündet ist.» Adolf Julius Merkl, *Gesetzesrecht und Richterrecht*, cit. p. 115.

³³¹ «Vollzieht Rechtserzeugung sich nach dem positiven Recht als Kompetenz- und funktionsteiliger, selbstregulierter Prozeß, so sieht die Rechtsgewinnungstheorie sich dem Anspruch ausgesetzt, im Blick auf den jeweiligen Rechtserzeugungsakt strikt zu unterscheiden zwischen dem bereits auf den vorhergehenden Stufen Entschiedenen, das »lediglich« erkannt zu werden braucht, und dem (auf der jeweiligen Konkretisierungsstufe!) noch zu Entscheidenden; zwischen den positivrechtlich eingeräumten Handlungsmöglichkeiten und der positivrechtlich nicht determinierten Auswahlentscheidung; zwischen dem, was (bis zu der aktuellen Konkretisierungs- und Individualisierungsstufe bereits) Recht ist, und dem, was (im Rahmen der rechtlichen Vorgaben auf der gegenwärtigen Stufe) als Recht gesetzt werden soll; zwischen der Erkenntnis und dem Erkenntnis.» Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung*, cit., p. 323. Ver também o seu *Richterliche Rechtsetzung statt richterliche Rechtsfortbildung*, p. 62 s., em que se fala, na intenção de substituir a visão dicotómica *Rechtsanwendung/Rechtserzeugung*, na diferenciação interna da *Rechtsgewinnung* nas componentes de uma *Fremdprogrammierung* e de uma *Selbstprogrammierung*. Ver, ainda, Alexander Somek, *Der Gegenstand der Rechtskenntnis*, cit. p. 105.

³³² «Die im gewissen Sinne monistische Tendenz der Rechtsauffassung, das ganze Recht auf eine einzige oder einige weniger gleichgeartete und gleichwertige, in einer Ebene liegende Rechtsgestaltung zu reduzieren, erscheint mir aus alledem klar zutage zu treten.» [...] «Ich stelle dem eine [...] pluralistische Rechtsauffassung gegenüber.» Merkl, *Das doppelte Rechtsantlitz*, cit. p. 321.

Como que a encarnar um tal olhar, a teoria rompe com o absolutismo metódico legal-legislativo, sem limitar-se, no seu exercício crítico, a exaltar as possibilidades normativas e interpretativas da jurisprudência – ou de qualquer outra instância do direito –, analisando-o, antes, na perspectiva da totalidade dos seus campos de produção. Fá-lo, por conseguinte, não no intento de ganhar autoridade reflexiva sobre a práxis, mas a fim de articular uma representação integrativa da estrutura do direito. Ao invés de afunilar exclusivamente nas atividades decisórias de juízes e juízas, a teoria chama a atenção para as interações processuais-competenciais dos atores do direito em geral. Opera-se, desta feita, uma transcendência em relação à tendência à estática presente na análise prático-normativa, o que permite à teoria reconhecer a relatividade, ao invés de uma alternatividade-exclusividade (que marca a crítica metodológica), entre aqueles domínios da *Rechtserzeugung* e da *Rechtsanwendung*, que a teoria unifica dinamicamente. No lugar, então, de uma nova absolutização, de um novo monopólio, opera-se uma relativização da clássica representação dicotômica dos atos do direito, com a seguinte consequência³³³: toda *Rechtsanwendung* é também *Rechtserzeugung*, e toda *Rechtserzeugung* é também *Rechtsanwendung*³³⁴. Ou seja: *toda aplicação do direito é já também produção do direito, e toda produção do direito é também uma aplicação do direito*, e isto tanto no âmbito dos processos legislativos quanto no dos processos judiciais, mas também em qualquer outro campo competencial do direito³³⁵. Está a dizer-se, com isto, que os processos e os atos da obtenção do direito realizam, plural e multidimensionalmente, uma dupla função, eis que, a um só tempo, aplicam o direito preexistente e criam o direito do futuro. Deixa de haver, do ponto de vista do conhecimento teórico do direito, qualquer diferença estrutural entre os atos ditos de criação, supostamente de competência exclusiva do legislador, e os atos ditos de aplicação, atribuídos, subsidiariamente, ao juiz e/ou o administrador³³⁶. Pois, para a teoria, também o juiz e o

³³³ «Nun fragt es sich, welche Folgen die Einführung des Gesetzesrechtes für das Richterrecht hat. Es ist der große Irrtum der gesetzestreuen Jurisprudenz, daß sie im Gesetze einen Ersatz des Richterrechtes erblickt hat. Die aus Opposition gegen diese Deutung des Gesetzesrechtes aufgeworfene Frage: Gesetzesrecht oder Richterrecht? ist falsch gestellt.» Adolf Julius Merkl, *Gesetzesrecht und Richterrecht*, cit. p. 324.

³³⁴ Sobre esta «Relativität der Begriffe der Rechtserzeugung und Rechtsanwendung», cfr. Merkl, *Das doppelte Rechtsantlitz*, cit. p. 232 ss. «Das Recht [...] zeigt uns mindestens ein *doppeltes Antlitz*. In dieser Erkenntnis liegt ein tiefer Gegensatz zur herrschenden Rechtsauffassung, welche trotz aller Einsicht in die beschriebene Hierarchie des Rechtes doch letzten Endes alle Rechtsgestalten zu einem einzigen Rechtsbilde vereinigt. Die Tatsache, daß positivrechtlich das Recht in der Regel nicht bloß zwei, sondern mehrgestaltig eingerichtet ist, macht keinen prinzipiellen, sondern nur einen graduellen praktischen Unterschied. Ist die eindeutige Rechtsauffassung durch die Einsicht des *doppelten Rechtsantlitzes* überwunden, so ist zur *Mehrdeutigkeit* des Rechtes nur ein kurzer Schritt.» (p. 234)

³³⁵ «Ich habe schon oben gesagt, daß die Rechtswissenschaft den Prozeß der Rechtserzeugung voraussetzt – Erkenntnis kann sich nur an einem Erkenntnisobjekt betätigen – und habe an anderer Stelle des näheren ausgeführt, daß sich Rechtserzeugung und Rechtsanwendung nur durch die Blickrichtung, nicht durch den Gegenstand unterscheiden.» Merkl, *Das doppelte Rechtsantlitz*, cit. p. 246.

³³⁶ Cfr. Merkl, *Das doppelte Rechtsantlitz*, cit. p. 228 s. No mesmo sentido de, hoje: «Mit Rücksicht auf die stufenweise Individualisierung und Konkretisierung von Recht besteht folglich zwischen den Rechtserzeugungsakten des Gesetzgebers einerseits und solchen des Richters oder des Verwaltungsbeamten im Einzelfall andererseits kein

administrador, ao aplicarem o direito preexistente, criam o novo direito (até então inexistente), da mesma forma que o legislador, ao criar o novo direito, aplica para tanto o direito preexistente. Seguindo todos uma mesma estrutura, os três – somados ainda os atores jurídicos privados, no âmbito da sua autonomia privada (e do seu respectivo campo competencial) – criam o direito ao aplicarem o direito e aplicam o direito ao criarem o direito (*sic*).

Numa palavra de síntese: todo ato jurídico é necessariamente um ato aplicativo-criativo do direito, é sempre «dois em um» – *immer beides in einem* –, no sentido da teoria da *doppeltes Rechtsantlitz* de Merkl³³⁷. É possível dizer, dessarte, que, na sua realização no presente, o ato(r) jurídico interage, a um só tempo, com o passado e com o futuro do direito; ou, pode dizer-se: com os ato(re)s jurídicos do passado e do futuro. Nas diversas instâncias da obtenção do direito, a diferença entre os respectivos ato(re)s não é tanto de natureza quanto de grau; diferem na abrangência e na densidade do vínculo que estão autorizados a produzir, que variam de acordo com o enunciado da norma condicionante, que transfere a respectiva competência criativa, e o âmbito de validade empírico-pessoal em que é constituído o ato(r) jurídico em questão, que será ora mais geral e abstrato ora mais individual e concreto. Compreendidos os processos do direito, no entanto, já não apenas na perspectiva de uma sua estruturação normativa, mas na sua dimensão ontológica – no seu fundo ontológico³³⁸ –, nos bastidores, precisamente, dos materiais do direito

rechtsgewinnungsstruktureller Unterschied: Im Blick auf die bedingende Normenschicht, nämlich die Verfassung, markiert auch Gesetzgebung Rechtsanwendung; der für sie so typische Rechtsetzungscharakter eignet ihr „nur“ im Blick auf die von ihr bedingten, gesetzesabhängigen Rechtsindividualisierungsakte. Umgekehrt stellt Rechtsprechung oder auch Verwaltung(saktsetzung) „nur“ im Blick auf die von ihr bedingte Rechtsindividualisierungsakte, namentlich also in Bezug auf (Gerichts- oder Verwaltungs-)Vollstreckungsakte, setzen demgegenüber auch Rechtsprechung und Verwaltung Recht. Unterschiede zwischen der gesetzgebenden und den gesetzvollziehenden Gewalten liegen somit nicht in der Struktur der jeweiligen Rechtsgewinnung, sondern namentlich in Umfang und Dichte bedingter Rechtssätze einerseits und im sachlich-personellen Geltungsbereich der Rechtserzeugungsakte andererseits. [...] Der Unterschied zwischen Rechtsetzung e Rechtsanwendung ist folglich nicht ein absoluter und rechtswesenhafter Gegensatz in der Struktur, sondern nur ein relativer und rechtshaltlicher Gegensatz dem Grade nach.» Matthias Jestaedt, *Das mag in der Theorie*, cit. p. 24/25.

³³⁷ «Das Urteil ist in allen seinen Gestalte, namentlich als sogenanntes *deklaratorisches Urteil* nicht minder denn als *konstitutives Urteil rechtsschöpferisch*, da es immer und notwendig die Funktion der *Konkretisierung* einer abstrakten Norm [...], da es ferner regelmäßig die parallele Funktion der Individualisierung einer generellen Norm versieht. Zwischen den Urteilen sowie den dem Urteil gleichgeordneten Akten der Rechtsanwendung besteht nur ein Grad- und kein Wesensunterschied in bezug auf ihre rechtsschöpferische Funktion.» Adolf Julius Merkl, *Gesetzesrecht und Richterrecht*, cit. p. 325/326.

³³⁸ Seguindo o vocabulário de Fritz Sander, trata-se de perceber, sob o pano de fundo ontológico das relações de poder entre os órgãos do direito, o caráter dual/bifronte da competência (*Zuständigkeit*): com o «momento ativo da competência», interior à correlação que o *ato* do órgão opera positivamente sobre a realidade, e o «momento passivo da competência», a referir, como que negativamente, a correlação determinada pelo *objeto* do ato. «Beide Zuständigkeitsmomente meinen die Korrelativierung bestimmter Rechtsgegenstände auf bestimmte Organakte, jedes aber meint diesen Sachverhalt in einer anderen Weise. Das „aktive Zuständigkeitsmoment“ akzentuiert als Glied der Korrelation den Organakt, das „passive Zuständigkeitsmoment“ akzentuiert als Glied der Korrelation den Gegenstand des Organs (den „Tatbestand“ des Organaktes bildenden Nicht-Organ-Rechtsakt). Die rechtlichen Wesensmomente der aktiven und passiven Zuständigkeit sind innere begriffliche Rechtsmomente, welche, wie alle rechtsbegrifflichen Momente, auf metarechtlich Reales gerichtet sind.» Sander, *Staat und Recht als Probleme der Phänomenologie und Ontologie*,

em que o olhar normativo visa imprimir uma estrutura estável/controlável – materiais estes que delimitam, cumpre repetir, as reflexões do pensamento prático –, as interações processuais do direito revelam-se naquilo que realmente são: *interações competenciais*, é dizer, interações entre indivíduos, os reais atores do direito, que atribuem e evocam poder para determinarem o conteúdo dos campos em que se produz, realmente, os sentidos do direito.

A radicalização do olhar ontológico, a divisar, para além da normatividade, a realidade constitutiva do direito – o *poder*, como ponto de apoio forçoso dos processos e ato(re)s jurídicos – , quem a levou a termo não foi Merkl, mas Fritz Sander³³⁹ – para quem, aliás, Merkl, que seria refém

cit. p. 178. Enquanto a competência ativa representa aí o exercício positivo do poder competencial, a passiva indica os seus limites negativos – ou, se se preferir, o domínio de objetos que se impõe, como que forçosamente, na sua faticidade, à autorizada correlação criativa do ato jurídico. Essa demarcação objetiva negativa, todavia, não refere apenas o “objeto real de incidência do ato”, incluindo também e sobretudo os atos dos outros órgãos (realizados no passado e a realizarem-se no futuro) com que interage o ato que está a realizar-se no presente. A componente relacional – referindo, pois, as relações entre os atos dos órgãos do direito – tem aí, portanto, centralidade constitutiva. O fundo ontológico, dito meta-jurídico, do *poder* vai representado pela figura do “Estado”, presente, para Sander, em toda e qualquer interação competencial entre os órgãos/ato(re)s criativos do direito. «Ontologisch gesprochen: Der „Staat“ trägt das „Recht“, das Recht ist ein reales Attribut, Moment der seienden Welt.» (p. 181) Ou seja, o “Estado” não se confunde aí com o Direito – em discordância à visão de Kelsen, em que se opera a identificação do estado com a ordem das normas do direito –; o estado, na verdade, como que carrega-extrai o direito, estando este inscrito na própria realidade. Num esforço de radicalização da *Stufenbau* – melhor: numa sua superação teórica, pois, para Sander, por conta do caráter empírico da estrutura escalonada, a sua utilidade seria apenas dogmática (normativa), mas já não propriamente teórica (i.e.: não esclareceria a essência ontológica do direito, serviria apenas para a prática interpretativa da dogmática) –, intenta-se olhar para trás dos pontos de estabilização normativa do direito, e o que se encontra, como dito, são as interações competenciais, compreendidas como figuras teórico-jurídicas da expressão do poder. «So ergibt sich [...], daß kein einzelner „fester“ Rechtspunkt vorhanden ist, weil alle Rechtspunkte erst im wechselseitigen Zuständigkeitsbezüge, d.h. aber erst im Staate, in der Erhaltung des Rechtsverfahrens zu „festen“ Rechtspunkten, also überhaupt zu Recht werden.» (p. 188) «Das wirkliche Recht ist somit kein Stufenbau, sondern liegt auf der einen Ebene der wechselseitigen Zuständigkeitsbezogenheit.» (p. 190)

³³⁹ Para Sander, a representação merkliana das relações constitutivas do direito numa estrutura de escalonamento normativo estaria a ignorar o papel central dos processos jurídicos, e, por conta disto, ser-lhe-ia impossível compreender a realidade própria do direito e dos seus juízos constitutivos. Merkl estaria a pensar as relações entre os enunciados do direito (*Rechtsätze*) de modo unilateral, numa determinação hierárquica do enunciado inferior pelo enunciado superior, representação esta, ademais, que, fundada em premissas lógico-formais, seria empiricamente indemonstrável; uma tal representação, sendo uma construção da ciência do direito, não corresponderia, pois, às reais relações do direito, articuladas não por regras abstratas da lógica, mas pelos processos empíricos do direito. Estes, ao invés de uma relação de tipo hierárquica, com uma força constitutiva a vir de cima para baixo, articulariam relações, antes, de determinação mútua. Não haveria, portanto, uma real subordinação do órgão B (inferior) ao órgão A (superior), mas sim uma codeterminação mútua entre os diversos órgãos do direito, com o órgão A a determinar-se, a partir dos seus juízo reais/empíricos, diante da sua realidade presente, a si próprio e ao órgão B, e o órgão B da mesma forma. As relações entre os órgãos do direito não seriam, em suma, hierárquicas, mas de codeterminação mútua. A ruptura radical com o primado da lei dá-se com a percepção aí de que os juízos do direito não são juízos normativos, mas juízos reais/empíricos, isto é, são determinados não por normas superiores, mas pelos fatos percebidos como relevantes pelo respectivo órgão, que somente num segundo momento iria em busca de um enunciado “superior”. Em suma, o órgão determinaria as suas decisões no presente, com vistas aos possíveis atos dos órgãos do futuro e do passado, todos em relação de codeterminação mútua. Cfr. Fritz Sander, *Merkels Rechtslehre*, cit. p. 20 ss. Rompendo, pois, com a visão hierárquica tradicional, forçosamente normativa, pode dizer-se que o ato jurídico que se realiza no presente, relaciona-se, melhor: correlaciona-se – pela mediação dos fatos ditos juridicamente relevantes – com os atos do passado e do futuro, dito de outro modo: a criação do direito dá-se como síntese entre o direito preexistente e o direito do futuro, mas não num sentido normativo segundo o qual o passado determina no todo o presente-futuro, antes em relação co-constitutiva de luta pel(o poder d)a determinar o sentido do direito.

ainda do idealismo normativo, não teria produzido, nem ele nem Hans Kelsen³⁴⁰, uma verdadeira teoria pura do direito, mas apenas uma nova fundamentação, lógico-formalmente arquitetada, do entretanto velho jusnaturalismo³⁴¹. Com Sander, as representações normativas do direito veem-se drasticamente desestabilizadas, identificadas, na verdade, como ficções interpretativas da dogmática; deixa de ter sentido, no limite, falar em pontos estáveis do direito, eis que os seus

³⁴⁰ Cfr. Fritz Sander, *Kelsens Rechtslehre. Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz*, passim, especialmente p. 13 ss., 18 ss., 27 ss. e 33 ss. Contra Kelsen, Sander propõe que a ciência teórica do direito, a assumir-se como teoria pura, não deveria/poderia orientar-se pela categoria de *Sollen*, que, por conta da sua ancestralidade moral, isto é, sendo uma categoria ético-política, tornaria as análises jurídicas reféns de postulados éticos. Ao invés de conceber o direito como conjunto de normas, haveria que o compreender na sua expressão processual, por meio da categoria de *Rechtsverfahren*. Ao representar o fundamento da norma jurídica com a *Sollen*, Kelsen estaria a absorver na sua teoria, embora com uma roupagem conceitual lógico-formal, a estrutura jusnaturalista do pensamento oitocentista, confundindo, ao fim e ao cabo, a experiência empírica do direito com as intenções normativas da ciência do direito. Ver também: Christoph Kletzer, *Fritz Sander*, in. *Der Kreis um Kelsen*, cit. p. 445-470; Sander, *Kelsen and the Gegenstandsproblem of Legal Science*, 2011.

³⁴¹ Reconhecer que o pano de fundo ontológico da constitutividade do direito, o poder, expressa-se fenomenicamente como e por meio de interações competenciais coloca em crise a representação ordenada e normativa do direito. Mais do que sublinhar o caráter efêmero da lei, dificilmente de alguém desconhecido, a dimensão ontológica do direito evidencia, mais radicalmente, a efemeridade de toda expressão normativa do direito, deixada em permanente ameaça de superação/supressão. Numa fórmula simples: se a norma precisa do poder, o poder não precisa da norma. Perceba-se: a componente competencial – que, na sua qualidade relacional, se conserva vinculada à lógica instável das relações mútuas do poder – revela que nos bastidores da estática normativa persiste/(r)esiste a pulsão de pessoas concretas, os reais atores do direito, de cuja interação resulta o sentido dos respectivos campos competenciais. Do ponto de vista teórico, interessado em conhecer a realidade do direito, a representação estável da hierarquia dos enunciados do direito, como *interações normativas*, vê-se, assim, fragilizada, pois no âmbito das suas *interações ontológicas* pode sempre (sic!) haver uma (nt)erupção/intromissão competencial de um ator do direito no e sobre o campo competencial de um outro. Como solucionar/corrigir tais conflitos, determiná-lo concretamente não está ao alcance da ciência do direito, cabendo ao próprio direito fazê-lo; não porque o pensamento jurídico nada tenha aí a dizer, mas porque o que diz não atinge o núcleo da (r)esistência ontológica do direito. Sobre os conceitos de *Rechtsberrschaft*, *Machtverhältnisse* e *Herrschaftscharakter des Rechts*, cfr. Fritz Sander, *Das Verhältnisse von Staat und Recht*, cit., p. 187 s. e 212 s. Para Sander, os atos/órgãos do direito não são orientados normativamente – por e para a realização de ordens normativas (no limite, forçosamente ético-morais) –, mas antes, como órgãos correlacionados a outros órgãos, pelo juízo-julgamento subjetivo acerca da sua viabilidade empírica, entenda-se: sobre as vantagens e desvantagens que determinado ato pode gerar. Na sua relação com os demais órgãos do direito, o órgão do presente forma um juízo subjetivo acerca da viabilidade empírica do seu ato, não sobre a sua adequação normativa. Ao liberar o órgão do direito da ideia de um vínculo normativo, Sander representa-o no contexto do encadeamento psicossociológico dos atos sociais referidos ao domínio do poder (numa palavra: como relações sociais de poder), tendentes a confirmar no presente os atos estabilizados, tidos então como bem-sucedidos, no passado; os atos do direito são assim transformados em atos de poder. Ainda que seja, com efeito, indiscutível a força constitutiva do fundo ontológico do direito, o poder, parece hiperbólica a conclusão sanderiana pela diluição da ciência teórica do direito, para ele: a teoria pura, à metodologia empírica da sociologia, a ver nas relações do direito, como relações sociais, não mais do que relações causais, guiadas, no limite, não por um *Sollen*, mas por um *Müssen* – *expressis verbis*: «[Es] ergibt sich, daß eine reine Rechtswissenschaft als Wissenschaft von den Rechtsverhältnissen immer eine Wissenschaft von besonderen sozialen Beziehungen, und also in diesem Sinne eine «soziologische» Wissenschaft: *Keine Rechtslehre kann also ihrem Wesen nach nur eine besondere Art der Soziologie sein.*» (Fritz Sander, *Allgemeine Staatslehre. Eine Grundlegung*, Verlag Rudolf M. Rohrer, Leipzig/Wien, 1936, p. 441 ss, p. 489 ss. cit. p. 490) –, mormente porque acaba por recusar-se, assim, à dogmática (e à metodologia) o seu papel acadêmico, além de não poder abarcar o problema do uso-manipulação prática que lhe(s) confere o ator do direito, como se, sendo dogmática mera técnica interpretativa (necessariamente ficcional, porque reduzida a lidar com o direito na sua expressão normativa), fosse desprovida de qualquer chance teórico-metodológica. Ademais, embora vá aí reconhecida uma importante diferenciação interna da ciência do direito, nomeadamente entre a perspectiva teórica e a perspectiva dogmática, falta ainda a percepção do potencial integrativo da intradisciplinaridade, e falta também um horizonte conceitual, que não estritamente sociológico, para uma crítica do direito. Ver também, e muito especialmente, o seu: *Staat und Recht als Probleme der Phänomenologie und Ontologie*, cit. p. 183.

processos poderiam, e como que de um hora para a outra, a tudo subverter (entenda-se: subverter a ordem normativa). Isto porque os campos competenciais, compreendidos na sua ontologia relacional – i.e., nas correlações mútuas entre os órgãos do direito –, não se apresentam, para Sander, como instâncias passíveis de uma delimitação-ordenação normativa, melhor: ainda que normativamente referidos, são, ontologicamente, no seu funcionamento interno, inordenáveis, uma vez que permanecem, na sua ontologia, inabarcáveis pelas pretensões de controle e/ou correção normativa, sendo aí decisivas, antes, a lógica das interações ontológicas, isto é, as próprias relações competenciais, como relações de poder, pode dizer-se: de poder criativo, entre os respectivos campos competenciais. À luz da análise ontológica, os atores do direito orientam os seus atos-juízos constitutivos não a partir da intenção de promover um alinhamento a uma suposta normatividade do direito, que não é, neste sentido, senão que a expressão das exigências normativas da ciência do direito, mas considerando, antes, a oportunidade/viabilidade de sucesso, do respectivo ato-juízo, diante dos demais atores do direito. Daí que se trate, a obtenção do direito, de interações competenciais, e não normativas.

2. A crítica metodológica e a crítica teórica

O que interessa sublinhar é a diferença de perspectivas que se abre, já no início do século 20, entre a *crítica metodológica* e a *crítica teórica*; e isto, repita-se, não obstante estivessem ambas a partir de um mesmo ponto: a negativa à visão clássica que absolutizara a produção do direito no âmbito legislativo. Enquanto o levante metodológico reclama, diante disto, a autonomização normativa da formação judicial do direito, o olhar teórico busca articular uma compreensão integral do direito, chamando a atenção, de um lado, para a pluralidade das suas instâncias criativas, e, do outro, para a contingência ontológico-competencial das suas interações processuais. É verdade, importa sublinhar, que a delimitação metodológica no âmbito judicial tem aí a sua razão de ser; a intenção fundamental era tornar a decisão judicial de algum modo controlável pela ciência do direito³⁴².

³⁴² Ainda com Heck: «Die neuere Richtung [der Rechtswissenschaft] hat erkannt, daß unser objektives Recht vielfach unbestimmt und lückenhaft ist, so daß der Richter die Rechtsordnung schöpferisch, und zwar teleologisch zu ergänzen hat. (...) Die Ergänzungsnormen, welche der Richter braucht, muß ihm die Rechtswissenschaft vorbereiten. Auch der Wissenschaftler ist schöpferisch tätig. Er hat für angeschaute Sachlagen Normvorstellungen zu produzieren, die er dem Richter zur Prüfung und eventuellen Anwendung übermittelt. Nach der älteren wie nach der neueren Richtung ist das Endziel die Gewinnung anwendungsbereiteter Normen, Sollvorstellungen.» «Je mehr die schöpferische Aufgabe bei Rechtsprechung und Wissenschaft betont wird, um so bedeutsamer wird die Tragweite dieser Voruntersuchungen.» Philipp Heck, *Die reine Rechtslehre und die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft*, cit. p. 177 e 178. Referindo-se ao contexto em pauta: «[A] crítica [...] metodológica de «o método jurídico» através de todos os movimentos metodológicos-jurídicos de orientação prática, desde a última década do séc. XIX até praticamente os nossos dias [...] repunha a compreensão do direito, enquanto tal, no sentido de uma tarefa e de um problema práticos

Tampouco desta pretensão compartilhava, no entanto, a perspectiva teórica³⁴³. De um lado porque isto implicaria, desde o ponto de vista da teoria, suprimir a autonomia do direito e exceder as competências académicas do pensamento jurídico, cuja missão consistiria em operar não no âmbito da *produção*, mas no do *conhecimento* do direito³⁴⁴. Do outro lado porque a análise da dinâmica

[...]. Concluindo-se assim que o direito não era afinal só forma, mas *intenção material*, e que a índole do pensamento jurídico não era simplesmente cognitivo-analítica e lógico-dedutiva, mas prático-normativa e normativo-teleologicamente *constitutiva*» Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, cit. p. 29.

³⁴³ Fica assim esclarecido o porquê do combate sanderiano – influenciado, aliás, pela crítica de Karl Bergbohm à escola histórica – contra o «dogma da ciência do direito como fonte do direito», que tem por alvo, importa salientar, não exatamente a intenção prática da metodologia jurídica (como o têm, afinal, as críticas de Merkl), mas as teorias normativ(ist)as do direito. Cfr. Fritz Sander, *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserschaffung?*, cit. p. 594 ss. Vale atentar às palavras do próprio Bergbohm, que têm em vista os conceitos de *Juristenrecht* e *wissenschaftliches Recht*: «Die Historiker verstehen hier unter Juristen nicht die fachmännlich gebildeten Personen in Stellungen, mit denen eine obrigkeitliche Gewalt verbunden ist; sie sagen auch nicht in nachlässiger Ausdrucksweise „hervorbringen“, während sie „an den Tag bringen“, oder „erzeugen“, wo sie „Zeugnis über das Recht ablegen“ meinen. Sondern sie sagen klar mit klaren Worten: die Männer der Wissenschaft als solche erzeugen selbständig Recht und die Wissenschaft ist eine Rechtsquelle. Dieser Satz – er bildet, wie fast selbstverständlich, einen heimlichen oder eingestandenen Glaubensartikel aller Naturrechtsphilosophie – aber ist so durch und durch naturrechtlich, daß da kein Drehen und Deuteln helfen kann.» «Einerseits kann die Jurisprudenz, da sie nur gereinigtes Denken ist, trotz größter Freiheit des Denkens kein Stückchen des gültigen Rechts durch Wegdenken seiner Rechtsnatur entkleiden, andererseits ist sie, in welchem Sinne immer man ihr schöpferische Kraft beilegen mögen, nicht imstande Recht zu machen, das noch kein Recht war. Es gibt keine Wissenschaft, die irgendjemand wäre, der rechtsverbindlichen Normen zu verordnen, die Macht hätte. Juristen haben mit der Rechtsbildung gerade soviel zu tun wie andere Leute auch.» Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen* (1892), cit., p. 521/522 e 523. Para Bergbohm, a crença numa ciência do direito capaz de criar ela própria o direito, i.e.: a ideia de que o direito seria produto do pensamento dos juristas/cientistas, é a essência do jusnaturalismo. Contra uma tal idealização, Bergbohm demanda uma teoria atenta à realidade-positividade da produção do direito (p. 539), impondo reconhecer que a vinculabilidade jurídica é um fenómeno externo ao domínio perceptivo-metodológico da ciência do direito (p. 546 ss.). As perguntas fundamentais a que deveria voltar-se a teoria são: *quem* produz o direito? (os órgãos e as instâncias do próprio direito); *de onde* produz-se o direito? (o poder de que provém a sua produção); *como* produz-se o direito? (os processos e procedimentos da formação do direito).

³⁴⁴ Na crítica de Merkl: «Die Wissenschaft wurde so zum Faulbett rechtlicher Praxis. Sie übersah, daß der Rechtsanwender als solcher letzten Endes eine Willensfunktion zu prästieren hat, die sie ihm nicht abnehmen kann, wenn sie nicht aus ihrer wissenschaftlichen Erkennenrolle fallen will. Sie hat das Gesetz nicht bloß bis zu dem Stadium verarbeitet, wo die Willensfunktion des Rechtsanwenders einzusetzen hätten, sondern, ihren eigenen Beruf verrätend, diese Willensfunktion sich selber angemaßt. Eine *actio finium regundorum* zum Zweck der Eindämmung dieser Kompetenzüberschreitung habe ich schon an anderer Stelle versucht. Die Grenze liegt dort, wo die Erkenntnis- in die Willensfunktion übergeht.» Adolf Julius Merkl, *Das doppelte Rechtsantlitz*, cit. p. 247. Embora vá aí indicada a diferenciação em questão, e reconhecida, por assim dizer, a incorrigibilidade do direito pela ciência do direito, viu-se já que Merkl acaba por reputar à ciência do direito, mas não ao cientista do direito (!), uma instância de correção do direito (cfr. *supra*, nota 279). Daí que, prosseguindo, diga: «[E]s scheint mir nun, daß der Rechtsanwender, ebenso wie er in der Willenssphäre frei und der Kontrolle von Seite der Rechtswissenschaft ledig ist, in der Erkenntnisphäre gebunden und der Orientierung durch die Rechtswissenschaft fähig und bedürftig ist.» (p. 248) A ideia de correção, em Merkl, deveria dar-se pela compreensão da linguagem (*Sprachrichtigkeit*) como critério da aplicação do direito. «Da das anzuwendende Recht [...] in die Sprachform gekleidet ist, muß wohl oder übel die Rechtsanwendung dieser Sprachform angepaßt sein. Die Sprachgesetze sind den (sprachlich geformten) Rechtsgesetzen immanent. [...] Solange das Recht in die Denkform gekleidet ist – und das ist eine begriffliche Notwendigkeit –, bleibt das Denkgesetz dem Rechtsgesetze immanent. (p. 249/250) Merkl volta esta observação à crítica que lhe dirige Sander, e que parece no todo acertada, de que a pretensão de correção pela via da lógica formal não difere, em essência, da pretensão de correção ética do jusnaturalismo. «Ist die Lehre vom ethisch-richtigen Rechte blankes Naturrecht, weil das Staatsorgan nicht nach ethischen Normen, sondern nach positiven, geschriebenen Rechtsnormen zu handeln hat; so ist es auch die Lehre vom logisch-richtigen Rechte, weil das Staatsorgan auch nicht nach logischen Normen zu handeln hat. Hier wie dort wird dem geltenden Rechtsnormensysteme ein wesensfremdes Normensystem eingeimpft.» Sander, *Rechtswissenschaft und Materialismus*, in: Juristische Blätter, 1918, p. 12. Em suma, Merkl está convencido de que uma ciência do direito guiada pela lógica e pela linguagem pode estabelecer – mas, insista-se: a ciência do direito, não o cientista do direito – as condições para a correção do direito, melhor: da aplicação do direito. A isto dá o nome, afinal, de *Primat der*

competencial-processual estava a evidenciar precisamente o contrário, a saber: a impossibilidade de submeter a produção do direito às pretensões normativas da ciência do direito – ademais de uma tal pretensão cristalizar, percebe-se, um resquício ainda do pensamento jurídico oitocentista, que, como visto, intentara manter o método do direito sob o domínio d(o método d)a ciência do direito.

O discurso teórico inicia o século 20, portanto, com uma crítica implacável ao século anterior; uma crítica claramente mais radical do que a da metodologia, tendo esta, ainda assim, prevalecido, no correr do século. Ao relativizar os domínios (e as dimensões) da *Rechtserzeugung* e da *Rechtsanwendung*, a perspectiva teórica estava já aí a acentuar a bipolaridade da obtenção do direito. Ao reconhecer que todo e qualquer ato jurídico realiza, a um só tempo, a *aplicação* e a *produção* do direito, o que está, em suma, a dizer-se é que todo e qualquer ato jurídico envolve desde logo duas componentes essenciais. Uma delas é, com efeito, passível de delimitação reflexiva prévia, e, por conseguinte, pode, ao menos em tese, passar por um regime de metodologização (a da aplicação do *direito preexistente*); a outra, contudo, não o pode, e não o pode precisamente porque previamente indeterminável (a da produção do *direito do futuro*). Na medida em que a metodologia restringe, no horizonte do seu conceito de práxis, o seu conhecimento normativo ao direito preexistente – seguindo, pois, os rastros funcionais da própria dogmática –, deixa de abarcar, por óbvio, o direito ainda não existente, a expressar-se, futuramente, como ato de pura produção, passível apenas de um (re)conhecimento *ex post*; não de uma determinação normativa *ex ante*³⁴⁵. Dessarte, os limites da

Rechtserkenntnis, com a ciência do direito a estabelecer, lógico-formalmente, a hierarquia do direito. «[D]ie Vorbedingung dieses Primates der Rechtserkenntnis ist die Hierarchie der Rechtserscheinungsstufen, welche eine Unterordnung, eine Einordnung von rechtlich Besonderem in rechtlich Allgemeineres bedeutet und bedingt. [...]» Após discordar de Sander – e proclamar a perspectiva de uma correção lógica do direito –, Merkl conclui: «[B]ei dem hier vorgeführten Zweikampf von Rechtsauffassungen widersprechende Weltanschauungen im Streit stehen. Dem aufmerksamen Leser wird es nicht entgangen sein, daß es typisch kollektivistische Denkweise ist, welche sich dem Willen und Denken des Rechtsanwenders, des Staatsorganes, restlos unterwirft. Um den Primat der autonomen Vernunft kämpft typischer Individualismus. Und wenn sich dieser auch der *Realität* rechtswidriger „Rechtsanwendung“ beugen muß, so hält er doch die *Idealität* des logisch richtigen Rechtes hoch.» (p. 252)

³⁴⁵ Para usar a expressão de Oliver Lepsius, lida-se assim com um direito-já-*produto*, isto é: com um conceito de direito que a este compreende como genuíno objeto jurídico – no sentido de coisa/ente atomizado – destacado dos contextos social e político de que emerge. Já o direito-*da*-produção-do-direito (*Rechtserzeugungsrecht*) – em suma: o real processo da produção do direito – seria, assim, ignorado. Nas palavras do próprio Lepsius: «Wie unpassend eine Ausblendung der Prozesse der Rechtserzeugung ist, erhellt der Umstand, dass aller Rechtsanwendung immer ein konstruktives Element innewohnt, jede Rechtsanwendung zugleich also immer auch Recht erzeugt, man also zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung nicht so schematisch trennen kann, dass Rechtserzeugungsprozesse prinzipiell unterbelichtet bleiben.» «Die Verfahren der Rechtserzeugung durch Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung bleiben in der [...] Rechtswissenschaft unterbelichtet bis ausgeblendet, genauso wie auch die Zuständigkeitsfragen (Kompetenzrecht) vernachlässigt werden. Materielles Recht dominiert die Perspektive, nicht Verfahrensrecht, nicht Organisation, nicht Kompetenzen. Hinter dieser Fixierung auf materielles Recht steckt eine Trennung des Rechts in einen Bereich der Rechtsetzung und der Rechtsanwendung. Die Rechtsetzung, die Entstehungsbedingungen und Entstehungsprozesse des Rechts werden als vermeintlich vor-rechtswissenschaftliche Zustände ausgeblendet.» Lepsius, *Problemzugänge und Denktraditionen im Öffentlichen Recht*, cit. p. 61 e 62. Ver também Alexander Somek, *Der Gegenstand der Rechtserkenntnis*, cit. p. 104 ss.

reflexão metodológica são de duas ordens: de um lado, direcionadas as suas preocupações apenas para o âmbito judicial, não tem muito a dizer sobre os demais campos da obtenção do direito; do outro, uma vez no âmbito judicial, tampouco deste, como dito, a tudo conhece, pois ocupa-se exclusivamente do polo da *aplicação* do direito – i.e., do trato dogmático com o direito preexistente (os materiais normativos) –, escapando-lhe a dimensão da *pura produção*, que, posto não estar no todo inscrita no direito preexistente, permanece-lhe, por definição, estranha^{346 347}.

Neste sentido, não será equivocado concluir que a condição disciplinar da metodologia encerra um verdadeiro paradoxo: ela quer controlar o futuro, mas tem os olhos no passado! Esclareça-se: ela articula os seus enunciados na perspectiva de uma atividade judicativa por vir, mas tem por objeto e/ou conteúdo normativo-disciplinar, forçosamente, o direito preexistente. Numa perspectiva no todo diversa, a teoria busca (re)conhecer os processos da obtenção do direito com base em considerações não de ordem prático-normativa, mas, antes, insista-se, teórico-reflexiva, abrindo a chance para uma crítica autónoma, teórica, do direito e do pensamento jurídico. O que importa hoje salientar é que, não obstante cultivem, a metodologia e a teoria, modos reflexivos tão distintos, isto não é em si um motivo para o antagonismo disciplinar; no horizonte da nova teoria, pode dizer-se que a teoria contribui para o aprimoramento também da metodologia³⁴⁸. Desde logo, e como conclusão deste capítulo, o discurso teórico contribui com a ampliação do conceito de «práxis do direito», abarcando já não apenas o polo normativo das atividades de juízes e juízas, mas a totalidade dos processos, levados a termo por atores jurídicos públicos e privados, que culminam na obtenção do direito. Reconhecido, ademais, o fundo ontológico do direito, pode também dizer-se que a teoria interessa-se, por assim dizer, pela práxis do direito atrás da práxis do direito, é dizer, pelo poder do direito.

³⁴⁶ É o preço (jurídico-reflexivo) que se paga ao assumir-se a pretensão (legítima embora) de influenciar o funcionamento das atividades judiciais, para dizer com Josef Franz Lindner, *Rechtswissenschaft als Metaphysik*, cit. p. 10 [«Theorie-Praxis-Koppelungen»]: «Die der [...] Rechtswissenschaft eigene, häufig gelobte Koppelung zwischen theoretischer rechtswissenschaftlicher Reflexion und der (gerichtlichen) Rechtspraxis hat auch ihren erkenntnistheoretischen Preis.»

³⁴⁷ Como dito na introdução, resistente ao vocabulário da *Reine Rechtslehre – expressis verbis*: «Rechtstheorie ist *Unreine Rechtslehre*» (p. 28) –, Marietta Auer refere-se a esse âmbito da criação-produção do direito não com conceito de *Rechtserzeugung*, mas com o de *Rechtsentstehung*, e aí mais especificamente: «Feld der Rechtsentstehung», destacando, com um tal conceito, também e não obstante o mesmo problema da metodologia tradicional, que, diz, permanece presa aos problemas da *Rechtsanwendung* e da solução de casos concretos (*Weg zur Falllösung*), cfr. Auer, *Zielkenntnis der Rechtstheorie*, cit. p. 63-66. Ver também *infra*, nota 450.

³⁴⁸ Daí a fórmula: «Die „juristische Methode“ ist tot. Es lebe die „juristische Methode“!» Matthias Jestaedt, «*Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin*, [«Fortbestehende Grundannahmen über Rechtsgewinnung und Rechtswissenschaft»], cit. p. 261 ss. Ou seja: a teoria, não obstante a dimensão crítico-destrutiva das suas reflexões, é também reconstrutiva, e visa, em especial, um diálogo próximo com a metodologia. É também este o ponto forte do conceito de *Rechtsgewinnung*, que, oriundo do campo da metodologia, e trabalhado agora no campo da teoria, permite aí uma integração intradisciplinar.

IV

O discurso teórico e as *autonomias jurígenas*.

O que podem as ciências d(a aplicação d)o direito?

A práxis do direito atrás da práxis do direito, isto é: *a verdadeira práxis do direito*, constitui-na não a ciência – ou as ciências do direito –, mas o *poder do direito*, nomeadamente: o poder como competência para a produção do direito. Assumida a reabilitação do discurso teórico, toca à teoria compreender como se relacionam o campo do direito, de um lado, e o campo da ciência do direito, do outro. À vista disto, e em face do que se disse no capítulo anterior, importa analisar, a seguir, o tema da «autonomia do direito», na perspectiva das suas relações não diretamente com a política, a moral, a religião, etc., mas com o discurso normativo das ciências d(a aplicação d)o direito. Ao falar-se em *autonomias jurígenas*, está a considerar-se a diferenciação entre os métodos, uma vez mais: do direito, de um lado, e da ciência do direito, do outro. Como disciplina autónoma, diferencia-se a teoria do direito não apenas diante das ciências da aplicação, a dogmática e a metodologia, mas também diante da «filosofia do direito» e da «sociologia jurídica». Dedicando-se também estas, e, entre elas, muito especialmente a primeira, ao problema da autonomia do direito, cumpre esclarecer em que se diferenciam as suas perspectivas disciplinares. Ao invés de conceber a autonomia no horizonte de uma fundamentação normativa, como o faz a filosofia, a teoria percebe-a desde o fundo ontológico do direito. Trata-se, dessarte, de radicalizar, neste capítulo, a compreensão da autonomia como expressão da realidade própria do direito, a fim de pensar a partir daí as suas relações com o pensamento jurídico académico, e muito especialmente com a dogmática. Para tanto, a presente dissertação propõe, como já adiantado, um diálogo entre a *nova teoria* e o olhar ontológico do *novo* realismo, culminando em uma fundamentação teórica da realidade do direito. Na divisão do trabalho interno das ciências do direito, e em razão da importância da dogmática para o ator da práxis, a teoria, assim orientada, insistirá na possibilidade/necessidade, teórico-metodológica, de o pensamento jurídico desenvolver as suas atribuições próprias na perspectiva da objetividade do direito, de modo a dirimir, desta feita, a tendência ao subjetivismo disciplinar. Essencial, neste sentido, é salvaguardar a diferença institucional entre o direito e a ciência do direito.

1. O Direito como Realidade? A *realidade do direito* e um olhar metanormativo

Disse-se já: o «objeto material» da teoria do direito, aqui, e na perspectiva hoje da sua reabilitação, há que ser a *realidade do direito*³⁴⁹, e o seu «objeto formal», os *processos da obtenção do direito*³⁵⁰. Cumpre, portanto, esclarecê-lo. Por objeto material entende-se o domínio em que se

³⁴⁹ Para recuperar, também aqui, a poética da pura realidade, de Wallace Stevens:

«We keep coming back and coming back
To the real [...]. We seek

The poem of pure reality, untouched
By trope or deviation, straight to the word
Straight to the transfixing object, to the object

At the exactest point at which it is itself,
Transfixing by being purely what it is
[...]

We seek
Nothing beyond reality. Within it,

Everything, the spirit's alchemicana
Included, the spirit that goes roundabout
And through included, not merely the visible,

The solid, but the movable, the moment,
The coming on of feasts and the habits of saints,
The pattern of the heavens and high, night air.»

(Wallace Stevens, *An ordinary evening in new Haven*, IX)

³⁵⁰ Sobre a diferenciação entre «obiectum quo» e «obiectum quod» – presente já nas considerações teórico-científicas de Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Ia, Questão 1, Artigo 3 –, diz Arthur Kaufmann: «Unter „Materialobjekt“ versteht man das konkrete Seiende, auf das sich das Forschen einer Wissenschaft richtet (z.B. der Mensch oder das Recht) in seiner Ganzheit. „Formalobjekt“ dagegen ist die besondere Rücksicht, unter der eine Wissenschaft dieses Ganze betrachtet (z.B. der Knochen des Menschen oder das Beweisrecht). Die Wissenschaften spezifizieren sich im wesentlichen nicht nach dem Materialobjekt, sondern nach ihrem Formalobjekt.» Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, cit. p. 18; ver também o seu, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*, in: Hassemer/Neumann (Org.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8. Aufl., 2011, p. 1 ss. e 3 ss. No âmbito da nova teoria, cfr. Matthias Jestaedt, *„Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin*, cit. p. 267 ss. «Die methodeninduzierte „Erzeugung“ des Gegenstands meint [...], dass ein Gegenstand nur nach Maßgabe der angewandten Methode erkannt, analysiert und kommuniziert werden kann. Anders gewendet: der Gegenstand mag vor und unabhängig von jeder Erkenntnis bestehen, erkenntnismäßig erfasst und intersubjektiv kommuniziert werden kann er immer nur im Horizont eines zu wählenden Erkenntnis(- und Kommunikations)verfahrens. In diesem Sinne konstituiert das Formalobjekt die disziplinäre Identität und bildet das proprium jeder Disziplin.» (p. 269) Perceba-se que não está aí a dizer-se que o *método* constitui, ele próprio, o *objeto* de conhecimento; a perspectiva metódica orienta a forma(ta)ção espitêmica de *um* objeto formal, mas não produz *o* objeto material. Os processos de uma «produção metodológica do objeto» não são de ordem ontológica, mas de ordem apenas técnico-epistemológica. Com a escolha e o uso de um determinado método, o que se ordena é um possível caminho para uma possível produção de um tipo específico de conhecimento sobre um dado objeto. Este – na sua *coisidade*, por assim dizer, na sua *untouched* primariedade – permanece-lhe, entretanto, necessariamente externo, transcendente na sua própria realidade. Cfr. Oliver Lepsius, *Erkenntnisgegenstand und Erkenntnisverfahren in den Geisteswissenschaften der Weimarer Republik*, in: *Ius Commune* 22, 1995, p. 283 ss. Para a defesa de uma «Gegenstandsadäquanz der (Erkenntnis-)Methode», ver Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung*, cit., p. 269 ss. e 280 ss.; *Wie das Recht, so die Auslegung – Die Rolle der Rechtstheorie bei der Suche nach der juristischen Auslegungslehre*, in: *ZÖR*, 55, 2000, p. 133-158, especialmente p. 147 ss. Sobre a diferença entre essa adequação ao objeto e o

encontra, na sua existencialidade própria, o dito objeto *em si*, a coisa na sua coisidade, a referir isto, especificamente, aquela esfera material da realidade que, enquanto tal, precede, necessariamente, o pensamento que a pensa; que é anterior, portanto, à interpretação, ao saber e ao conhecimento que sobre ela se produz³⁵¹. Nessa sua anterioridade ontológica, a realidade não se nos apresenta como um campo indeterminado – como se estivesse à espera de um pensamento a integrar-lhe os sentidos –, pois, na verdade, trata-se, a realidade, de um campo determinadíssimo. O objeto formal, por sua vez, determina-se, em contraponto à existencialidade própria do objeto material, no âmbito das dinâmicas reflexivas e interpretativas, no campo, agora sim, do pensamento que pensa a realidade; na esfera do saber, do conhecimento e da ciência, do método e da disciplina académica, em suma:

pensamento de tipo prático, cfr. Karsten Schneider, *Zum Eignung des Forschungsprogramms der Reinen Rechtslehre als Wissenschaftstheorie einer Wissenschaft vom Öffentlichen Recht*, cit. p. 56. No âmbito da nova teoria, Thomas Vesting é crítico da possibilidade de objetividade, vide o seu *Gegenstandsadäquate Rechtsgewinnungstheorie – eine Alternative zum Abwägungspragmatismus des bundesdeutschen Verfassungsrechts?*, in. *Der Staat*, Vol. 41, No. 1, 2002, pp. 73-90, em que, combinando Saussure, Luhmann e Wittgenstein, diz (a confirmar o discurso pós-moderno do pensamento jurídico contemporâneo [tratado no capítulo II]): «Wie Boris Groys zu Recht bemerkt, ist ein Autor in dem Moment gestorben (auch wenn er als Mensch immer noch lebt), in dem er seine Gedankenbewegung dem Leser als Buch präsentiert. Und so wie die Zukunft immer dem Leser gehört, verliert auch der Verfassungsgeber die Kontrolle über die Bedeutung von Grundrechtsnormen, sobald er diese einmal schriftlich publiziert hat.» (p. 81) Sobre a possibilidade-necessidade de uma teoria do direito objetivamente orientada, cfr. Jan-R. Sieckmann, *Begriff und Gegenstand der Rechtstheorie bei Ralf Dreier*, cit. p. 3-26; Alexander Somek, *The Legal Relation. Legal Theory after Legal Positivism*, cit. p. 2 s. e 7; Jaap Hage, *Can Legal Theory be Objective?*, 2011, p. 1-16, neste último com o tratamento da «competência» e do «poder» como componentes passíveis de conferir objetividade à teoria, com o destaque, ainda, de que o poder teria maior transcendência do que a competência, podendo pensar-se casos de criação do direito por indivíduos sem competência mas com poder.

³⁵¹ Como dito supra, a presente dissertação propõe uma fundamentação filosófica da teoria, a fim de, num diálogo entre o discurso da nova teoria e o novo realismo, indicar o caminho para uma radicalização ontológica do programa teórico da *Rechtsgewinnungstheorie*; e, neste sentido, apresenta, a presente dissertação, uma resposta crítica às problematizações linguístico-filosóficas de Thomas Vesting contra a pretensão de objetividade da teoria da obtenção do direito [ver nota anterior]. Sobre a distinção entre «campo ontológico» e «campo epistemológico», base filosófica para uma tal resposta crítica, cfr. Maurizio Ferraris, *Manifesto of New Realism*, SUNY Press, NY, 2012, *passim*; cfr. Markus Gabriel, *Fields of Sense. A New Realist Ontology*, Edinburgh University Press, 2015, *passim*; sobre o correlacionismo, cfr. Quentin Meillassoux, *Après la finitude. Essai sur la nécessité de la contingence*, Éditions du Seuil, 2006, *passim*; sobre as noções que fundamentam a proposta filosófica de um retorno ao mundo dos objetos e (ou) de uma ontologia dos objetos, cfr. Levi Bryant/Nick Srnicek/Graham Haman (Orgs.), *The Speculative Turn: Continental Materialism and Realism*, Melbourne, 2011, *passim*. Fundamentalmente, o novo realismo assume-se como contraponto definitivo à filosofia dita pós-moderna, cujo construtivismo-correlacionismo teria reduzido o fazer filosófico a uma mera análise e interpretação de «textos» e diluído a realidade em composições-tramas «discursivas». A ontologia teria sido, desta feita, absorvida/suprimida pela epistemologia, e a realidade pela interpretação do mundo, com uma substituição da relação sujeito-objeto pela relação sujeito-sujeito – algo em que também Thomas Vesting insiste; importa entretanto ter presente já aqui que o novo realismo não nega, evidentemente, a intersubjetividade, identifica-a apenas no seu campo próprio, i.e., o das construções interpretativas, e frisa, ademais, que nem tudo é interpretação, melhor: que esta não substitui a realidade. O alvo da crítica novorrealista é representado, basicamente, pelos grandes nomes da filosofia pós-moderna: Foucault, Lyotard e Derrida; o surgimento, no entanto, de uma tal filosofia pós-moderna é identificado no livro *Philosophy and the Mirror of Nature*, de Richard Rorty (1979), em que se encontra, com efeito, a tese de que o conceito de «objetividade» (ciência) teria perdido, no mundo contemporâneo, a sua centralidade filosófica, sendo mais relevante o valor da «solidariedade» (política). Sobre as raízes dessa visão na filosofia do conhecimento de Immanuel Kant, cfr. Maurizio Ferraris, *Goodbye Kant! What Still Stands of the Critique of Pure Reason*, SUNY, 2014, *passim*. Tendo encontrado, dessarte, em Kant as raízes do interpretativismo contemporâneo, o arco deste, tratado por Ferraris sob o epíteto de *FouKant*, abarcaria ainda estrelas indiscutíveis da filosofia do século passado, tais como Heidegger, Gadamer e Vattimo. No lugar do texto e da interpretação/epistemologia, ganha o centro das preocupações filosóficas, sob os cuidados o novo realismo, a realidade e a sua incorrigibilidade ontológica.

da identidade epistemológica³⁵². Pode dizer-se, à vista disto, que, enquanto a correção epistêmica do objeto formal depende da existência do objeto material, este daquele independe, permanecendo o domínio da ontologia como que indiferente às pretensões de corrigibilidade do trabalho epistemológico³⁵³.

Reconhecer ao direito, neste sentido, o caráter de realidade, de modo a se lhe assumir como um verdadeiro objeto material, impõe admitir, igualmente, a sua anterioridade constitutiva relativamente às representações que dele faz, como um objeto formal, o pensamento que o pensa, isto é: a ciência do direito. Dessarte, a teoria passa a perceber o direito como um *fato (normativo)*³⁵⁴

³⁵² Na base da proposta ontológica do *novo* realismo, encontra-se uma *teoria da verdade*, que, diferente da «visão hermenêutica» (hipoverdade) e da «visão analítica» (hiperverdade), sugere o desenvolvimento de uma *mesoverdade*, fundada em três termos: a *ontologia*, a *epistemologia* e a *tecnologia* (a terceira como meio relacional entre a emergência da primeira e a interpretação da segunda). Enquanto o universo da ontologia é absoluto (primariedade), composto, na sua exterioridade transcendente, de indivíduos e interações ontológicas que engendram uma emergência autónoma, o universo da epistemologia (secundariedade), nos seus enunciados de saber e de correção interpretativa, é relativo à tecnologia (tercialidade) historicamente utilizada, como âmbito, esta última, de atividades fundadas em competências e não num conhecimento prévio, para, na sua contingência, *fazer a verdade*. Ainda que a verdade seja um produto dado *a posteriori*, o caráter absoluto da ontologia torna a realidade, nas suas interações e resistência ontológicas, incorrigível pela epistemologia (*inemendabilità*). Ver Maurizio Ferraris, *Fare la verità: proposta di una ermeneutica neorealista*, RIFL, 2017, Vol 11, p. 187-199.

³⁵³ «C'è una ontologia che è indipendente dalla epistemologia. Il concettuale è importantissimo, ma riguarda l'epistemologia. C'è tutto un mondo non concettuale, e questo mondo è ontológico: c'è (e si manifesta spesso attraverso delle resistenze). In definitiva, è proprio questo robusto senso del reale che costituisce il limite invalicabile per ogni iperbole costruzionistica, e questo limite – essenzialmente questo limite costituisce il mérito piú grande della percezione. È in questo senso che ciò che esiste, l'ontologia, è essenzialmente ciò che resiste. Donde la morale del discorso svolto sin qui: *l'esistenza è resistenza*.» Maurizio Ferraris, *Esistere è resistere*, in. Mario De Caro/Maurizio Ferraris (Org.), *Bentornata Realtà*, Giulio Einaudi, Torino, 2012, p. 162.

³⁵⁴ Identificar o direito como um *fato* (de existência indiscutível), e, mais especificamente: como um *fato (normativo)*, não obriga a um seu tratamento analítico a partir de um método específico – de modo mais claro: não obriga a uma análise sociológica do direito, por meio, p.e., de um método empírico-sociológico e/ou científico-causal –, destacando apenas que, na sua faticidade e/ou existencialidade própria, o direito e os seus produtos históricos (os artefatos e documentos produzidos no âmbito dos seus processos constitutivos, ou, desde a visão dogmático-metodológica: as normas do direito [mas então em todas as instâncias da produção do direito]) são criados, como um *a priori*, independentemente da análise contrafática que lhes oferece a ciência do direito, um seu *a posteriori*. Ao mobilizar aqui a fundamentação teórico-filosófica do *ontological turn*, a intenção é manter em aberto o campo disciplinar da teoria para uma reflexão autónoma, estritamente teórica, de modo a evitar uma sua captura metódica (tanto filosófica quanto sociológica). A componente *normativa* que se segue, entre parentesis, à identificação do direito como *fato*, indica, ademais, a relação intradisciplinar da teoria com as ciências da aplicação do direito. Também aqui o *novo* realismo mostra-se esclarecedor. No nível ontológico, é possível identificar, com o novo realismo, três modalidades de fatos: os *fatos naturais* (montanhas, árvores etc.), os *fatos ideais* (números e fórmulas matemáticas) e os *fatos sociais*. Enquanto as duas primeiras modalidades independem, para a sua existência própria (ontologia), do exercício do pensamento (epistemologia), os fatos da última modalidade dependem, é verdade, de um tal exercício, porém, percebe-se: somente no momento da sua constituição histórica. *Fatos sociais são documentados*, e, por isto, exigem o fator subjetivo no processo da sua inscrição social. Contudo, uma vez constituídos, aqueles que os pretendam conhecer, compreender e/ou interpretar têm-lhes como algo a si necessariamente externo, i.e., externo ao seu pensamento (ao seu conhecimento, à sua compreensão e/ou interpretação). Na sua realidade própria, também os documentos sociais apresentam-se como exterioridades transcendententes (dadas *ex ante*) ao pensamento e/ou a ciência que os procura interpretar/conhecer (*ex post*). O *ser*, por assim dizer, dos documentos sociais, não é produto de teorias da interpretação e/ou do discurso reflexivo que lhes sobrepõe algum sentido atual, que lhes confere, *post festum*, algum sentido interpretativo alienígena. O *ser dos fatos sociais* reside nas relações e opiniões que culmina(ra)m, no passado, na constitutividade da sua documentação – *está no passado, não no futuro dos documentos, a essência dos fatos sociais*. É neste sentido que a *documentalidade do direito*, entenda-se, os documentos que inscreve(m) socialmente a sua processualidade, pode ser concebida como um (arte)fato (normativo) para o pensamento jurídico. Dito de outro modo: o sentido real/existencial da documentalidade

orientado à produção de vinculabilidade social – pode dizer-se, num sentido dogmático: orientado à vigência-validade normativa –, que tem, na sua existencialidade própria, uma racionalidade-método também próprio, segundo o qual opera e produz-se a si próprio. Desta feita, representa a «realidade do direito», no âmbito do pensamento jurídico, e no sentido ontológico que se lhe está a reconhecer, um *pressuposto teórico*, e, como tal, um fato indiscutível. Implica isto que a teoria, diferente da filosofia do direito³⁵⁵, parte da *faticidade do direito*, admitindo a imanência dos sentidos jurídicos aos seus processos e relações (auto)constitutivas, enquanto a filosofia, não obstante compartilhe com aquela o ponto de vista do observador, pois tampouco encontra-se vinculada pelos materiais do direito positivo, compreende o direito e os seus sentidos numa perspectiva essencialmente normativa, interessada numa fundamentação transcendental da validade jurídica. Importa perceber, ademais, e entretanto, que a identificação do *direito-como-um-fato-para-o-pensamento-jurídico* (como um objeto material) não dissolve o campo disciplinar da teoria numa metódica meramente sociológica, ainda que, tal qual a sociologia, se interesse, também a teoria, por uma compreensão analítico-descritiva dos processos e das funções do direito³⁵⁶. Mas, diferente daquela, a teoria não abre mão por completo da dimensão normativa³⁵⁷, que se lhe apresenta, na verdade, como perspectiva *metanormativa*, na medida em que tenciona integrar o seu conhecimento teórico ao trabalho das ciências da aplicação do direito³⁵⁸, é dizer, na medida em que direciona as suas

não se determina por meio de empreendimentos textual-interpretativos – construtivistas/correlacionistas –, mas descobre-se com um olhar que vai até aos bastidores da sua constitutividade. Cfr. Maurizio Ferraris, *Where are you? An Ontology of the Cell Phone*, Fordham University Press, 2014, p. 121 ss.; *Was ist der Neue Realismus? [«Dokumentalität»]*, in. Markus Gabriel (Org.), *Der Neue Realismus*, Suhrkamp, 2015, p. 52-76; *Documentality*, New York, Italian Academy, 2006, p. 1-15. No âmbito jurídico, Christian Bumke fala em «Normative Gegebenheiten», referindo a instância bruta/material – o direito-matéria-bruta (*die Sache Recht*) – com que lida, normativamente, a dogmática jurídica. Cfr. Bumke, *Rechtsdogmatik*, 2017, cit. p. 71 ss. Ver também Matthias Jestaedt, *Theorie*, p. 28; *Vom Nutzen der Rechtstheorie*, cit. p. 3. Também no âmbito da teoria da obtenção do direito, Christian Hillgruber fala em «normative Realitäten» do direito, ver Hillgruber, *Braucht das Völkerrecht*, cit. p. 116 ss. e 127 ss. Com Alexander Somek, *Wissen des Rechts*, cit. p. 110: «Seine Verbindlichkeit muss sich das Recht durch etwas Faktisches verschaffen lassen.»

³⁵⁵ Cfr. Eric Hilgendorf, *Die Renaissance der Rechtstheorie*, cit. p. 13 ss.; Thomas Vesting, *Rechtstheorie*, cit. p. 16 ss.

³⁵⁶ Entre a teoria do direito e a sociologia jurídica há, com efeito, uma proximidade disciplinar que não merece ser obscurecida. Uma e outra estão interessadas no conhecimento descritivo da faticidade do direito. Não é sem sentido, portanto, que as reflexões teóricas de Fritz Sander, inspiradas inicialmente na fenomenologia husserliana – e antes ainda na crítica da razão pura de Immanuel Kant (ver *e.g.* o seu *Zur Methodik der Rechtswissenschaft*, in. Kant-Studien, 1923, p. 283-310) –, tenham vindo a diluir-se, como pôde ver-se, numa sociologia empírico-psicológica. Cfr., sobre tal proximidade, Thomas Vesting, *Rechtstheorie*, cit. p. 1-7. O que pode hoje dizer-se, a partir da reabilitação do discurso teórico, é que uma tal diluição não é necessária, podendo a teoria insistir num seu olhar disciplinar próprio.

³⁵⁷ Para a diferenciação entre o olhar da sociologia, a sacrificar a dimensão normativa em nome da análise empírico-causal, e o da teoria, cfr. Andreas Funke, *Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie*, cit. p. 66-73.

³⁵⁸ Significa isto que, não obstante a teoria reconheça o fundo ontológico das interações constitutivas do direito, e, portanto, a sua radical contingência normativa, isto não implica ter de abandonar por completo a dimensão normativa. Do ponto de vista da nova teoria, o acento na intradisciplinaridade, e, portanto, na relação metateórica da teoria com a metodologia e a dogmática, assegura àquela uma perspectiva metanormativa, a partir da qual pede às outras duas que corrijam internamente as suas análises (métodos) a partir do direito mesmo (objeto). A dimensão (meta)normativa mobilizada pela teoria é direcionada, portanto, não ao direito enquanto tal, mas à ciência do direito,

demandas normativas não ao direito, mas à ciência do direito. É desta forma, percebe-se, que a análise teórica dos processos da obtenção do direito, e, pois, da realidade do direito, assegura um vínculo intradisciplinar da teoria com a dogmática e a metodologia, e, por conseguinte, com um certo confronto normativo do direito (confronto este que será realizado não pela teoria, mas pela própria dogmática).

2. As autonomias jurígenas como *causa sui* do discurso teórico

À luz dos processos da obtenção do direito, a teoria trabalha com um olhar bifronte, voltado, de um lado, para o direito mesmo, e, do outro, para as ciências d(a aplicação d)o direito. O caráter integrativo das suas reflexões não pode ser confundido com uma intenção de tipo apenas metadogmático, no sentido de ser uma sua atribuição garantir o sucesso prático-normativo da dogmática. É precisamente o contrário que está em pauta; e não é por outro motivo que o tema das *autonomias jurígenas* é-lhe tão caro³⁵⁹. Tradicionalmente, concebe-se a autonomia a partir de dois grandes veios; dos dois difere a proposta da teoria. O primeiro veio, articulado no âmbito disciplinar da filosofia do direito³⁶⁰, é o «prático-normativo», que compreende o problema da autonomia recorrendo a uma diferenciação normativa do direito frente aos demais fenómenos que compõem o dito mundo prático da normatividade social³⁶¹. Trata-se, assim, de tentar determinar o

nomeadamente à dogmática e a à metodologia. Importa perceber, ademais, que a própria «competência», como componente empírica daquele fundo ontológico, faz pressupor, já ela própria, uma fronteira normativa forçosa, nomeadamente: a da «norma de competência». Neste sentido, cfr. Adolf Julius Merkl, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, cit. p. 1346 s. (*Kompetenznorm*); Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1979, p. 82 ss.; Ulrike Lembke, *Einheit aus Erkenntnis?*, cit. p. 144 ss. e 149 ss. [«Geltung und Ermächtigungsnormen»].

³⁵⁹ Ver Matthias Jestaedt, *Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie*, cit. p. 190 ss.; *Das mag in der Theorie*, cit. p. 27 ss.; *Vom Nutzen der Rechtstheorie*, cit. p. 7 ss.

³⁶⁰ Para o tratamento da autonomia desde a perspectiva da filosofia do direito, cfr. Castanheira Neves, *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*, Coimbra, 2003, especial. p. 146 s.; *Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*, 2001, in. Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros, Vol. 3, Coimbra, 2008, p. 43/72. Identificando três compreensões da autonomia ([normativista-]epistemológica, [sociológico-]sistémica e [normativo-]jurisprudencialista), cfr. José Manuel Aroso Linhares, *O direito como mundo prático autónomo. Relatório de Filosofia do direito*, cit. p. 18-32, também aí esclarecer-se que o horizonte da pergunta pela autonomia jurídica, a partir do campo da filosofia, dá-se no contexto da reflexão em torno do problema da validade normativa do direito e do binómio «juricidade/moralidade». Referindo a dimensão normativa (não-positivista) da autonomia ao trabalho da metodologia prática, cfr. Franz Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, cit. p. 256 ss. Ver também Kurt Seelmann/Daniela Demko, *Rechtsphilosophie*, Verlag C.H. Beck, 2014, p. 270 ss.

³⁶¹ O exemplo para nós paradigmático, a sua forma mais bem acabada, da perspectiva prático-normativa da filosofia do direito apresenta-o hoje a proposta jusfilosófica, que complementa o seu modelo metódico, do jurisprudencialismo, proposta esta que, ao interrogar-se quanto ao sentido da autonomia normativa do direito, percebe um encadeamento originário entre a *ética* e o *direito*, melhor: percebe no direito uma sua dimensão/condição ético-jurídica indisponível. «É com isto estamos perante aquela constitutiva *dimensão ética* que unicamente confere ao direito o sentido *de direito* e do mesmo passo lhe garante a sua autonomia.» (p. 70) Autonomia esta que vai aí assegurada no plano dos ditos princípios normativos fundamentais do direito, divisíveis não somente, ou não imediatamente, no

domínio específico do direito, e do seu sentido normativo próprio, para, desta feita, ponderar a respeito das fronteiras que marcam a relação do direito com os demais domínios da estabilização normativa da sociabilidade, sobretudo com a moral, a política, e economia e a religião³⁶². Intenta-se, no limite, e numa palavra, alcançar como que o *nomos do direito*, é dizer, o território cultural e normativo de que emergiriam os sentidos ditos propriamente jurídicos³⁶³. O segundo veio, «metódico-epistemológico», segue uma via diversa. Ao invés de compreender a autonomia no horizonte de uma singularidade normativa – pode dizer-se ainda: uma autonomia axiológico-normativa³⁶⁴ – do direito, concebe-a, antes, na perspectiva das relações metódicas entre a «ciência

nível do direito positivo (vigente), mas sobretudo no nível de uma sua validade fundamental dita prático-culturalmente autotranscendente: «[...] são valores e princípios metapositivos e pressupostos [da] positividade, como que numa *autotranscendência* ou *transcendentabilidade* prático-cultural, em que se reconhece os seus fundamentos de validade e os seus regulativo-normativos de constituição.» (p. 63) No plano, portanto, dessa validade fundamental, em que deveria residir o sentido último do direito – «o sentido de todos os sentidos ou o sentido *ontologicamente* fundamentante da inteligível historicidade que exprime o ser do *homem* (o seu *ipsum esse*) nesse momento histórico e nessa cultura.» (p. 69) –, o jurisprudencialismo encontra a possibilidade de escapar dos funcionalismos de toda ordem, económicos e políticos, mas também meramente sociológicos. «A base para a interrogação de um sentido autónomo do direito que assim se possibilita, encontramos-na na experiência jurídica [...] que nos oferece [...] a judicativo-decisória realização do direito [...]. Aí se terá de reconhecer a recuperação de uma intencionalidade material específica da juridicidade através da constitutiva manifestação de uma sua nova normatividade que repõe a distinção *ius e lex*.» (p. 63/64) – citações em: Castanheira Neves, *Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*; ver também, *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito*, in. *Digesta*, Vol. 3, cit. p. 9-41.

³⁶² Cfr. Castanheira Neves, *A imagem do homem no universo prático*, 1989, in. *Digesta*, Vol. 1, Coimbra, 1995, p. 311-336.

³⁶³ Cfr. Fernando Bronze, *Praxis, problema, nomos. (Um olhar oblíquo sobre a respectiva intersecção)*, in. *Analogias*, cit. p. 233-265.

³⁶⁴ No sentido ainda do jurisprudencialismo, importa perceber que a afirmação do direito como dimensão autónoma do/no mundo prático, como «autonomia axiológico-normativa», conduz à representação, como estava a dizer-se, de um nível de *intencionalidade essencial* do direito, «constitutiva do direito *como* direito», fundada não na «natureza (das coisas e/ou do homem)», mas na «autonomia cultural do homem», como *ethos* histórico-cultural fundamental (Castanheira Neves, *Direito hoje e com que sentido?*, cit. p. 62 ss.). O que cumpre sublinhar, pois diferencia claramente as preocupações da filosofia e da teoria, é que o vértice determinante da autonomia vai aí articulado a partir da referência a um *plano de valores essenciais* sem o qual não seria dado falar em direito. «É que, se o direito só verdadeiramente o temos quando à terceira condição da sua emergência, a condição ética, for conferida realidade, basta que dela se abstraia ou que ela efectivamente se recuse para que possamos ter ordens sem que sejam ordens de direito.» «A realidade político-económica que respeitar esta condição e a realizar não será então apenas uma ordem político-económica, será também uma ordem de direito.» (p. 40) Com uma tal referência, está, pois, a rejeitar-se a redução da validade do direito a uma contingência radical, mobilizando-se, contra isto, a exigência de assumir-se a materialidade daquela validade na sua relação com uma específica experiência de historicidade. Esta, por sua vez, colocaria os desafios da autodisponibilidade prático-cultural e da vinculação civilizacional – civilização esta que, querendo-se greco-romana, judaico-cristã e europeia, é, afinal, dita «civilização de direito» (ver Castanheira Neves, *O problema da universalidade do direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas*, *Digesta*, vol. 3, cit. p. 102-105 e 111 ss.). Essa historicidade constitutiva envolveria então a mediação reflexiva de uma experiência do mundo prático do direito, que, comprometida em reabilitar aquele sentido cultural-civilizacionalmente originário, obrigaria a dizer que a compreensão adequada do problema da autonomia do direito, além da componente do sentido, exige a institucionalização prático-normativa de fundamentos e critérios, bem como a autoafirmação de um sistema (do direito) pluridimensional. Nas palavras de Aroso Linhares: «o que significa sobretudo acentuar que uma certa dimensão de *validade* e uma certa dimensão *metodológica* deverão ser crítico-reflexivamente assumidas como dois momentos ou duas faces inseparáveis da «emergência» do jurídico: de tal modo que convocar o *direito* como criação cultural específica (na plenitude da sua experiência *diferenciadora*, indissociável da «aquisição axiológica» da *pessoa* e da condição ético-jurídica que a traduz) passe inevitavelmente por uma recuperação fundadora da sua *racionalidade* e do discurso que a leva a sério. Um racionalidade que convoca como dimensões capitais os pólos da *validade trans-subjectiva* e da *controvérsia* concreta (do compromisso axiológico assumido pela primeira e da novidade irredutível introduzida pela segunda)... para logo lhes associar outras

do direito» e as suas «ciências vizinhas»³⁶⁵. Objetiva-se com isto as especificidades epistémicas do conhecimento jurídico – que seria metódico-epistemologicamente diferenciado –, com a identificação, então, de um seu método próprio. A autonomia jurídica seria já não uma questão do *nomos* do direito, mas do *pathos da ciência do direito*; seria não um problema normativo, mas epistemológico³⁶⁶.

A perspectiva que se abre com a reabilitação do discurso teórico é, com efeito, no todo outra. Como *causa sui* da teoria, pode dizer-se que o problema da autonomia do direito não encerra um problema normativo, ou epistemológico, mas ontológico.

A teoria confere tratamento à autonomia do direito no escopo de lhe preservar/proteger contra as investidas normativas provenientes, não diretamente da moral, da política, da religião etc., mas das ciências d(a aplicação d) o direito. Nesta perspectiva, cuidar da autonomia do direito significa chamar a atenção para o carácter autoconstitutivo do direito, e, por conseguinte, para a sua indisponibilidade pelos métodos, e vontades disciplinares, do pensamento jurídico académico³⁶⁷.

duas: a que estabiliza a primeira numa mediação *dogmática* e a que corresponde à segunda com uma mediação *judicativa* ou judicativamente *praxística* (iluminada por uma dialéctica *prudencial*).» Aroso Linhares, *O Direito como mundo prático autónomo*, cit. p. 31. Há portanto aí, percebe-se, quatro dimensões: de um lado, a «dogmática» e a «judicativa» e, do outro, a «axiológica» e a «problemática», apresentadas as duas primeiras como condição de institucionalização das duas últimas, de cuja relação de circularidade decorreria a experiência de autotranscendatibilidade prático-cultural do direito, a sintetizar-se historicamente na aqui já referida dialéctica «sistema/problema». Com a resposta jurisprudencialista, o desafio da autonomia é então o da recuperação de uma unidade intencional entre o *direito* o *pensamento jurídico*, a dar-se de modo contextualmente situado, sensível e delimitado frente ao plano de inteligibilidade cultural-comunitária e às exigências dos discursos político e económico. Com ainda um último e metodologicamente decisivo ponto: «a exigência de associar a tematização da autonomia do jurídico a um plano de imanência *microscópica* (à compreensão de uma «prática titulada pessoal e *concretamente*», traduzida numa realidade de controvérsias-casos e numa experiência judicativo-decisória de realização) nos leva decerto a encontrar (a reconhecer) na «índole autonomamente jurídica da função jurisdicional» um contra-pólo indispensável da «índole política (comprometidamente política) da função legislativa», ou mais claramente a responsabilizar a primeira pela realização lograda de um certo *sentido* (e pela intencionalidade material que lhe corresponde).» Aroso Linhares, *Ibidem*, p. 32.

³⁶⁵ Trata-se das tentativas de diferenciar aquilo que seria o método próprio da «ciência do direito» diante, por exemplo, dos métodos da sociologia, das ciências políticas, da psicologia, etc. Paradigmáticas são as discussões internas da *Reine Rechtslehre* em torno de uma *ciência pura do direito*, por que, liás, Franz Weyr já propugnara no seu *Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems*, in *AöR*. Bd. 23, 1908, p. 544 ss. Cfr. Gabriel Nogueira Dias, *Rechtspositivismus und Rechtstheorie*, cit. p. 12 ss. e 103 ss.

³⁶⁶ Ver, exemplarmente, Hans Kelsen, *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung*, in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., p. 37-93; Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 17 ss., 25 ss., p. 66 ss.; Friedrich Müller/Ralph Christensen, *Juristische Methodik*, cit. p. 191 ss. [«Die Jurisprudenz als Normativwissenschaft (Entscheidungswissenschaft)»]; também, *Recht – Sprache – Gewalt*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, p. 14/24; Wolfgang Hoffmann-Riem, *Modernisierung der Rechtswissenschaft als fortwährende Aufgabe. Impulse aus der einstufigen Juristenusbildung*, in *JZ*, 2007, p. 645 ss.

³⁶⁷ Nas palavras de Castanheira Neves: «Não basta que uma prática seja intencionalmente pensada, é necessário que seja realmente prática ou prática cumprida. Pelo que vejo como indispensáveis para o êxito efectivo da autonomia do direito, tal como esta se nos revelou, duas condições indefectíveis – uma digo-a institucional, a outra digo-a existencialmente cultural. [...] À condição institucional cumpre proclamar o direito autónomo e realizá-lo incondicionalmente como tal. Penso na conjugação, neste sentido, dos tribunais (do juiz) e da universidade, pelas suas faculdades de direito. Não quaisquer tribunais – não desde logo os que cedam à funcionalização burocrática – mas os que titulares verdadeiramente também da soberania se assumam responsáveis nucleares pela realização do Estado-de-direito, no seu sentido autêntico – também não simplesmente Estado constitucional de legislação, mas o Estado que intencione o direito, na autonomia que lhe ficou reconhecida, como sua dimensão essencial.» (p. 71) Que se trate de

Não se trata de negar a existência de relações entre o direito e a ciência do direito, mas de aprofundar a sua compreensão³⁶⁸; daí o olhar bifronte, que indaga, como será a seguir elucidado, quão autónoma é a práxis relativamente à dogmática, mas também quão autónoma pode ser esta na sua referência àquela. Uma vez que se radicalize ontologicamente a autonomia do direito³⁶⁹, implica isto que os seus processos não seguem, ou não têm de seguir, os critérios do pensamento jurídico, que lhes são, neste sentido, forçosamente heterónomos³⁷⁰. Na faticidade das interações competenciais, a autonomia refere não exatamente, ou não primordialmente, um dever normativo (um *dever-ser*), mas um poder constitutivo (um *poder-ser*), cristalizando-se aí o campo próprio do poder do direito³⁷¹, como poder da produção do direito (*Rechtserzeugungsmacht*)³⁷². O que importa, no entanto, perceber é que ao direito, não obstante a sua indisponibilidade reflexiva, não é dado aplicar-se e/ou realizar-se a si próprio, sendo o campo competencial não mais do que o *momentum*, por assim dizer, da atuação de atores concretos, responsáveis, estes sim, por operar a produção do direito. Tais atores, por sua vez, encontram nos enunciados da ciência do direito, e muito especialmente nos da dogmática, um relevante, quando não indispensável contributo prático, trazando-os não raro para o interior das suas decisões funcionais³⁷³. É precisamente porque a

um projeto com factibilidade sobremaneira improvável – daí que a mencionada condição existencialmente cultural refira nuclearmente «uma exigência de virtude» (pois «[o] direito só concorrerá para a epifania da pessoa se o homem lograr culturalmente a virtude desse compromisso») –, não se ignora. «Mas recordarei igualmente: o mais nobre é sempre o mais difícil.» (p. 72)

³⁶⁸ Recorrendo à teoria do sistema, Alfons Bora, *Referenz und Resonanz – zur Funktion von Methoden in Rechtstheorie, Rechtslehre und Rechtspoiesis*, in: *Rechtstheorie*, 32, 2001, p. 259-272, conclui que a «ciência do direito» não pode, pela via das suas metodologias próprias (disciplinares), influenciar realmente o «direito», eis que se trataria de diferentes sistemas, com códigos funcionais distintos, o da *teoria-do-direito* e da *poiesis-do-direito*, cada qual com o seu específico grupo de profissionais: o dos cientistas e o dos criadores do direito, a operarem como que autorreferencialmente; a socialização entre tais grupos tampouco seria para tanto suficiente.

³⁶⁹ Nas palavras de Alexander Somek: «Die Existenz von Recht setzt das Wissen des Rechts voraus. Das Recht ist etwas Geistiges. Es ist nicht einfach da. Es ist nur da, wenn sein Dasein gewusst wird. Das Wissen dieses Wissens ist die juristische Methode. [...] Unser Thema ist nun das Selbstbewusstsein.» Somek, *Wissen des Rechts*, cit. p. 25. Ainda, a expressar a exterioridade – falará mesmo em «Dinglichkeit» –, relativamente ao pensamento jurídico académico, do método do direito: «Die juristische Methode gilt als daseiend, als wäre sie eine Naturerscheinung; als immer gleich, als wäre sie immer gleich gewesen. Sie wird auf die immer gleiche Weise, auf die immer gleiche Weise geprüft und auf die immer gleiche Weise verfasst, weil eines so das andere gibt. [...] In dieser Dinglichkeit begegnet immer schon sein eigenes Ende.» (p. 71/72)

³⁷⁰ Cfr. Klaus Luig, *Autonomie und Heteronomie des Rechts im 19. Jahrhundert*, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Hannover, Heft 19, 1988, p. 111 ss.

³⁷¹ «[A] liberdade é condição transcendental da normatividade – a normatividade não é decerto pensável sem o pressuposto da liberdade (que sentido tem o “dever”, a exigência normativa, sem o “poder”?) [...]». Castanheira Neves, *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito*, cit. p. 3.

³⁷² Sobre os conceitos de *Rechtsmacht* e de *Rechtserzeugungsmacht* como componentes da autonomia do direito, cfr. Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung*, p. 293 ss. Ao insistir-se aqui no *poder* do direito, mais do que no *dever*, o que interessa acentuar é, repita-se, o fundo ontológico das interações constitutivas do direito, e já não tanto, no âmbito da estrutura normativa do direito, as ditas «funções da norma», embora também estas apontem à dimensão ontológica do poder. Para tais funções, ver Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, cit. p. 76 ss. Sobre as funções da norma a indicarem ao poder, ver *supra*, nota 37.

³⁷³ Significa isto que o reconhecimento da diferenciação institucional entre o campo do direito, de um lado, e o campo da ciência do direito, do outro, não obriga que a teoria feche os olhos à existência aí também de

dogmática é útil ao ator da práxis que não se trata, uma vez reconhecido o poder como dinamismo da obtenção do direito, de inutilizar a ciência do direito, impondo antes o contrário, o fortalecimento da sua consciência metodológica.

a) A autonomia do direito. Ou: levando a sério o fundo ontológico do direito...

No seu trato com a autonomia do direito, a teoria não visa negar e/ou afastar a utilidade da dogmática (e da metodologia). O problema teórico-metodológico surge quando, mais do que o papel de auxiliar e informante, as ciências da aplicação pretendem assumir o papel de protagonista, determinando elas próprias os critérios e conteúdos a serem seguidos pela produção do direito. É para evitar uma tal captura normativa, dito de outro modo: a fim de impedir a substituição dos critérios do direito por critérios meramente reflexivo-disciplinares (do pensamento jurídico), a teoria esforça-se para iluminar as componentes processuais por meio das quais o direito determina, já ele mesmo, os seus próprios critérios, inconfundíveis, pois, com os do pensamento jurídico. O primeiro passo é abandonar, como já se disse, o olhar monista, a perceber na *lei* – ou, numa sua adaptação moderna, na constituição escrita – o núcleo da racionalidade do direito; núcleo este a que estão ainda atreladas, importa perceber, as reflexões normativas sobre o direito. Para a teoria, esse olhar é problemático porque perde de vista a faticidade do direito – e deixa, desta feita, de compreender a complexidade interna dos seus processos constitutivos, a dinâmica dos seus campos competenciais, as interações dos seus reais atores, e então as vontades, opiniões, sentidos, em suma, os critérios que se vão articulando com e na própria obtenção do direito³⁷⁴ –, limitando-se a

relações mútuas. O que impõe perceber é que tais relações não podem ser compreendidas, na sua realidade, pela via da análise apenas normativa. Portanto, pode dizer-se: nem a existência de relações reais anula a diferenciação institucional nem esta anula aquelas. Este ponto é relevante pois ilumina um limite metodológico do programa teórico de Hans Kelsen, que – partindo corretamente da separação entre o contexto da produção e o contexto do conhecimento, entre a função do criador e a função do cientista do direito, em suma: entre o direito e a ciência do direito –, ao radicalizar a proposta metodológica de uma «ciência do direito normativo-descritiva» (orientada pelos postulados da “objetividade” e da “exatidão”), acaba como que por neutralizar os polos daquela diferenciação institucional, como se entre eles já não houvesse afinal qualquer contato. Por certo que Kelsen não ignora a existência de relações entre a ciência do direito e o direito, porém, ao fechar-se no arco da sua própria proposta metodológica, deixa de as levar a sério. Isto fica claro no seu tratamento apenas periférico da metodologia jurídica e do tema da interpretação do direito. Cfr. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. A., 1960, p. 346-354; *Zur Theorie der Interpretation*, in. Wiener Rechtstheoretische Schule, cit., p. 1363-1373. Ver também Jestaedt, *Methoden(r)einheit und Disziplinenvielheit*, cit. p. 225 s. À vista disto, impõe hoje à nova teoria que precise os limites reais daquela diferenciação, identificando não apenas a separação dos campos do direito e da ciência do direito mas também os modos com que entram, efetivamente, em contato, para compreender aí a sua real autonomia.

³⁷⁴ Nas palavras de Alexander Somek: «Der Gegenstand der systematischen Rechtswissenschaft ist kein Objekt. Er ist Ausdruck von Subjektivität. Was aus Quellen abstammt, ist durch die Form von Deutungsschemata bestimmt. Diese sind Ausdruck des Rechtsverhältnisses. Indem die Rechtswissenschaft zu ihrem Gegenstand selbst in einem Rechtsverhältnis steht, ist sie die konsistente Selbstbeziehung des Rechts.» Somek, *Wissen des Rechts*, cit. p. 112, nota 198.

representá-lo, contrafaticamente, em modelos normativos que tendem a uma visão abstrata e estática do direito³⁷⁵. Por certo que pode este ser assim pensado – com a análise, p.e., de uma norma isolada –, porém, assim que entram em curso os seus processos e a sua política interna, perde o direito a sua estabilidade, e perde relevância o conhecimento normativo³⁷⁶. Daí que a teoria coloque o foco nos processos do direito, e chame a atenção para as relações, aí, de atribuição e evocação de competência criativa, relações estas que dinamizam a e são dinamizadas pela *política do direito*, como verdadeiro motor da racionalidade do direito³⁷⁷.

Dessarte, à representação de uma estabilidade normativa, como conquista reflexiva da dogmática, substitui-se, desde o discurso teorético, o reconhecimento da radical contingência do direito³⁷⁸. Significa isto colocar em destaque a alterabilidade constante do seu aspecto normativo³⁷⁹,

³⁷⁵ Esta visão abstrata e estática, como tendência interna do olhar normativo, conforma-se em razão da necessidade prática de um tal olhar regressar sempre novamente aos materiais do direito, ainda que amplie o arco interpretativo da norma legal, e/ou do direito positivo, mobilizando fundamentos normativos diversos. Importa ter presente, ademais, que os conceitos de «práxis do direito» e de «dinâmica do direito» não se confundem. Enquanto o primeiro representa uma espécie de recuperação metodológica da tradição praxista romana, o segundo refere a intenção de compreender os processos da alterabilidade do direito na sua totalidade, desde um olhar estritamente teorético. Daí a conhecida expressão de Oswald Spengler: «Die Römer schufen eine juristische Statik, unsere Aufgabe ist eine juristische Dynamik.» Ver em Lutz Martin Keppeler, *Oswald Spengler und die Jurisprudenz*, Mohr Siebeck, 2014, p. 32.

³⁷⁶ Daí que se diga, classicamente com Sander, e hoje com Somek, que os processos jurídicos são o método soberano do direito, isto é, que são eles o que determina, afinal, a racionalidade do direito. «Das Recht wird verbindlich in rechtlich geregelten Verfahren gewusst, deren Ergebnis in Rechtskraft erwächst. Das rechtliche Wissen ist durch die Anwendung von Rechtsnormen vermittelt. Es partizipiert an der Rechtsgeltung. Die moralische Borniertheit der Rechtsgeltung überträgt sich solcherart auf den Inhalt dieses Wissens. Es ist egal, ob das Geltende moralisch gut oder schlecht oder juristisch subtil ausgeklügelt ist.» Somek, *Wissen des Rechts*, cit. p. 20 [«Das souveräne Rechtsverfahren»].

³⁷⁷ Oliver Lepsius chama hoje a atenção para a necessidade de também a perspectiva normativa assumir um formato relacional, tocando-lhe estabelecer as relações entre os artefatos normativos do direito e conformar, assim – de modo relacional e contingente –, os seus sentidos interpretativos. A “ordem do direito” deveria ser compreendida, no entanto, como uma *Zuständigkeitsordnung*, interessante, pois, mais o caráter processual competencial do que propriamente substancial das normas do direito. «Meine These ist, dass sich Rechtsnormen sinnvoll nur relational erforschen lassen, nicht jedoch substantiell. Eine Norm ist sinnvoll nur in einer Beziehung erkennbar, sei es in der Beziehung zu einem Sachverhalt, sei es in der Beziehung zu einem Sachverhalt, sei es in der Beziehung zu einer institutionellen Verfahrens- und Zuständigkeitsordnung.» «Die Rechtswissenschaft sollte sich daher einer weithin geteilten materiellen, substanzhaften Perspektive auf eine relationale Dimension umstellen. [...] Es kommt auf die Beziehung an, die einer Norm eingeht, auf die Kontexte, Sachverhalte, Verfahren, institutionellen Rahmenbedingungen, Zeiträume. Daraus folgt freilich auch: Dieselbe Norm kann unterschiedliches besagen, wenn sie auf andere Umstände und in anderen Beziehungen angewendet wird.» Lepsius, *Relationen*, cit. p. 22/23.

³⁷⁸ Com Bernd Rüthers: «Unsicherheiten in Sachen Recht und Gerechtigkeit sollten die Juristen zu maßvoller Bescheidenheit und Verhältnismäßigkeit in der Rechtsanwendung, vielleicht mehr noch in der Rechtsfortbildung mahnen. Vielleicht ist es so oder kann es doch sein, daß die erkannte Unsicherheit des Rechts unsere Sensibilität schärft für die berufsspezifischen Gefahren und Versuchungen. Vielleicht sind unsichere Juristen, die sich ihres Ungenügens bewußt sind und ihr Handwerk mit schlechtem Gewissen verrichten, für die Rechtsgemeinschaft erträglicher als Juristen mit ungebrochener, naiver Selbstsicherheit. Sie sollten die Unsicherheit des Rechts nicht verbergen, wenn sie ihren Mitbürgern vermeidbare Enttäuschungen ersparen wollen. Die eigene juristische Unsicherheit ist eine *Vorgegebenheit*, das Wissen darum ist eine *Vorbedingung* sachgerechten Dienstes am Recht.» Rüthers, *Das Ungerechte an der Gerechtigkeit*, cit. p. 84. Para Rüthers, é essencial reconhecer, teórico-metodologicamente, a insegurança/instabilidade como componente intrínseca ao direito mesmo. Ao invés de negá-lo por meio de artifícios interpretativos e argumentativos em torno de uma idealidade normativa, haveria que aprender a absorvê-la metodologicamente.

³⁷⁹ «Recht und Gerichte sind auf eine sehr wandelbare, widersprüchliche, irrumsbefangene, vorläufige und unzulängliche Erhaltungsordnung ausgerichtet. Die Rechtsgeschichte ist maßgeblich geprägt von

bem como a soberania constitutiva dos seus processos, a regularem-se a si próprios como que numa autorregulação regulada³⁸⁰. Neste sentido, revela-se o método do direito uma esfera de interações indisponível a intenções normativas externas, dependendo, no limite, tão-somente do modo com que os atores do direito conformam os seus campos competenciais³⁸¹. Numa tal conjuntura, as intenções normativas do pensamento jurídico aparecem como intenções subjetivas, dirigidas a indivíduos desde logo autorizados, de modo objetivo, a criar o direito; criam-no, portanto, não porque o julgam correto e/ou incorreto, justo e/ou injusto, mas porque detêm o poder para tanto³⁸².

Sendo o *poder* a marca-d'água das interações competenciais³⁸³, o seu controle pela ciência do direito tem de ser reconhecido como algo improvável (para não dizer simplesmente impossível). É de dar razão, afinal, neste sentido, à máxima de Thomas Hobbes: «sed Authoritas, non Veritas facit Lege[!]»³⁸⁴.

Unrechtserfahrungen. Sie darf im Kern als Unrechtsgeschichte verstanden und bezeichnet werden, aus der wir lernen können. Die Juristen können sich nur bemühen, das gröbste Unrecht zu verhindern oder einzugrenzen. » Rütters, *Ibidem*, *idem*.

³⁸⁰ Cfr. Adolf Julius Merkl, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, cit. p. 1345 s. Hoje: Ulrike Lembke, *Einheit aus Erkenntnis?*, cit. p. 170 ss.; Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung*, p. 275 ss.; Alexander Somek, *Rechtliches Wissen*, cit. p. 108 ss., neste último com a diferenciação entre uma *Selbstdeutungen der Rechtspraxis* e a pretensão de *Rechtfertigung* que lhe dirigem os modelos metodológicos da ciência do direito.

³⁸¹ «Kann Recht nur durch Recht entstehen, so weist das Recht selbst der Wissenschaft vom Recht den Platz im Prozeß der Rechtsgewinnung zu – sei es, daß das Recht der Jurisprudenz ausdrücklich oder doch einschlußweise das Mandat zur vollgültigen, auch die Rechtserzeugung umfassenden Teilhabe an der Rechtsgewinnung erteilt, sie also einreihet in die Akteure bei der Setzung von Recht; sei es, daß es ihr nur die Vorfragen-»Kompetenz« für die Rechtserkenntnis, d.h. die »Kompetenz« zur Beobachtung der eigentlichen Rechtsetzung, überläßt, sie aber vom eigentlichen Rechtserzeugungsprozeß ausschließt und diesen anderen Trägern vorbehält.» Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung*, p. 294. Sobre o «Prozeß der Rechtserzeugung selbst als Einheits», ver *Ibidem*, p. 300 s.

³⁸² «Dieser Prozess vollzieht sich – als rechtlicher – ausschließlich nach Maßgabe positiver Normerzeugungs- und Normvernichtungskompetenzen, welche mithilfe unterschiedlicher Spezifikationsparameter – insbesondere mithilfe der horizontale wie der vertikalen (föderativen) Gewaltenteilung sowie der Rechtsquellenhierarchie – einer Unzahl von staatlichen wie privaten Rechtserzeugern zugemessen werden.» Jestaedt, *Theorie*, cit. p. 34.

³⁸³ «Nicht die sachliche begründung entscheidet über die Geltung, sondern die Ausübung einer Kompetenz oder einer Handlungsfreiheit durch einen anderen. Die für die Geltung relevante Frage verlagert sich vom Inhalt auf die beurteilung der Grenzen, innerhalb derer die Kompetenz oder Handlungsfreiheit gültig ausgeübt werden kann oder darf. Auf den Inhalt der Entscheidung kommt es nur insofern an, als dieser zur Bestimmung dieser Grenzen beachtet werden muss. Anstelle eines sachlich begründeten Urteils begegnet einem das Wollen in der Form einer Entscheidung. Egal wie sie ausfällt, sie gilt, wenn sie durch eine Entscheidungskompetes gedeckt ist.» Alexander Somek, *Wissen des Rechts*, cit. p. 77.

³⁸⁴ Thomas Hobbes, *Leviathan, sive De Materia, Forma & Potestate Civitatis Ecclesiasticae et Civilis*, 1670, cap. 26, p. 133. Assumindo explicitamente a máxima de Hobbes como uma negativa, nestas palavras, à fantasia (normativa) dos juristas sobre o conceito de autonomia do direito, diz Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung*, p. 293: «Autonomie des Rechts darf auch nicht als Allmachtsphantasie der Juristen mißdeutet werden. Daß das positive Recht virtualiter, d.h. seiner immanenten Logik nach souverän über seine möglichen Inhalte und Formen befindet, schließt nicht die – ganz anders geartete – Behauptung ein, daß ein konkretes Rechtssystem tatsächlich und gleichsam aus dem Stande in der Lage wäre, beliebige Rechtsnormen zu generieren.» Ou seja: o direito, na sua autonomia constitutiva, poderia criar normas tidas como arbitrárias, não passíveis de harmonização com as pretensões normativas do pensamento jurídico, mas nem por isso menos de direito. Com Hobbes, significa isto que: «The Authority of writers, without the Authority of the Common-wealth, maketh not their opinions Law, be they never so true. [...] For though it be naturally

Com uma conclusão forçosa: o reconhecimento da autonomia do direito, diante nomeadamente das pressões da religião, da moral, da política etc., não se dá, historicamente, a fim de transferir a sua tutela às vontades disciplinares do pensamento jurídico³⁸⁵. Perceba-se: «Dabei spielt es keine Rolle, ob der Normativitätsmaßstab für das positive Recht – also nichts weniger als das Kriterium oder die Kriterien, die Recht zu Recht machen – die »adäquate Komplexität« der Rechtsordnung im ganzen oder in Teilen sein soll oder die »Kohärenz«, die »Vernünftigkeit« oder die (diskursiv oder konsensual, prozedural oder sonstwie erreichbare) »Richtigkeit«, die Verallgemeinerungsfähigkeit oder die »Unparteilichkeit«, die »Lernfähigkeit« oder die »Offenheit«, die »Akzeptanz« oder die Rationalität (und sei es auch die »historisch und gesellschaftlich reflektierte Vernunft« als »sinnkritischer Horizont« des Rechts) oder schließlich gar die Gerechtigkeit.»³⁸⁶ De modo que, ainda que se concluísse, numa espécie de consenso virtual do pensamento jurídico, que, do ponto de vista normativo da ciência do direito, este ou aquele critério é o mais adequado para a correta e/ou justa decisão jurídica, tal critério permaneceria sendo aquilo que realmente é, uma projeção ideal – académica, reflexiva, metódica – sobre como deve(ria) ser o direito³⁸⁷. Continuaria a ser, numa palavra, um critério da ciência do direito, não um critério do direito.

À vista disto, o discurso teórico alerta que a dogmática que esteja a orientar o seu trabalho disciplinar não pelo direito mesmo, mas por pretensões reflexivas de justeza e/ou de correção normativa, não difere muito, desde o ponto de vista da sua metódica interna, das

reasonable; yet it is by the Sovereign Power that it is Law«. Pois: «*Authoritas, non Veritas facit Legem.*» «It is not wisdom, but authority that makes a law.» Thomas Hobbes, *A dialogue between a philosopher and a student of the Common Laws of England* (citado em Jestaedt, *Ibidem*, p. 296, nota 64). Ver também: Alexander Somek, *Rechtliches Recht*, cit. p. 79; Clemens Jabloner, *Die Wahrheit der Rechtswissenschaft*, cit. p. 138 ss.

³⁸⁵ «Gleichviel, wie das konkret-kontingente Recht sich entscheidet: Es ist nicht die Wissenschaft vom Recht, die kraft Eigenrechts Recht konstituieren, die auch nur dem Recht das Maß seiner Geltung und seines Inhalts setzen könnte. Pointiert: Das Recht hat im historischen Prozeß seiner Positivierung nicht die Anerkennung seiner Eigengesetzlichkeit gegenüber Religion, Moral und Politik mühsam errungen, um sie postwendend der Rechtswissenschaft gegenüber einzubüßen.» Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung*, cit. p. 295.

³⁸⁶ As palavras são de Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung*, cit. p. 297/298, que prossegue assim: «Rechtserhebliche Maßstäblichkeit kommt ihnen denn auch nur zu, soweit sie als Rechtserzeugungsbedingungen positiviert, soweit sie also Systembestandteile und damit selbst positiven Rechts geworden sind. Damit jedoch stellt sich die Frage nach einer oder besser: der adäquaten Theorie zur Erfassung, Beschreibung und Begleitung des Rechtsgewinnungsprozesses von neuem.»

³⁸⁷ «Das erste Moment [...] ist das innere Rechtsmoment „Zuständigkeit“. Wird dann gesagt: die streitige Sache hat nunmehr ihre „rechtliche“, ihre „rechtskräftige“ Entscheidung gefunden, so bedeutet das nichts anderes als: auf den Tatbestand hat sich der ihm adäquate (objektive) Rechtsakt – und anderes als „zuständige“ objektive Rechtsakte gibt es nicht – ist aber auch „rechtskräftig“, weil jeder solche Akt die Gegenstände seiner Aussagen in einer bestimmten Modalität setzt, die sich aber immer nur – auch im Falle der sogenannten Unanfechtbarkeit – auf der Stufenleiter der Wahrscheinlichkeit bewegt.» Sander, *Staat und Recht als Probleme der Phänomenologie und Ontologie*, cit. p. 177. Ou seja, e no sentido, também, do que disse acima Somek (cfr. *supra*, nota 383), está aí a indicar-se que a validade mesmo dos atos jurídicos, na sua autonomia constitutiva, independe de qualquer exigência de correção metodológica, filosófica, teórica etc. – depende antes, e, no limite, apenas, da uma correlação a um campo competencial.

tradicionais concepções jusnaturalistas na busca por fundamentos meta- e/ou suprapositivos para a determinação da validade do direito positivo. Tanto o tradicional jusnaturalista quanto o dogmático contemporâneo estão a conformar uma postura subjetiva na sua relação com o direito. Ao invés de assumirem a este na sua complexidade e relações internas, projetam sobre os seus materiais vontades disciplinares articuladas com base em fundamentos normativos subjetivos – que são produto não exatamente *do* direito, mas de reflexões *sobre* o direito³⁸⁸. Não é por outro motivo que a teoria pede ao pensamento jurídico que contenha a sua pulsão normativa, insistindo, ao mesmo tempo, na objetividade do direito. Disse-se acima: toca à teoria, uma vez reconhecida a autonomia do direito, protegê-la contra as investidas normativas da ciência do direito. Aqui está a sua razão de ser. Ao invés de conferir ao ator do direito e às ciências da aplicação do direito uma carta branca, como se estivesse a sugerir que diante do poder e da política do direito nada há o que fazer – e que, portanto, *anything goes* –, a teoria está a apontar nos processos da obtenção do direito e nas possibilidades que os seus campos competenciais delimitam o caminho a explorar teórica e metodologicamente. Sugere-se que por aí será possível encontrar os parâmetros e as finalidades do próprio direito, como que preexistentes às intenções normativas do pensamento jurídico, no âmbito das relações internas da política do direito e da determinação aí das suas competências criativas, que, não obstante resistentes à correção reflexiva, podem/devem ser conhecidas pela ciência do direito³⁸⁹.

³⁸⁸ Com Bernd Rüthers: «Hinter dem Anspruch, das „richtige Recht“ definieren zu können und über die allein „richtige Entscheidung“ einer offenen Wertungsfrage zu verfügen, steht regelmäßig die Anmaßung, im Monopolbesitz der Wahrheit in Wertungsfragen zu sein. Die *eine* Wahrheit in Wertungsfragen gibt es nur in Glaubensgemeinschaften, nicht aber in demokratischen Verfassungsstaaten.» «Die Inhalte der Rechtsordnung werden folgerichtig in demokratischen Verfassungsstaaten nicht von juristischen „Richtigkeitsexperten“ (Inhaber juristischer Wahrheiten), sondern von demokratische legitimierten Normsetzungsorganen, den Parlamenten, festgelegt.» Rüthers, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, cit. p. 21. [«Die irreführende Fiktion eines „richtigen Rechts“», p. 19 ss.] E prossegue: «Unzweifelhaft „richtiges Recht“ für alle systemrelevanten Fragen gibt es nur in totalitären Systemen, die von ihren Rechtsunterworfenen nicht nur die Befolgung des geltenden Rechts (Rechtstreue), sondern zusätzliche Glaubensbegeisterung und *Gewissenstreue* verlangen.» (p. 22) Como se sabe, a crítica de Rüthers passa por ter identificado ser esse o modo de pensar presente também na ciência do direito do nacional-socialismo alemão, o que explica a suas palavras serem tão duras.

³⁸⁹ Com Alexander Somek: «Somit wird deutlich, dass die angebliche Beliebigkeit, mit der sich rechtstheoretische Positionen beziehen lassen, ein Reflex von Ohnmacht ist. »Theoretisch« kann man ein Gericht vorführen, dass es verworren denkt oder einem Klasseninteresse dient. Im Reich des möglichen Rechts ist das möglich. In Wirklichkeit wird es nichts fruchten. Da das Gericht, weil es denkt, wie es denkt, seinen eigenen Auffassungen huldigt, wird das Verworrene zum Staatbeet des Rechts. Der Gedanke hat keine Macht.» Somek, *Rechtliches Wissen*, cit. p. 16.

b) A autonomia das ciências d(a aplicação d)o direito

Dito isto quanto à autonomia do direito, importa precipitar algumas palavras, que serão à frente aprofundadas³⁹⁰ – mas que interessa ter aqui em perspectiva –, a respeito da autonomia das ciências da aplicação do direito, e sem perder de vista a importância do poder e da política do direito. No que toca o seu funcionamento acadêmico, o primeiro ponto a destacar, desde a perspectiva metateórica da teoria, diz respeito à função da *intradisciplinaridade* na determinação do regime reflexivo da dogmática (e da metodologia). Como disciplinas autônomas, tanto a dogmática quanto a metodologia jurídicas articulam os seus enunciados a partir dos seus próprios interesses, numa perspectiva disciplinar, sabe-se já, prático-normativa, tendo ambas na práxis a sua orientação básica. Que se trate de disciplinas autônomas, significa não apenas que ambas são especiais – por conta da sua utilidade prática – diante, p.e., da filosofia do direito, da sociologia jurídica, da ética e da psicologia jurídicas, etc., mas também, e ora mais importantemente, que não estão metodicamente submetidas a reflexões e conclusões de (quaisquer) outras disciplinas. Quer dizer, a dogmática e a metodologia, como subdisciplinas jurídicas, não seguem, ou não têm, *prima vista*, que seguir, o que dizem, p.e., a filosofia do direito, a ética jurídica, etc., guiando-se, antes, desde a sua própria racionalidade interna, e de modo a executar, pois, as suas próprias atribuições disciplinares. O mesmo vale para as relações *interdisciplinares*, a considerar, neste ponto, principalmente a campo da dogmática, que, diante dos artefatos do direito, se vê na contingência de ter de importar uma série de modelos e teoremas reflexivos de natureza extrajurídica; modelos e teoremas estes que, portanto, são, ao mesmo a princípio, estranhos ao saber jurídico. Fá-lo, ademais, e de regra, de modo unilateral, sem participação da disciplina exportadora, tratando-se, na verdade, não de um verdadeiro “diálogo interdisciplinar”, mas de um “monólogo (intra)disciplinar”. De qualquer modo, não obstante o caráter monológico da importação do conhecimento extrajurídico, nem tudo está sob o controle da disciplina importadora; e o problema metodológico consiste no fato de que os modelos e teoremas importados, uma vez no interior do campo jurídico, continuam a gerar os seus efeitos “normativos” originários, alterando a racionalidade interna da sua nova morada³⁹¹. É neste sentido específico que o discurso teórico questiona hoje o uso, pelas ciências da aplicação do direito, das perspectivas normativas das suas disciplinas vizinhas.

³⁹⁰ Cfr. *infra*, p. 182 ss.

³⁹¹ Christoph Engel fala, neste sentido, no perigo de uma *Erschütterung der disziplinären Identität*, em: *Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition*, in. Das Proprium der Rechtswissenschaft, cit. p. 228 ss.

3. Teoria contra a moralização d(a ciência d)o direito?

Importa, então, salientar que uma tal problemática escapa à racionalidade de tipo prático-normativo, sendo, os problemas aí implicados, ignorados não apenas pela própria dogmática, que se dedica, afinal, a operar de um modo quase-empírico com os artefatos do direito, mas também pela metodologia e pela filosofia do direito, disciplinas igualmente afeitas àquela racionalidade³⁹². Do ponto de vista disciplinar, a tendência metódica das duas é fornecer à dogmática reflexões mais abstratas em torno da normatividade do direito, conduzindo-na, no seu trabalho com o direito positivo, até aos limites normativos da juridicidade, e, por conseguinte, às fronteiras do direito com a moral. Uma vez absorvidos pelo trabalho dogmático, os enunciados jusfilosóficos em torno do fundamento normativo do direito estabilizam-se, com a mediação da metodologia, como postulados de argumentação e/ou interpretação prático-normativa do direito; por conta da força normativa que lhes é própria, os enunciados da dogmática passam assim a encobrir, afinal, os artefatos do direito. Para o discurso teórico, isto incentiva o subjetivismo da dogmática, que assume, no sentido acima referido, como vértice do seu trabalho disciplinar não propriamente os critérios *do* direito (na sua faticidade), mas, ao invés disto, expressões reflexivas (interpretativas e argumentativas), gestadas pelo pensamento jurídico – melhor: um certo pensamento jurídico, a filosofia e a metodologia (na sua transcendência própria) –, *sobre* o direito. A problemática teórico-metodológica que assim se afigura diz respeito aos problemas relativos à absorção, no trabalho de enunciação dogmática, da discussão em torno da relação normativa entre

³⁹² É diante disto que Marietta Auer diz ser hoje necessário renovar não apenas a perspectiva da teoria, mas também a da filosofia do direito. «Was bleibt nach alledem aber noch für die klassische Grundlagendisziplin „Rechtsphilosophie“ übrig? [...] Wie erwähnt liegt ihr hergebrachtes Aufgabengebiet nicht in der analytischen Rechtstheorie, sondern vielmehr gemäß der Tradition des Vernunftrechts in der normativen Gerechtigkeitstheorie des Rechts. Sollte sich die Rechtsphilosophie künftig also wieder ganz im Sinne dieser Tradition auf die Frage nach dem guten, richtigen, gerechten Recht beschränken? Die Frage dürfte selbst dann, wenn man ein solches Forschungsziel für sinnvoll und fruchtbar hält, klar zu verneinen sein.» (p. 39) Em diálogo com Eric Hilgendorf, Auer posiciona-se contra aquilo que chama de *Selbstreferenzialität der gegenwärtigen normativen Rechtsphilosophie*, interessando-lhe criar, no âmbito da sua proposta de nova teoria, uma ponte entre as inovações cognitivas da teoria e a capacidade reflexiva, própria da filosofia, de pensar os conceitos fundamentais da ciência do direito, isto é, os conceitos centrais das ciências jurídicas, nos seus respectivos setores académicos. «Vor diesem Hintergrund gerät die Rechtsphilosophie allzu leicht zu einem autoimmunisierenden Theoriediskurs, der sich selbst dann in gefälliger Selbstbespiegelung übt, wenn er mit dem Anspruch auftritt, kritisches Maß einer nach denselben normativen Maßstäben der Überlegenheit des westlichen moralischen Universalismus verfahren Rechtsdogmatik zu sein.» (p. 39/40) Ao perguntar-se se afinal a própria visão tradicional da filosofia do direito não seria para tanto já suficiente, diz: «Nein, weil die Disziplinbezeichnung „Rechtsphilosophie nach allem Gesagten noch wesentlich stärker als das modernere Konkurrenzprodukt „Rechtstheorie“ den inhaltlichen Stempel der Debatten des 19. und 20. Jahrhunderts trägt, der für viele Fragen der Rechtsentwicklung der Gegenwartsgesellschaft schlicht obsolet ist. Wenn es um multidisziplinäre Theoriefragen der gegenwärtigen Rechtswissenschaft geht, erscheint es daher vorzugswürdig, von „Rechtstheorie“ zu sprechen [...]. Gegenwärtig erscheint es daher als die beste Option, die weitere Entwicklung der Disziplinbezeichnungen im juristischen Grundlagenbereich abzuwarten und sich einstweilen mit dem Begriff „Rechtstheorie“ als vorläufige Chiffre für das „Dazwischen“ multidisziplinärer Erneuerung zu bescheiden.» Auer, *Rechtstheorie*, cit. p. 57/56.

a juridicidade e a moralidade levada a termo pela filosofia e pela metodologia. Desde a perspectiva do discurso teórico, em razão mormente da sua insistência na objetividade do direito – isto é: insistência na necessidade de objetividade do pensamento jurídico acadêmico –, pode concluir-se que as discussões estritamente normativas têm conduzido, como que inevitavelmente, a uma moralização do direito, quer dizer, mais precisamente: a uma moralização das ciências da aplicação do direito.

Ao assumir-se crítica da moralização do direito, a teoria não está a dizer que o direito mesmo, na contingência dos seus processos, deve/pode ser mantido distante da moral – e então da religião, da política, etc. (perceba-se: uma tal postura seria tomar partido, desde logo, na problemática normativa) –, mas sim que o pensamento jurídico, e de modo particular a dogmática, não deve/pode assumir, em razão precisamente da sua utilidade prática, fundamentos normativos que não os critérios do próprio direito; não deve/pode, pois, moralizar o seu trabalho disciplinar. O alvo da negativa não é, portanto, o direito enquanto tal, mas a ciência do direito. Sem negar que o direito, na sua materialidade, se nos apresenta desde logo atravessado pelos valores e signos da moral, e então da religião, da política etc., a teoria está a dizer, com isto, como (não) deve/pode comportar-se o pensamento jurídico acadêmico. Com efeito, os processos do direito catalizam, e cristalizam nas suas expressões fenoménicas, o *continuum* comunitário dos valores socialmente dominantes. Isto não significa, porém, que a ciência do direito deva/possa analisá-lo, ela própria, desde uma perspectiva moral, como se tivesse de buscar a ancestralidade axiológica dos artefatos com que lida.

Como que num processo de transubstancialização, os processos jurídicos conferem juridicidade a realidades de início extrajurídicas; uma vez cumpridas as condições para tanto, tais realidades ganham o status jurídico, e compõem assim a realidade do direito³⁹³. Ou seja, para a teoria, o problema metódico da moralidade coloca-se não no âmbito da obtenção do direito – e, portanto, numa cisão entre o Direito e a moral –, mas no âmbito das reflexões académicas do pensamento jurídico, isto é, do conhecimento jurídico, e não da produção do direito³⁹⁴. Significa

³⁹³ Uma vez que se cristalizam as expressões fenoménicas do direito, é dizer: constituídos os seus artefatos, é o direito que ali está, e já não a moral, ou seja, as finalidades estabilizadas no (e pelo) direito positivo são agora *do* direito – fazem parte da política *do* direito –, não da moral. No âmbito, então, interno do direito, e pode já dizer-se: da política do direito, trata-se de considerar as condições para a produção/revogação competente do direito, mas não valorações de alguma sorte morais. «Die Einseitigkeit des Rezeptionsverhältnisses lässt sich noch plastischer belegen, stellt man die Eigenheit modernen Rechts als prozesshaft-dynamisch, d.h. als Erzeugungszusammenhang, in Rechnung: Bestimmte moralische oder Gerechtigkeitsvorstellungen bedürfen ihrerseits zunächst der rechtlichen Rezeption und Positivierung [...], bevor sie auf der nächsten Rechtserzeugungsstufe auch inhaltlich orientierende Wirkung zu entfalten vermögen.» Jestaedt, *Theorie*, p. 40.

³⁹⁴ No limite, trata-se, portanto, e realmente, é de uma autonomização, e não exatamente de uma cisão entre o Direito e a moral. Ou, se se quiser propor-falar em cisão: trata-se então de uma cisão reflexiva entre a ciência

isto que a diferenciação entre moralidade e juridicidade, reconhecido aquele *continuum* no âmbito material dos processos jurídicos, é, já ela própria, uma criação da ciência do direito. A consideração da eticidade, da moralidade, da correção, da justiça do direito resulta, em suma, e neste sentido, das atividades reflexivas do pensamento jurídico; os valores ditos propriamente jurídicos, a diferirem, pois, dos valores meramente morais, são, desde o ponto de vista teórico, valores, na verdade, da ciência do direito, não do direito mesmo³⁹⁵. O mesmo vale para o tema dos «fatos do direito», aos quais somente os atores do direito têm acesso imediato, mas já não os acessa, percebe-se, o dogmático, ou o cientista do direito em geral. Quer dizer, o campo da dogmática está limitado ao resultado dos processos da obtenção do direito, aos seus artefatos, ao passo que os *fatos brutos do direito* são um fenómeno interior a tais processos. Assim como a teoria pede, portanto, que a dogmática não moralize o seu trabalho disciplinar, pede também que não tente interpretar o direito positivo a partir de uma suposta compreensão dos fatos sociais, havendo que restringir os seus enunciados disciplinares aos enunciados próprios do direito³⁹⁶. Pede-o, no entanto, não porque

do direito e a moral. «*Reflexiva*» em contrapartida, precisamente, à dimensão «*real*», concreta, material, do Direito. Pois a “cisão” dessarte em questão está a ser operada, na verdade, no campo da ciência do direito, do pensamento jurídico, e não propriamente do direito, que não obstante autonomiza-se da moral por meio dos seus processos e das suas interações constitutivas próprias. De qualquer modo, a importância metodológica do tema tem a ver com a autonomia da ciência do direito, sobretudo da dogmática jurídica, no seu trabalho com o direito. Quão autónoma deve/pode ser a dogmática diante do direito mesmo? Deverá/poderá mobilizar quaisquer critérios normativos, mesmo aqueles não oferecidos pelo próprio direito, no seu trabalho disciplinar com o direito positivo? Deverá/poderá colocar no vértice das suas interpretações e sistematizações critérios da moralidade e/ou da justiça? Cfr. Jestaedt, *Methoden(r)einheit und Disziplinenvielheit*, cit. p. 233 ss. Sobre a relação entre direito e moral, Somek sugere considerar que o direito é já moral, sendo impossível, se não redundante, fundamentar uma sua validade própria. Na sua proposta para a reconstrução da metodologia jurídica, Somek propõe que se autorize aos argumentos metodológicos a defesa explícita de posicionamentos políticos – pois a metodologia seria já desde logo politicamente orientada –, tocando à metodologia, assim orientada, cuidar das relações de poder que compõem por dentro o próprio direito, ao invés de limitar-se a argumentações e interpretações pretensamente genuinamente jurídicas, que, como tal, operariam, diz Somek, uma espécie de *gigantische juristische Syllogismus* para relacionar a justiça e a práxis do direito. Ver Somek, *Rechtliches Wissen*, cit. p. 99 s. [«Unbestimmtheit der Geltung und Bestimmtheit des Inhalts»], p. 100 s. [«Der Zerfall der Geltungstautologie»], p. 105 ss. [«Demokratisierung der Jurisprudenz?»]. Para Somek, o reconhecimento teórico da desintegração do problema da validade do direito, dito de carácter meramente metacontroverso, bem como o desencantamento com o conceito de sistema (*Entzauberung des Rechtssystems*) seriam, ademais, condições necessárias para a democratização do pensamento jurídico, e, pois, da metodologia, evidenciando a índole desde sempre política das suas argumentações e interpretações ditas jurídicas. Em sentido semelhante, cfr. Bernd Rüthers, *Das Ungerechte an der Gerechtigkeit*, cit. p. 62 ss.

³⁹⁵ Isto não afasta, cumpre salientar, a relevância ou mesmo a necessidade da reflexão jusfilosófica em torno da moralidade/eticidade e da juridicidade do direito. O que está a dizer-se é que esse não é o horizonte disciplinar próprio da teoria, que, com um discurso estritamente teórico, trata da autonomia do direito nos limites da sua realidade própria, sem referência a vínculos normativos. Sobre as «*Varianten des Verbindungsmodells*», cfr. Andreas Funke, *Die Konstellation der Rechtssicherheit. Zwei Thesen des Rechtspositivismus im Lichte pragmatischer Hermeneutik*, cit. p. 49-72; Armin Engländer, *Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts*, cit. p. 2 ss. e 89 ss.

³⁹⁶ Se se quiser chamar a esta postura metódica de positivista-normativista, como o faz Matthias Jestaedt, impõe então salientar que a outra opção seria uma indiferenciação como que jusnaturalista, aí sim, neste último caso, com a naturalização da moralização d(a ciência d)o direito, facilitando a diluição do pensamento jurídico em visões de mundo alienígenas. Crítico de Jestaedt: Christoph Möllers, *Vorüberlegungen*, cit. p. 160-163. Ver também: Alfred Verdross, *Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers* (1916), in. *Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit. p. 1546. Sobre a perda de sentido teórico hoje da diferenciação positivismo/não-positivismo, cfr. Marietta Auer, *Rechtstheorie*, cit. p. 38-41 [«Themenzerfall der klassischen Grundlagenforschung?»]. Impõe destacar que Somek, por sua vez, assume

pretende esconder da dogmática, por assim dizer, os fatos do direito, mas porque, na verdade, a dogmática, e o pensamento jurídico em geral, não tem com eles real comunicação³⁹⁷. Os únicos fatos com que é capaz de lidar são os fatos produzidos pelo direito, os artefatos jurídicos, produtos dos processos da obtenção do direito³⁹⁸. Neste sentido, e em suma, as propostas de ordem epírico-

uma postura explicitamente pós-positivista, cfr., p.e., o seu *The Legal Relation*, cit. p. 4 ss, p. 17 e 19; ver também *supra* nota 282.

³⁹⁷ Cfr. Winfried Hassemer, *Dogmatik zwischen Wissenschaft und richterlicher Pragmatik*, cit. p. 3/17.

³⁹⁸ Os perigos inerentes a uma ciência do direito que se permite psicologizar e/ou sociologizar a suas funções reflexivas soube bem identificar Hans Kelsen, no seu clássico *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, 1920, 2. A., p. VII: «Da ich das Recht als ein selbständiges, insbesondere von der Natur verschiedenes System betrachtete, so wie es ja alle Juristen tun, wenn sie sich darüber auch nicht immer Rechenschaft geben, da ich somit die Rechtswissenschaft so nehme, wie sie sich in ihren besten Vertretern gibt und stets gegeben hat: als eine nach Gegenstand und Methode selbständige, insbesondere von der Naturwissenschaft verschiedene Disziplin, so weise ich die Berufung auf ‚Wirklichkeit‘ oder ‚Praxis‘ als Berufung auf ein anderes Erkenntnisssystem, eine andere und daher der juristischen Ausgangsposition wesensfremde Theorie – nämlich eine meist recht naive Theorie der natürlichen Tatsachen – somit als Rekurs an eine inkompetente Instanz zurück. Darin gerade liegt ja die alle ‚Wissenschaft‘ erst ermöglichende Reinheit, daß die Erkenntnis innerhalb der ihr durch Gegenstand und Methode gezogenen Grenzen bleibt. Daß diese Grenzen gerade für die Rechtswissenschaft sehr enge sind, zögere ich nicht, selbst auf die Gefahr hin einzugestehen, daß dadurch ihre Bedeutung im Gesamtsysteme der Wissenschaft erheblich vermindert wird; aber ich begreife, daß dies all denen tief beklagenswert erscheinen muß, die als ‚Juristen‘ sich berufen glauben, so ziemlich alles zu verstehen, und mit juristischen Argumentationen ebenso Probleme der Psychologie und Soziologie zu lösen, wie Forderungen der Politik zu honorieren gewohnt sind. Daß sie dabei jene spezifisch ‚juristische‘ Logik entwickeln müssen, die Jurisprudenz im Kreise echter Wissenschaft längst um jedes Ansehen gebracht und den Juristen im Bewußtsein des Volkes zu einem Rabulisten gemacht hat, ist freilich eine nicht zu übersehende Nebenwirkung dieser Kompetenzüberschreitung.» Não obstante os limites metodológicos aí evidentes – desde logo: a ausência de pluralismo e a delimitação metódica de modo apenas descritivo-normativo –, que não permitem a Kelsen compreender nitidamente a multiplicidade disciplinar-metodológica das ciências jurídicas, e, por conseguinte, o funcionamento da intradisciplinaridade, o que se diz aí – tendo por objeto não a totalidade do pensamento jurídico, mas apenas a dogmática (normativa) – é, com efeito, essencial. A objetividade do pensamento jurídico académico é, no entanto, um problema de delimitação (intra)disciplinar, algo que, insista-se, escapa a Kelsen. Uma única disciplina/metodologia é incapaz de a tudo conhecer-abarcar. Daí decorre que uma das funções fundamentais de uma análise *meta* das ciências do direito é a de destacar, o mais claramente possível, as fronteiras intradisciplinares das disciplinas e subdisciplinas jurídicas, chamando-as à consciência metodológica acerca daquilo que fazem no seu trabalho interno. Visto isto como o programa básico de uma teoria *das ciências* do direito [que será tratado no capítulo VIII], não é possível, então, seguir hoje com Kelsen, ou fazê-lo sem ampliar as suas teses próprias, que, preso a uma visão no singular da ciência do direito – a considerar apenas a racionalidade da dogmática jurídica, e muito embora tampouco com uma clara teoria da dogmática –, não está em condições de envolver na sua metodologia os problemas da pluralidade das ciências do direito e da sua intradisciplinaridade. A tematização da sociologia jurídica, da história do direito, da psicologia e da ética dá-se, com Kelsen, fundamental e insistentemente pela negativa, de modo a assentar o seu não pertencimento à ciência do direito, e a fim de demandar, com a sua proposta de purificação, a não-comunicabilidade disciplinar. Contudo, o edifício da ciência do direito (já) não é habitado por apenas *uma* ciência (objetiva e descritiva) do direito (positivo), e a marginalização reflexiva das demais ciências do direito em nada contribui, na verdade enfraquece substancialmente a capacidade reflexiva do pensamento jurídico. Ver neste sentido, Thilo Kuntz, *Recht als Gegenstand der Rechtswissenschaft*, cit. p. 870 ss. Afinal, pergunte-se a Kelsen: não há ciência do direito para além da descrição exata do direito positivo? Não terá a própria dogmática também outras tarefas, por exemplo: referir o direito de *lex ferenda*? Todas as ciências do direito, melhor, todo o conhecimento que se produz sobre o direito trabalha sob o pressuposto/a ficção de uma *Grundnorm*? Enfim... Além de não abarcar metodologicamente uma série de subdisciplinas jurídicas e a intradisciplinaridade do pensamento jurídico, a visão unidimensional de Kelsen alimenta o perigo de, com a purificação da ciência do direito – ao expurgar do seu edifício toda e qualquer metodologia que não seja descritivo-normativa do direito positivo –, culminar-se num (auto)isolamento e numa (auto)neutralização do “conhecimento do direito” – que, dada a sua limitada capacidade reflexiva, já terá pouco a ver com um verdadeiro conhecimento. Ver Matthias Jestaedt, *Methoden(r)einheit und Disziplinenvielfalt – Das unvollendete Vernunftwissenschaftskonzept der Reinen Rechtslehre*, p. 219-236; *Was die Reine Rechtslehre nicht leitet – Anspruch und Horizont einer beschränkten Theorie*, in: ZÖR, 2011, p. 201-213, especial. 207 ss.; Horst Dreier, *Hans Kelsens Wissenschaftsprogramm*, cit. p. 81 ss.

sociológica e axiológico-filosófica, quando voltadas nomeadamente para a conformação metódica da dogmática, a esta parece que mais confundem do que realmente orientam; alimentam, neste sentido, insista-se, mais a subjetividade do que a objetividade do seu trabalho disciplinar³⁹⁹.

³⁹⁹ Não deixa de soar estranha, neste sentido, a conclusão de Marietta Auer: «Rechtswissenschaft ist genau dann eine relevante Wissenschaft, wenn sie etwas Relevantes über unsere Gesellschaft auszusagen hat. [...] Das Erkenntnisziel einer theoretisch anspruchsvollen Rechtswissenschaft [...] umfasst [...] den Anspruch einer multidisziplinären Gesellschaftstheorie, betrachtet durch das Medium des Rechts. Das Erkenntnisobjekt einer solchen gesellschaftstheoretischen Rechtswissenschaft ist nicht oder jedenfalls nicht in erster Linie das Recht um seiner selbst willen, sondern vielmehr das Recht als aus vielfältigen Perspektiven zu beobachtendes Medium der Gesellschaft, als Symptom sozialer Entwicklungen und vor allem sozialer Deformationen.» Auer, *Rechtstheorie*, cit., p. 51. Talvez explique-se isto pela influência que Kantorowicz exerce na sua visão de teoria.

V

O porquê da (con) fusão das autonomias jurígenas.

“É tudo uma questão de interpretação...”

Viu-se que o direito, de um lado, e as ciências do direito, do outro, encerram racionalidades-métodos autónomos, mutuamente inconfundíveis, representando, cada qual, um campo de sentidos, e um horizonte institucional, próprio. Uma adequada compreensão da ciência do direito, das suas atribuições académicas, desideratos e capacidades reflexivo-disciplinares, depende de uma igualmente adequada compreensão do direito *em si*, é dizer: da realidade do direito, tendendo, do contrário, as reflexões metatóricas a induzir ao subjetivismo o pensamento jurídico. Daí que a nova teoria, interessada na objetividade do pensamento jurídico, intente articular as consequências metodológicas da autonomia do direito no âmbito das ciências da aplicação do direito. Importa considerar, neste capítulo, os problemas que o desconhecimento, quando não já a recusa, da diferenciação entre as autonomias jurígenas, nos termos referidos, acaba por engendrar. Representativo de uma tal postura, analisa-se, a seguir, a repercussão, no âmbito da reflexão metodológica, do discurso hermenêutico de Hans-Georg Gadamer e da sua tendência a reduzir o direito a um fenómeno interpretativo. Ao (con)fundir, melhor: indiferenciar, sob o conceito da *applicatio*, os campos do direito e da ciência do direito, a fenomenologia hermenêutica conduz, mais ou menos (in)conscientemente, a um perigoso *casuismo judicial*, e, também, ao encobrimento da realidade do direito. As consequências do seu construtivismo linguístico revelam-se particularmente problemáticas quando analisadas na perspectiva do trabalho dogmático, que, deprovido então de uma orientação metódica objetiva, degradingola no subjetivismo argumentativo, transformando-se, ao fim e ao cabo, de disciplina académica em plataforma jurídico-política. Do ponto de vista da análise teórica, dá-se isto, muito pontualmente, da seguinte forma: reduzidos os problemas do direito a uma questão de interpretação, também o trabalho da dogmática vê-se, pois, concebido como mera interpretação, escapando-lhe, em razão da abstração aí implicada, o fenómeno real da «política do direito»; tendo de referir o direito não apenas de *lex lata* mas também de *lex ferenda*, a dogmática passa a substituir, no âmbito das suas considerações normativas, as vontades constitutivas do direito, produtos da política da produção do direito, pelas suas vontades disciplinares, interpretativa e argumentativamente orientadas, atuando, assim, como se fosse ela própria uma instância da política do direito. No intento de desfazer uma tal (con) fusão, a teoria

recupera algumas diferenciações teóricas básicas, essenciais, ademais, para o cuidado metodológico do pensamento jurídico; são as diferenciações, já referidas, entre questões de *competência* e questões de *método*, entre fontes da *produção* e fontes do *conhecimento* do direito, entre criatividade *normativa* do direito e criatividade *reflexiva* da ciência do direito.

1. Teoria d(os processos d)a obtenção do direito

Como expressão da reabilitação do discurso teórico, a teoria da obtenção do direito diverge da compreensão tradicional do conceito de obtenção do direito – gestado, disse-se já, no âmbito disciplinar da metodologia –, que, adstrito à instância judicial, deixa de representar a totalidade dos processos do direito⁴⁰⁰. Além disto, ao apostar na perspectiva interpretativa, faz prevalecer uma postura como que holística, que indiferencia, melhor: promove a (con) fusão entre as racionalidades-métodos do direito e da ciência do direito. Isto, por sua vez, conduz a uma idealização das capacidades disciplinares das ciências da aplicação do direito, e muito especialmente da dogmática⁴⁰¹. Ao destacar a in(con)fundibilidade das autonomias jurígenas, entenda-se: a

⁴⁰⁰ Com Martin Kriele, por exemplo, e paradigmaticamente, o conceito é reduzido à «interpretação» e à *Auslegung*, com o alcance da sua metodologia restrito à práxis jurisprudencial. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, cit. p. 13, nota 1. Ver também, afunilando no âmbito judicial e frisando o caráter analógico da realização do direito, Arthur Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung*, cit. especial. p. 89 e 91 ss. Ainda: Franz Bydliniski, *Juristische Methodenlehre*, cit. p. 11 ss. e 16 e 19 ss.; *Die normativen Prämisse der Rechtsgewinnung*, in. *Rechtstheorie*, 1985, p. 1-64, com a identificação aí da *Rechtsgewinnung* com a esfera normativa da *Rechtsanwendung*.

⁴⁰¹ O problema teórico-metodológico da representação tradicional, prático-normativa, da obtenção do direito, com a sua redução, insista-se, ao âmbito judicial, é culminar em concepções pouco realistas acerca das capacidades do pensamento jurídico acadêmico, estimulando um imaginário metodologicamente impreciso, e, ao fim e ao cabo, perigoso, acerca das relações entre a dogmática e a práxis do direito. A partir da diferenciação institucional entre os campos do direito, de um lado, e da ciência do direito, do outro, a teoria interessa-se, por sua vez, pelas componentes integrativas dos processos da obtenção do direito, percebidos na sua pluralidade e autonomia constitutiva frente às interpretações e argumentações do pensamento jurídico. O conceito deixa assim de ser uma representação atomizada, e atomizante, da atividade jurisprudencial, para abarcar a totalidade dos campos e processos, e dimensões, da criação do direito. Com uma representação integral do funcionamento, da racionalidade-método, constitutivo do direito, chega-se a uma compreensão mais alargada das suas relações com a ciência do direito, e principalmente com a dogmática e a metodologia. Sobre estar-se, desta feita, diante de uma mudança de paradigmas no entendimento da obtenção do direito – agora pluralista e multidimensional –, cfr. Matthias Jestaedt, *Richterliche Rechtsetzung statt richterliche Rechtsfortbildung*, cit. p. 62 ss. [«Paradigmenwechsel bei der Konzeption der Rechtsgewinnung»]; no seu *Das mag in der Theorie*, cit. p. 44: «Während die Ausarbeitung einer *judikativen* Rechtsgewinnungstheorie am weitesten gediehen ist – wird sie doch seit jeher an den Phänomenen des Richterrechts und der richterlichen Rechtsfortbildung diskutiert und geschärft –, und eine *legislative* Rechtsgewinnungstheorie weithin fehlt – die Diskurse über die sogenannte „Verfassungskretisierung“ (genauer: über die Konkurrenz gesetzgeberischer und verfassungsgerichtlicher Befugnisse zur „Verfassungskretisierung“) sowie über den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum legen davon beredtes Zeugnis ab –, bewegt sich der Ausarbeitungsstand einer exekutiven, genauer: *administrativen* Rechtsgewinnungstheorie – wie namentlich die Diskussionen über den Rechtscharakter von Verwaltungsvorschriften auf der einen und über das methodologisch-dogmatische Profil von Ermessen und Beurteilungsspielraum auf der anderen Seite verdeutlichen – sozusagen zwischen diesen beiden Polen (dabei handelt es sich selbstredend nur um eine Momentaufnahme; derzeit scheinen die größten Fortschritte bei der Einbeziehung rechtsgewinnungstheoretischer Erkenntnisse im Verwaltungsrecht erzielt zu werden).»

impossibilidade de uma sua (con)fusão metodológica, a teoria tenciona indicar um caminho metódico mais adequado aos trabalhos dogmáticos. Importa perceber, igualmente, que a redução metodológica do direito – na verdade, da ciência do direito – a problemas interpretativos coloca em risco a autonomia do direito, mas também, e talvez mais perigosamente, a do pensamento jurídico acadêmico.

2. O erro da Hermenêutica

As reflexões teórico-metodológicas do século 20, pôde ver-se supra, têm como pedra angular das suas propostas um muito específico argumento contra a *Begriffsjurisprudenz* – mais especificamente, contra a sua concepção lógico-dedutiva e politicamente neutra da atividade judicativa –, a saber: a constatação do *caráter criativo da interpretação* do direito. Reconhece-se, desta feita, a liberdade interpretativa dos atores d(a obtenção d)o direito, e desmente-se, ao mesmo tempo, a tese de que a norma abstrata poderia, por conta de uma sua força normativa intrínseca, vincular, ela própria, as atividades jurídicas vindouras⁴⁰². Com isto, a formação do vínculo jurídico, disse-se, até então encarada *more geometrico*, como um dado *a priori*, passa a ser compreendida na dependência de problemas e juízos (axiológicos) concretos para cujo tratamento as previsões abstratas oferecem, pode dizer-se, uma possibilidade metodológica, mas não uma necessidade normativa.

Até aí, tudo bem. Talvez seja possível ver nisto um consenso geral do pensamento jurídico novecentista⁴⁰³. Equivaleria, contudo, a jogar a criança com a água do banho, se, uma vez reconhecido o equívoco do postulado da neutralidade valorativa da interpretação, negasse-se também – como se se trasse de uma consequência metódica necessária – a existência mesmo de

⁴⁰² «[Zwar bestimme] durch das Gesetz [...] die Staatsgewalt, was als Recht gelten soll. Aber es ist noch kein geltendes Recht, es ist nur ein *Plan*, nur ein *Entwurf* einer zukünftigen *erwünschten* Rechtsordnung, was der Gesetzgeber von sich aus fertig zu bringen mag [...]. So hat sich die Gesetzgebung dabei zu bescheiden, daß sie der Herstellung einer wirklichen Rechtsordnung blos gebieterisch den Weg weisen kann. Um die Herstellung für alle Fälle zu *sichern*, hält der Staat neben, ja vor allem Gesetzgebungsapparat eine andere Rechtsanstalt, das Richteramt bereit. Die richterliche Thätigkeit hilft das vom Gesetz nur begonnene Rechtsordnungswerk fortführen und vollenden. [...] [Das] richterliche Urtheil ist eine Willenserklärung und zwar, ähnlich wie das Gesetz, eine von der *Staatsgewalt* erlassene *Rechtswillenserklärung*. [...] [E]rst mit den richterlichen Rechtsbestimmungen spricht die rechtsordnende Staatsgewalt ihr *letztes Wort!*» Oskar Bülow, *Gesetz und Richteramt*, 1885, cit. p. 2, 3/4, 6/7. Ainda: «[D]ie Rechtsbestimmung [ist nicht] schon unmittelbar vom Gesetz gegeben: sie wird erst von den Beteiligten, hier erst vom Richter gefunden.» (p. 46.)

⁴⁰³ No âmbito da metodologia: Philipp Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, cit. p. 9 ss. No âmbito da teoria: Hans Kelsen, *Zur Theorie der Interpretation*, cit. p. 1364 s. Recentemente: «Es ergibt sich aus den bei jedem Rechtsgewinnungsvorgang auftretenden Freiräumen, in denen der Rechtsanwender nicht mehr durch die anzuwendende höherrangige Rechtsnorm (heteronom) determiniert ist, sondern (autonom) eigene subjektive Komponenten in das Recht implementieren kann.» Thomas Elsner, *Das Ermessen*, cit. p. 124. Ver também Alexander Somek, *Rechtliches Wissen*, cit. p. 76 s.

algo a interpretar, isto é, a preexistência d(sentido d) o *objeto* interpretativo relativamente ao *sujeito* da interpretação. Quer dizer, não é porque o produto subjetivo da interpretação cristaliza algo que transcende o objeto da interpretação, que o ato interpretativo, na sua atividade forçosamente criativa, estaria assim a anular-suprimir a precedência do objeto enquanto objeto material; pois por mais subjetiva que seja uma dada interpretação, o objeto não perde a sua objetividade. Isto, em certa medida trivial, não o soube destacar, no entanto, a hermenêutica fenomenológica, cujo discurso – imunizado com uma filosofia linguística que se quer ontológica, a ontologizar, pois, a existência humana como experiência histórica da linguagem – acaba por representar uma negativa ao entendimento do direito como objeto preexistente, e, desta forma, como uma realidade que tem uma racionalidade-método próprio⁴⁰⁴. É assim porque o olhar hermenêutico percebe como se fosse uma quimera, uma espécie de autoengano exegético, a ideia de um conteúdo de sentido preexistente ao ato interpretativo⁴⁰⁵. Pois, para a fenomenologia hermenêutica, a linguagem interpretativa, isto é, a linguagem do intérprete, antecipa-se ao sujeito e chega sempre antes, e, por conta disto, como que usurpa de objetividade o objeto mesmo – encoberto então pela linguagem –, transformando-o num produto antes da (inter)subjetividade do intérprete.

⁴⁰⁴ Na perspectiva das tradicionais teorias da interpretação, objetiva e subjetiva, pode considerar-se a hermenêutica, sob a influência de Hans-Georg Gadamer, uma espécie de herdeira oficial das intenções da teoria objetiva, segundo a qual o que importa na determinação do sentido normativo do direito não é exatamente a análise da vontade constitutiva do direito – i.e.: o conteúdo de sentido que o ator competente para a produção do direito buscara inscrever quando da enunciação da norma do direito –, mas uma espécie de «vontade da norma», que haveria que ser definida, no horizonte da sua aplicação concreta, por meio de interpretações sócio, cultural e historicamente atualizantes; ou seja: não a real vontade constitutiva do direito (dada *ex ante*), mas o resultado de uma proposição hermenêutica (*ex post*). «Der Methodologische Optimismus der sogenannten objektiven Interpretationslehre wird in seiner langen unangefochtenen Selbstsicherheit erschüttert durch die hermeneutische Grundeinsicht, daß Auslegung mehr schöpferisch-volitve Elemente beinhaltet denn feststellend-kognitive, daß sie mehr akteurbezogenes Geschehen bedeutet denn aktbezogener Nachvollzug von Geschehenem. Richtete die objektive Auslegungslehre noch ihre ganze Aufmerksamkeit auf den Akt der Auslegung, so wendet die neue Lehre ihr Augenmerk dem Akteur der Auslegung zu.» Jestaedt, *Verfassungsgerichtspositivismus*, cit. p. 197. Também sobre a correlação entre a teoria objetiva e a hermenêutica geral (gadameirana), cfr. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, cit. p. 100. Sobre o funcionamento da teoria objetiva, que, segundo Bernd Rüthers, deveria chamar-se teoria subjetiva – pois expressaria, na verdade, a *vontade subjetiva* do intérprete –, diz o autor: «Einen Text zu verstehen setzt voraus, daß man die Situation kennt und begreift, auf die dieser Text eine Antwort geben soll. Das gilt auch und ganz besonders für Gesetzestexte. Der Versuch einer Auslegung nach dem schlichten („vernünftigen“) Wortlaut ist einer Freiballon-Fahrt vergleichbar. Der Text wird aufgelassen wie ein Luftballon, und der Wind des jeweiligen Zeitgeistes treibt ihn, wohin er will. Eine Chance des Normgebers, seine konkreten Gestaltungsziele zu verwirklichen, besteht dann nur im Rahmen der Schwankungen des Zeitgeistes, vertreten durch die Rechtsanwender. Die herrschende Lehre und Praxis bezeichnen dieses Auslegungsverfahren überraschend als die „objektive Methode“. Sie schafft den *subjektiven* Meinungen der Rechtsanwender weite Freiräume.» Rüthers, *Das Ungerechte an der Gerechtigkeit*, cit. p. 64.

⁴⁰⁵ «[D]ie auszulegende Norm [sei] nichts dem Interpreten Vorgegebenes [...], welches dieser nur mittels kognitiver Operationen zu erkennen habe. Vielmehr vollende sich die auszulegende Norm erst im Prozeß der vergegenwärtigenden Auslegung. Eine „lex ante casum“, also ein fallunabhängig bestehendes Gesetz, sei eine Chimäre, die Vorstellung einer präexistenten Norm, die in concreto nur mehr fallgerecht angewendet werden müsse, dementsprechend Selbsttrug. „Die Rechtsnorm muß vielmehr überhaupt erst gemacht werden.“ Der Normsetzer schaffe zwar den Normtext; dieser sei aber lediglich die Grundlage, auf der sich im Wege juristischer Argumentation die Normerzeugung vollziehe. [...] Vom Schöpfungsprodukt des Normgebers zum Schöpfungsakt des Normanwenders.» Jestaedt, *Verfassungsgerichtspositivismus*, cit. p. 199.

No universo jurídico, significa isto corroborar a tese de que o sentido da «norma do direito» seria um fenómeno *a priori* incognoscível, concebível apenas *a posteriori*; o sentido normativo dos textos do direito viria ao mundo a partir da mediação do intérprete, como o resultado d(o resultado d)a interpretação⁴⁰⁶. O fundamento hermenêutico-filosófico de uma tal concepção é, como se sabe, o preceito gadameriano segundo o qual a compreensão do texto seria necessariamente dependente da sua *applicatio* (*Anwendung*), é dizer, da sua concretização histórica. «Verstehen ist [...] immer schon Anwenden». Pois «Applikation [...] ist erst das wirkliche Verständnis des Allgemeinen selbst, das der gegebene Text für uns ist.» Neste sentido, proclama Gadamer «als das wahrhafte Gemeinsame aller Formen der Hermeneutik [...], daß sich in der Auslegung der zu verstehenden Sinn erst konkretisiert und vollendet.»⁴⁰⁷ Como consequência, conclui-se, no âmbito específico da hermenêutica jurídica⁴⁰⁸, que a interpretação e a compreensão do sentido normativo do texto da norma não poderiam ser separadas da sua aplicação-integração histórica; representando o texto um simples esboço de sentidos, somente com a sua concretização seria possível integrar o seu conteúdo normativo⁴⁰⁹. Desde o ponto de vista da práxis, significa isto que a interpretação-integração dos sentidos d(as normas d)o direito dar-se-ia somente com o momento da sua formação judicial, com a referência a um problema concreto específico⁴¹⁰, concluindo-se que a norma(tividade) do direito resultaria, afinal, da atividade judicial⁴¹¹.

⁴⁰⁶ Na clássica expressão de Gustav Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, cit. p. 161.: «Die Auslegung ist das Ergebnis – ihres Ergebnisses.» (cfr. *supra*, nota 263) Ver também Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 2. Aufl., 1964, p. 250 ss.; Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit. p. 34 e 55; Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, cit. p. 126 ss. e 130; recentemente, Axel Adrian, *Grundprobleme einer juristischen (gemeinschaftsrechtlichen) Methodenlehre*, cit. p. 91.

⁴⁰⁷ Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 2. Aufl., 1965, p. 292 e 323.

⁴⁰⁸ «In die juristische Hermeneutik übersetzt liest sich dies wie folgt: Der Glaube an eine »lex ante casum«, an eine »nur« noch anzuwendende präexistente Norm ist ein Irrglaube, »die Rechtsnorm muß vielmehr überhaupt erst gemacht werden«. Der vom Gesetzgeber geschaffene Normtext enthalte nicht schon die Norm; er sei lediglich die Grundlage für deren Erzeugung, die sich im Wege juristischer Argumentation vollziehe. Konkretisierung sei weniger »Sinndeutung« denn »Sinnggebung«, weniger »Erkennen des Erkannten« denn »Neuerkennen des Unerkannten«. [...] Aus der hermeneutischen Grundeinsicht, daß die Norm nur im Prozeß ihrer Anwendung verstanden werden könne, wird für das juristische Rechtsgewinnungsverständnis gefolgert, daß sie anzuwendende Norm nicht dem Anwendungsprozeß vorausliege, sondern in ihm erst hergestellt werde.» Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung*, cit. p. 143/144.

⁴⁰⁹ Neste sentido: Thomas Vesting, *Von der liberalen Grundrechtstheorie zum Grundrechtspluralismus – Elemente und Perspektiven einer pluralen Theorie der Grundrechte* –, in: Christoph Grabenwarter/Stefan Hammer/Alexander Pelzl/Eva Schuev-Steindl/Ewald Wiederin (Orgs.), *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*, 1994, p. 9 ss.; *Gegenstandsadäquate Rechtsgewinnungstheorie*, cit. p. 8 – com a defesa aí da teoria objetiva, atualizante do sentido da norma. Crítico: Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung*, p. 343 ss. e 346.

⁴¹⁰ Assim, p.e., e a referir-se, na página anterior, a Gadamer, diz Konrad Hesse: ««Verstehen» und damit Konkretisierung ist nur im Blick auf ein konkretes Problem möglich. [...] Es gibt keine von konkreten Problemen unabhängige Verfassungsinterpretation.» «Die Bindung der Interpretation an die zu konkretisierende Norm, an das Vor-Verständnis des Interpreten und an das jeweils zu lösende konkrete Problem bedeutet negativ, daß es keine selbständige, von diesen Faktoren gelöste Interpretationsmethode geben kann [...]» Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit. p. 25 e 26.

⁴¹¹ É de questionar, no entanto, se a hermenêutica jurídica, supostamente sob influência da fenomenologia hermenêutica, não acaba na verdade por extrapolar os pensamentos de autoria do próprio Gadamer; ver também *infra*,

Parece, com efeito, indiscutível que o ato interpretativo do direito é uma atividade (inter)subjetivamente condicionada, eis que se trata de um ato humano, bem como que não pode o direito ser interpretado sem a presença criativa-subjetiva do respectivo intérprete. É, contudo, questionável a hipótese, implicada no horizonte hermenêutico, da inexistência de um sentido jurídico independente, e preexistente, ao ato (inter)subjetivo da sua interpretação; ademais, é igualmente questionável o entendimento de que o conhecimento do direito não tem outra via senão a da perspectiva da concretização histórica (i.e., assim, do casuísmo jurídico) – noutras palavras: que a única forma de conhecer o direito é pela via normativo-interpretativa. Pois, insista-se, o fato de o ato interpretativo do *sujeito* da interpretação ser criativo não significa que o *objeto* da

nota 413. Até que ponto é aquela fiel a este? Ainda, o conceito gadameriano de «aplicação» (*Anwendung/ Applikation*) refere realmente fenômenos idênticos no campo jurídico e no campo filosófico (fenomenológico da interpretação)? Há que ter presente que Gadamer utiliza o mesmo conceito *Anwendung/ Applikation* para referir, indiscriminadamente, as atividades do teólogo, do filólogo, do historiador e também do jurista. [Curiosamente, não distingue, ao referir-se ao jurista, entre as figuras-atribuições do *cientista do direito* e do *aplicador do direito*. Fala majoritariamente em *juiz*. De qualquer modo, seria correto equiparar a atribuição institucional do juiz – participante dos processos da obtenção do direito – à do historiador, que, como cientista da história, é desta um seu mero observador? Não seria então mais adequado equiparar a atribuição do historiador à do cientista do direito, igualmente observador do direito? Não deveria, nas suas considerações, o cientista do direito tomar o lugar do juiz? Que tais figuras possam ser tratadas de modo indiscriminado, como se as suas funções fossem da mesma índole, é tudo menos evidente. Com a simples utilização do conceito de *Anwendung* não fica esclarecido se se está a tratar de uma atividade referida a normas ou a fatos, se se trata de uma função voltada à produção de conhecimento ou à produção da decisão, de explicação ou de fundamentação, à simples reflexividade ou à vinculabilidade, etc. De qualquer modo, como será dito a seguir, mais problemático parece ser o fato de não ficar clara em Gadamer a diferenciação entre «conhecimento do direito» e «criação do direito» (*Rechtserkenntnis und Rechtsetzung*), indiferenciação esta decorrente da categoria homogeneizadora de «aplicação do direito» (*Rechtsanwendung*) – tudo é aplicação do direito. Basta-lhe concluir que com a aplicação da lei pelo juiz ocorreria uma espécie de «Leistung produktiver Rechtsergänzung» (Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, cit., p. 312). Pontue-se, ademais, que a sua proposta não tem realmente em mira a perspectiva do participante, tratando antes da compreensão desde a perspectiva do observador – daí o exemplo do teólogo –, como pode ler-se no prefácio da segunda edição da sua obra máxima: «Eine »Kunstlehre« des Verstehens, wie es die altere Hermeneutik sein wollte, lag nicht in meiner Absicht. Ich wollte nicht ein System von Kunstregeln entwickeln, die das methodische Verfahren der Geisteswissenschaften zu Beschreiben oder gar zu leiten vermöchten. Meine Absicht war auch nicht, die theoretischen Grundlagen der Geisteswissenschaften soweit zu erforschen, um die gewonnenen Erkenntnisse ins Praktische zu wenden. [...] Mein eigentlicher Anspruch aber war und ist ein philosophischer: Nicht, was wir tun, nicht, was wir tun sollten, sondern was über unser Wollen und Tun hinaus mit uns geschieht, steht in Frage.» «Der Sinn meiner Untersuchungen ist jedenfalls nicht, eine allgemeine Theorie der Interpretation und eine Differenziallehre ihrer Methoden zu geben, [...] sondern das allen Verstehensweisen Gemeinsame aufzusuchen und zu zeigen, daß Verstehen niemals ein subjektives Verhalten zu einem gegeben »Gegenstande« ist, sondern zur Wirkungsgeschichte, und das heißt: zum Sein dessen gehört, was verstanden wird.» (Gadamer, *Wahrheit und Methode*, cit., p. XIV e p. XVII.) Desde as preocupações e diferenciações da teoria do direito, não há outra conclusão senão o reconhecimento da inutilidade da hermenêutica fenomenológica no universo do direito. As suas considerações relacionam-se, na verdade, ao dito contexto de descoberta, não ao contexto de fundamentação – para usar a linguagem da teoria da ciência. Gadamer está interessado não numa teoria normativa, num *método*, ou mesmo analítica da interpretação, mas na compreensão da hermenêutica como *filosofia transcendental da interpretação*. Embora o seu foco seja a categoria da *Anwendung*, falta-lhe, afinal, acesso metódico à realidade da aplicação e da decisão (do direito), restando tudo no plano de uma transcendência linguístico-filosófica – assim precisamente porque se abre mão aí de desenvolver um método ou quaisquer regras para a interpretação (do direito). «[...] Insofern ist von den Methoden der Geisteswissenschaften hier überhaupt nicht die Rede.» (p. XIV) Daí a conclusão de que à assim chamada nova hermenêutica não corresponde uma nova teoria da interpretação jurídica, uma capaz de articular regras e/ou iluminar os âmbitos para o exercício interpretativo do direito.

interpretação, na sua autonomia existencial, seja destituído de sentidos próprios⁴¹². Não significa, sobretudo, que a identificação e o conhecimento do direito preexistente equivalham, forçosamente, ao modelo da concretização histórica da fenomenologia hermenêutica⁴¹³.

Em suma: que o ato interpretativo seja criativo não significa que a interpretação cria o objeto da interpretação, tampouco que inexistente um sentido preexistente do objeto, e, por conseguinte, outra via metodológica, que não a da *Wirkungsgeschichte* hermenêutica, para o seu (re)conhecimento – uma via não-interpretativista.

a) A criatividade do direito e a criatividade da ciência do direito

Sob o horizonte da hermenêutica gadameriana, não é dado compreender a realidade do direito como um objeto material, e como um campo de sentidos autónomo, eis que se confunde, hermenêutico-fenomenologicamente, a criatividade da interpretação com a criatividade da produção do direito⁴¹⁴. O núcleo do problema encontra-se na dificuldade conceitual de a hermenêutica distinguir claramente entre os contextos da *criação*, de um lado, e do *conhecimento* do direito, do outro, indiferenciando a tudo sob o signo da *applicatio*⁴¹⁵. Não se trata, no entanto, de negar o carácter

⁴¹² No sentido ontológico do novo realismo: o objeto real não é, na sua anterioridade – i.e.: previamente à linguagem do intérprete –, algo indeterminado, mas, como dito, determinadíssimo. Também assim com Alexander Somek: «Die Normen gelten als der ideelle Niederschlag von sozialen Setzungsakten. Sie sind der objektive Sinn sozialer Tatsachen, denen durch das Deutungsschema der Rechtserzeugungsnorm eine normative Bedeutung verliehen wird. Ontisch sind die Quellen aber immer dasselbe und nie etwas anderes.» Somek, *Wissen des Rechts*, cit. p. 23.

⁴¹³ Destaque-se, portanto, que aceitar como evidente que o ato interpretativo não tem lugar fora de um *sujeito* da interpretação não se confunde com a ideia de que o *objeto* da interpretação não pode ser pensado, reconhecido e identificado, na sua existência própria, sem o sujeito e o ato da interpretação. Não obstante a criatividade do ato interpretativo, isto não põe em questão a anterioridade existencial d(o sentido d) o objeto, ainda que o intérprete sobreponha-lhe – para não dizer: falsifique-lhe com – “sentidos interpretativos”. Importa perceber, neste sentido, a autonomização aqui de atores/campos distintos: o *teórico*, que percebe a existência própria do objeto, e o *intérprete*, que tenciona descobrir o seu sentido.

⁴¹⁴ Insistindo no vocabulário novorrealista: são *campos de sentido autónomos*, cada qual a estabilizar e a perceber o mundo a partir das suas próprias estruturas significativas, a partir, também, das suas próprias, e inconfundíveis, atribuições institucionais. Cfr. *infra*, nota 649.

⁴¹⁵ Cumpre sublinhar que, embora a hermenêutica gadameriana pareça realmente não poder lidar com a diferenciação institucional em pauta, o problema parece estar não tanto na sua filosofia – que, afinal, quer ser apenas uma *filosofia* – quanto na sua absorção jurídica como *método*. Cfr. Thomas Vesting, *Rechtstheorie*, cit. p. 132-136. Ademais, importa ter claro que a perspectiva gadameriana sobre o processo da produção de sentidos trabalha sob um horizonte que, para dizer com Umberto Eco, não se limita, ao romper com a *intentio auctoris*, a entregar tudo a uma *intentio lectoris*, mobilizando antes uma espécie de *intentio operis* que lança mão de conceitos como os de *Sprachlichkeit*, *dialektische Aufgabe des Verstehens*, *geschichtliches Lebensverhältnis*, *Horizontverschmelzung* – em suma: que lança mão da ideia-promessa de uma «Wechelseitigkeit zwischen Text und Interpret». Nas palavras do próprio Gadamer: «Was ein Text meint, ist daher nicht einem unverrückbar und eigensinnig festgehaltenen Standpunkt zu vergleichen, der dem, der verstehen will, nur die eine Frage nahelegt, wir der andere zu einer so absurden Meinung kommen kann. In diesem Sinne handelt es sich im Verstehen ganz gewiß nicht um ein »historisches Verständnis«, das die Entsprechung des Textes rekonstruierte. Vielmehr meint man *den Text selbst zu verstehen*. Das bedeutet aber, daß die eigenen Gedanken des Interpretieren in die Wiedererweckung des Textsinnes immer schon mit eingegangen sind. Insofern ist der eigene Horizont des Interpretieren bestimmend, aber auch er nicht wie ein eigener Standpunkt, den man festhält oder durchsetzt, sondern mehr wie eine

criativo do conhecimento jurídico, mas de perceber que uma tal criatividade não se confunde com a criatividade do direito mesmo. Pode dizer-se que, como expressão da inteligência humana, da força imaginativa e reflexiva do homem, o pensamento jurídico, como *mutatis mutandis* em qualquer área do conhecimento humano, é, por definição, criativo, construtivo⁴¹⁶. Neste sentido, os cientistas

Meinung und Möglichkeit, die man ins Spiel bringt und aufs Spiel setzt und die mit dazu hilft, sich wahrhaft anzueignen, was in dem Texte gesagt ist. Wir haben ds oben als Horizontverschmelzung beschrieben. Wir erkennen darin jetzt *die Vollzugsform des Gesprächs*, in welchem eine Sache zum Ausdruck kommt, die nicht nur meine oder die meines Autors, sondern eine gemeinsame Sache ist.» (p. 391/392) Mais à frente: «Lesendes Verstehen ist nicht ein Wiederholen von etwas Vergangenen, sondern Teilhabe ein einem gegenwärtigen Sinn.» (p. 396) «Texten wollen nicht als Lebensausdruck der Subjektivität des Verfassers verstanden werden. Der Sinn eines Textes kann also nicht von da aus seine Umgrenzung finden. (p. 398/399) Ou seja, não se está aí a defender, é verdade, um puro subjetivismo contra um também puro objetivismo, está antes a reconhecer-se o caráter dialético da compreensão linguística do “texto”, com a emergência do sentido a dar-se no encontro fenomenológico entre o texto e o intérprete. A aceitar-se, como aqui se aceita, no entanto, a radicalização ontológica do novo realismo, que identifica a ontologia não com o *medium* da linguagem, mas com a realidade, isto é, precisamente com aquilo que está fora da linguagem – e que resiste à linguagem –, pode dizer-se que a crítica que acusa a hermenêutica filosófica de inflamar um certo relativismo, e um certo subjetivismo, guarda, sim, a sua razão de ser, eis que aquela autonomiza o sentido do texto relativamente à sua contingência constitutiva. Cfr. Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. In. Gesammelte Werke, Band I, 6. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 1990, p. 387 ss. [«Sprache als Medium der hermeneutischen Erfahrung»] e p. 393 ss. [«Sprachlichkeit als Bestimmung des hermeneutischen Gegenstandes»]; Umberto Eco, *Interpretação e História*, in. *Interpretação e Superinterpretação*. Trad. Monica Stahel, 2. Ed., Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 27-51; Maurizio Ferraris, *Fare la verità*, cit. p. 191 ss. Para uma defesa da hermenêutica contra a acusação de subjetivismo, cfr. Vesting, *Rechtstheorie*, cit. p. 127-132. Ver também, para uma perspectiva novovorealista da hermenêutica jurídica, Maurizio Ferraris/Angela Condello, *L'ermeneutica giuridica come tecnica*, in. *Cultural Exclusion and Frontier Zones*, 67, 2018, p. 219-229. Na base da diferenciação entre «fazer» e «saber», entre «competência» e «tecnologia», entre «práxis» e «técnica», e entre realidade e compreensão da realidade, Ferraris e Condello sugerem que a hermenêutica jurídica deve assumir a função teórica de analisar-entender como o indivíduo competente para a criação dos objetos do direito mobiliza determinados instrumentos técnicos para cumprir satisfatoriamente a sua função competencial. Propõe-se, neste sentido, uma autêntica *hermeneutikè tèchne*, interessada não no sentido do “texto”, mas no trabalho técnico do jurista no âmbito da práxis/realidade do direito. Parte-se do entendimento de que o indivíduo competente tem de lançar mão de específicos instrumentos para realizar a sua atividade própria, devendo o movimento interno de mobilização de tais instrumentos passar a figurar no centro das preocupações hermenêuticas. Mais do que interpretar o direito, o jurista deveria saber usar adequadamente os instrumentos técnicos que o cumprimento da sua função competencial demanda, confirmando-se, com este entendimento do novo realismo, uma dimensão normativa à reflexão hermenêutica, que passa a atentar à correção ou não daquele processo. «Nel circolo ermeneutico-giuridico, potremmo dire, si aggiunge un livello: l'*instrumentum* con cui si realizza, si trasferisce e si archivia l'atto. La moltiplicazione di livelli e dispositivi di produzione, trasferimento e archiviazione di documenti (non solo giuridici, ovviamente) rende necessario un ritorno sull'ermeneutica intesa in quanto *tèchne*: cioè arte della connessione tra il sapere e il fare, e dunque anche tra ciò che si sa (epistemologia) e ciò che c'è (ontologia).» (Ponto 5) A *técnica* é apresentada como o campo próprio para o exercício do conhecimento teórico, «[...] dove è, appunto, saper fare finalizzato (perché si distingue dalla *praxis* che è invece un saper fare fine a stesso).» (Ponto 6) Mais importante, portanto, do que a interpretação da lei e do caso seria a competência técnica, insista-se: o processo de mobilização – a dar-se no horizonte de um processo de repetição e interação entre os indivíduos dotados de competência – dos instrumentos especializados para cada ato de criação dos objetos jurídicos, processo este responsável por garantir a autenticidade e a validade dos respectivos atos e objetos jurídicos.

⁴¹⁶ «Rechtserkenntnis ist *schöpferisch*, denn sie ist eine Denkleistung, die Kreativität, Esprit, Scharfsinn, Kombinationsgabe, Einfallsreichtum, kurz: die Gesamtheit intellektueller Fähigkeiten des Erkenntnissubjektes voraussetzt. Darin unterscheidet sie sich vom Verstehensakt des Philologen oder des Historikers so wenig wie von jenem des Kriminalisten oder des Naturwissenschaftlers: Sie alle zielen auf Erhellung von Gegebenem, auf die Vergegenwärtigung, d.h. darauf, des historisch Entrückte in das Bewußtsein der Gegenwart zu heben. Aber darin ist sie nicht *rechtschöpferisch*, nicht rechtsproduktiv, so wenig wie der Historiker die Geschichte neu erfindet, der Kriminalist die Tatumstände und der Naturwissenschaftler die Naturgesetze. [...] Rechtserkenntnis bereitet als erste Stufe des Rechtsanwendungsprozesses Rechtsschöpfung oder auch Rechtsetzung (nächstfolgender Stufe) vor, ist in ihrer Funktion, die vorgegebenen, heteronomen Determinanten aufzudecken, unter denen der Rechtsanwender handelt, deren unabdingbare Voraussetzung. Sie selbst aber setzt kein Recht.» Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung*, cit. p. 155.

do direito não diferem dos cientistas da natureza, ou dos filósofos, sociólogos e/ou historiadores, como tampouco diferem entre si os cientistas do direito que trabalham nas diferentes frentes do pensamento jurídico, com a dogmática, a metodologia e a teoria – pois, em todos os casos, o exercício intelectual que mobilizam realiza uma tarefa forçosamente criativa, criadora de sentidos. É verdade, portanto, que as reconstruções dogmáticas dos enunciados do direito fazem emergir, no bojo das suas sistematizações de *lex lata*, a componente da criatividade, trazendo ao universo da juridicidade algo antes inexistente. Isto ocorre, contudo, num nível estritamente académico; ou, para usar o vocabulário do novo realismo, na esfera espitémica da ciência do direito, não na esfera ôntica da realidade do direito⁴¹⁷. A força criativa, construtiva e inovadora do pensamento jurídico não altera, nada obstante os sentidos jurídico-reflexivos que cria, o sentido real, originário e preexistente do direito mesmo⁴¹⁸. Vale isto para as suas atividades analítico-descritivas, mas também para as suas propostas explicitamente jurídico-políticas, a referirem o direito de *lex ferenda*, as quais

⁴¹⁷ Tem de ser lida neste sentido a diferenciação somekiana entre «ciência do direito» (*Rechtswissenschaft*) e «saber do direito» (*Wissen des Rechts*) – diferenciação esta que parte do pressuposto analítico de que o direito, no âmbito das suas relações internas (analisadas sob o conceito de *Rechtsverhältnisse*), não seria um “objeto inanimado” (uma coisa), mas um “sujeito autoconsciente”, portanto com vontades próprias –, a referir, por sua vez, a distinção de *níveis da consciência jurídica*, com o nível-campo, de um lado, da consciência do direito *em si* e, do outro, o da consciência do pensamento jurídico académico. Nas suas palavras: «Die Rechtswissenschaft ist eine an Universitäten gelehrte und in Behörden und Gerichten verwendeter Denkweise. Sie dient einem Ziel. Dieses ist, das Rechtsmaterial in eine Form zu bringen, vermöge derer man angeben kann, welche Regel auf welchen Sachverhalt anzuwenden ist. Sie überwindet damit den Defekt des Gesetzesrechts, dass Gesetze nicht sagen, in welchem Verhältnis sie zu anderen Gesetzen mit Blick auf einzelne Fälle stehen.» Somek, *Wissen des Rechts*, cit. p. 42/43. Somek demandará que a *ciência* do direito, o pensamento jurídico académico, aproxime-se do *saber* do direito – saber este que o próprio direito articula, nos seus processos e relações internas, aprendendo com os seus próprios erros e acertos, independentemente da ciência do direito (ver também *infra*, nota 445) –, não a fim de o controlar, mas de o conhecer, e reconhecer, no seu método próprio, autónomo, o que deveria ser feito, diz Somek, por meio da análise das *relações existências* (internas ao método do direito) de que seriam expressão histórica as fontes do direito (p. 47 ss.). Insistindo, ainda, na diferença entre os conceitos de *saber* do direito e de *ciência* do direito (que melhor seria chamar, neste sentido, ciência *sobre* o direito): «Der Ausdruck »rechtliches Wissen« ist zwar adjektivisch, dahinter verbirgt sich allerdings ein Bekenntnis zur Doppeldeutigkeit des Genitivs. Rechtliches Wissen ist das Wissen des Rechts im Sinne des genitivus objektivus. Rechtliches Wissen gibt es unseren Gesellschaften demnach ebenso wie astronomisches, biochemisches oder historisches Wissen. Es ist Wissen, das von etwas handelt. Beim rechtlichen Wissen tritt in der genitivus subjektivus als ihm immanente Komponente hinzu. Das Universum ist nicht das Subjekt astronomischen Wissens. So verhält es sich indes letztlich für das Recht. Das Rechtssystem weiß rechtlich verbindlich, was das Recht ist. Das Recht setzt als Subjekt seines Wissens.» Somek, *Rechtliches Wissen*, cit. p. 32, nota I. O conceito aí de *Wissen des Rechts* lembra, importa anotar, a imagem sanderiana da experiência do direito (*Rechtserfahrung*) como um *Wissen um Tatsachen*, representando o direito mesmo uma espécie de percepção e entendimento (*Erkenntnisart*), a diferenciar-se, como conhecimento-saber próprio do direito, produzido no âmbito dos seus juízos constitutivos, frente ao conhecimento-saber da ciência do direito (*Rechtswissenschaft*), academicamente articulado nos juízos reflexivos sobre o direito; cfr. Fritz Sander, *Kelsens Rechtslehre*, cit. p. 121 ss. Radicalizando neste sentido, Sander chega a propor que se pense o direito ele mesmo como uma espécie de ciência, uma *Tatsachennwissenschaft*, inconfundível com o pensamento jurídico académico. Ver também o seu *Das Rechtserlebnis*, in. *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, I, I, 1927, p. 100-119. No seu *Der Begriff der Rechtserfahrung*, in. *Zeitschrift für systematische Philosophie*, Logos, 1922-23, p. 285-308, aqui p. 304, diz: «Rechtserfahrung selbst eine Erkenntnisart – das Zu-Recht-Erkennen – ist [...]».

⁴¹⁸ Na bela fórmula de Stammler: «Die Idee ist selbst nicht schöpferisch. Sie bekommt den Stoff des Begehrens geliefert [...]», Rudolf Stammler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Vereinigung wissenschaftlicher Verleger, 1922, p. 176.

tampouco alteram a realidade do direito, os seus sentidos e vontades próprias, pois, numa palavra, do conhecimento do direito provém apenas conhecimento do direito.

Com isto, além de dizer-se que o pensamento jurídico trabalha num campo de sentidos próprio, autónomo, está também a dizer-se que o campo de sentidos do direito é-lhe forçosamente externo. À visto disto, e a confirmar a exterioridade do direito, pode dizer-se que o direito, enquanto objeto material do pensamento que o pensa, *ou* é por este realmente captado *ou* não o é – *tertium non datur!* –, pois o (conhecimento do) direito independe da força argumentativa das interpretações que dele se faça. Quer dizer: o fato de haver argumentos e fundamentos ora mais ora menos plausíveis para esta ou aquela interpretação, isto é, para a integração do sentido normativo dos seus artefatos, não significa que o seu real sentido, cristalizado na sua (pre)existência, tenha sido efetivamente abarcado. Pois, desde o ponto de vista teórico, o conhecimento jurídico não é uma questão de argumentação, ou de mera interpretação, tratando-se, antes, de uma atividade institucionalizada cuja atribuição essencial é viabilizar o acesso a um conjunto complexo de relações e de vontades constitutivas dadas *ex ante*. Aceite que o direito tem um método próprio, os processos da sua obtenção vão criando, no âmbito da sua política interna, artefatos e enunciados que, uma vez estabilizados, *ou* são abarcados *ou* são deturpados no seu sentido originário; nas suas diversas instâncias, procede o direito de tal forma que, pelas mãos de indivíduos para tanto autorizados, se vão documentando as vontades e opiniões, os critérios e sentidos constitutivos do próprio direito – é dizer: dos indivíduos autorizados a criar o direito⁴¹⁹. A não ser que se negue a existência de um sentido constitutivo, a simples ideia de que um dado artefato do direito poderia conglobar na sua unidade fenoménica uma multiplicidade de sentidos normativos interpretativos, a decidir-se *ex post* sobre a sua correção argumentativa, traz consigo já o germe da negação da autonomia do direito⁴²⁰.

⁴¹⁹ Sobre o conceito de *Rechtsmeinung*, a referir a ideia de uma opinião-*parecer* do próprio direito, isto é, emitido no interior dos seu processos constitutivos como critério para a determinação dos seus sentidos próprios, em diferença frente às opiniões e aos critérios da ciência do direito, e muito especialmente da ciência prática do direito, dita *interpretative Rechtsdogmatik*, cfr. Fritz Sander, *Verhältnis von Staat und Recht*, cit. *passim*, especialmente p. 186 ss. Sob o espéctro do poder, ao invés de falar em *Rechtsmacht*, Sander mobiliza a categoria sociológica, inspirada em Max Weber, de *Rechtsherrschaft*, aludindo à relação jurídica (*Rechtsverhältnis*) em que se expressam e esbelecem os critérios próprios da formação do direito. Também aqui é possível ver uma aproximação de Somek com Sander, referindo-se aquele, com o conceito de *Rechtsverhältnisse* (cfr. *supra*, nota 417), precisamente às relações internas do direito como campo de determinação das suas vontades constitutivas próprias.

⁴²⁰ E não parece ser outra a premissa por trás da assim chamada «teoria da interpretação conforme a constituição», como que a dar voz à tese de que uma norma do direito poderia encerrar distintas possibilidades interpretativas, é dizer, distintos conteúdos de sentido normativo – uma vez mais: como se fosse possível acomodar na *unidade* da sua expressão fenoménica uma *pluralidade* (potencialmente infinita) de «comandos normativos» com ela ora mais ora menos (in)compatíveis. Como se, afinal, o sentido de um artefato do direito, produto de processos e relações institucionais politicamente situadas, pudesse ser definido, *a posteriori*, a partir da consideração acerca da correção hermenêutico-argumentativa dos seus intérpretes. Como se, ainda, a vontade constitutiva do ator do direito fosse um problema menor. Cfr., nesse sentido, Thomas Vesting, *Rechtsgewinnungstheorie*, cit. p. 81 e 85 (e por toda a parte); crítico, como dito, da postura, que pode dizer-se relativista, aí implicada: «Stehe juristische Auslegung unter dem

É neste sentido que, para a teoria, a perspectiva interpretativa acaba por concorrer mais para obscurecer do que para iluminar a racionalidade-método do direito, condenando a que as suas opiniões e critérios desapareçam sob o fogo cruzado dos argumentos normativos. O que a teoria está, assim, a alertar é que o “sentido normativo” da interpretação é uma criação-invenção d(o sujeito d)a interpretação – no dictum, uma vez mais, de Radbruch: *a interpretação é o resultado do seu resultado* –, e não do direito mesmo; as vontades, opiniões, critérios e sentidos do direito não resultam, para a teoria, de um enfrentamento normativo dos seus artefatos, mas de uma tomada de posição dos atores do direito⁴²¹. Sob este ângulo, o sentido constitutivo do direito não se confunde com o sentido interpretativo do direito; enquanto este é o resultado d(o resultado d)e um método, como ato de *conhecimento* do direito, aquele é o resultado do exercício da competência, como ato de verdadeira *criação* do direito⁴²².

Gebot der Normanwendung, die notwendigerweise mehr und anderes bedeutet als die Erkenntnis dessen, was der historische Normsetzer gewollt habe, dann könne – so das Credo der sogenannten objektiven Interpretation – Ziel der Normauslegung nur die Ermittlung des um Zeitpunkt der Normanwendung, also des aktuell maßgeblichen Sinnes der Norm sein.» Matthias Jestaedt, *Verfassungsgerichtspositivismus*, cit. p. 192. Ou seja, também na teoria em pauta é possível ler a máxima, que será à frente retomada, segundo a qual a *lei (como resultado da interpretação) é mais inteligente do que o criador da lei*. «Die Pointe der These von der größeren Klugheit liegt [...] nicht darin, daß der Norm als solcher der Klugheitsvorrang attestiert würde. Der Anthropomorphismus von der ‚klugen Norm‘ (ver)birgt vielmehr die Aussage, daß es der Gesetzesinterpret [Genauer: der gesetzesanwendende Interpret] ist, der dem Gesetzgeber an Regelungsklugheit überlegen sein kann – mit der Folge, daß der ‚klügere‘, vom Gesetzesinterpreten aufbereitete Normbefehl für den geltenden Gesetzesinhalt genommen wird.» (p. 193); cfr. Jestaedt, *Vom Nutzen der Rechtslehre*, cit. p. 9, com uma defesa teórica aí da relevância metodológica da teoria subjetiva. Insistindo, ademais, na factibilidade metodológica do conhecimento das vontades constitutivas dos criadores do direito, cfr. Josef Franz Lindner, *Rechtswissenschaft als Metaphysik*, cit. p. 88 ss.; Thomas Wischmeyer, *Der Wille des Gesetzgebers. Zur Rolle der Gesetzesmaterialien in der Rechtsanwendung*, in. JZ, 2015, p. 957-966 [com a interessante expressão: «der Wille des Normsetzers als quasi-transzendente Bedingung der Rechtsgewinnung», p. 959]. Aproximando-se de Vesting, cfr. Marieta Auer, *Der Kampf um die Wissenschaftlichkeit*, cit. p. 795 ss., para quem a teoria subjetiva implicaria a aceitação da noção de uma aplicação autoritativa do direito, que não seria senão uma capitulação da multiplicidade dos sentidos sociais à hierarquia e ao poder estatal: “*the triumph of the hierarchical order over the meaning*”, na expressão de Robert M. Cover, *Foreword: Nomos and Narrative*, Harvard L. Rev. 4, 1983, p. 4-68 (p. 58). Diz Auer: «Die positive Vision [...] beruht hingegen maßgeblich auf dem Rechtspluralismus der rabbinischen Interpretationskultur, in deren „anarchischem“ Verständnis von Sinnstiftung durch nichtautoritative, demokratische Gesetzesauslegung die Pluralität, ja Inkonsistenz divergierender Interpretationsstandpunkte verschiedener Interpreten nicht als Defizit, sondern im Gegenteil als vernunftbegründende Qualität wahrgenommen wird.» (p. 796)

⁴²¹ «Damit nicht zu verwechseln ist die – beim (Beurteilungs- oder) Ermessensspielraum am deutlichsten in Erscheinung tretende – Konstellation, in der die Norm selbst es dem Rechtsanwender überlässt, welchen Normbefehl, vulgo: welche Rechtsfolge, er aus dem von ihr bereitgestellten Reservoir in concreto zu wählen wünscht. Denn die anzuwendende Norm ist hier eindeutig: ihr Inhalt besteht nämlich nicht aus einem Bündel inkompatibler Normbefehle, sondern in der (Rechtserzeugungs-)Ermächtigung an den Normanwender, aus dem Kreis der von der Norm bereitgestellten oder zugelassenen Rechtsfolgen eine als verbindliche auf der Normanwendungsebene festzusetzen.» Jestaedt, *Theorie*, p. 49. O ponto que terá, então, de ser perquirido pela teoria é o da relação entre o ator do direito e o campo competencial que lhe é autorizado, no horizonte, portanto, da política do direito, para a produção do direito, de modo a delimitar as suas atividades na perspectiva das consequências jurídicas que dele espera o próprio direito. Trata-se, para dizer com Franz Lindner, de uma análise das *relações de atribuição de poder do direito*. Cfr. Lindner, *Rechtswissenschaft als Metaphysik*, cit. p. 62 ss.

⁴²² Neste sentido, com os olhos no tema das lacunas, diz Jestaedt, *Richterliche Rechtsetzung*, cit. p. 61: «Was hier auf methodologischem Wege mit Hilfe der „Lücke“ bewerkstelligt werden soll, ist in Wahrheit kein Methoden-, sondern ein Kompetenzproblem. Die Ergänzung von recht bemisst sich nämlich nicht danach, ob eine Lücke besteht – dafür fehlt es an objektiven und vorgegeben Lückenlosigkeits-Maßstäben –, sondern allein danach, wer über eine

b) Questão de método *versus* questão de competência

Uma vez orientadas pela perspectiva interpretativa, as ciências da aplicação do direito são levadas a confundir as questões de método e as questões de competência, concebendo a práxis como um problema de método, entenda-se: como uma espécie de campo de experimentação dos sentidos criados pelo “conhecimento do direito”, isto é, pelos modelos normativos, interpretativo e argumentativo, do pensamento jurídico⁴²³. Contudo, a deixar de perceber na práxis o (seu) problema de competência – como *momentum*, frise-se, de expressão e cristalização das opiniões e critérios d(o ator d)o direito na sua vontade constitutiva –, a perspectiva interpretativa perde também de vista a componente da produção do direito. Um tal encobrimento, que, repita-se: correlaciona os conceitos de práxis e método, a conduzir à ideia de que, afinal, tudo é uma questão de “conhecimento jurídico”, é dizer: de interpretação do direito, tem a sua razão de ser. Perceba-se: o ator do direito, uma vez constituído no seu campo competencial, tem, com efeito, de, para cumprir a sua função criativa, fazer referência ao direito preexistente, aos artefatos do direito. Ele trabalha, neste sentido, de *lex lata*. Uma tal referência, porque envolve uma forçosa dimensão cognitiva – melhor: uma dimensão subjetiva do ator do direito –, implica, pois, (alg)um tipo de “conhecimento do direito”; numa fórmula simples, aqui já referida: para produzir o direito do futuro, o ator do direito tem de “conhecer” o direito preexistente⁴²⁴. Ademais, e como já se viu, o

Kompetenz zur entsprechenden Rechtsergänzung verfügt und ob der Betreffende eine Lücke nach Maßgabe seiner Vorstellungen eines rechtspolitischen Ganzen ausmacht und zu schließen sich aufmacht.» O conceito de «lacunas» é aí identificado como marca da teoria objetiva, entretanto denunciada como subjetivista. «[I]m Rahmen einer konsequenten subjektiv-historischen Auslegungslehre ist weder Bedarf noch Platz für das Methodologem der Lücke: Hat der Normsetzer seine Regelungsabsicht in die Tat umgesetzt, ist sie in der Gestalt der Umsetzung zu geltendem Recht geworden – der Lücke bedarf es nicht. Hat er sie dagegen nicht oder nur unvollständig ins Werk gesetzt, so fehlt es an ihrer Positivierung – und an einer Lücke.» (Ibidem, Idem, nota 50) No mesmo sentido, Bernd Rüthers, *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluß des Richterrechts*, cit. p. 33: «Sie [objektive Auslegung] ist, wie inzwischen rational kaum noch zu streiten ist, das Gegenteil dessen, was sie mit ihrem Namen zu sein vorgibt. Sie öffnet den subjektiven Regelungsvorstellungen der jeweiligen Spruchkörper weite, bisweilen nahezu beliebige Durchsetzungsmöglichkeiten.»

⁴²³ A perspectiva interpretativa crê poder guiar a práxis jurisprudencial porque pressupõe ser esta internamente orientada pelos preceitos da razão prática, mais pela *ratio* do que pela *voluntas* do ator do direito. Percebe-se, desta forma, o território das atividades judiciais como campo em que se realiza a razão, o conhecimento jurídico, que se quer propriamente jurisprudencial, deixando de lado a entretanto sempre presente componente do poder, a política d(a produção d)o direito.

⁴²⁴ O ator competente para criar o direito, em qualquer uma das suas esferas, não opera um ato de mero *conhecimento* jurídico – de uma razão prático-jurídica –, opera, primordialmente, um ato de *competência* jurídica; no seu campo competencial, cria, melhor: *pode* criar, com um certo grau de subjetividade, o direito. Que também o seu ato envolva um momento de conhecimento, posto atuar num campo competencial que lhe é previamente disponibilizado e que tem de ser (re)conhecido/identificado nos seus próprios termos para que se realize o respectivo ato criativo – campo competencial este cuja extrapolação, no entanto, e como se tem aqui dito, tampouco mostra-se passível de controle externo (se não que apenas por outros atores com competência para criar e/ou descreir o direito, nas suas relações-interações mútuas) –, não afasta a presença forçosa do ato de uma pura produção do direito, a expressar-se por meio de uma avaliação exclusiva do ator competente. Neste sentido, cfr. Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung*, cit. p. 363 ss. É neste ponto, importa anotar, que ganha relevância o tema, acima referido, do erro do direito, pois coloca-se então

direito preexistente representa, disciplinarmente, o limite reflexivo das ciências da aplicação do direito, que dizem como deve operar-se um tal “conhecimento prático”. É isto o que as faz (con)fundir o ato cognitivo/subjetivo do ator do direito com os métodos reflexivos do pensamento jurídico, nomeadamente como pensamento prático-normativo (interpretativo). Porém, ainda que se conceda a existência de uma tal instância cognitiva no âmbito da práxis, há que ter claro que, para além disto, o ator do direito, diferente do cientista do direito, lida, também, com a competência para a produção de *lex ferenda* do direito⁴²⁵. O campo subjetivo, intracompetencial, que se lhe concede para tanto escapa à representação da práxis como uma questão de método; escapa, dessarte, à racionalidade normativa da interpretação e da argumentação jurídicas⁴²⁶. Numa palavra:

a questão de saber o que resta à ciência do direito, dado que, no âmbito da práxis, a competência jurídica, melhor: o poder do direito tem sempre a última palavra. Com Bernd Rüthers, *Rechtstheorie*, cit. p. 195: «Auch oberste Bundesgerichte irren, aber sie irren rechtskräftig. [...] Auch „falsche“, also kritikwürdige, etwa normwidrige oder systemwidrige Entscheidungen gestalten durch ihre Vollziehbarkeit („Vollstreckbarkeit“) das Rechtsleben und damit die gesellschaftliche oder staatliche Wirklichkeit.» Não apenas juízes e juízas extrapolam as suas competências, isto é, “erram”, qualquer ator com competência criativa poderia criar um “direito antijurídico”, e, não obstante, ter o seu ato revestido com força de direito. É também aqui que se coloca, na perspectiva do erro e do acerto, o problema da tese da «única interpretação correta» – que, aliás, Hans Kelsen considerou ser uma ficção da ciência do direito, «daß eine Rechtsnorm stets nur eine, die ‚richtige‘ Deutung zuläßt.» Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit. p. 353. Com a seguinte ressalva de Matthias Jestaedt, *Wie das Recht, so die Auslegung – Die Rolle der Rechtstheorie bei der Suche nach der juristischen Auslegungslehre*, cit. p. 140, nota 21: «Hier dürfte Kelsen indes über das Ziel hinausschießen. Dass eine Norm nicht nur eine, eben die „richtige“ Art angewendet – dh auf ihrer Grundlage nicht nur eine (konkretere) Norm bestimmten Inhalts erzeugt – werden kann, ist Folge etappenweiser Rechtserzeugung im Stufenbau der Rechtsordnung. [...] Etwas gänzlich anderes ist die interpretationstheoretische These, dass die anzuwendende Norm nicht „stets nur eine, die ‚richtige‘ Deutung zuläßt.“» «Dass die Auslegung anzuwendender Normen grundsätzlich ergibt, dass diese den Normanwender in einer Brandbreite von Anwendungsmöglichkeiten zur Rechtsetzung nachfolgender Stufe ermächtigen, trägt nicht den Schluss, dass deswegen grundsätzlich auch eine Brandbreite zulässiger Auslegungsmöglichkeiten der anzuwendenden Norm besteht. Das Maß der dem Rechtsanwender eingeräumten Rechtsetzungsautonomie ist eine Frage der Delegation von Rechtsetzungsmacht und hat mit der – epistemologischen – Frage, auf welche Weise Art und Umfang dieser Delegation zu erheben ist, unmittelbar nichts zu tun.» Ou seja, a premissa de que a interpretação da norma a aplicar autoriza ao ator do direito um amplo espectro de possibilidades de aplicação, para a criação concreta, afinal, do direito, não implica que, por isto, haveria também um amplo espectro de possibilidades de interpretação daquela norma. Esta análise de Jestaedt justifica-se pelo seu interesse na restrição do subjetivismo interpretativo. Daí que, invertendo o adágio de Merkl – «Wie die Auslegung, so das Recht!» –, que, como visto supra, adota uma teoria objetiva, diga: «Wie das Recht, so die Auslegung. Das Recht begehrt gegen seine Interpreten auf, verlangt sein (Eigen-)Recht.» [...] «Rechtsauslegung muss ihrem Gegenstande, dem positiven Recht, adäquat sein. Sie muss dessen Eigentümlichkeiten, dessen Eigengesetzlichkeiten, dessen Eigensinn unverfälscht zur Darstellung bringen können. Als anwendungsbezogene Reflexionstheorie geht es ihr um das positive Recht in seinen selbstbestimmten Erzeugungs- und Anwendungsoperationen, um das Recht, das seine eigene Erkenntnis, Erzeugung und Anwendung thematisiert und reguliert. [...] Eine Interpretationstheorie – oder umfassender: eine Rechtsgewinnungstheorie – ist nur unter der Voraussetzung eine gegenstandsadäquate Reflexionstheorie, dass sie gestattet, die Selbstreferenz des Rechts als Identität des Systems ausweisen.» (p. 148)

⁴²⁵ Noutras palavras: enquanto ao ator do direito articula o poder do direito para fazer valer como *de* direito as suas orientações jurídico-políticas, transformando-as, pois, em Direito, o mesmo não pode/deve ser dito quanto ao cientista do direito, que, não obstante possa conhecer, academicamente embora, aquilo que julga ser o bom e o mau direito, o justo e o injusto jurídico, ainda assim não pode transformar as suas orientações jurídico-política em Direito. Os resultados dos seus estudos produzem conhecimento sobre o direito, mas não produzem o direito, precisamente porque lhe falta competência-poder para tanto. À luz da diferenciação básica acima mencionada, *o cientista do direito tem método, mas não tem competência*.

⁴²⁶ O âmbito de atuação do ator competente para criar o direito pode ser visto como um espaço para a emanção de opiniões autoritativas, autorizadas pelo próprio direito. Autorizado, então, a interpretar o direito preexistente, fá-lo, o ator do direito, autoritativamente: a sua opinião é uma opinião orgânica, autorizada (e autorizante),

a falta de controle normativo da práxis, por parte dos métodos da ciência do direito, resulta do fato de aquela estar atrelada, como condição mesmo para a obtenção do direito, à dimensão subjetiva da criatividade – relativa, precisamente, à dinâmica competencial, e não metodológica – do ator do direito⁴²⁷.

c) A (falta de) vinculabilidade da ciência do direito

É possível sintetizar a seguinte fórmula: o funcionamento interno do campo competencial resiste às pressões do método. O campo em que age o ator do direito, e que, não é demais insistir, lhe é relacionalmente atribuído pelo próprio direito, demanda-lhe que crie o direito do futuro, a considerar embora os limites objetivos do direito preexistente, com base na sua própria subjetividade. Diante disto, toca à teoria, na perspectiva das ciências do direito, lembrar que, desprovido de competência, por seu turno, o cientista do direito, a este não é dado participar da produção do direito, de modo que não envolvem, as suas reflexões em torno do método, qualquer vinculabilidade no âmbito daquele campo. Dado que as interpretações e argumentações do pensamento jurídico são atividades desprovidas de caráter autoritativo, eis que não são outorgadas-demandadas pelo direito positivo, o seu conteúdo reflexivo não implica numa obrigatoriedade normativa⁴²⁸. Desde o ponto de vista do cientista do direito e da sua vontade disciplinar, realiza-se a obtenção do direito unilateralmente, com base tão-somente na vontade constitutiva dos seus reais atores. Significa isto que a validade própria do direito independe da ciência do direito; enquanto problema, tampouco a validade é uma questão de método, é, antes, uma questão de competência⁴²⁹.

mesmo se no todo desprovida de ciência do direito, à qual, por sua vez, não é conferida a atribuição para emitir opiniões autoritativas, mas apenas reflexivas, teóricas e metodológicas, por assim dizer inorgânicas, não autorizadas (nem autorizantes) a gerar vinculabilidade.

⁴²⁷ Daí que se diga que enquanto o ator do direito cria as *fontes da produção* o cientista do direito cria as *fontes do conhecimento* do direito. «Der Unterscheidung dieser beiden Formen rechtsgewinnungsbezogener Kreativität korrespondiert die Unterteilung der Rechtsquellen in Rechtserkenntnis- und Rechtserzeugungsquellen [...]. Während Rechtserzeugungsquellen tatsächlich Normcharakter besitzen, geht dieser den bloßen Rechtserkenntnisquellen ab. Deren Funktion erschöpft sich darin, „Hilfsmittel zur Feststellung [nicht: Herstellung!] von Rechtsnormen“ zu sein, d.h. den Prozess der Erkenntnis, welchen Inhalt das geltende Recht hat, einfacher und/oder verlässlicher zu gestalten.» Jestaedt, *Theorie*, cit. p. 52. Com Christian Waldhoff, a referir-se ao trabalho dogmático: «[...] nicht Rechts-, sondern Rechtserkenntnisquelle; [...] stets rechtsnormakzessorisch und [...] bewegt sich ‚imi Rechtssystem, ist als wissenschaftliche Tätigkeit [...] aber als solche nicht rechtserzeugend, da erst durch kompetentiell ermächtigte Mitglieder des Rechtsstabes verbindliche Entscheidungen generiert werden.» Waldhoff, *Kritik und Lob der Dogmatik*, cit. p. 27/28.

⁴²⁸ Neste sentido, cfr. Rainer Lippold, *Geltung, Wirksamkeit und Verbindlichkeit von Rechtsnormen*, in: *Rechtstheorie* 19 (1988), p. 463 ss. Sobre a vinculabilidade como característica essencial das decisões de órgãos competentes (*autoritative Verbindlichkeit*), cfr. Martin Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, cit. p. 40 ss.

⁴²⁹ Nas palavras já de Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit. p. 195: «Wenn sich die Jurisprudenz als eine ‚Normwissenschaft‘ versteht, dann ist nicht die Meinung, daß sie selbst normgebend sei, Rechtsnormen in Geltung setzt. Vielmehr versteht sie sich prinzipiell als ein System von Aussagen über geltendes Recht.

Desde o ponto de vista teórico, fica, desta forma, como que fragilizada a representação da ciência do direito, ou do pensamento jurídico, que, partindo do conceito de uma «ciência de normas» (*Normwissenschaft*), refere aquela como *ciência normativa*, ou *pensamento normativo*, e que conduz à (falsa) ideia de que o trabalho reflexivo do cientista do direito engendraria, de algum modo misterioso, a força normativa do direito^{430 431}. Para a análise estritamente teórica, a defesa de um papel constitutivo do pensamento jurídico na formação da normatividade do direito, com a correlata relativização da vinculabilidade do próprio direito, com base, uma tal relativização, no pressuposto da falibilidade metódica das suas decisões contingentes⁴³², estimula uma inoportuna indiferenciação entre os enunciados (*reflexivos*) da ciência do direito e os enunciados (*constitutivos*) do direito⁴³³; inoportuna porque dificulta a compreensão da obtenção do direito, e incentiva, ao mesmo tempo, a dogmática a trabalhar com vistas a finalidades jurídico-políticas que dela *prima vista* não se espera.

Freilich werden wir sehen, daß ihre Aussagen auf den Inhalt dessen, worauf sie sich beziehen, als zu denen der Rechtsnormen, nicht ohne Einfluß sind. Dadurch unterscheidet sie sich von den heute meist so genannten scientistischen Wissenschaften, die von der Unabhängigkeit des Erkenntnisobjekts von erkennenden Subjekt ausgehen und daran festhalten.» Em sentido semelhante, Hermann Kantorowicz, *Zur Lehre vom richtigen Recht*, cit. p. 7 [«es gibt keine *normative Wissenschaft*»].

⁴³⁰ Sobre a (ausência de) vinculabilidade dos critérios metodológicos e dogmáticos, cfr. Axel Adrian, *Grundprobleme einer juristischen (gemeinschaftsrechtlichen) Methodenlehre*, cit., p. 92 ss. [«Verbindlichkeit der Regeln einer Methodenlehre»]. Ver também Franz Lindner, *Rechtswissenschaft als Metaphysik*, cit. p. 55 ss. [«Unverbindlichkeit rechtswissenschaftlicher Thesen»].

⁴³¹ Com Mathias Reimann, *Die Propria der Rechtswissenschaft*, cit. p. 88: «Jurisprudenz [ist] zwar eine Norm aber keine normative Wissenschaft». Ver Matthias Jestaedt, *Rechtswissenschaft als normative Disziplin*, cit. p. 257 s. [«Objekt- und Theoriebereich»]

⁴³² Exemplarmente: Martin Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, cit. p. 98: «Trotz ihrer Verbindlichkeit steht die Entscheidung der Kritik offen.» Com a ideia aí de uma contínua questionabilidade, no âmbito da argumentação jurídica, entenda-se: do pensamento jurídico, das decisões vinculativas do direito, com vistas mesmo a uma sua correção histórica. É de perceber aí o fomento de uma postura política e/ou jurídico-política da interpretação jurídica. O objetivo que anima Kriele parece claro: «Rechtspolitische und rechtsdogmatische Vorschläge haben jedoch die Chance, Entscheidungen zu prägen. Dann machen sie Geschichte und bleiben als Interpretationshilfe von Bedeutung.» (p. 27)

⁴³³ Neste sentido, radicalizando a diferença entre o «contexto dos juízos *constitutivos* do direito», de um lado, e o «contexto dos juízos *reflexivos* da ciência do direito», do outro, Sander fala do caráter ficcional da *praktische Rechtslehre*, identificada como *interpretative Rechtsdogmatik* – também tratada por *praktische Kunstlehre* –, no seu *Verhältnis von Staat und Recht*, cit. especial. p. 155 s. e 218 ss. «Die rechtsdogmatische Lehre also, daß innerhalb einer Rechtsordnung nur „formal“ Gleichgeordnete vorhanden sind, ist eine Fiktion, indem das gemeinsame Wesensmoment aller Rechtsakte, die Meinung der „Gebundenheit“, welche aber beim rechtlichen Herrscher und beim rechtlich Beherrschten eine ja verschiedene Struktur zeigt, als eine einheitliche Meinung aufgefaßt und dadurch die Herrschaftsgrundlage alles Rechtes verdeckt wird.» (p. 190) Como será ainda dito, as construções da dogmática normativa seriam, diz Sander, uma ficção porque descoladas das relações constitutivas do direito, estando aquelas limitadas à interpretação e sistematização das fontes do direito, é dizer: os textos do direito. Na sua crítica a Kelsen, não deixa de reconhecer, porém, a utilidade daquilo que chama, pois, de ficções da dogmática: «Indes erweist sich eben die ganze Lehre vom rechtlichen Sollen als praktische – und als solche gewiß nützliche – Fiktion, wenn der Blick auf die wirkliche Rechtsakte gerichtet wird, die gesellschaftliche Urteile sind. Wenn die Rechtsakte als „Sollen“ bezeichnet werden, dann hat das Sollen nicht die Kantische Bedeutung, sondern wird – und zwar wenig glücklicher Weise – für eine bestimmte Art von Urteilen verwendet, die Chancenmeinungen der Rechtsakte. Nur vom Standpunkte der emotionalen Motive der Rechtsakte kann von einem „Sollen“ gesprochen werden: Und wenn Kelsen sagt, daß das „Sollen“ auch vom „Wünsche“, vom „Willen“ verschieden sei, dann zeigt sich eben mit voller Klarheit, daß der Begriff des „Sollens“ überhaupt keine psychische Wirklichkeit bezeichnet, sondern eine Fiktion der „praktischen Vernunft“ ist.» (p. 193)

Ademais, se se segue uma tal representação, deixaria de existir uma diferença clara entre o «comando normativo» estabilizado no texto do direito e a sua «interpretação dogmática»; entre a norma *prescritiva* do direito e a análise *descritiva* da ciência do direito; como se formassem, o direito e a ciência do direito, um único método, um único campo de sentidos, um gigante, a despeito de invisível, constructo circular a conformar uma única racionalidade jurídica⁴³⁴. Inexistiria, em suma, uma diferença institucional entre o campo do direito e o do pensamento jurídico académico, entre as atribuições do ator do direito e as do cientista do direito. À vista disto, a teoria insiste que, não obstante a relevância do seu conhecimento académico, a opinião do cientista não substitui a do real ator do direito. Quanto mais esforça-se o pensamento jurídico para fundir a sua racionalidade-método com a racionalidade-método do direito – síntese, entretanto, impossível –, mais distante fica de (re)conhecer a realidade do seu objeto de conhecimento, e, por conseguinte, mais irrealista é o seu discurso.

Dito de outro modo: a normatividade do direito pode ser o objeto, mas não o produto do pensamento jurídico. Uma tal advertência vale para a dogmática, que manipula de modo mais empírico, ou quase-empírico, os enunciados do direito, mas também para as disciplinas teóricas, filosóficas e metodológicas que perseguem a correção normativa do direito⁴³⁵. É o caso da filosofia do direito – no seu esforço de fundamentar a validade jurídica a partir de escalas normativas que transcendem o direito vigente – mas também, exemplarmente, das subdisciplinas constitucionais que se aproximam das teorias da justiça e da filosofia política, no âmbito, p.e., da teoria da constituição e dos direitos fundamentais, subdisciplinas estas que, em razão da força interpretativa que mobilizam, encontram, efetivamente, uma certa ressonância no âmbito prático-dogmático⁴³⁶.

⁴³⁴ «Bei dieser Vorgehensweise wird indes der Unterschiedliche Falle der Normativität übersehen: während nämlich im ersten Falle die Normativität eine Eigenschaft, also ein Attribut des Rechtssatzes selbst markiert, fungiert sie im zweiten Falle lediglich als Gegenstand, als Objekt des Rechtsaussagensatzes. Soweit Jurisprudenz also deskriptiv ist, kann ihr und ihren Sätzen nicht Normativität oder Verbindlichkeit attestiert werden.» Jestaedt, *Theorie*, cit. p. 53. Numa fórmula simples: «Die Normen sind Gegenstand, nicht Produkt der Rechtswissenschaft.» Rudolf Thienel, *Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz*, Wien, 1991, p. 211. Com o próprio Martin Kriele: «Präjudizen sind aber nicht verbindlich [...] So drängt sich die Schlußfolgerung auf: sind sie nicht verbindlich, so sind sie also unverbindlich und haben lediglich die Autorität, die die Rechtsansichten angesehener Rechtswissenschaftler auch haben.» «Das aber lernt [man] in der Regel nicht in den Vorlesungen und Lehrbüchern, die speziell der juristischen Methodik gewidmet sind. Ein guter Jurist muß die Methodenlehren zwar kennen, sich zugleich aber ein skeptisch distanzierendes Verhältnis zu ihnen bewahren.» Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, cit. p. 93 e 95.

⁴³⁵ Na expressão de Matthias Jestaedt, *Das mag in der Theorie*, cit. p. 53: «materiale Richtigkeitstheorien des Rechts.»

⁴³⁶ Tais disciplinas desenvolveriam enunciados reflexivos com teor normativo em função do auxílio prático que prestam na conformação interpretativa do direito constitucional, especialmente dos direitos fundamentais, razão pela qual se lhes deveria reconhecer uma vinculabilidade própria. Sem negar a tarefa essencial de tais exercícios interpretativos, que como conhecimento jurídico realmente assumem relevância na práxis jurisdicional constitucional, não parece que isto seja suficiente para se lhes assegurar uma efetiva vinculabilidade. Sobre esta temática, cfr. Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung*, cit. p. 128-135. A conclusão aí é a seguinte: «Grundrechtstheoretische Erkenntnisse haben ihre – unverzichtbare – Aufgabe im Prozeß der Grundrechtsauslegung. Diese besteht aber weder darin, dem

Contudo, uma tal ressonância não assegura o caráter em si normativo aos seus respectivos enunciados disciplinares; para continuar no exemplo, não têm as subdisciplinas constitucionais a mesma qualidade normativa, vinculativa, que têm as normas do direito constitucional, decorrendo a sua aceitação intradisciplinar, e mesmo prático-jurisdicional, não de uma sua autoridade intrínseca, objetiva, mas de uma sua força de convencimento subjetivo⁴³⁷. Também aqui vale o cânone retórico: *tantum valet quantum probat!* Ou seja, ainda que ganhe ressonância aqui e ali, a sua autoridade continua a ser apenas científica, quando não meramente argumentativa e retórica. Pois, como disciplinas acadêmicas, por mais que o seu conhecimento ganhe aceitabilidade intradisciplinar, e mesmo que seja utilizado pelos reais atores do direito, carecem, ineludivelmente, da autoridade objetiva que marca (o poder de produção d) o direito; dependem sempre de uma subjetividade que as endosse. Do contrário, haveria que pressupor a existência, note-se, de dois

Auslegungsvorgang ein verbindliches Ziel zu setzen, noch darin, ihm verbindliche Regel vorzugeben. Prästieren sie auch nicht Auslegungsziel und stellen sie auch nicht Auslegungsregeln dar, so fungieren sie doch als – unverbindliche, bewährungspflichtige und falsifizierbare – *Auslegungshypothesen*. Als materiale Regelhaftigkeitshypothesen können sie »Auslegungshilfe« sein, niemals aber selbst Auslegungsregel. Auch zu deren Bildung und Formulierung können sie, zumindest unmittelbar, nichts beisteuern. Unter methodologischen Gesichtspunkten kommt ihnen der Stellenwert zu, der in der klassischen Hermeneutik dem – zwar unverzichtbaren, aber aus sich heraus eben unverbindlichen – »applikativen Vor-verständnis« zugewiesen wird, das Bedingung, aber nicht Methode der (Rechts-)Erkenntnis ist.« «In dem Maße, in dem sowohl der Grundrechtsinterpret als auch der Grundrechtsdogmatiker sich des hypothetischen, nicht kategorischen Charakters seines grundrechtstheoretischen Hilfsmittels bewußt ist, wird es ihm möglich, immer feinere, konzisere und stabilere Auslegungshypothesen zu entwickeln, die dann ihrerseits Grundrechtsinterpretation wie Grundrechtsdogmatik verlässlichere, d.h. gegenstandsadäquatere Leit- und Orientierungsdienste zu leisten vermögen.» (p. 132 e 134) Ver também os seus: *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtbarkeit und Fachgerichtbarkeit*, in: DVBI (2001), p. 1309-1322; *Die Verfassung hinter der Verfassung*, cit. p. 89 ss. [«Die Rolle der Verfassungstheorie im Prozess der Rechtsgewinnung»] Cfr., ainda, Martin Morlok, *Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?* cit. p. 54-56, dizendo aí que a metodologia interna da teoria da constituição – como disciplina responsável por trabalhar os problemas normativos da constituição, e tendo de formular juízos de valor no contexto da argumentação teórico-constitucional, com a ponderação em torno da validade concreta dos conteúdos normativo-constitucionais – teria, sim, um caráter normativo. Nas suas palavras: «Schließlich kann die Verfassungstheorie noch in einer weiteren Hinsicht normativ sein: insofern sie einen inhaltlichen Richtigkeitsanspruch für den Rechts- und insbesondere für den Verfassungsbegriff erhebt. Eine in diesem Sinn normative Verfassungstheorie läßt sich die Ausrichtung auf das Ideal der Gerechtigkeit nicht ausreden. Sie hält diese Verpflichtung für dem Recht fundamental, wie immer auch die Gerechtigkeitsidee zu verstehen und auszufüllen ist. Als inhaltlicher Richtigkeitsanspruch ist die „Gerechtigkeit“ auch ein wesentliches Element des Verfassungsrechts. Insofern wirkt das Gerechtigkeitsideal als regulative Idee in der und vor allem auch durch die Verfassungstheorie. Sie hat die je neu zu aktualisierende Konkretisierung der Verfassung unter der Idee der Gerechtigkeit zu begleiten. Sie ist von der Idee des „richtigen Rechts“ geprägt; fragt also nicht „quid ius“, sondern „quid iuris“.» (p. 56) Mais à frente, com referência a Josef Esser: «Es geht also um den Anspruch, das Recht solle sich nicht in seiner ordnungsgemäßen Positivität erschöpfen, sondern solle darüber hinaus auch „richtiges Recht“ sein. [...] Damit wird vernünftigerweise nicht die Identität von Recht und Moral behauptet oder verlangt, aber immerhin die Bedeutsamkeit moralischer Gehalte für Setzung, Konkretisierung und Befolgung des Rechts, in welchen Formen auch immer diese Bezugnahme hergestellt wird und sich auswirkt. Dazu gehört nicht zuletzt eine „Richtigkeitskontrolle“, die über das Dogmatische hinausgreift. [...] Angesichts der Aufgabe des Rechts, unter Menschen, die nach Bedürfnissen und Überzeugungen handeln, eine soziale Ordnung wirksam zu gewährleisten, erscheint es nicht als zweckmäßig, diese inhaltlichen Dimensionen aus dem recht auszuklammern – möglich und ethisch zu rechtfertigen ist dies. (p. 92)

⁴³⁷ Cfr. Alexander Somek, *Rechtliches Wissen*, cit. p. 86/87. Significa isto que, no caso da atividade jurisdicional, quando juízes fazem constar nas suas decisões alguma menção teórica, metodológica, filosófica e/ou dogmática, depende isto da sua própria subjetividade, do seu convencimento interno. Vendo-se, pois, internamente convencido por esta ou aquela proposta da ciência do direito, pode, certamente, exprimi-lo; mas não precisa.

direitos, o “direito do direito”, por assim dizer, e o “direito da ciência do direito”, mas então ficaria claro que somente o primeiro vincula realmente, objetivamente, a vida das pessoas. Haveria uma normatividade *real* e uma normatividade *ideal*; uma validade real-concreta do direito e uma validade ideal-reflexiva da ciência do direito⁴³⁸. Isto, no entanto, inexistente. E o porquê parece inequívoco: a vinculação e a validade dos enunciados do direito dependem de uma certa imanência a uma dada ordem jurídica, com processos e atores a repartirem, nas suas relações institucionais próprias, os seus poderes e competências para realizar o direito em concreto, algo de que prescindem, no limite, as reflexões do pensamento jurídico. O olhar interpretativo deixa de o perceber com clareza porque confronta o direito, os seus materiais, numa perspectiva normativa; escapa-lhe assim a política interna da produção do direito.

d) A realidade e os processos do direito

Importa observar que, a referir o conjunto das interações próprias do direito, a *realidade do direito*, no sentido aqui em pauta, não se confunde, como poderia supor-se com um olhar sociologizante da teoria, com a “realidade social”, a “realidade económica”, a “realidade política”, a “realidade moral”, etc. Do ponto de vista da teoria do direito, os *processos da obtenção do direito*, na sua dinâmica e mutabilidade próprias, não que ser percebidos não externamente, por meio de um

⁴³⁸ Mais uma vez com Fritz Sander: a *Geltung* com que lida a dogmática, a validade *da* dogmática, não seria mais do que uma idealização (como dito, uma ficção) a encontrar a verdadeira validade *do* direito. Sander, *Verhältnis*, cit. p. 206 ss. «Die Tatsache [...], daß „Recht“ ein Kollektivum eine interindividuelle Aktmannigfaltigkeit ist, hat Kelsen völlig übersehen, weshalb sich lediglich ein fiktionaler Geltungsbegriff ergibt. Und deshalb ist auch Kelsen der Ansicht, daß letzten Endes der Rechtswissenschaft die Entscheidung der Frage zustehe, ob ein Rechtsakt „gültig“ oder „ungültig“ sei. [...] Dies hat aber wieder nur praktisch-fiktionelle Bedeutung, wenn unter „Rechtswissenschaft“ die interpretative Praxis der Rechtsdogmatik und ihre Axiome gemeint sind. Denn der Interpret muß sich entscheiden, ob er einen Akt als gültigen Rechtsakt ansehen will. Indes ist wirkliche Gültigkeit auch ein rein gesellschaftlicher Sachverhalt. „Gültig“ ist jener Rechtsakt, auf den sich andere Rechtsakten, einem Rechtsgebilde angehören. Wird also von einem gültigen Rechtsakt gesprochen, so wird nicht dieser Rechtsakt allein gemeint, sondern auch andere Rechtsakte, die sich auf ihn erfüllend beziehen und mit denen er eine interindividuelle Mannigfaltigkeit von Rechtsakten bildet.» (p. 226) A passagem é particularmente luminosa, uma vez que esclarece algo essencial a que tem chamado atenção também a reabilitação hoje da teoria: uma vez eliminada do cálculo metodológico a «vontade (constitutiva) *do* direito», especificamente por um pensamento de tipo interpretativo, coloca-se no seu lugar, como que forçosamente, *uma outra vontade*, uma «vontade (reflexiva) *da* ciência do direito», nomeadamente: a vontade disciplinar *da dogmática* – e mais precisamente: do académico dogmático. Indo num outro sentido, e a deixar claro, uma vez mais, o acerto da crítica sanderiana, diz Merkl: «Die Rechtswissenschaft nun hat jeden solchen mit dem Prätext der Rechtsnatur auftretenden, mit dem Scheine von Rechtsqualität begabten Akt als Recht anzuerkennen, d.h. als Recht zu erkennen, wofern er sich durch das delegierende höhere Recht tatsächlich determiniert erweist; und sie hat dem Akte seinen Geltungsanspruch abzuerkennen, hat ihn aus dem Bereiche scheinbaren Rechtes in das Bereich des Nichtrechtes zu erweisen, wenn er die Determination durch das bedingende Recht vermissen läßt. Vor dem Prozesse rechtswissenschaftlicher Erkenntnis gibt es weder Recht noch nichtrecht oder im besonderen Unrecht, sondern nur den Schein von Recht.» Merkl, *Rechtskraft*, cit. p. 286/287.

holismo metodológico, mas internamente, nas suas componentes próprias⁴³⁹. Não se trata, portanto, de buscar os encadeamentos externos do direito, isto é, os fenómenos sociais e as relações aí de poder político que o pressionam nas suas funções normativas, ou, ainda, as raízes extrajurídicas dos processos e das decisões jurídicas; tal atividade tocará a outra disciplina, talvez à sociologia jurídica, talvez à ciência política, mas não à teoria. Ao concentrar-se nas interações *endógenas*, e não *exógenas*, a teoria escapa de sociologizar, e assim de politizar/moralizar o seu conhecimento teórico. Ao propor um olhar não-normativo, como dito na capítulo anterior: metanormativo, do poder e da política do direito, a teoria percebe, ademais, que a perspectiva externa, a buscar as causas sociais das variações do conteúdo jurídico, variações estas que, importa frisar, a teoria reconhece ao salientar a radical contingência da obteção direito, perde de vista as características do funcionamento interno dos processos jurídicos, perde de vista, então, as relações que interessam à teoria. Esta observação é relevante porque ilumina uma muito específica vocação da teoria, e que será ainda salientada, a saber: a sua vocação anti-ideológica. Desde o ponto de vista teórico, as visões externas não têm muito a dizer quando o tema é a organização metódica das ciências jurídicas; intradisciplinarmente, a sua contribuição tende a desenvolver-se de modo meramente jurídico-político, alimentando o discurso jurídico com discursos articulados na defesa de plataformas conteudísticas extrajurídicas; noutras palavras, elas hiperpolitizam o pensamento jurídico. A via da teoria, assumida essa sua vocação – vocação que lhe é assegurada pelo fato de ver-se a si própria como atividade puramente teórica –, representa hoje, num tempo ainda tomado pelo predomínio relativista do interpretativismo, um contributo ímpar para a orientação crítica da dogmática e da metodologia.

3. Teoria para quê? Ou: alguém viu a (política da) produção do direito?

Numa síntese, desde esse olhar crítico da teoria, pode dizer-se: as ciências da aplicação do direito não precisam tanto de discurso jurídico-político quanto precisam de consciência teórico-metodológica. Não porque a política jurídica não tenha lugar no edifício do pensamento jurídico, pois o tem notamente no âmbito da dogmática, mas porque, sem a devida consciência metodológica, o trabalho das ciências da aplicação, além de não ter assegurada a relevância prática que almeja, fica sujeito a perigosas manipulações discursivas. O que está, pois, a sugerir-se é que a

⁴³⁹ Esta diferenciação entre a «realidade do direito», i.e.: as reais componentes e o real funcionamento dos processos da obtenção do direito, e a «realidade social», parece escapar a Anne von Aaken, que propõe a análise daquela na sua relação externa com a *gesellschaftliche Wirklichkeit*. Cfr. von Aaken, *Funktionale Rechtswissenschaftstheorie für die gesamte Rechtswissenschaft*, cit. p. 89.

consciência metodológica do pensamento jurídico não tem chance sem um conhecimento objetivo da realidade do direito. Para esclarecê-lo, há que repetir o seguinte: como *disciplina observadora*, a teoria percebe uma diferenciação fundamental entre as racionalidades-métodos do direito, de um lado, e da ciência do direito, do outro; como *disciplina participante*, o que pretende a metodologia é precisamente o contrário, a superação de uma tal diferença. Isto a metodologia faz ao representar a práxis como uma questão de método, e não de competência, tratando, de modo mais pontual, o problema da aplicação como um problema de interpretação normativa⁴⁴⁰, problema este que, ao fim e ao cabo, se vê metodologicamente reduzido a um problema de *interpretação da lei*⁴⁴¹. É verdade

⁴⁴⁰ Daí a expressão de Alexander Somek *Rechtliches Wissen*, cit. p. 80, a referir-se à metodologia tradicional: *metodologia jurídica bem-sucedida*, tratada como «dogmática do método da dogmática» «Man erhält auf diese Weise eine wunderbare zirkuläre *Dogmatik der Methode der Dogmatik*». A justificar esta conclusão: «Die gelungene juristische Methodik will vielmehr na die vorherrschende Interpretation der Verfassung anschließen. Die der Dogmatik logische vorgeordnete Methodik wird damit von einer Ebene aus anvisiert, die unterhalb der Methodik angesiedelt ist.» Percebase: de um lado, há que lembrar que a metodologia não coloca ela própria as mãos na massa, e que o intérprete do direito é, na verdade, a dogmática prática, restringindo-se aquela a dizer-lhe *como* o fazer; do outro lado, a metodologia bem sucedida, i.e., aquela que é realmente utilizada (na voz passiva!) pelos atores da práxis e pela dogmática tem de adaptar as suas reflexões às possibilidades da legalidade e de uma possível interpretação constitucional. É certo que a metodologia, enquanto disciplina, não se limita à interpretação constitucional; porém, ainda que transcenda os limites do discurso normativo-constitucional – elevando a interpretação a níveis de fundamentação diversos (o que se vê de modo exemplar com Franz Bydlinski e Castanheira Neves, referido por Somek, aliás, o primeiro) –, para reverberar jurisprudencialmente há que ser acomodada às chances normativo-interpretativas da constituição. Cfr. Somek, *Rechtliches Wissen*, cit. p. 75 ss. É neste sentido que se tem de compreender, ademais, a crítica de Matthias Jestaedt, para quem a metodologia tradicional não é mais do que uma “teoria da interpretação da lei”. «Doch der Rekurs auf die Methodenlehre führt hier nicht weiter, um nicht zu sagen: er führt eher in die Irre. Denn die Methodenlehre in ihrer traditionellen Lehr- und Forschungsgestalt hat, anders als es ihr Name insinuiert, nicht die Methode der Rechtswissenschaft(en) in ihrer Vielzahl und ihrer Unterschiedlichkeit, nicht die methodische Reflexion in Bezug auf sämtliche juristische Subdisziplinen in Visier, sondern behandelt nur einen recht kleinen, wenn auch deswegen keineswegs unbedeutenden Ausschnitt aus dem Fragenkreis jurisprudentieller Methodenlehre.» Com a seguinte observação: «Entsprechende Lehrbücher beschränken sich auf Ausführungen zur Methode der Rechtsgewinnung – já sieht man genauer hin, auf Ausführungen zur Methode der einen Seite der Rechtsgewinnung, nämlich der Rechtserkenntnis, die überdies noch mehr oder minder ausdrücklich mit einer Form der Rechtserkenntnis, nämlich der Gesetzesauslegung, identifiziert wird. Methodenlehre in diesem zumeist unreflektierte Rechtsinterpretations- oder, enger noch, Gesetzesinterpretationslehre, ist folglich bei Lichte betrachtet nur ein methodologisches Seitenstück zur Rechtsdogmatik.» Jestaedt, *Braucht die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht eine fachspezifische Wissenschaftstheorie?* cit. p. 23 e 24. Para Christian Bumke, embora a dogmática utilize (parcialmente) a metodologia, esta, por sua vez, nada ensina sobre aquela: «In keinem Werk kann man sich umfassend über die juristische Methode informieren, von der gesagt wird, dass sie das rechtsdogmatische Arbeiten anleitet.» Bumke, *Rechtsdogmatik. Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise*, cit. p. 113. As metodologias jurídicas lidariam preponderantemente com os temas da interpretação e da aplicação (*Auslegung und Anwendung*) – afunilando sempre na legalidade (constitucional) –, bem como com os fundamentos e limites da formação judicial do direito (*richterliche Rechtsfortbildung*). Temas sem dúvida relevantes para a dogmática, mas que não esgotam as suas atribuições disciplinares; a metodologia não explicaria, por exemplo, como se formam as suas figuras e institutos jurídicos, tampouco que funções realiza efetivamente a dogmática como disciplina e com base em que critérios forma a sua perspectiva própria. A dogmática usaria, aqui e ali, um ou outro ensinamento metodológico, mas a metodologia nada saberia sobre a sua realidade disciplinar. Ver, neste sentido, *supra*, nota 21. Em suma: a metodologia não teria conseguido, ainda hoje, ultrapassar as fronteiras da argumentação em torno da melhor interpretação; o trabalho interno reflexivo-disciplinar da dogmática, todavia, iria muito além disso.

⁴⁴¹ «Wenn sie [a metodologia jurídica, F.C.] Rechtsanwendung sagt, meint sie der Sache nach Rechtsauslegung, und wenn sie Rechtsauslegung sagt, meint sie der Sache nach Gesetzesauslegung. Rechtsanwendung schnurrt also auf Gesetzesinterpretation zusammen. Dass dabei die Methode der Auslegung oder, was dasselbe ist, der Erkenntnis anderer, nicht-gesetzesförmiger Rechtsquellen unterbelichtet bleibt, mag man – bei großzügiger Betrachtung – noch behebbaren Mangel durchgehen lassen.» Jestaedt, *Theorie*, cit., p. 58. Assim também no seu *Wissenschaft im Recht*, cit. p. 5: «Sie wendet, erstens, im Grundsatz an den Rechtsanwender und *Rechtsdogmatiker*, nicht

que, no desenvolvimento dos seus modelos, a metodologia opera com uma série de elementos *extralegais*, com escalas, medidas, critérios e fundamentos normativos que transcendem o direito positivo – que são, pode dizer-se: *transpositivos* –, porém, uma vez mobilizados tais elementos, tem de retornar, forçosamente, aos limites práticos da legalidade⁴⁴². Noutras palavras: os elementos extralegais da metodologia são mobilizados para a interpretação da lei, e é a própria práxis que o exige, posto que, em face de um problema concreto, a construção de uma solução juridicamente válida demanda uma fundamentação no direito vigente⁴⁴³. Portanto, embora aqueles elementos conduzam o processo interpretativo, é o objeto deste, as normas do direito positivo, que assegura a sua validade (e utilidade) prática⁴⁴⁴.

Ao ignorar a distinção entre questão de método e questão de competência e privilegiar uma abordagem da práxis como um problema de *conhecimento* do direito⁴⁴⁵ – pontualmente: de

aber an den Rechtswissenschaftler, der rechtshistorisch, rechtsphilosophisch, rechtstheoretisch, rechtssoziologisch usw. arbeitet – die insoweit einschlägige Methoden bleiben seltsam unthematisiert; sie kommt, zweitens, ganz und gar legizentristisch daher: es geht um die Anwendung von Gesetzen, nicht oder doch bestenfalls nur am Rande um die Anwendung sonstiger Rechtsnormen; und schließlich leitet sie, drittens, bei Lichte betrachtet im Schwerpunkt die Auslegung von Gesetzen an, mag sie dabei auch regelmäßig ein (rechtstheoretisch bedenklich) weites Verständnis von Auslegung zugrunde legen.»

⁴⁴² Vale aqui a observação de Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, cit. p. 142/143: «[E]m qualquer metodologia visam-se primeiros os critérios e só depois, e pela mediação destes, os fundamentos. Além de que só os critérios são interpretáveis, ou se oferecem como objecto de interpretação, enquanto os fundamentos possibilitam, condicionam ou sustentam a própria interpretação. No sistema jurídico são fundamentos [...] os princípios e são critérios as normas (legais, jurisprudenciais) ou os precedentes. E particularmente nos «sistemas de legislação», como os nossos, decerto que os critérios são, antes de mais, as normas legais. Porque só elas (e não, p.ex., os princípios) podem desempenhar a função metódica de critério e porque têm a seu favor a força vinculante de *autoridade* (autoridade político-jurídica). Daí que se possa dizer que as normas legais constituem o «núcleo duro» desses sistemas.»

⁴⁴³ Com Alexander Somek, é precisamente a, por assim dizer, “praticidade da práxis” o que justifica o desinteresse da metodologia pela análise teórica. Nas suas palavras: «Hat eine juristische Methodik, die sich von einer sachlichen Problemerkörterung erfolgreich fernhält, keine negativen Konsequenzen oder ist sie sogar moralisch besser als eine Reflexion der Rechtswissenschaft, die sich auf die Sache selbst einlassen würden? [...] Die Existenz der gelungenen juristischen Methodenlehre rechtfertigt sich aus dem sichtlich periodisch der akademischen Disziplin der Rechtswissenschaft geschuldeten Bemühen, ihr zu versichern, es sei moralisch gut, diese Disziplin nicht zu einem theoretischen Problem zu machen.» «Diese Botschaft der gelungenen juristischen Methodenlehre hat, wie es scheint, durchaus gute soziale Folge. Denn durch Reflexionsexzesse der Rechtsanwender würde das Rechtssystem zweifelsfrei blockiert werden.» Somek, *Rechtliches Wissen*, cit. p. 83.

⁴⁴⁴ Insista-se: não obstante os demais elementos e escalas normativas mobilizados, predomina, do ponto de vista da prática judicial, a força gravitacional da legalidade, com uma verdadeira secundarização das demais fontes do direito – não apenas os ditos princípios normativos do direito, os fundamentos pré-, supra-, transpositivos, mas, no limite, também as decisões judiciais e os atos administrativos. A razão disto parece evidente: qualquer racionalização, justificação ou fundamentação da decisão judicial tem de evidenciar, no âmbito das democracias constitucionais, a sua legalidade, ainda que, na sua argumentação interna, convoque também outros elementos. Assim, p.e., com o aqui já referido Winfried Hassemer, *Dogmatik zwischen Wissenschaft und richterlichen Pragmatik*, cit. p. 6: «Jedenfalls derjenige Typ juristischer Methodenlehre, wie er uns tradiert ist, sieht also das Gesetz als Entscheidungsregel im Zentrum der Instrumente zur Herstellung rechtlicher Entscheidungen. „Gesetzesauslegung“ oder „Gesetzesanwendung“ sind ihre zentralen Topoi, „Auslegungslehren“ heißen ihre Anweisungen.» Nas palavras de Josef Esser, a referir-se às suas próprias reflexões metodológicas: «Zentral ist dabei wie bei meinen Studien in Rechtsquellenlehre und Hermeneutik aus meiner Tübinger Zeit das Verhältnis des Richters zum Gesetz [...]» Esser, *Wege der Rechtsgewinnung*, cit., p. 450. Ver ainda Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit. p. 66.

⁴⁴⁵ Ver Alexander Somek, *Rechtliches Wissen*, cit. p. 110 ss. No seu *Wissen des Rechts*, cit. p. 48/49: «Die [akademische] Rechtserkenntnis und die Rechtsanwendung stehen in einem Verhältnis wechselseitiger Abhängigkeit.

interpretação normativa –, a metodologia invisibiliza, disse-se já, a dimensão criativa, subjetiva, do ator do direito, e, portanto, o problema da *produção* do direito⁴⁴⁶. Ocorre que é nessa dimensão criativa, subjetiva, que se encontra o núcleo do poder do direito, a expressar-se, com a dinâmica institucional das suas interações competenciais, como «*política do direito*»⁴⁴⁷. Como reflexo

Die akademische Wissenschaft bedarf der Konfirmation durch die Praxis, um glubhaft versichern zu können, sie wisse etwas über das reale Rechtssystem aus dessen interner Perspektive. Das ist jene Perspektive, von der aus auch die Rechtsanwender sich am Recht orientieren, wenn sie Entscheidungen begründen. [...] Die Auffassung der Rechtserkenntnis davon, was als rechtliches Wissen gelten kann, muss insofern von dem, was die Rechtsanwendung als Wissen anerkannt, abhängig sein. [...] Die knechtische Rechtserkenntnis muss sich dem intellektuellen Gehabe der Rechtsanwendung anpassen.»

⁴⁴⁶ Noutras palavras: concebida a obtenção do direito como problema de interpretação normativa – no campo da aplicação do direito (*Rechtsanwendung*) –, a metodologia e a dogmática perdem acesso ao campo da real produção do direito (*Rechtserzeugung*). Sendo o limite empírico do seu conhecimento o direito preexistente, que interpretam e sobre o qual argumentam a partir de escalas, critérios e fundamentos normativos vários (transcendentes, estes, insista-se, ao direito positivo), o que estão efetivamente a fazer é produzir um conjunto de reflexões e modelos interpretativos sobre o direito preexistente (*Rechtserkenntnis*), o que é feito sem levar em consideração o fenómeno da pura produção, que permanece assim em aberto, sem o devido cuidado reflexivo. Ver, exemplarmente, Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, cit. p. 157-177 [«Stadien der Rechtsgewinnung»]. A falta de atenção aos processos e às relações que culminam na produção do direito faz perder de vista, por sua vez, a existência, e a centralidade constitutiva, da componente aí da *política do direito*, que se expressa no âmbito da (in)determinação competencial para a produção do direito. Sem atentar, portanto, à política da produção do direito, deixa de compreender-se, teórico-metodologicamente, os limites da atuação competente do ator do direito, é dizer, a abrangência do seu campo competencial. Enquanto o campo da aplicação aponta para a problemática do conhecimento interpretativo – no âmbito do qual se expressam as várias figuras da metodologia tradicional –, o da produção aponta para o problema do poder, da competência e da política do direito. Se a primeira pode ser manejada com a perspectiva do participante interno, com um olhar de tipo prático-normativo, a segunda somente a perspectiva do observador externo é capaz de identificar e levar a sério – pois já não se trata aí de defender uma dada interpretação/argumentação sobre a correção do direito, mas de reconhecer, de modo puramente teórico, as conformações e orientações internas, existencial-institucionais, do poder e da política do direito. O problema de ordem teórico-metodológica, ademais já referido, é o seguinte: sem o reconhecimento da política do direito, a perspectiva do participante transforma-se a si própria, melhor: degenera, ela própria, de disciplina académica em um discurso meramente jurídico-político; a sua interpretação do direito, e a argumentação que lhe é correlata, já não toca o núcleo de (in)determinação do direito mesmo, revelando-se como simples defesa de uma posição jurídico-política sobre o direito, melhor: sobre como interpretar os materiais do direito – impondo, portanto, concluir que a cura mesmo da hiperpolitização do pensamento jurídico há que passar pelo reconhecimento (do poder e) da política do direito. Em sentido semelhante, referindo-se aos juristas práticos, diz Christoph Engel: «[Sie] radikalisieren [...] die Unterscheidung zwischen Regelbildung und Regelanwendung. Regelbildung findet dann in einem Reich politischer Beliebigkeit statt. Die einzige Brücke zu diesem Reich ist der mit Geltung versehene Text des Gesetzes. Dessen dünnen Worte nimmt die Regelanwendung als Datum. Mit hermeneutischen Mitteln bringt sie diesen Text zum Klingen.» Engel, *Rationale Rechtspolitik und ihre Grenzen*, cit. p. 589. Ver também *supra*, nota 30.

⁴⁴⁷ A etiqueta da política do direito refere, essencialmente, a estrutura dos enunciados jurídicos que se articulam na perspectiva e com um interesse dito de *lex ferenda*, isto é, trata-se da marca dos enunciados que se orientam à produção do direito *por vir*, o direito do futuro, não (pre)existente – a dizer, pois, “como deve ser o direito”. Neste sentido, cfr. Christoph Engel, *Rationale Rechtspolitik*, cit. p. 581; Karlhans Liebl, *Rechtspolitik*, in: Lange H.J./Gasch M. (Org.), *Wörterbuch zur Inneren Sicherheit*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006, p. 270-274. No âmbito da nova teoria, correlacionando a postura juspolítica e os enunciados dogmáticos, cfr. Mathias Jestaedt, *Das mag in der Theorie*, cit. p. 60. Ver também Christoph Möllers, *Vorüberlegungen*, cit. p. 163 s. e 175 s.; Anne van Aaken, *Funktionale Rechtswissenschaftstheorie*, cit. p. 90. Do ponto de vista da crítica teórica ao pensamento prático, o problema em torno da política do direito, a exigir uma contenção do interpretativismo jurídico, pode ser assim sintetizado. Os atores jurídicos competentes para a criação do direito – tanto o juiz e o administrador quanto o legislador e o ator privado no âmbito da sua autonomia jurídica – operam atos que, por definição, produzem um direito até então inexistente, atuam, de tal feita, de *lex ferenda*, e, portanto, mobilizam, objetivamente, o fenómeno da política do direito. Tradicionalmente, porém, e por conta ainda da distinção metódica entre as esferas da criação e da aplicação do direito, prevalece uma certa resistência, de ordem metodológica, em reconhecer a política do direito como um fenómeno ubíquo à realização ao direito, entenda-se: um fenómeno presente em todos os campos e processos da sua obtenção. Resiste-se, por exemplo, e muito particularmente, a reconhecer a sua presença no âmbito (e na racionalidade) da decisão judicial, a qual, por

intradisciplinar, o trabalho da dogmática, orientado pelos modelos interpretativos da metodologia, distancia-se, desta feita, da política do direito, campo de que emanam de *lex ferenda* as opiniões e vontades constitutivas do direito. Reduz-se-lhe (à dogmática), assim, à função de articular argumentos em torno da mais correta/justa interpretação *de lex lata*, operando-se uma abstração, normativo-interpretativa, do pensamento jurídico em relação ao campo em que se produz o direito⁴⁴⁸. Deixa-se de analisar os espaços abertos e/ou indeterminados do direito, bem como as orientações, inscritas no e pelo próprio direito, para a respectiva determinação interna do campo competencial, que, embora sujeita à subjetividade do ator jurídico, tem (ao menos parte d)a sua amplitude atrelada/projetada pelo direito preexistente; com efeito, é este que confere poder àquele, e, ao fazê-lo, não o atoriza a tudo, impondo constrações objetivas ao seu ato subjetivo⁴⁴⁹. Do ponto

conta de uma sua posição jurídica supostamente privilegiada, haveria que se orientar numa perspectiva metódica estritamente jurídico-normativa, pela via, nomeadamente, da interpretação e da argumentação jurídicas; quando muito, a política do direito envolveria, para além dos processos legislativos, os microfenómenos da discricionariedade e dos espaços livres para avaliações e julgamentos institucionais. O que o discurso teórico está a alertar é que todo e qualquer ato jurídico envolve o fenómeno da política do direito, pois comporta, todo e qualquer ato jurídico, algum intervalo de indeterminação no âmbito do qual é dado ao ator do direito “atuar por conta própria”, isto é, sem uma (total) determinação prévia, participando, assim, de modo genuinamente constitutivo – com as suas próprias valorações juspolíticas – no processo da obtenção do direito. A dimensão da política do direito refere-se, neste sentido, à polarização que um tal intervalo de (in)determinação dinamiza com o direito preexistente, intervalo este em que o ator do direito atua, afinal, de *lex ferenda*. No âmbito do discurso disciplinar e dos modos reflexivos do pensamento jurídico, a política do direito cuida de articular enunciados de *lex ferenda* na intenção de determinar jurídico-politicamente as correlações possíveis no interior de tais intervalos. A pergunta que se coloca, desde a crítica teórica, diz respeito, muito especialmente, às atribuições da dogmática – e da metodologia – diante de uma tal problemática (pois não deveriam *prima vista* confundir-se com a política do direito). Dado que também ela(s) articula(m), prático-normativamente, enunciados de *lex ferenda*, a teoria percebe nisto, criticamente, uma conformação jurídico-política, mas sem o devido cuidado metodológico que a política do direito demanda – mormente porque o fazem de modo metodologicamente inconsciente, com enunciados configurados não exatamente como ou desde a política do direito, mas a partir de critérios normativos de outras esferas. Ver Eike von Hippel, *Grundfragen der Rechtspolitik*, JZ, 1984, p. 953-961. Numa identificação explícita entre «Rechtsdogmatik» e «Rechtspolitik», cfr. Bernd Rüter, *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluß des Richterrechts*, cit. p. 30-36. Cfr., ainda, e também neste sentido, Karsten Schmidt, *Zivilistische Rechtsfiguren zwischen Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*, in. *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*. Hamburger Ringvorlesung, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, p. 9-32, com a seguinte máxima: «Rechtsdogmatik und Rechtspolitik sind keine Gegensätze.» (p. 10).

⁴⁴⁸ Importa perceber, ademais, que a negação metódica do carácter político dos enunciados da dogmática – embora também do próprio direito – articulados de *lex ferenda* pode ser identificada como uma reminiscência ainda da *Begriffsjurisprudenz*, melhor: uma herança da *Historische Rechtsschule* e, como será a seguir sublinhado, do conceito de *wissenschaftliches Recht*, a argumentar em favor de um pensamento e uma práxis apolítica: «„Wissenschaftliches Recht“ ist unpolitisches Recht – und tritt damit ein sowohl unter Rechtspraktikern als auch unter Rechtswissenschaftlern verbreitetes rationalistisches Ideal von Rechtsgewinnung: stat pro voluntate ratio. Rechtsgewinnung vollzieht sich in dieser Sicht mittels Rechtsdogmatik.» Jestaedt, *Wissenschaft im Recht*, cit. p. 7.

⁴⁴⁹ Nos processos da obtenção do direito, todo ato(ε) jurídico vê-se a um só tempo de alguma sorte vinculado em *modus praeteritum* e desvinculado em *modus futurus*. É o próprio direito que assim o autoriza, determinando os espaços de atuação *necessária* e os de atuação *voluntária*. Nas Palavras de Matthias Jestaedt: «So sehr es sich in allen Fällen, rechtsgewinnungstheoretisch betrachtet, um Rechtsetzung handelt, so wenig geht doch damit – das sei ausdrücklich betont! – nicht die These einher, dass der rechtspolitische Diskurs, in dem die Setzungen vorgenommen werden, in allen Fällen in gleicher Weise ablaufe. Ganz im Gegenteil: Der gewaltenteilige, funktionsdifferenzierte Staat macht sich ja gerade die unterschiedlichen Eigenrationalitäten sowie die unterschiedlichen personellen, professionsbezogenen, institutionellen usf. Qualifikationen und Qualitäten der Rechtsetzungsdiskurse zunutze, um eine – aus seiner Sicht – optimale Strukturierung des arbeitsteiligen Rechtsindividualisierungsprozesses zu erreichen. Geradezu handgreiflich wird deren Unterschiedlichkeit in der Art und Weise, in der rechtspolitische Wertungen und

de vista da teoria, o confronto estritamente normativo do direito, a limitar-se, interpretativamente embora, aos materiais do direito, deixa de perceber a tensão entre o direito preexistente e o direito do futuro, tensão esta que, produto da política do direito, determina a atuação do ator jurídico, e, por conseguinte, a real produção do direito⁴⁵⁰.

Há que insistir neste ponto: a política do direito é a expressão existencial-institucional do poder do direito; emergindo, pois, do fundo ontológico do direito – como produto concreto dos atores do direito –, articula-se nos bastidores processuais-relacionais dos materiais normativos. Para a análise teórica, está aí o verdadeiro dínamo da obtenção do direito; é aí que se determinam os limites do campo competencial, isto é, as fronteiras entre aquilo que será considerado um ato criativo de acordo com o direito preexistente, no âmbito, então, das possibilidades do respectivo campo competencial, e um ato em desacordo com o direito. A definição disto, que não é senão a definição do destino do direito, é um problema, uma coisa própria, da política do direito⁴⁵¹. Do

Interessen in den jeweiligen Diskursen formuliert und diskutiert werden. Dies ändert aber nichts daran, dass soweit der Rechtsetzungsfreiraum reicht, die je unterschiedlichen Möglichkeiten und Grenzen rechtspolitischer Argumentation – oder anders: der unterschiedliche Zuschnitt der Validität von Argumenten – *nicht* rechtsnormativer Natur sind (– wären sie es, verkürzte sich insofern der Rechtsetzungsfreiraum entsprechend).» Jestaedt, *Richterliche Rechtsetzung*, cit. p. 63, nota 56.

⁴⁵⁰ Num tom mais trágico: *onde tudo é interpretação do direito, a política do direito não encontra a sua morada*; e, assim, como um sem-teto-metodológico, passa a vagabundear, perigosamente, a (política da) produção do direito pelas vias não iluminadas pelo conhecimento metodológico. A expressão é de Josef Esser, *Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung*, in: *Wege der Rechtsgewinnung*, cit. p. 142, a referir embora uma problemática diversa: «In unserem heutigen Privatrecht ist die Billigkeit ein vagabundierendes Element der Rechtsgestaltung.» Marietta Auer, por sua vez, fala na «blinde Fleck der hergebrachten juristischen Methodenlehre» (ver *infra*, nota 453). Trata-se, em suma, de sublinhar algo evidente, a saber: que, ainda que o pensamento jurídico deixe de iluminar a componente da política da produção – no vocabulário de Auer: o campo da origem da formação dos novos enunciados do direito (*Entstehung neuer Rechtsätze*) –, isto não faz com que uma tal componente deixe de existir no âmbito da própria realidade, e, pois, que deixe de produzir os seus efeitos empíricos; a política do direito continua lá, feche-se ou não para ela os olhos metodológicos da ciência do direito. E, pelos espaços/intervalos de indeterminação dos processos do direito vagabundeia perigosamente porque o faz, desta forma, sem qualquer inspeção metodológica. Nos pontos cegos, então, da obtenção direito, lá onde não brilha a luz do conhecimento metodológico, a sua investida será inevitável, e entretanto invisível. Ademais, a opção metódica por ignorá-la não é problemática apenas no campo da obtenção do direito, pois também no campo do pensamento jurídico académico fica, desta feita, livre a política para entranhar-se, também aí sem a devida inspeção metodológica, nas interpretações e sistematizações dogmáticas – com a dogmática, assim, hiperpolitizada e metodologicamente inconsciente. Metodologicamente descuidada, a política da produção do direito viverá nos espaços que encontrar, e far-se-á presente seja ou não convidada; ...até que se lhe faça (a) justiça (do [re]conhecimento teórico-metodológico). «Die Fragen lenken den Blick darauf, dass jede rechtsförmige Entscheidung nicht mit inhaltlichen und methodischen Richtigkeitskriterien allein erfasst werden kann, sondern stets anhängig ist von der Person dessen, dem die Rechtserzeugungsmacht zugewiesen ist. Rechtserzeugung, Rechtsetzung, Rechtsanwendung oder wie immer man den Vorgang der Aktualisierung von Recht bezeichnen mag, ist also immer auch eine Frage der Kompetenz und nicht nur eine solche der rechten Anwendung von (Auslegungs-)Methoden zur Erforschung des bereits Vorentschieden.» Jestaedt, „*Öffentliches Recht als wissenschaftliche Disziplin*“, cit. p. 251.

⁴⁵¹ «Eine Gesetzesauslegungslehre reflektiert als Rechtserkenntnislehre [...] nur *einen* Bestandteil des komplexen Rechtsgewinnungsprozesses; insbesondere die *Rechtserzeugung* gerät bei der Fokussierung auf den Erkenntnisanteil der Rechtsgewinnung aus dem Blickfeld. Soweit überhaupt Sensibilität für die Unterscheidung von *Rechtserkenntnis* und *Rechtserzeugung* besteht, ist die Neigung groß, letztere in die – von nicht wenigen unterwissenschaftlichen Auspizien als prekär angesehene – Rechtspolitik abzudrängen, um nicht zu sagen: zu entsorgen.» Jestaedt, *Braucht die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht eine fachspezifische Wissenschaftstheorie?* cit. p. 24. Como dito acima, o problema metodológico que então se afigura consiste no fato de que, sem o reconhecimento adequado

ponto de vista teórico-metodológico, significa isto que não se trata de um problema do pensamento jurídico; não é uma questão de método, mas uma questão de competência. Quer dizer, os critérios que determinam a produção do direito não se confundem com os critérios metodológicos para a interpretação dos materiais normativos do direito⁴⁵². Neste sentido, as fórmulas da metodologia tradicional acabam mais por obscurecer do que iluminar a realidade do direito, camuflando as reais componentes dos seus processos constitutivos com a sobreposição das suas construções conceituais; com os conceitos, p.e., da «formação judicial do direito» (*richterliche Rechtsfortbildung*), da «analogia jurídica», da *Rechtsfindung*, da *Rechtsbildung*, da «discrecionalidade judicial», da *Abwägung*, da «interpretação normativa», da «interpretação conforme a constituição», etc.⁴⁵³ Tais construções

da política da produção do direito – reconhecimento este que convocará uma racionalidade distinta da interpretativa (pode indagar-se, afinal, se não será mesmo esta a intenção do discurso metodológico tradicional: deixar de reconhecer o caráter constitutivo da política do direito, para não ter de abandonar a hegemonia sobre discussão em torno da “racionalidade jurídica” [cfr. Somek, *Rechtliches Wissen*, cit. p. 82 ss.]) –, a tendência, no âmbito reflexivo-disciplinar do pensamento jurídico, é como que substituir intrametodologicamente aquela componente constitutiva, adotando, dessarte, a própria metodologia, e, mais perigosamente, a própria dogmática, uma postura (demasiado) jurídico-política nas suas referência ao direito.

⁴⁵² Com Alexander Somek, pode dizer-se que o estímulo para o ativismo jurídico-político da dogmática vem do fato de a metodologia, ao invés de divisar a ontologia do direito, assumir o problema da aplicação como uma questão deontológica, a impor que se lhe pense-justifique da forma mais correta-justa possível. «Der deontologische Fels diht sich damit nicht als ontologisch konzipierter Gegenstand der Rechtserkenntnis, sondern als deontologisches moralischer Prinzip zu erkennen. Das problem der juristischen Methode ist ein Problem des Rechtsinhalts. Ob es sich lösen lässt, ist eine von der Problem diagnose verschiedene Frage. Möglicherweise gilt das Recht nur für den, der an es glauben will.» Somek, *Rechtliches Wissen*, cit. p. 92; também p. 94 («das der Dogmatik immanente politische Moment»). A passagem é particularmente luminosa pois esclarece ainda que é a assunção do olhar normativo sobre (a práxis d) o direito o que faz com que a metodologia afaste das suas intenções disciplinares o interesse pelo conhecimento teórico do direito.

⁴⁵³ Referindo-se às fórmulas da metodologia tradicional, Bernd Rüthers, *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*, cit. p. 35: «Das alles wird mit unverbindlichen „Küchenrezepten“ wie „eindeutiger Wortlaut“, „enge Auslegung von Ausnahmenvorschriften“, „Aedeutungstheorie“, „Lückensuche“ und „typologische Rechtsfertigung“, notfalls mit der „Natur der Sache“ oder dem „Wesen“ garniert.» Para Somek, *Rechtliches Wissen*, cit. p. 79, as fórmulas da metodologia tradicional revelam *verdadeiros oxímoros*: «Die gelungene juristische Methodenlehre muss sich der Reflexion verweigern.» «Denn je mehr man von den Funktionsbedingungen der gelungenen juristischen Methodenlehre zu Gesicht bekommt, um so unerfindlicher wird, weshalb den zu behrenden Anwendern deren oxymorone Geistesverfassung nicht auffällt.» Mais à frente fala em: «interne Irrationalität der gelungenen juristischen Methodenlehre.» (p. 82) O que quer com isto dizer-se é que a metodologia não logrou identificar um critério objetivo para o controle/correção da práxis; nem um critério capaz de assegurar *ex ante* como será realizada a performance judicial nem um que permita nivelar os diversos modelos e instrumentos metódicos, para uma análise *ex post* da sua correção. O que se tem, ainda hoje, é uma série de diferentes propostas (e isto quer dizer que o problema da dita arbitrariedade da «Methodenwahl», que quisera solucionar, p.e., Franz Bydliniski, continua em aberto) a emitirem os seus enunciados e modelos a partir de critérios enquanto tal transcendentais, para não dizer metafísicos, isto é, que têm os seus fundamentos articulados internamente, no âmbito dos seus respectivos sistemas de pensamento, com base, portanto, nas suas próprias premissas e visões de mundo, mas que não ganham objetividade fora dos seus próprios arcos reflexivos – são critérios, neste sentido, e numa palavra, subjetivos. A aderência prática a tais modelos é, por conseguinte, e por definição, também ela subjetiva. Isto acaba por permitir a manipulação prática, de tais modelos, para fins arbitrários, posto que, uma vez estabilizadas as suas fórmulas, podem ser usadas, subjetivamente, pelo ator prático (e pelo dogmático) para justificar e encobrir as suas intenções jurídico-políticas. Pode dizer-se, no sentido a que se tem chamado aqui a atenção, que isto ocorre porque tais fórmulas não abarcam, afinal, a realidade do direito – desde logo: o poder e a política da produção do direito –, que demanda, como dito, uma racionalidade não apenas normativo-interpretativa, e/ou argumentativa, mas uma reflexão que se dedique a compreender, teoreticamente, o funcionamento interno do poder e da política do direito, no âmbito mesmo das interações competenciais dos ato(re)s do direito. Também Marietta Auer conclui serem insuficientes os instrumentos conceituais da metodologia tradicional: «Recht entsteht – auch in den Rechtsordnungen

abstraem, repita-se, diante do problema da real produção do direito, pode dizer-se: da política da produção do direito, nomeadamente ao conceber a práxis, e assim também o pensamento jurídico, como atividade interpretativa⁴⁵⁴.

a) Herança hermenêutica na metodologia jurídica

Diante disto, cumpre destacar a relação interna entre o discurso prático da metodologia tradicional e a hermenêutica filosófica gadameriana. É verdade que a metodologia, disciplinarmente autonomizada em função das necessidades normativas da práxis, não assume de modo no todo apromático a visão de mundo da fenomenologia hermenêutica, porém, este é o ponto que importa sublinhar, harmoniza com ela num pressuposto decisivo⁴⁵⁵: no entendimento de que a

des Civil Law – bisher durch das fallweise richterrechtlich austarierte Zusammenspiel von Grundsatz und Norm, Regel und Einzelfall, das sich mit der hergebrachten Methodenlehre, die lediglich einzelne Argumentationstopoi auf dem Weg zur Falllösung beschreibt, aber wenig bis nichts zur Entstehung neuer Rechtssätze aus kohärenten Falllösungsfeldern beizutragen hat, bis heute nicht befriedigend erklären lässt.» Auer, *Rechtstheorie*, cit. p. 63. Para Auer, contudo, a relevância da metodologia, e a fim de não deixar cair a ciência do direito numa simples capitulação diante do poder, teria de ser buscada hoje no horizonte daquilo que trata por pluralismo multipolar das fontes normativas e da necessidade aí de uma orientação para um “sentido propriamente jurídico”. Cfr. o seu *Der Kampf um die Wissenschaftlichkeit*, cit. p. 789-794. A sua proposta, como dito supra, passa por uma reabilitação teórica do direito livre, que estaria ainda hoje ignorada nas suas potencialidades metodológicas: «Die herrschende Methodelehre konnte und kann bis heute nichts mit der freirechtlichen Grundthese anfangen, dass es auf Autorität in der Auslegung nicht ankommt. Die entscheidende methodologische Grenzlinie verläuft daher, anders als jüngst wiederholt behauptet wurde, nicht zwischen der zu Richterfreiheit und objektiver Auslegungstheorie neigenden Wertungsjurisprudenz und dem Freirecht einerseits und der angeblich strikt auf Richterfindung im Sinne der subjektiven Theorie bedachten Interessenjurisprudenz andererseits. Von Standpunkt des Freirechts aus erscheinen vielmehr Wertungs- und Interessenjurisprudenz als gleichermaßen korrumpierbar, soweit sie beanspruchen, dem „wahren“, „wirklichen“, „wohlverstandenen“ Willen des Gesetzes oder des Gesetzgebers zu dienen und ihre Auslegungsergebnisse insoweit autoritativ zu legitimieren zu können.» (p. 798) Ver também o seu *Methodenkritik und Interessenjurisprudenz*, cit. p. 528-531. No bojo da sua proposta, aquele problema da «Methodenwahl» seria solucionado com a naturalização de uma tal condição, isto é, com a aceitação da possibilidade de escolha, pelo ator do direito, entre diversos modos de leitura do direito, sendo isto, no limite, o que entende Auer hoje por um direito livre – um direito judicial que se cria a si próprio sem ter de estar vinculado a *uma* específica metodologia. Cfr. *infra*, p. 260 ss.

⁴⁵⁴ «Schon der konventionelle Kern der Rechtsentstehung durch richterliches Fallrecht und wissenschaftliche Systematisierungsleitung liegt damit im blinden Fleck der hergebrachten juristischen Methodenlehre des kontinentalen Gesetzesrecht, und dieses Problem wird sich mit Blick auf die erwähnten Potentiale eine digitaltechnologischen Strukturverschiebung der gesamten Rechtsgestaltungstätigkeit weg vom Staat und hin zu digital regulierenden Privaten künftig noch verschärfen.» Marietta Auer, *Rechtstheorie*, cit. p. 64; «Die überkommene Methodenlehre gilt, was ihren Anleitungs- und Erklärungswert für die Rechtsgewinnung betrifft, bei vielen – nicht ganz zu Unrecht – als hoffnungslos unterkomplex. Mit ihr lässt sich kaum ein anspruchsvollerer Fall lösen. Weder liefert sie eine auch nur lediglich zutreffende Beschreibung dessen, wie Rechtsanwender wirklich vorgehen, wenn sie Recht sei es erkennend, sei es erzeugend gewinnen, noch gar eine verlässliche oder doch zumindest brauchbare Handlungsanweisung für orientierungs- und hilfeschende Rechtspraktiker. Im Herstellungskontext, d.h. für die Frage, auf welchem Wege und mit welchen Mitteln Recht zu gewinnen sei, spielen die von der traditionellen Methodenlehre unterbreiteten Angebote in Gestalt der Auslegungsmethoden, wie es den Anschein hat, keine oder doch keine nennenswerte Rolle.» Jestaedt, *Braucht die Wissenschaft*, cit. p. 25.

⁴⁵⁵ Cfr. José Manuel Aroso Linhares, *Phronêsis und Tertialität. Die Behandlung des Neuen als Kern des «geworfenen Entwurfs» des Rechts*, in: Rainard Z. Bengez/Lothar Philipps (Org.), *Von der Spezifikation zum Schluss. Rhetorisches, topisches und plausibles Schließen in Normen-Regelsystemen*, Nomos Verlag, 2013, p. 37-56 [utilizou-se aqui a versão A4 fornecida pelo autor, p. 1-20]. Aroso Linhares esclarece aí em que medidas aproximam-se e distanciam-se as

interpretação do direito não se confunde com um exercício de mera descoberta de sentidos preexistentes, assumindo-lhe, antes, como um complexo processo de integração histórica de sentidos, a dar-se mesmo na abertura fenoménica de uma específica *applicatio*⁴⁵⁶. Na perspectiva da práxis (e da dogmática), significa isto assentir com a tese de que a norma do direito, i.e., o conteúdo de sentido do direito positivo, constitui-se enquanto tal somente no e com o ato da sua interpretação, é dizer: como o resultado d(o resultado d)a sua concretização histórica⁴⁵⁷. Em

possibilidades e as necessidades da metodologia jurídica – sob o espectro jurisprudencialista (p. 12, nota 30) – relativamente à nova hermenêutica e à tópica, também esta última essencial ao discurso da metodologia tradicional. Uma certa herança das duas – com a confirmação da *circularidade da hermenêutica* e do *pensamento problemático da tópica* – é expressa e criticamente assumida. À primeira não seria possível reconhecer as especificidades do mundo prático do direito, reduzindo-o a um incompatível trabalho de leitura de textos (no sentido já mencionado da *Auslegung* como *Applicatio*). A segunda, por seu turno, teria sabido identificar o caso-controvérsia – perspectiva do problema («problema» aí não como objeto, mas como perspectiva da interpretação-metodologia jurídica) –, mas tampouco seria suficiente às necessidades da metodologia. «Warum genügen uns solche Überlegungen jedoch nicht, oder, besser gesagt, warum ist es so wichtig, dass wir ihrer unproblematisierten Projektion auf die juristische Welt widerstehen? Ganz einfach, weil sie, auf ihrer Ebene der Allgemeinverständlichkeit, die *Gefahr* mit sich bringen, den Verwirklichungsmoment zu hypertrophierten, also die Forderung nach *Zirkularität* zu pervertieren oder zu unterbrechen.» (p. 13) «Nun kann diese Gefahr nur erkannt und abwendet werden, wenn man die erwähnte Annahme oder Suche nach der *Commune* erst nimmt... und zwar solchermaßen, dass das *Neue* und das *Alte* in der Perspektive einer *Partizipation* oder einer internen *Kommunikationsgemeinschaft* miteinander verschmelzen.» (p. 14) Faltaria incluir aí, numa palavra, a dialética (problema-sistema), com o que haveria de emergir a perspectiva do direito como projeto prático-cultural, como específica e autónoma resposta cultural-civilizatória, diz, ao problema da invenção do *Commune* – da vida em comum –, resposta esta que não seria redutível às racionalidades somente práticas e às possíveis construções (filosóficas) da práxis – ou a quaisquer outras formas de identidade coletiva. A resposta estaria na invenção, antes, de uma certa *Humanitas* (anunciada como *gemeinschaftliche Gültigkeit*) – aqui com referência expressa, na nota 36, da página 15, a Martin Heidegger («Unter ihrem Namen wird die Humanitas zum ersten Mal bedacht und erstrebt...» *Brief über den Humanismus*, 1947, p. 19) –, no encontro institucional(izante) da experiência histórica prático-cultural da dita *Civitas romana* como práxis (analisada aí com os óculos éticos) da *Responsa* e/ou *Respondere*. Mais do que em Aristóteles, portanto, é na experiência romana que estaria a derradeira resposta; experiência fundante em que teria pela primeira vez se manifestado, diz, a «circularidade produtiva» (expressa precisamente entre *Phronêsis* und *Tertialität*) entre «validade» e «realização prática do direito» (*Rechtsgeltung* und *Rechtsverwirklichung*): «*Phronêsis* und *Tertialität*? Ganz genau. Die *geistigen* (*dianoetische*) *Tugend* des vernünftig konkreten Antwortens-*Respondere* (*Phronêsis*)... und die Stabilisierung und Durchführung eines «Thematisierungs- und Vergleichskontextes» (*Tertialität-tertialität*) – eines Kontextes, den man hier als *System* (als *Rechtssystem*) erfahren und wiedererfinden soll.» (p. 4). Confirma-se assim, agora com o conceito de «tercialidade» (Emmanuel Levinas), conjugado com o conceito de «responder», a primazia ético-fenomenológica sobre o direito. Sobre a autonomização da *Iurisprudencia* como fenómeno clássico-romano e a mobilização aí da *frónesis grega* aristotélica, cfr. Fernando Bronze, *As margens e o rio (da retórica jurídica à metodonomologia)*, cit., p. 81-117 (especialmente p. 85 ss.).

⁴⁵⁶ Cfr., exemplarmente, Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, cit. p. 130 ss. Com a ressalva aí de que, não obstante o reconhecimento da *applicatio* hermenêutica, «a realização problemático-concreta do direito poderá exigir mais do que apenas uma «aplicação» e uma «concretização», nos sentidos que vão considerados pela nova hermenêutica.» Mais adiante: «[Isto] obriga igualmente a concluir que sempre «o direito é hermeneuticamente aberto» [...], que as expressões das prescrições jurídicas não têm um sentido único e fixo, pois admitem sempre sentidos contextual-pragmáticamente diferentes e lhes é assim conatural e ineliminável uma virtual ambiguidade.» (p. 132) Ver também o seu *A unidade do sistema jurídico*, cit. p. 41 ss.

⁴⁵⁷ Ainda sobre a relação entre hermenêutica e metodologia, cfr. Dietrich Busse, *Juristische Semantik. Grundfragen der juristischen Interpretationstheorie in sprachwissenschaftlicher Sicht*, cit. p. 77-100 [«Die Wende zur Neuen Hermeneutik»]; Monika Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, Verlag R. Gremer, 1981. Dada essa relação, coloca-se a questão de saber se não será, também o discurso da metodologia tradicional, assim como o da hermenêutica, uma espécie de herdeiro da teoria objetiva da interpretação. Que um ou outro dos seus representantes o negue não pode ser ignorado; diz-se que a resposta metodológica seria uma *via di mezzo* (assim, p.e., com Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, cit. p. 535 ss. [«Weder „objektive“ noch „subjektive“ Auslegungstheorie – Rangordnung der Konkretisierungselemente»]; em sentido semelhante, Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*,

consonância, portanto, com o caráter episódico da fenomenologia hermenêutica (*Geschehenscharakter*⁴⁵⁸), está assim a assumir-se, no âmbito da metodologia, que o sentido normativo do direito encontra-se não desde logo inscrito no enunciado do direito, no artefato interpretativo, mas no produto integrativo da sua interpretação⁴⁵⁹. Do ponto de vista teórico, está-se diante de um

cit. p. 237 ss.; Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, cit. p. 98-102, neste último a falar no predomínio de «teorias mistas»). Do ponto de vista da análise teórica, porém, a indagação persiste, e isto justifica-se sem grande dificuldade. Perceba-se: o objeto interpretativo imediato dos modelos metodológicos são, assumida a perspectiva do caso concreto – i.e.: o caso como perspectiva da interpretação –, os artefatos/materiais normativos do direito (ainda que se ambicione atingir uma dita «norma enquanto norma», como objeto intencionalmente normativo-jurídico, para dizer com Castanheira Neves, *MJ*, cit. p. 142 ss.). A partir do caso concreto, a metodologia dominante não dedica as suas atenções ao passado constitutivo dos artefatos, mas à integração do seu sentido atual, desde o presente (a partir do caso); o sentido dos artefatos é determinado, em suma, *a posteriori*, casuisticamente, a partir das exigências de sentido que o problema concreto impõe. Valem aqui as palavras de Castanheira Neves: «o *prius* metodológico não é a norma-prescrição fechada na sua significação e subsistente na sua idealidade, mas pelo contrário o caso concreto decidendo, na sua autónoma e específica problematicidade jurídica [...] e é em função desse caso e para a sua judicativa decisão que se interrogam interpretativamente as normas jurídicas aplicáveis, as normas que possam ser critério normativo-jurídico da solução-decisão do mesmo caso.» (p. 129) Em grande medida, é assim também com a teoria objetiva, que confere sentido normativo aos artefatos do direito a partir das atualizações que o momento presente, no futuro dos artefatos, exige, com atualizações então de ordem histórica, social e cultural («Sie geht nicht vom Normzweck und Regelunziel der Gesetzgeber aus, sondern von einem vermeintlich „venünftigen Willen des Gesetzes“ im Zeitpunkt seiner Anwendung.» Rùthers, *Die heimliche Revolution*, cit. p. 27). Não espanta, portanto, que Martin Kriele considere a «descoberta» da teoria objetiva a invenção mais relevante da história da metodologia jurídica: «Die bedeutsamste Wende der Methodenlehre ist die zur Theorie der »objektiven Auslegung«, die etwa um 1885 von Binding und Wach entwickelt wurde und die sich alsbald, wenn auch nie unbestritten, durchgesetzt hat. Die Auslegung hat danach nicht den Willen des Gesetzgebers, sondern den »Willen des Gesetzes« zu erforschen. [...] Es ist deutlich, daß diese Theorie dem Richter einen weiten Spielraum gewährt.» «Aber auch die Feststellung, die Rechtslage sei heute anders zu beurteilen als zur Zeit der Gesetzesentstehung, antwortet auf eine Frage, auf die der Text noch nicht die Antwort gab. Insofern muß das Gericht im Einzelfall gewissermaßen eine Entscheidung für die »rekonstruktive Hermeneutik« treffen, aber auch diese Entscheidung ist nur im Rahmen einer »applikativen Hermeneutik« denkbar. [...] Im übrigen ist alle juristische Hermeneutik »applikative« Hermeneutik.» Kriele, *Rechts und praktische Vernunft*, cit. p. 75 e 82. Ver também Josef Esser, *Die Interpretation des Recht*, cit. p. 278 ss. e 284 ss.: «Auch beim Kunstwerk mag es vorkommen, daß der Interpret seinen Sinn „besser“ verstehen muß, als der Autor. Dort liegt eben die *Quelle des Genius* tiefer, als im Bewußtsein des schöpferischen Menschen. Im Recht ist es nicht anders.» (p. 287).

⁴⁵⁸ Sobre o caráter episódico da fenomenologia hermenêutica, cfr. Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, cit., p. 239. É por conta desse caráter episódico que a hermenêutica filosófica, uma vez aplicada ao universo jurídico-metodológico, faz desembocar – tertium non datur – num *casuismo interpretativista*, em que não a vontade constitutiva do direito, mas as exigências do caso concreto determinam o sentido normativo do direito. Crítico: Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung*, cit., p. 142 ss. [«Philosophische Hermeneutik und Rechtsgewinnungslehre»].

⁴⁵⁹ «[S]ó na sua realização temos verdadeiramente o direito, [...] o direito só é *direito real* – não já tão-só projecto ou possibilidade de direito –, ‘através do acto criador que o realiza’ (‘a realização é a vida e a verdade do direito, ela é o próprio direito’). Em síntese, consumando-se a ‘interpretação’ só na ‘aplicação’ e sendo esta normativamente constitutiva ou integrante, então a ‘aplicação do direito não pode ser separada da interpretação e da integração’ (*Rechtsfortbildung*).» Castanheira Neves, *O Actual Problema Metodológica da Interpretação Jurídica*, cit. p. 70. Na página anterior, referindo a diferença entre *norma* e *caso* – «em que temos afinal o problema da interpretação jurídica enquanto momento metodológico da realização do direito» –, diz: «[d]iferença, a superar constitutivamente pela interpretação jurídica, que não é assim contingente, mas necessária e nos obriga a concluir, por um lado e já com Bülow, que a norma legal não é o direito mas só um ‘projecto’ de direito, ou igualmente agora com Kaufmann que ‘não é a realidade mas só a possibilidade do direito’. Por outro lado, que a *interpretação jurídica é sempre ‘interpretação integrante’ e numa incidibilidade entre ‘interpretação’ e ‘aplicação’* (estas categorias no seu sentido tradicional) ou sem que se possa discriminar, como entre dois termos absolutos ou discretos e que como tais se mantivessem, o que é dado na norma e o que se constitui na judicativa interpretação; pois se a *norma é desde logo interrogada em função e na perspectiva do problema jurídico do caso decidendo*, prévia e autonomamente compreendido nessa sua específica juridicidade, e se *para esse problema, não para outro, se procura obter uma resposta normativa adequada*, também só no resultado do acto *problematicamente interpretativo que se realize para conseguir essa resposta-solução, e mediante o continuum do seu processo constituinte, se acaba por saber o que é normativamente imputável ao critério da norma – o que nele é «dado» determina-o a interpretação na sua normativo-judicativa*

problema nada trivial. Pois, na assunção da episodalidade do sentido interpretativo vai implicada uma concepção de direito que condiciona os sentidos normativos do direito às reivindicações históricas do caso jurídico concreto⁴⁶⁰. Ou seja, entrega-se, metodologicamente, aos casos concretos, na sua, por assim dizer, mundaneidade, a soberania, é dizer, a última palavra quanto aos sentidos normativos do direito; como se o direito não tivesse sentidos e vontades próprias, condena-se-lhe a conformar-se às demandas de sentido, melhor, ou mais drasticamente: aos caprichos do caso concreto⁴⁶¹. Trata-se, com efeito, de algo demasiado arriscado. E o diagnóstico da crítica teórica parece preciso: culmina-se num *casuismo judicial* – e, de um modo mais amplo, num

*mediação entre a norma e o caso, e a interpretação é problemático-concretamente constitutiva nessa sua determinação ('a interpretação é o resultado do seu resultado').» [destaque] A aproximação com Gadamer, e neste ponto também com Esser, é anunciada na mesma página, nota 238. Interessante notar a menção a Bülow, de importância capital, como pôde ver-se, para o desenvolvimento, no início do século passado, da perspectiva própria das doutrinas metodológicas. Para uma diferenciação pontual da proposta jurisprudencialista diante de Martin Kriele e Josef Esser – aqui entretanto já analisados –, bem como de Friedrich Müller e Wolfgang Fikentscher, cfr. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, cit. p. 142-154 [«A interpretação jurídica como momento da concreta e problemático-decisória realização do direito»]. Sobre o que aproxima e o que distancia as propostas metodo(nomo)lógicas de tais autores, com menção a ainda outros nomes, e com a indicação de um «denominador comum na *dialética sistema-problema*», cfr. Fernando Bronze, *Breves considerações sobre o estado actual da questão metodonomológica*, cit., p. 13 ss. (com referência também aí a Gadamer) e p. 19-22; no seu *O Jurista: pessoa ou andróide?*, cit. p. 41/42, lê-se: «[A] reflexão judicativa, em que se inucleia a metodonomologia, se centra no problema concretamente decidendo (ponto este em que – apesar da diversidade que evidenciam – convergem todas as orientações mais relevantes do pensamento jurídico contemporâneo – de K. Larenz e F. Bydlinsky a R. Alexy e Art. Kaufmann, de Fr. Müller e J. Esser a W. Fikentscher e Castanheira Neves), que não será possível compreender (para depois resolver em termos argumentativo-dialogicamente convincentes e prático-normativamente adequados) sem que a mediação de uma (sinderética) «judícia» experiencialmente afinada – que, por sua vez, se não deixa des-vitalizar sem se perverter, correspondendo a ilusão do respectivo aprisionamento por uma máquina pré-programada a uma sua intencionalmente dessorante descaracterização e axiologicamente indiferente objectização.»*

⁴⁶⁰ Referindo-se, neste sentido, à *Konkretisierungsjurisprudenz*: «Als Konkretisierungsjurisprudenz soll hier jene Richtung der Rechtswissenschaft angesprochen sein, die die (einwertig, d.h. stets rechtserzeugend verstandene) Normkonkretisierung ins – sei es methodologische, sei es dogmatische – Zentrum ihrer Rechts(gewinnungs)deutung rückt.» «Die *Konkretisierungsjurisprudenz* rückt den Grundgedanken der Philosophischen Hermeneutik in den Mittelpunkt, dass es kein Verstehen ohne Anwendung gebe und dass sich das zu Verstehende erst im Prozess der Anwendung verwirkliche und vollende. Sie zieht daraus den Schluss, dass die Vorstellung einer präexistente, nur mehr durch Aufdeckung des in sie Hineingelegten zum Sprechen zu bringenden *lex ante casum* eine erkenntnistheoretische Chimäre sei und dass Interpretation immer schon Konkretisierung bedeute, ja mit ihre in eins falle. Interpretation wird als „Rechtsproduktion durch kreative Normkonkretisierung“ gedeutet.» Matthias Jestaedt, „*Öffentliches Recht*“ als wissenschaftliche Disziplin, cit. p. 255 e 256 [destaque]. Nas mesmas páginas, aponta-se como representantes da jurisprudência da concretização os nomes de Konrad Hesse, Friedrich Müller, Ralph Christensen, Josef Esser. A jurisprudência da concretização não se limite aí, portanto, ao modelo metódico de Müller, querendo envolver quaisquer modelos que assumam como ponto de determinação do sentido normativo(-interpretativo) do direito o caso concreto.

⁴⁶¹ «Dieser Schluß ist nur dann zutreffend und zwingend, wenn Rechtsgewinnung sich eindimensional vollzieht, wenn Rechtsetzungs- und Rechtsvollzugsorgan identisch sind, wenn Auslegung und Anwendung zusammenfallen, wenn, mit anderen Worten, der (rechtsproduktive) Teil für das Ganze des Rechtsgewinnungsprozesses genommen werden darf. Dies jedoch ist nur der Fall in einer Rechts-»Ordnung« mit lediglich einer Rechtsetzungsinstanz, die zugleich einzige Rechtsanwendungsinstanz ist. In mehrstufigen, arbeitsteiligen Rechtsordnungen sind die Unterscheidungen von Setzung und Anwendung (aus der Perspektive des Rechtsetzers vorausgehender Stufe) sowie von Auslegung (Erkenntnis) und Anwendung (Setzung) einer Rechtsnorm (aus der Perspektive des Rechtsanwenders, d.h. des Rechtsetzers nachfolgender Stufe) wesensbestimmende Merkmale ihrer Ausdifferenzierung und unverzichtbare Faktoren ihrer Effizienz.» «Der Rechtsanwender hat zunächst die von ihm anzuwendende (erste) Norm in ihrer Determinierungswirkung zu erkennen (Rechtserkenntnis), um sodann auf der Grundlage der ermittelten Determinanten seinerseits eine konkrete (zweite) Norm zu stehen (Rechtsetzung im engere Sinne). Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung*, cit. p. 153 e 154.

casuismo jurídico (a considerar também as reflexões jurídicas, limitadas assim casuisticamente) –, que confere a casos concretos e problemas episódicos a capacidade de definir os sentidos do direito, em detrimento, afinal, das vontades, dos sentidos, das opiniões e critérios já estabilizados, pel(o ator d)a política do direito, no direito preexistente^{462 463 464}.

⁴⁶² A expectativa gerada pelo discurso da metodologia é, com efeito, a de que os seus respectivos modelos permitiriam conter a radicalidade da contingência judicativo-decisória, conferindo à decisão algum controle metódico; em concreto, porém, isto não se confirma. Nas palavras de Josef Esser, dá-se isto em razão do caráter academicista das suas propostas: «[Ich müßte] die Vorgänge im Bewußtsein des Richters, die wir als Vorverständnis bezeichnen, einmal ausleuchten. Denn von ihnen scheint mir – im Gegensatz zu allen illusionären akademischen Methodenlehren – eine Wahrheit die Auswahl der angewandten Argumente, ja schon der Sachverhaltsmerkmale, auf die man sich überhaupt einzulassen gedenkt, bestimmt zu werden.» Esser, *Recht und Rechtsverwirklichung*, in: *Wege der Rechtsgewinnung*, cit. p. 197. O perigo de um tal academicismo consiste no fato de que o ator do direito, uma vez diante das fórmulas metodológicas, não podendo por estas ser controlado, pode, ele próprio, a elas controlar, manipulando-as em concreto a fim de justificar/camuflar as suas opções jurídico-políticas.

⁴⁶³ «In Wahrheit läßt sich der Text nicht interpretieren, wenn man ihn nicht zu [...] konkreten Rechtsproblemen in Beziehung setzt; ihn gewissermaßen als ein Mittel behandelt, das konkrete Rechtsproblem zu lösen.» «Ohne Bezug auf ein konkretes Problem kann zwar der Text nicht richtig interpretiert werden [...]» Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, cit. p. 160.

⁴⁶⁴ É possível concluir, com Eduard Picker, que, assim como as «doutrinas metodológicas» do início do século 20, tampouco os «modelos metodológicos» do pós-guerra conseguem realizar o mister de controlar as atividades judiciais – para além de, como dito, tempouco indicarem um critério objetivo para a consideração *post festum* da sua correção. Com a crítica ao formalismo legalista e ao positivismo normativista, cumprem a função de abrir as portas para o reconhecimento da autonomia judicativa na sua lide constitutiva com o caso concreto, mas não logram fechá-las novamente de modo a conter – metodologicamente – o casuismo; à ditadura na *norma* abstrata substitui-se a ditadura do *caso* concreto. Nas palavras de Bernd Rüthers: «Methodische Argumente, wenn sie überhaupt vorkommen, dienen in der Regel nur als Fassade, um das vorgefaßte Ergebnis mit einem rationalen Entscheidungsweg zu tarnen. Tatsächlich werden die verschiedenen Methoden von Fall zu Fall unterschiedlich gehandhabt. So bekommt jeder Fall seine eigene Methode.» Rüthers, *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*, cit. p. 34. Rüthers lembra, ainda, que a promessa de justiça, intrínseca à intenção normativa da metodologia – e que se está aqui a referir, desde o início, com o conceito de pretensão de correção do direito –, pode servir também à promoção da injustiça, demandando, Rüthers, neste sentido, que o pensamento metodológico não fale tanto, isto é, que contenha o uso das suas palavras – o seu «falatório» (*Gerede*), para lembrar a expressão de Martin Heidegger, *Sein und Zeit*, Max Niemayer, Tübingen, Auf. 11., 1967, § 35, p. 167-170 [«Das Gerede»] –, pois as suas palavras, as suas fórmulas e conceitos, poderão ser utilizadas para finalidades que escapam à sua intenção metodológica de justiça, dito de outro modo: serão manipuladas para produzir injustiça, não obstante a vontade de justiça do pensamento jurídico. Ver o seu *Das Ungerechte an der Gerechtigkeit*, p. 81 s. Os juristas deveriam aprender, ainda com Rüthers, com a máxima de Ludwig Wittgenstein: «Wovon man nicht sprechen kann, darüber muß man schweigen.» (*Tractatus-Logico-Philosophicus*, 7, in: *Schriften*, Band 1, Frankfurt, 1960.) «Auf unsere Situation bei der Begründung von Normen und Entscheidungen übersetzt, heißt das: Wenn wir eine gesetzliche oder dogmatische Begründung nicht haben, sondern nur eine rechtspolitische, voluntative, so müssen wir das zugeben. Scheinargumente sind Verstöße gegen die wissenschaftliche Redlichkeit.» (p. 82) Ao invés de fazer presumir a possibilidade de a argumentação jurídica oferecer sempre uma resposta correta, o melhor a fazer, diante da situação em que não há instrumental legal e/ou dogmático para a solução do problema concreto, seria reconhecer a dimensão forçosamente política, se se preferir: jurídico-política, da respectiva decisão – ao invés de tentar encobrir/camuflar a verdadeira razão da decisão, em si já jurídico-política, com elementos apenas aparentemente argumentativos e interpretativos. Este pedido de silêncio, como negativa à camuflagem jurídico-argumentativa, seria uma contribuição do jurista contra o enfeitamento da sua linguagem própria, i.e., da linguagem jurídica; seria um combate contra a manipulação da sua linguagem. Seria, usando ainda outra passagem de Wittgenstein, uma «[[Kampf] gegen die Verhexung unseres Verstandes durch die Mittel unserer Sprache.» (*Philosophische Untersuchung*, in: *Schriften*, Band 1, Frankfurt, 1960, p. 342.) Com uma palavra final: «Rational begründete Rechtsgewißheit ist von solchen Argumentationsweisen nicht zu erwarten.» (p. 81)

b) Dogmat(iv)ismo: o problema do ativismo jurídico(-político) da dogmática

Dito de outro modo: confere-se ao casuísmo a capacidade de relativizar interpretativamente as vontades constitutivas do direito. Daí que a teoria insista na existência de sentidos constitutivos *do* direito⁴⁶⁵. Desde o ponto de vista teórico-metodológico, o problema nuclear da abstração diante das diferenciações teóricas que a teoria intenta hoje recuperar consiste no fato de que, a ignorar-se a política da produção do direito, acaba por transformar-se a dogmática jurídica numa espécie de substituta daquela, é dizer: transforma-se a dogmática em uma disciplina demasiado politizada, que acaba por substituir, no arco das suas reflexões normativas, às vontades constitutivas do direito as suas próprias vontades disciplinares. Noutras palavras: a dogmática, a ignorar a política do direito, serve de plataforma jurídico-política no interior da ciência do direito. Não o podendo perceber – pois a promessa da metodologia é de que a via da interpretação normativa assegura, precisamente, a despolitização do pensamento jurídico –, a dogmática passa a trabalhar jurídico-politicamente, e isto sem o devido cuidado metodológico. Ademais, do ponto de vista da práxis, entrega-se, desta feita, tudo ao juiz – responsável por realizar casuisticamente o direito –, e nada fica para a ciência do direito. Pois, deixando de falar-se em sentidos, critérios, opiniões e vontades constitutivas *do* direito, uma tal relativização casuística transfere ao juiz, no limite, a atribuição também para a determinação do *conhecimento* (interpretativo) dos sentidos do direito⁴⁶⁶. A promessa prática da metodologia presuppõe que, a bloquear-se conceitualmente a política do direito, seria possível ao pensamento jurídico, nomeadamente à dogmática⁴⁶⁷, operar dialeticamente, com base numa axiologia normativa própria (independente, portanto, da contingência da política), na constitutividade da práxis⁴⁶⁸. O que o discurso teórico diz, já desde

⁴⁶⁵ «Eine normwissenschaftliche Behandlung von Rechtsnormen zeichnet sich nun dadurch aus, dass sie die jeweiligen Eigenschaften von Normen herausarbeitet und daraus Erkenntnisgewinne bezieht. Welche Faktoren sind für die jeweiligen Aggregatzustände relevant? Welche Bedeutung haben etwa Tatsachen, also die Umstände, auf die eine Norm bezogen wird, und wir hängen diese Umstände wiederum von kompetentiellen, prozeduralen und institutionellen Faktoren ab? Oder, bezogen auf Institutionen: Macht es einen Unterschied, wer (in welchem Verfahren und mit welchem Erkenntnisinteresse) eine flüssige Norm verfestigt: der normunterworfenen Bürger oder die Behörde als Erstinterpret der Norm, ein Instanzgericht als Zweitinterpret, ein Höchstgericht als Drittinterpret?» Lepsius, *Relationen. Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft*, cit. p. 35.

⁴⁶⁶ «Das Unbestimmte und Unspezifische im Recht lässt sich zwar mit rechtlichen Argumenten bearbeiten. Auch muss es an- und eingebunden werden in die bestehende Praxis und das gegenwärtige Rechtsverständnis. Überdies lässt sich die Entscheidung am Ende rechtlich erklären. Aber es existiert keine Methode, um eine getroffene Entscheidung in einem schwierigen Rechtsfall als die einzig richtige auszuweisen.» Christian Bumke, *Rechtsdogmatik*, cit. p. 116.

⁴⁶⁷ Sobre a dogmática não ter «theoretische Forschungsinteressen», mas sim «Entscheidungsinteressen», cfr. Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtfertigung*, cit. p. 120.

⁴⁶⁸ Com Fernando Bronze: «Aludimos assim à dogmática, ou ao “direito dos juristas” (à doutrina, como tradicionalmente se dizia), que verdadeiramente manifesta a sistematicidade (enquanto exigência prática) da normatividade jurídica.» «Em lugar de uma dogmática meramente reprodutiva, como sustentava o positivismo, perfila-

o início do século passado, como visto supra, é que um tal intento é impossível; é daí mesmo que decorrem os problemas teórico-metodológicos que a nova teoria coloca em destaque, com vistas a uma reconstrução, afinal, do próprio pensamento metodológico⁴⁶⁹.

A reivindicação de uma ciência do direito a figurar ela própria como instância criadora do direito não é, viu-se no capítulo I, uma novidade, tratando-se de um atributo nuclear do *Juristenrecht* oitocentista⁴⁷⁰. Contudo, importa anotar, aquilo que ao tempo de Georg Friedrich

se hoje diante de nós uma dogmática autenticamente constitutiva. A exemplo do que, *mutatis mutandis*, acontece com os restantes planos do sistema jurídico, [...] a dogmática terá, portanto, que ser considerada um dos modos de constituição da juridicidade vigente [...]» «[E] da “essência” mesma da normatividade, enquanto validade, projectar-se em critérios mobilizáveis e, portanto, precipitar-se numa dogmática *proprio sensu*. O que de imediato nos mostra não ser já esta a positivista-legalista “dogmática de autoridade”, mas uma práctico-normativa “dogmática de fundamentação”.» Bronze, *Lições de introdução ao direito*, cit. p. 660 e 661 (também p. 111 s.). Nas palavras agora de Castanheira Neves: «É que o concreto cumprimento do direito é também tarefa do pensamento jurídico. E não podendo cumprir-se o direito, enquanto ideia e tarefa práticas, sem o acto normativamente constitutivo em concreto que já consideramos – o acto constitutivo e *inveniendi* da dialética prudencial –, terá então de reconhecer-se que o pensamento jurídico, se não pode reduzir-se a uma analítica, também não será só hermenêutico, e sim fundamentalmente judicativo-decisório, e por isso não apenas «uma doutrina de um válido (*richtigen*) compreender» [...] mas ainda uma «doutrina de um válido agir». Que tanto é dizer que se terá também de considerar nele um «ponto-de-direção de acção» *versus* um mero «ponto de vista de conhecimento» ou – para utilizar as categorias de sempre – a intenção «prática» *versus* a intenção «teórica». Aliás, é ao assumir esta dimensão que a realização do direito é normativamente o que é [...] e só através dela o axiológico-dogmático normativo se dialectiza.» Castanheira Neves, *A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido*, cit. p. 154/155. Ver também: Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit. p. 45-50; Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfertigung*, cit. p. 103 ss.

⁴⁶⁹ Neste contexto, contrapõe Alexander Somek as suas considerações teóricas àquilo que chama de *Drei-Ebene-Modell der juristischen Wissenschaften*, advertindo que a intenção de praticabilidade (e controlabilidade) do pensamento jurídico pressupõe uma hierarquização arbitrária das ciências jurídicas, a ter no centro das suas atenções a fundamentação da práxis judicial. Referidos explicitamente os nomes de Karl Engisch, Karl Larenz, Franz Bydlinski e Robert Alexy, a ciência do direito teria, a partir de uma tal intenção, três degraus: i. o da *teoria* do direito (que, na verdade, seria uma *filosofia* do direito normativa e dogmaticamente relevante), a explicar, essencialmente, o valor da “aplicação do direito” (*Rechtsanwendung*); ii. o da *metodologia* jurídica, a formular, além do silogismo jurídico, modelos para a utilização das premissas normativas da filosofia do direito nos julgamentos dos problemas concretos; iii. e, o da *dogmática* jurídica, responsável por operar o curto circuito entre a filosofia e a metodologia, de um lado, e a empiria do seu “pensamento de sistema”, do outro, sugerindo soluções dogmáticas mais ou menos detalhadas aos problemas do direito. «Dieses weithin gängige Schema von mehren Stufen, mit denen die Rechtswissenschaft die Rechtswendung zu determinieren und zu kontrollieren versucht, beruht evidentenmaßen auf einem deduktiven Verständnis der juristischen Wissenschaft. Bei oberflächlicher Betrachtung mutet es sogar wie ein gigantischer juristischer Syllogismus an, bei dem die Rechtstheorie und die juristische Methodik gemeinsam den Obersatz bilden, das geltende Recht die Position des Untersatzes einnimmt und die Rechtsdogmatik den Schlusssatz darstellt. [...] Die Rechtsdogmatik mutet daher wie das Ergebnis eines gigantischen analytischen Urteils an.» «[P]hilosophische Reflexion und Methodik sollten für die Welt der Praxis von besonderer Bedeutung sein.» Isto seria, no entanto, impossível, pois o «mundo da *teoria*» e o «mundo da *práxis*» seriam mesmo *dois mundos diversos*, com racionalidades incompatíveis. (p. 106 ss. e 109 ss.) Daí as duras palavras: «Die gelungene juristische Methode formuliert, um den Problemen der Praxis genügen zu können, ein komplexes Gefüge von Regel und Ausnahmen. Sie passt aber gerade deswegen aus »die« Praxis, weil das solcherart geschaffene System von Hintertüren die flexible Problemlösung erlaubt. Ihr direktives Potential leitet sich aus diesem vorausseilenden Opportunismus ab.» Somek, *Rechtliches Wissen*, cit. p. 75.

⁴⁷⁰ «Manche rechtstheoretischen Denkansätze gehen davon aus, daß Rechtsnormen auch das Produkt von Einsichten kundiger Rechtsgelehrter oder das Ergebnis eines Diskussionsprozesses in der Rechtswissenschaft sein könnten. Diese Vorstellung stammt bereits aus dem römischen Recht. Im 19. Jahrhundert wurde sie vor allem von den Vertretern der Historischen Rechtsschule und der Begriffsjurisprudenz vertreten. Auf einen parlamentarisch-demokratischen Rechtsstaat ist sie aus Gründen der Gewaltenteilung nicht übertragbar. [...] Die Rechtswissenschaft hat heute keine Befugnis zur Setzung von Rechtsnormen. [...] Ein eigenständiges „Juristenrecht“ gibt es daher nicht.» Bernd Rüthers, *Rechtstheorie*, cit., p. 161/162. «Dadurch wird die juristische Methode, die sich als intellektuelle Autorisierung zur Rechtsanwendung versteht, unweigerlich politisiert.» Alexander Somek, *Rechtliches*, cit. p. 103/104.

Puchta e Friedrich Carl von Savigny fazia, com efeito, algum sentido – posto que havia uma conjuntura institucional para tanto⁴⁷¹ – deixa de o fazer, modernamente, com o fenómeno da positivação (e secularização) dos processos da obtenção do direito⁴⁷². Mais ou menos (in)consciente

No mesmo sentido: «Jedes Methodologische Konkretisierungsdenken impliziert die These, dass Rechtswissenschaft rechtserzeugend Wirken könne und dürfe [...]» «Ungeachtet des Umstandes, dass dieses Postulat selten offen ausgesprochen und noch seltener begründet wird, fungiert es doch als Prämisse jeder Form von „objektiver“, d.h. den subjektiven Normsetzerwillen nicht für den maßgeblichen Bezugspunkt der Norminterpretation haltender Auslegungslehre.» Matthias Jestaedt, *Theorie*, p. 62 e 63. Crítica: «Nicht die objektive Auslegungstheorie, sondern vielmehr das von Kantorowicz 1925 auf den Begriff gebrachte „Werkzeugdogma, wonach der Richter – man mag ergänzen: gleichviel ob als Diener des „Gesetzes“ oder des „Führers“ – bloßes willenloses Werkzeug in der Hand des Gesetzesgebers sei, öffnet das Recht für totalitäre Ideologie.» Marietta Auer, *Kampf*, cit. p. 799.

⁴⁷¹ Disse-se já que a ideia de um *wissenschaftliches Recht* é identificada por Christoph Schönberger, *Der „German Approach“*, cit. p. 2-7 [«Die deutsche Rechtswissenschaft als romantisches Projekt»], como a marca central do projeto romântico da ciência do direito oitocentista *mos germanicus*. Trata-se, pois, de representar a ciência do direito como fonte do direito, entenda-se: ela a assumir um papel constitutivo do direito. Como também já adiantado, Schönberger destaca a inviabilidade hoje de um tal projeto, daí que diga: *It's really over*, p. 47-51 [«„Wissenschaftliches Recht“: *It's really over*»]: «[Es] gilt [...], die Zeit des Professorenrechts und des „wissenschaftlichen Rechts“ endgültig zu verabschieden. Unter den Bedingungen demokratisch erzeugten positiven Rechts und einer umfassend ausgebauten Obergerichtbarkeit ist dafür kein Platz, und es ist mit heutigen wissenschaftstheoretischen Standards ohnehin nicht zu begründen. Rechtsdogmatik ist immer nur ein unverbindlicher Vorschlag zur Deutung und Systematisierung des geltenden Rechts. Professorenmeinungen sind keine Rechquelle.» (p. 47) Na sua negativa, Schönberger tem em mira não o projeto romântico em si, que, na sua origem histórica, teve, com efeito, a sua razão de ser (p. 18-27), mas a sua presença subterrânea, nem sempre tematizada, nas propostas teórico-metodológicas do pensamento jurídico contemporâneo, referindo-se, muito especialmente, à assim chamada *Rechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft* (ver p. 44-46). Ver também *infra*, p. 194.

⁴⁷² Nas palavras do próprio Georg Friedrich Puchta: «Die Entstehung des Rechts aus dem Volksgeist ist eine unsichtbare. [...] Was uns sichtbar wird, ist nur das Entstandene selbst, das Recht also, nachdem es aus der dunkeln Werkstätte, in der es bereitet wurde, hervorgetreten und wirklich geworden ist. Es kann bey seiner Entstehung eine dreifache Gestalt annehmen: 1) als unmittelbare Ueberzeugung der Glieder des Volks, die in ihren Handlungen sich offenbart; 2) als Gesetz; 3) als *Product einer wissenschaftlichen Deduction*. Die Organe, welche dem Recht diese seine sichtbare Gestalt geben, nennt man *Rechtsquelle*; solche sind die unmittelbare Volksüberzeugung, die Gesetzgebung, die *Wissenschaft*.» Georg Friedrich Puchta, *Cursus der Institutionen*, 4. Aufl. (1853), Erster Bd., Erstes Buch, Kap. II, [§ 12, p. 30] «[...] Es ist nun die Aufgabe der Wissenschaft, die Rechtssätze in ihrem systematischen Zusammenhang, als einander bedingende und von einander abstammende, zu erkennen, um die Genealogie der einzelnen bis zu ihrem Princip hinauf verfolgen, und eben so von den Principien bis zu ihren äußersten Sprossen herabsteigen zu können. Bey diesem Geschäft werden Rechtssätze zum Bewußtseyn gebracht und zu Tage gefördert werden, die in dem Geist des nationellen Rechts verborgen, weder in der unmittelbaren Ueberzeugung der Volksglieder und ihren Handlungen, noch in den Aussprüchen des Gesetzgebers zur Erscheinung gekommen sind, die also erst als *Product einer wissenschaft Deduction* sichtbar entstehen. So tritt die Wissenschaft als dritte Rechtsquelle zu den ersten beiden; das Recht, welches durch sie entsteht, ist *Recht der Wissenschaft*, oder da es durch die Thätigkeit der Juristen ans Licht gebracht wird, *Juristenrecht*.» [§ 15, p. 37] «*Recht der Wissenschaft*. [...] Die Thätigkeit der Wissenschaft ist theils eine receptive, Erkenntniß des durch die übrigen Rechtquellen gegebenen Rechts, darauf bezieht sich Kritik und Interpretation, die [...] zunächst für das gesetzliche Recht erwähnt worden sind, aber ihre Anwendung auch auf die Erkenntniß des Gewohnheitsrechts finden, theils eine productive, wodurch *die Wissenschaft selbst in die Reihe der Rechtsquellen eintritt*. Das auf der gesetzgebenden Gewalt beruhende Recht wird durch die wissenschaftliche Thätigkeit auf seine Principien zurückgeführt, und als ein System, ein Ganzes von gegenseitig sich voraussetzenden und bedingenden Sätzen begriffen. Auch das vollständigste Gewohnheits- und gesetzliche Recht aber wird sich gegenüber der unendlichen Mannigfaltigkeit stets neu sich erzeugender Rechtsverhältnisse unvollständig erweisen, diese Lücken zeigt zugleich das System auf, und füllt sie aus. *In vielen Fällen wird dich der Richter von der actualen Volksüberzeugung und Gesetzgebung verlassen finden, hier tritt die Wissenschaft als ergänzende Rechtsquelle ein, indem sie den anzuwendenden Rechtssatz aus den Principien des bestehenden Rechts erschließt*. Ein solcher Rechtssatz beruht auf innern Gründen, auf der Autorität, die ihm seine wissenschaftliche Wahrheit giebt, diese Wahrheit ist die Bedingung seiner Gültigkeit; seine Erscheinung in den Ansichten und der Thätigkeit der Juristen hat nur die Bedeutung, daß für eine Ansicht, die von den angesehensten Juristen als wahr erkannt ist (herrschende Ansicht, *communis opinio doctorum*) und sich in den Gerichten geltend gemacht hat (Praxis), eine Vermutung der Wahrheit streitet, die ein gewissenhafter Richter, bis er vom Gegentheil überzeugt ist, gelten lassen wird, die aber von dem Augenblick an, wo er ihrer Unrichtigkeit gewiß ist, ihre Autorität

do legado que assim assume, a metodologia tradicional, ao mobilizar o projeto de um *direito dos juristas* – que, desde o ponto de vista teórico, não é mais do que a crença ainda na promessa de um *wissenschaftliches Recht*⁴⁷³ –, sob os auspícios embora dos princípios normativos do direito⁴⁷⁴ e da sua correlação com a práxis judicial como campo da realização do direito, está a operar, em suma e na verdade, não mais do que uma refundamentação (contemporânea) da imagem (extemporânea) de um pensamento jurídico constitutivo do direito, dito de outro modo: de um *direito científico*, que, de resto, reproduz na sua base a mesma confusão entre o método do direito e o método da ciência do direito.

Na perspectiva, hoje, de uma teoria *das ciências* do direito – que demanda uma perspectiva meta, a que passa a dedicar-se o próximo capítulo –, uma tal revificação do espírito oitocentista implica, pois, a falsa ideia de que o direito e a ciência do direito compartilham a mesma racionalidade-método. No âmbito da dogmática, essa (con) fusão promove aquilo que pode chamar-se de um pensamento jurídico de tipo ativista, é dizer, uma ciência do direito que, no seu

für ihn verlieren muß. Man kann das Recht der Wissenschaft, sofern es in den Juristen und ihrer Thätigkeit zur Erscheinung kommt, auch Juristenrecht oder Recht der Praxis nennen, aber diese Ausdrücke beschränken sich nicht auf das Recht der Wissenschaft, sie bezeichnen jedes Recht, das diese Erscheinungsform annimmt, und dieß kann auch Gewohnheitsrecht seyn, wo die Ansichten der Juristen nicht wissenschaftliche, durch eine wissenschaftliche Operation vermittelte sind, sondern unmittelbare Volksansichten, die sich in den rechtsständigen Gliedern der Nation, als den natürlichen Repräsentanten derselben in rechtlichen Dingen, vornehmlich an den Tag legen. Dieß wird der Fall seyn bey Rechtssätzen, die überall auf eine innere Begründung durch Consequenz aus dem sonst bestehenden Recht seinen Anspruch machen. *Die Erkenntniß des wissenschaftlichen Rechts und ihre Methode ist nicht der Gegenstand besonderer Regeln, sondern die Aufgabe der gesammten Rechtslehre.* Im Allgemeinen gelangt man dazu durch eine doppelte Operation, 1) Erschließung des Rechtssatzes aus den Principien, unter welche der Fall seiner Natur nach gehört (juristische Consequenz), 2) Nachweisung, daß diese Folgerung auch sonst schon unter gleichen Umständen in dem bestehenden Recht vorkommt (Analogie).» Georg Friedrich Puchta, *Pandekten*, 7. Aufl. (1853), [§ 16, p. 27-29] [destaquei]. Antes de Puchta, e como já referido no capítulo I, o seu mestre havia já salientado a importância do conceito de «*wissenschaftliches Recht*». Ver Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts* (1840), cit. [«Rechtsquellen»], Kap. II [«Allgemeine Natur der Rechtsquellen»], § 14 [«Wissenschaftliches Recht»], p. 45 ss., § 15 [«Die Rechtsquelle in ihrem Zusammenhang. Natur und Herkunft ihres Inhalts»], § 19 [«Wissenschaftliches Recht»], p. 83 ss., § 20 [«Wissenschaftliches Recht. Fortsetzung»], p. 90 ss. Sobre as variações entre as visões do *aluno* e do *professor*, acentuando entretanto como constante o postulado de um *wissenschaftliches Recht*, cfr. Annette Brockmüller, *Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland*, cit., p. 91-94, 114-124. [especial. p. 118 ss. e 121 ss.].

⁴⁷³ No âmbito das discussões em torno da interpretação jurídica, a premissa de um pensamento jurídico constitutivo do direito encontra paralelo, importa ainda destacar, no axioma, que pode ser dito o dogma essencial da teoria objetiva da interpretação, de que *a lei é mais sábia do que o legislador*, daí a sua capacidade de variação/adaptação histórico-cultural. Vai neste sentido o já mencionado Josef Esser, *Die Interpretation im Recht*, cit. p. 284. Evidentemente, característica antropomórfica que é, a sapiência de que se fala não é uma grandeza mensurável na lei enquanto tal, enquanto objeto material do intérprete, mas na leitura-interpretação que dela faz o próprio intérprete, a implicar, pois, o entendimento de que não exatamente a lei, mas *o intérprete sabe mais sobre (o que é/ deve ser) o direito do que o próprio criador do direito*.

⁴⁷⁴ Daí a advertência de Bernd Rüthers, *Das Ungerechte an der Gerechtigkeit*. «Die Gerechtigkeit ist ein scheues Wild. Wir suchen sie, ohne sie voll fassen zu können. Die Rechtsidee, der Geist der Rechtsordnung erweisen sich als weltanschaulich-ideologisch gefärbte, verfärbte Begriffe.» (p. 83) Some-se a isto o fato de que, nas palavras ainda de Rüthers – «Macht macht sinnlich. Vergessen wird oft, daß Richterrecht, insbesondere neues oder geändertes Richterresche, für die rechtssuchenden Parteien, die zuerst davon betroffen werden, etwa so wirkt wie taubeneiergroße Hagelschläge aus blauem Himmel. Richterrecht ist unberechenbar, also extrem unsicher.» (p. 62) –, fica então claro o perigo da manipulação prática dos enunciados do pensamento normativo.

trabalho interpretativo e argumentativo, mais do que conhecer o seu objeto material, diz como este deve ser, isto é, como deve a práxis realizar as suas atribuições, numa suposta defesa dos princípios e valores normativos do direito⁴⁷⁵. Para a teoria, essa postura disciplina(do)r(a) desconsidera as diferenciações entre questões de *método* e questões de *competência*, entre *conhecimento* e *produção* do direito, entre *ciência* e *poder* do direito; desconsidera, em suma, que se está diante de campos de sentido distintos, cada qual com uma racionalidade própria. Cumpre, ainda, observar que o ativismo dogmático, com um pensamento jurídico a orientar-se à correção do direito, não tem, na verdade, qualquer chance, no âmbito da realidade do direito, contra o poder do direito⁴⁷⁶. Para além de a postura de uma defesa, interpretativo-argumentativa, dos valores fundamentais do direito conduzir a dogmática a um ativismo político metodologicamente inconsciente, há que perceber que, diante do poder e da política do direito, fenómenos metodicamente ignorados pela dogmática, esta nada pode fazer. Para o discurso teórico, as chances da ciência do direito não estão no território da produção, mas sim no do conhecimento do direito^{477 478}.

⁴⁷⁵ Ainda com Rùthers: «In der rechtstheoretischen Literatur wird die Rechtsidee meistens ohne Rücksicht auf ihre reale rechtspolitische Funktion und ohne methodische Zweifel „als ein einheitlicher Bezugspunkt der Prinzipien“ des Rechts umschrieben und auf zwei „Endzwecke“ des Rechts ausgerichtet gesehen, nämlich den „Rechtsfrieden“ und die „Gerechtigkeit“» (p. 80) «Ähnliche rechtspolitische Funktionen, wie bei der „Idee des Rechts“, lassen sich bei einigen benachbarten juristischen Argumentationsmustern beobachten. Aufmerksamkeit verdienen etwa juristische Begründungen aus dem Geist der Rechtsordnung, aus dem Geist des Gesetzes, aus dem Wesen einer Sache u.ä. Dabei ist zu bedenken: Wenn der Geist des Rechts oder des Gesetzes oder gar der objektive Geist beschworen wird, dann erscheint, wenn überhaupt, allenfalls der Geist des Beschwörers. Denn er projiziert und impliziert Vorverständnisse in die Rechtsordnung hinein und zaubert sie als deren objektiven Geist wieder hervor.» (p. 81)

⁴⁷⁶ Nisto consiste, sugere-se aqui, a chance do pensamento jurídico académico: saber reconhecer a realidade da sua condição institucional, na sua diferença frente à realidade institucional *do* direito – cada campo com as suas próprias atribuições –, e os limites, assim, da sua reflexividade, é dizer: da sua capacidade reflexivo-disciplinar, assentindo, por fim, que não detém o *poder* (do direito), e que, não por outro motivo, há que insistir na titularidade do *conhecimento* (do direito). Fazendo isto, tem ainda alguma chance a «ciência do direito»; de outra forma, ignorando-o em nome de uma visão de mundo que insiste numa confusão entre direito e ciência do direito, é dizer: num pensamento jurídico que não produz conhecimento, mas alguma espécie de poder (supostamente constitutivo do direito), neste caso parece já não ter qualquer chance – disse-se já: resta-lhe então o *nada*, eis que fica sem o poder (que já não tem) e sem o conhecimento do direito (que poderia ter). «Die Rechtswissenschaft hat heute keine Befugnis zur Setzung von Rechtsnormen. Dazu fehlt jede verfassungsgesetzliche Grundlage, jede demokratie-theoretische Legitimation und jede politische Verantwortlichkeit und Kontrolle der rechtswissenschaftlichen Regelungsentwürfe. [...] Lehren der Rechtswissenschaft sind keine Rechtsquelle, aber ihr Einfluß auf die Normsetzung ist nicht unbedeutend.» Rùthers, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, p. 162 [«Juristenrecht»].

⁴⁷⁷ Daí que o mais recente livro de Oliver Lepsius intitule-se *Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft*, e não *für ein besseres Recht*.

⁴⁷⁸ Nas palavras de Alexander Somek: «Die juristische Expertise verwandelt sich in ein sprachliches Ritual, in dem man geübt zu sein hätte, um bestimmte Berufsvoraussetzungen zu erfüllen; ansonsten hinge die soziale Existenz des Rechts davon ab, in welchem *Machtverhältnis* zwischen Personen und Institutionen es gewusst würde.» «[D]ie delegitimierenden Effekte einer solchen Inflation rechtlichen Wissens [können] sich nur einstellen werden, wenn rechtstheoretische Überlegungen [...] auf den Anspruch der gelungenen Methoden destruktiv einwirken. Außerdem werde hier der Beweis dafür schuldig geblieben, dass sich durch eine andere Rechtswissenschaft der Wert des juristischen Gutachtens sozial stabilisieren lasse.» Somek, *Rechtliches Wissen*, cit. p. 89.

VI

A frente *meta* da teoria do direito

Como dito, mais do que de discursos jurídico-políticos, as ciências do direito precisam hoje de consciência teórico-metodológica. Isto vale para o pensamento jurídico acadêmico como um todo, mas muito especialmente para as ciências da aplicação do direito, a dogmática e a metodologia, cujos enunciados disciplinares, em razão da sua orientação prático-normativa, tendem a ser, melhor: são não raro absorvidos/manipulados pelos atores da práxis. Em razão, então, da sua utilidade prática, o cuidado para com a sua estrutura reflexiva é de importância incontornável. O presente capítulo coloca em destaque a frente metateórica da teoria do direito, indicando a sua função disciplinar na integração da consciência metodológica do pensamento jurídico. A considerar a estrutura da presente dissertação, esta virada *meta* – que tem atrás de si, cumpre sublinhar, a realidade do direito como um pressuposto-fato da teoria – será relevante, na sequência, para o conteúdo também dos próximos capítulos, em que serão propostas uma problematização da dominância acadêmico-disciplinar da dogmática jurídica (VII) e uma representação final da teoria das ciências do direito (VIII). A seguir, o presente capítulo intenta esclarecer a importância da teoria para a consciência metodológica do pensamento prático-normativo. Ao invés de uma pretensão de correção da práxis do direito, o contributo da teoria é para com a correção da práxis das ciências do direito. Porque o pensamento jurídico refere o direito não apenas de *lex lata* mas também de *lex ferenda*, impõe perceber nisto uma conformação jurídico-política da ciência do direito. Que a dogmática atue, portanto, não apenas interpretativa e argumentativamente, mas também juspoliticamente – mais precisamente: que a sua interpretação e argumentação normativas sejam, já elas, atividades de ordem jurídico-política –, não é um problema em si; o problema consiste na falta de um seu adequado tratamento teórico-metodológico. Para compreender, e levar a sério, a necessidade de uma dogmática da política do direito, será essencial atentar à perspectiva *intradisciplinar* das ciências do direito.

1. Em defesa da consciência metodológica das ciências d(a aplicação d) o direito

No interior do edifício das ciências do direito, circulam modelos e teoremas analíticos provenientes dos mais diversos campos de sentido, é dizer, de diversas ciências vizinhas, que se fazem presente não apenas no âmbito das disciplinas jurídicas fundamentais, mas também nos enunciados práticos da dogmática. Assim como a *intradisciplinaridade* é um fenómeno inevitável – com as disciplinas e subdisciplinas jurídicas a terem de importar entendimentos de outras (sub)disciplinas jurídicas –, também o é a *interdisciplinaridade*⁴⁷⁹. Trata-se de uma necessidade imposta pelo próprio direito, que conforma nos seus artefatos componentes, conceitos e referências para cujo tratamento a mobilização de acervos de conhecimento extrajurídico é imprescindível⁴⁸⁰. Tendo de abarcar os enunciados do direito, a dogmática aciona uma série de auxílios analítico-reflexivos que, a princípio, não compõem o domínio do (seu) conhecimento prático-normativo. Estando, então, os fenómenos da intra- e da interdisciplinaridade desde logo a ocorrer, a sua articulação empírica é que pode ser mais ou menos consciente⁴⁸¹. No atual contexto de hiperdiferenciação e hiperespecialização, que traz, no bojo do seu perspectivismo, o perigo da desintegração metódica, o discurso teórico chama a atenção para a necessidade de maior cuidado metodológico com as construções dos enunciados do pensamento jurídico⁴⁸². No centro das preocupações estão as ciências da aplicação porque passíveis, os seus enunciados, de utilização prática, de modo que as suas construções, as suas interpretações e sistematizações, uma vez atreladas a visões de mundo alienígenas, passam a representar um risco não apenas para a autonomia académica do pensamento jurídico, mas também para o próprio direito, sujeito ao alcance mediato de tais visões de mundo.

⁴⁷⁹ «Es geht [...] nicht mehr darum, ob die nachbarwissenschaftlichen Ergebnisse überhaupt für die juristische Dogmatik relevant sind, sondern inwieweit diese faktisch in der Lage ist, sie auf ihre Relevanz zu prüfen.» Adiantando o que será dito a seguir: «Wenn die Rechtslehre – nicht nur, aber auch – Theorie der Rechtsdogmatik ist, so wird es unter anderem zu ihren Aufgaben gehören, als Selektionsfilter zwischen der Rechtswissenschaft im engeren Sinne und deren Nachbarwissenschaften zu fungieren.» Ralf Dreier, *Allgemeine Rechtslehre*, cit. p. 17 e 18.

⁴⁸⁰ Cfr. Eric Hilgendorf, *Bedingungen gelingender Interdisziplinarität – am Beispiel der Rechtswissenschaft*, cit. especial. 917. Ver também Frank Saliger, *Intra- und Interdisziplinarität: Wie kommt das Neue in die Rechtswissenschaft*, cit. p. 120 s.

⁴⁸¹ A construção de uma plataforma meta/reflexiva, para cuidar de tais questões metodológicas, visa dirimir os problemas daquilo que Thomas Gutmann chamou de «*okkasionale Interdisziplinarität*», Gutmann, *Intra- und Interdisziplinarität. Chance oder Störfaktor?*, cit. p. 111. Também Gutmann demanda a criação de estruturas claras para a autorreflexão das ciências jurídicas. Thomas Vesting, por sua vez, fala em regras de trânsito (*Verkehrsregeln*) para a interdisciplinaridade como condição para uma ciência do direito verdadeiramente reflexiva, cfr. Vesting, *Nachbarwissenschaftlich informierte und reflektierte Verwaltungsrechtswissenschaft – Verkehrsregeln und Verkehrsströme*, in. *Methoden der Verwaltungswissenschaft*, cit. p. 253 ss.

⁴⁸² Cfr. Stefan Grundmann, *Ein doppeltes Plädoyer für internationale Öffnung und stärker vernetzte Interdisziplinarität*, JZ, 2013, p. 693 ss.; Matthias Jestaedt, *Die deutsche Staatsrechtslehre im internationalen Rechtswissenschaftsdiskurs*, cit. p. 1 ss., especial. p. 8 s.

Como demanda por autorreflexão, trata-se de pedir que o cientista do direito tenha claro, e defina o mais objetivamente possível, o campo de sentidos, isto é, os limites reflexivos da disciplina de que está a partir. A cada campo disciplinar corresponde um dado domínio de objetos, e, por conseguinte, um específico conjunto de atribuições. Paralelamente ao reconhecimento da diferença entre o direito e a ciência do direito, a compreensão de tais atribuições depende de um processo de autorreflexão e autocrítica⁴⁸³. O simples cuidado em delimitar o terreno de que se está a partir – desde logo: se dogmático, teórico, metodológico (avançando: que dogmática, que teoria, que metodologia) – representa já um relevante passo em favor da consciência metodológica, mormente na atualidade, com o predomínio de um certo holismo indiferenciador dos campos disciplinares.

a) Uma inspiração desde o conceito de *Grenzpostendisziplin*

Concebido em resposta à fragmentação metódica decorrente da hiperdiferenciação disciplinar⁴⁸⁴, o conceito de *Grenzpostendisziplin* retrata a teoria do direito, com Ralf Dreier, como uma espécie de *disciplina fronteira*, colocada nos limites do campo de sentidos da ciência do direito. Como tal, a sua função seria iluminar, no contexto das relações interdisciplinares, os problemas teórico-metodológicos implicados nas transações entre a ciência do direito e as suas ciências vizinhas⁴⁸⁵. Como guardião das fronteiras do pensamento jurídico, competir-lhe-ia averiguar e comprovar a conectividade, bem como a conveniência jurídica das informações, modelos e teoremas extrajurídicos que circulam no edifício da ciência do direito. Não se trata de conferir à teoria a função de autorizar e/ou desautorizar as comunicações do pensamento jurídico, tampouco

⁴⁸³ «Rechtstheorie ist damit zugleich ein Beitrag zur Selbsterkenntnis, Selbstvergewisserung und zur Selbstkritik des Tuns von Juristen. [...] Rechtstheorie ist danach ein unverzichtbarer Teil der kritischen Selbstbesinnung von Rechtswissenschaft und Justiz.» Rùthers, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, cit., p. 16/17 [«Rechtstheorie als Mittel zur Selbsterkenntnis»]. Ver também Christian Hillgruber, *Braucht das Völkerrecht eine Völkerrechtswissenschaftstheorie?*, cit. p. 128.

⁴⁸⁴ Cfr. Eric Hilgendorf, *Bedingungen gelingender Interdisziplinarität*, cit. p. 13 s.

⁴⁸⁵ O conceito de *Grenzpostendisziplin*, de autoria do suéco Ivar Agges (cfr. Stig Strömholm, *Hauptströmungen der schwedischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, in. *Rechtstheorie* 3, 1972, p. 35-61), ganhou notoriedade com Ralf Dreier, cfr. *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?* (1975), cit. p. 21 ss., e tem sido atualmente recuperado na sua relevância metodológica pelos nomes da nova teoria, interessados no método das atividades intra- e interdisciplinares da ciência do direito. Cfr., exemplarmente, Marietta Auer, *Zur Erkenntnisziel der Rechtstheorie*, cit. p. 10 s. 47 s.; Eric Hilgendorf, *Die Renaissance der Rechtstheorie*, cit. p. 15 s.; Matthias Jestaedt, *Vom Nutzen der Rechtstheorie*, cit. p. 5 s.; *Das mag in der Theorie*, cit. p. 70 ss. Crítico: Castanheira Neves, *Teoria do Direito*, cit. p. 14 s. O conceito sugere tocar à teoria do direito a função de guardião das fronteiras da ciência do direito, testando na sua relevância jurídico-metodológica as informações teórico-científicas, empíricas e estritamente teóricas, das suas «ciências vizinhas». De modo semelhante, Bernd Rùthers fala na *Grenzposition* da teoria do direito, no seu *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, cit. p. 15.

a de privilegiar, numa defesa jurídico-política, esta ou aquela específica aproximação – com a sobreposição então de um específico discurso disciplinar –, trata-se de alertar para a necessidade, em face mesmo da incontornável multidisciplinaridade da ciência do direito, de uma integração teórico-metodológica de tais modelos e teoremas⁴⁸⁶. Na medida em que intensifica a presença de visões de mundo exógenas no âmbito do discurso jurídico, cresce também a necessidade de *filtros teóricos e inspeções metodológicas* capazes de assegurar a objetividade do pensamento jurídico⁴⁸⁷; não na intenção, repita-se, de favorecer esta ou aquela perspectiva externa, mas no escopo de tornar mais objetivas as atividades da ciência do direito.

b) *Antivírus teórico...* Ou: a função anti-ideológica da teoria

Com tanta informação a chegar aos escaninhos académicos do pensamento jurídico, a função meta da teoria pode ser comparada, numa analogia talvez esclarecedora, à do antivírus nas redes de computadores, com o discurso teórico a operar como que na interface entre a ciência do direito (*sistema*) e as suas ciências vizinhas (*meio ambiente*)⁴⁸⁸. Toca-lhe, neste sentido, e por assim dizer, reconhecer os conteúdos-*spams* inúteis e proteger o funcionamento/racionalidade do

⁴⁸⁶ Com o foco na dogmática jurídica, Christian Bumke reconhece os perigos do uso de acervos alienígenas, quando operados de modo metodologicamente inconsciente. «Alltagswissen kann genügen, um etwa mit den gewöhnlichen Fällen der Abwehr sozialer Gefahren umzugehen. Sehr oft reicht die Alltagserfahrung jedoch nicht aus. Muss in einer solchen Situation für eine rechtliche Beurteilung eine Entwicklung abgeschätzt werden oder stellt sich die Aufgabe, auf ein Ereignis auf angemessene Weise rechtlich zu reagieren, wird man bei anderen Disziplinen um Rat fragen. [...] Häufig wird man nicht nur eine Antwort erhalten, sondern auf unterschiedliche Erklärungen stoßen, die nicht nur von verschiedenen Disziplinen, sondern auch innerhalb eines Faches von unterschiedlichen Schulen entwickelt werden. In jedem Fall sind solche Erklärungen ein sehr voraussetzungsvolles Geschäft. Es gibt keinen sicheren Weg zur Wirklichkeit. [...] Außerdem enthalten solche Erklärungen vielfach implizite und explizite Vorstellung über die richtige gesellschaftliche (Teil-)Ordnung.» Bumke, *Rechtsdogmatik* (2017), p. 158.

⁴⁸⁷ Há que ter presente que os mecanismos para o cuidado teórico-metodológico das transações de importação de conhecimentos extrajurídicos são, ainda hoje verdadeiramente rudimentares, se é que pode dizer-se que há algum. Ver Bumke, *Ibidem*, p. 157 [«Umgang mit außerrechtlichem bzw. nicht-juristischem Wissen»]; Jörn Lüdemann, *Rechtsetzung und Interdisziplinarität*, cit. p. 6 ss. O ponto a sublinhar é o seguinte: com a importação de *elementos cognitivos* são absorvidos também *elementos normativos*. É verdade que a partir da referência ao modelo extrajurídico é possível reconhecer explicitamente o conhecimento que está a ser recepcionado. Implicamente, porém, uma série de elementos normativos é também assimilada, como que mais ou menos inconscientemente, e ganham, tais elementos, expressão própria ao serem utilizados pela disciplina importadora. Tais construções sintetizam o conhecimento, os valores e as propriedades específicas da disciplina exportadora, na verdade: do cientista exportador, conglobando uma unidade dificilmente desmantelável pelo importador. Esta problemática, que parece ser uma característica geral das trocas de conhecimento, tem particular relevância no âmbito jurídico em razão da proximidade normativa da dogmática junto à práxis.

⁴⁸⁸ Neste sentido, Matthias Jestaedt, *Theorie*, p. 71 ss. Críticos: Marietta Auer, *Rechtstheorie*, p. 47, nota 80; Thomas Vesting, *Rechtstheorie*, p. 10/11, especial. nota 48. Para estes últimos, a analogia com o antivírus faz crer estar-se a propugnar por uma pureza metódica ao estilo da tradicional teoria pura kelseniana, o que parece, contudo, equivocado, uma vez que a intenção da analogia não é afastar os teoremas extrajurídicos, mas tornar metodologicamente objetiva a sua integração pelo pensamento jurídico. Ao invés de excluir, está em pauta como incluir.

«sistema» contra os conceitos e concepções, métodos e discursos danosos. Ao mesmo tempo, tem a teoria de saber acomodar as conectividades conceituais capazes de contribuir com o funcionamento do «sistema», é dizer: com a realização das atribuições da ciência do direito. Dado que esta tem de compreender a complexidade fenoménica dos artefatos do direito, impõe estar apta a identificar as ajudas construtivas das suas ciências vizinhas⁴⁸⁹. Para seguir com a analogia: é de lembrar que permitir que o «sistema» opere sem o respectivo *firewall* significa assumir o risco de que, a qualquer momento, venha ele abaixo, podendo ser implodido – aqui: o edifício das ciências do direito – por *bombas-relógio lógicas* e/ou danificado por *cavalos de tróia* que camuflam a sua periculosidade.

Uma tal varredura da reflexividade jurídica não a pode levar a termo a dogmática, nem a metodologia tradicional⁴⁹⁰. Além de ignorarem a presença do intruso – pois percebem-no de modo utilitário, naquilo que pode ou não contribuir com o sucesso prático-normativo das suas interpretações e argumentações –, acabam, ainda, por indicar-lhe (ao intruso) o caminho mais rápido até ao território interno das decisões do direito; levam-no, pois, diretamente para o campo da produção do direito. Passa o mesmo com a filosofia do direito, que, no intento de conferir uma fundamentação transcendental ao direito, facilita também a colonização normativa – para não dizer, como foi dito: uma certa moralização – do pensamento jurídico⁴⁹¹. Isto parece colocar às claras a importância do problema em pauta. Pois, não podendo a práxis ser metodologicamente controlada, a naturalização perspectivista autoriza o uso indiscriminado de quaisquer informações como mote para a fundamentação/justificação decisória. É dizer: sem a varredura metateórica, abandona-se o

⁴⁸⁹ «Das Bedürfnis nach außerrechtlichem Wissen besteht sowohl bei der Anwendung als auch bei der Bildung der rechtlichen Maßstäbe.» Christian Bumke, *Rechtsdogmatik*, cit. p. 157. «Disziplinäres Orientierungswissen wird in dem Maße wichtiger, in dem die Überforderung, der sich der entscheidungsberufene Rechtsanwender – gleich, ob als Gesetzgeber, Verwaltungsbeamter, Richter oder auch als privater Rechts-, Nutzer“ – und der Rechtswissenschaftler angesichts der Vielzahl und Vielfalt zu berücksichtigender Informationen unterschiedlichster Herkunft und Wertigkeit, normativer wie nicht-normativer Art, ausgesetzt sieht, zunimmt.» Matthias Jestaedt, *Das mag in der Theorie*, cit. p. 72. Sobre a presença de componentes extrajurídicas tanto no campo do direito quanto no das ciências do direito, Franz Hofmann, *Disziplinarität, Intra- und Interdisziplinarität am Beispiel „mittelbarer Verantwortlichkeit“*, JZ, 2018, p. 753 s.

⁴⁹⁰ Como dito, o tema da interdisciplinaridade e do uso de conhecimentos alienígenas mostra-se particularmente problemático no universo do pensamento jurídico por conta da sua orientação normativa. Daí que Ralf Dreier, citando Wilhelm Wundt, chegue a dizer que a ciência d(a ciência d) o direito é uma das mais complicadas disciplinas académicas que há. A citação: «Wenn die Stunde gekommen ist, dann dürfte es sich ereignen, daß die Rechtswissenschaft nicht mehr, wie es heute noch namentlich bei denen geschieht, die sich ihr zuwenden wollen, als die leichteste, sondern daß sie als eine der schwersten Wissenschaften gilt, weil in Wahrheit vielleicht die umfassendsten Kenntnisse voraussetzt.» (Wundt, *Logik*, Bd. II, 1984, p. 560). Para Dreier, a atual situação metodológica da ciência do direito seria a de uma *generalizada desorientação*: «Diese Stunde ist gekommen, und es ist vorerst eine Stunde allgemeiner Desorientierung.» (p. 21)

⁴⁹¹ Alexander Somek sugere ver na filosofia do direito a função de diferenciar as perspectivas internas e externas sobre o direito, identificando, desde um ponto de vista normativo, o que serve e o que não serve ao estudo do direito. Somek, *Zwei Welten der Rechtslehre und die Philosophie des Rechts*, cit. p. 484 ss.

próprio direito à disposição de discursos extrajurídicos; discursos cujo conteúdo originário não é sequer no todo compreendido pelo pensamento jurídico⁴⁹².

Não se confunde isto com a defesa de um *Isolierung* disciplinar, de uma ciência do direito introvertida e agressiva com o discurso da diferença. Ao invés de uma fobia às ideias⁴⁹³, visa promover-se a autoanálise do pensamento jurídico, com a teoria a indicar uma via metodológica para a filtragem dos acervos extrajurídicos. Neste sentido, o seu programa será fundamentalmente anti-ideológico⁴⁹⁴. Importará esclarecer se e em que medida um determinado modelo/teorema extrajurídico deixa-se reformular pelo pensamento jurídico sem deteriorar a racionalidade interna das ciências do direito, e, ao fim e ao cabo, do próprio direito^{495 496}. Com efeito, partindo da disciplina importadora, os teoremas a importar são internamente remodelados e/ou ressignificados, e, ao final da operação, têm a sua índole disciplinar transmutada de extrajurídica em jurídica⁴⁹⁷. Trata-se do *modus operandi* dos processos de importação de acervos de conhecimento: a disciplina importadora mobiliza e comanda a transação, e, desta feita, salvaguarda a sua identidade e integridade disciplinar a partir dos seus próprios interesses disciplinares. O problema teórico-metodológico consiste no seguinte: uma vez finalizada a operação, o teorema importado, não obstante a sua nova morada académica e a sua nova “natureza” disciplinar, continua a produzir os seus efeitos próprios, originários, de modo que acaba por transformar o funcionamento interno da disciplina importadora. Significa isto que, embora a estrutura reflexivo-relacional funcione

⁴⁹² Ver Gertrude Lübke-Wolff, *Expropriation der Jurisprudenz?*, in. Das Proprium der Rechtswissenschaft, cit. p. 282 ss.; Armin von Bogdandy, *Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum*, JZ, 2011, p. 4 ss.

⁴⁹³ Sobre o conceito de *fobia a ideias*, cfr. Helge Dedek, *Ideenphobie, Idealismus, Erkenntnistheorie: Einige Anmerkungen zur Entwicklung der Theorie vom subjektiven Recht im ausgehenden 19. Jahrhundert*, in. Claes Peterson (Ed.), *Idealistische Philosophie und die Juristen im 19. Jahrhundert*, Stockholm, Rönnels Antikvariat, 2014.

⁴⁹⁴ O que parece escapar a Marietta Auer e Thomas Vesting, no sentido do que estava a dizer-se (cfr. *supra*, nota 488), é, precisamente, o *modus operandi* das importações de conhecimento alienígena. O caso de Vesting é exemplar: na sua proposta de refundação epistemológica da teoria do direito, o ponto de partida é criação de uma espécie de rede teórica composta por diversos pontos reflexivos, numa estrutura que congloraria conhecimentos da teoria da linguagem, da teoria da comunicação, da filosofia pós-estruturalista, etc., mas nada diz-se quanto ao funcionamento já natural das trocas de conhecimento; ver o seu *Legal Theory and Media of Law*, Elgar Studies in Legal Theory, 2018, p. 25-28. Por mais interessante que seja a proposta de uma *network theory of law*, se não se reconhece (a realidade d) o direito nem as atribuições do pensamento jurídico académico, está a favorecer-se, na verdade, a sobreposição/colonização do direito e da ciência do direito por discursos alienígenas. Ver, neste sentido, Eric Hilgendorf, *Bedingungen gelingender Interdisziplinarität*, cit. p. 19, com a referência à *Rechtswissenschaftstheorie* como instância de contenção dos danos das trocas disciplinares.

⁴⁹⁵ Cfr. Matthias Jestaedt, *Vom Nutzen der Rechtstheorie*, cit. p. 4 ss.

⁴⁹⁶ Cfr. Thomas Gutmann, *Intra- und Interdisziplinarität*, cit. p. 94 ss. e 100 ss.

⁴⁹⁷ «Die Art und Weise der Übernahme und Einbindung in das Recht hängen vom Erkenntnisinteresse, von der Art des zu Rezipierenden, dem damit verbundenen Anspruch, dem konkreten Verwendungszusammenhang und der Verwendungsweise ab. [...] Mit jedem Rezeptionsvorgang geht die Transformation des Fachfremden in die Sphäre des Rechts einher. Die Deutungshoheit über den Transformationsprozess hat der zuständige Rezipierende oder abstrakter betrachtet das Recht. Darin drückt sich seine Autonomie aus. [...] Der Übersetzungs- und Integrationsvorgang wird durch das Erkenntnisinteresse, den Verwendungszusammenhang und die konkrete Verwendungsweise geformt.» Christian Bumke, *Rechtsdogmatik*, cit. p. 159. [«Rezeption und Transformation»]

monologicamente, articulada no arco dos interesses da disciplina importadora, conforma-se ao final uma limitação da sua própria autonomia reflexiva. Significa também que se não está, assim, diante de um exercício de verdadeira interdisciplinaridade, mas sim, e apenas, de intradisciplinaridade; é o arco de interesses da disciplina importadora que determina todo o processo, ainda que não possa controlar os seus efeitos finais⁴⁹⁸. Daí conclui-se que apenas um pensamento jurídico consciente da sua identidade metodológica, e da sua integridade disciplinar, poderá tomar parte num diálogo verdadeiramente interdisciplinar⁴⁹⁹. Essencial, para tanto, e entretanto, é o aprimoramento da sua *consciência intradisciplinar*.

c) A intradisciplinaridade do pensamento jurídico académico

Cuidar da racionalidade da ciência do direito significa antentar à sua intradisciplinaridade. Embora emancipado das obrigações normativas para com a práxis, o discurso teórico quer representar um estímulo também à consciência prática do pensamento jurídico. Ao alertar sobre o perigo da manipulação dos enunciados dogmáticos (e metodológicos), a teoria sugere que se considere a que – e a quem – têm servido os seus sistemas e modelos de fundamentação/validação decisória⁵⁰⁰. O fato de a teoria abster-se de solucionar casos práticos não a condena, pôde ver-se nos capítulos anteriores, a ignorar a realidade da práxis, que, diferente da dogmática e da metodologia, ela investiga de modo integral, e ontológico, sem limitar-se a disputas

⁴⁹⁸ Sobre a *intradisciplinaridade* como condição para a uma verdadeira *interdisciplinaridade*, cfr. Eric Hilgendorf, *Bedingungen gelingender Interdisziplinarität – am Beispiel der Rechtswissenschaft*, cit. p. 914. Hilgendorf fala aí da precedência forçosa da lógica intra- sobre as transações interdisciplinares. Tanto o processo quanto a qualidade da interdisciplinaridade seriam dependentes da consciência intradisciplinar da disciplina importadora.

⁴⁹⁹ A mensagem que fica, repita-se, é a seguinte: não existe verdadeira inter-, multi-, transdisciplinaridade (etc.), sem uma clara identidade intradisciplinar. Esta é condição daquelas. Sem consciência metodológica acerca dos processos intradisciplinares, não se está diante de um empreendimento verdadeiramente interdisciplinar. Portanto, o aproveitamento metódico da *ciência multi-level* que o século 21 promete, e exige, impõe, no universo jurídico, o entendimento claro do funcionamento interno da ciência do direito. Cfr., neste sentido, e trabalhando numa perspectiva de internacionalização da ciência do direito, Michael Stolleis, *Stärkung der Grundlagenfächer*, JZ, 2013, p. 712 ss. Ver também, neste contexto, trabalhando com um conceito de «ciência do direito transnacional», Thomas Duve, *Internationalisierung und Transnationalisierung der Rechtswissenschaft – aus deutscher Perspektive*, in. Loewe Research Focus, Working Paper, Nr. 6, 2013, p. 1-17.

⁵⁰⁰ Cfr. Alexander Somek, *Die Macht der juristischen Expertise. Rechtliches Wissen als Steuerungsmedium*, in. K. Lerch (Org.), *Die Sprache des Rechts*, Bd. 3: *Recht vermitteln*, 2005, p. 399-438 (402). Para Somek, o «saber jurídico» é percebido pelas instâncias de decisão do direito como garantia de *Gewissheit*, algo que a tudo pode servir como argumentado e/ou fundamentado. «Diese dialektische Verkehrung ist gefährlich. Sie lässt rechtliches Wissen arbiträr, benutzbar oder manipulierbar erscheinen. Das darf nicht sein. (...) Die Verkehrung muss kontrolliert werden. Die Begründung rechtlichen Wissens vermag das aber nicht zu leisten. Sie ist Teil des Problems.» No seu *Rechtliches Wissen*, p. 11 ss.: «Wer juristische Expertise bemüht, tut dies, um das Verhalten anderer zu steuern. Das gilt für das Verhalten von Privatpersonen ebenso wie für das von Gerichten. Aber die Expertise ist ein paradoxes Steuerungsmedium. Wer sie abgibt und – zumeist auch – wer sie zukaufte, weiß, dass die guten Gründe, die in juristischer Expertise enthalten sind, das Verhalten von Privatpersonen und Gerichten nicht steuern können. Sie können dies allein schon deswegen nicht, weil im Rechtssystem prinzipiell alles *argumentierbar* ist.»

normativas. Ao invés de reduzir, a teoria amplia, desta feita, a complexidade do trabalho reflexivo do pensamento jurídico. No lugar da fundamentação normativa d(e um)a resposta jurídica dita correta, ela busca expor a existência de uma pluralidade de caminhos possíveis, tanto no âmbito do direito quanto no das ciências do direito. Quando analisadas pelas ciências da aplicação, as decisões do direito não aparecem naquilo que percebe o discurso teórico, a saber: como expressão da política do direito; a envolverem problemas de ordem jurídico-política para os quais não há apenas uma, mas diversas possibilidades. Daí que a indagação fundamental da teoria, reconhecido o poder do direito, não seja pela interpretação correta, mas pelo modo como pode/deve portar-se o cientista do direito. Enquanto o pensamento prático-normativo esforça-se por reduzir normativamente as possibilidades da decisão jurídica, e, assim, a complexidade da atividade funcional do ator do direito, a teoria faz o contrário⁵⁰¹. Pode dizer-se: é bom que a teoria abandone o empenho de extrair de problemas concretos uma dimensão normativa fundamental; que se desocupe da necessidade de harmonizar soluções jurídicas locais com o ideal global de um «sistema do direito»; que se demita, em suma, da função de desonerar o ator do direito, e a dogmática, diante das suas atribuições institucionais próprias. Noutras palavras: a reflexão teórica surtirá tanto mais efeito quanto mais afastar-se do caso jurídico; quanto menos caso concreto, melhor será o trabalho teórico, e melhor há de ser o seu proveito dogmático-metodológico.

2. Em defesa do direito, pela via intradisciplinar

É pela via da intradisciplinaridade que a teoria divisa o direito. Significa isto que a construção de uma plataforma meta/reflexiva no interior do edifício das ciências do direito tem por escopo, além de, melhor: no processo mesmo de cuidar do funcionamento académico do pensamento jurídico, proteger também a autonomia do direito, nomeadamente contra as visões de mundo que lhe sobrepõem as ciências da aplicação do direito⁵⁰². Numa fórmula simples: cuidar das ciências do direito é cuidar do direito. Neste sentido, toca à teoria preservar o direito contra as sobreposições dogmáticas, cujo campo de sentidos revela-se mais facilmente cooptável por discursos intrusos. O ponto essencial a atentar, e que será aprofundado no próximo capítulo, diz respeito à tendência, interior à pragmática da dogmática, a descontextualizar o direito, que, representado como sistema normativo, se vê abstraído da sua realidade constitutiva. Contudo, o

⁵⁰¹ Cfr. Matthias Jestaedt, *Vom Nutzen der Rechtstheorie*, cit. p. 6 s.

⁵⁰² «Den Schutz der Eigengesetzlichkeit des Rechts gegenüber Konkurrenzphänomenen wie der Moral oder der Politik, der Religion oder der Wirtschaft bewerkstelligt die Rechtstheorie im Wesentlichen dadurch, dass sie, wie gezeigt, über die Eigenrationalität der Rechts(anwendungs)wissenschaft wacht.» Jestaedt, *Ibidem*, cit. p. 7.

direito não cai do céu do pensamento jurídico; não é produto das suas construções e idealizações em torno d(e algum)a essência normativa do direito, é algo concreto, obtido-conquistado por mãos humanas no trato com fatos e fenômenos igualmente humanos⁵⁰³. Como objeto material, é espaciotemporalmente limitado, com a sua validade a referir sempre um específico contexto de vinculabilidade. A falta de consciência sobre a incorrigibilidade reflexiva do direito faz crer, entretanto, que as construções do pensamento prático podem controlar/corriger o seu objeto, e que o seu discurso disciplinar sobre o sentido do direito confunde-se com o sentido do direito mesmo. O que o pensamento jurídico está, na verdade, a fazer é relativizar, assim, a realidade do direito, ainda quando prometa estar a revelar as suas raízes normativas originárias. Na sua radical contingência, o direito, como vontade constitutiva, não é relativizável – perceba-se: é indesconectável daquele contexto de vinculabilidade –, ele é, quando muito, falsificável⁵⁰⁴. A relatividade conceitual, e a aparência então de um forçoso interpretativismo, decorre não do direito em si, mas da ciência do direito, quando ignora que a sistematicidade do pensamento jurídico não se confunde com a assistemática do direito mesmo.

À relativização conceitual da realidade do direito é correlato, portanto, o constructo dogmático de um sistema do direito. Para o discurso teórico, parece claro que não há, no plano da realidade, um sistema *do* direito, pois o sistema é sempre uma construção *da* ciência do direito⁵⁰⁵. E, como tal, depende, a sua representação, das componentes em que se funda o respectivo pensamento de sistema; aliás, sendo a ciência do direito plural, plural será também o sistema, ou seja: não há sistema, apenas sistemas⁵⁰⁶. Como expressão reflexiva, o sistema é uma manifestação

⁵⁰³ Christian Bumke fala em „Recht als Menschenwerk“. «Nur geschieht dies nicht aus theoretischer Einsicht, sondern aus praktischer Erfahrung.» «Präskriptive Sätze, Normativität und Ordnung sind Menschenwerke.» Bumke, *Rechtsdogmatik*, cit. p. 66. Nas palavras de Jestaedt, *Theorie*, cit. p. 78: «Als solches kann es von den – aus rechtlicher Sicht konstitutiven – Tatsachen, die seinen Kontext bilden, nicht gelöst werden. Ein idealistischer Dogmatismus, der eine Wesensschau „des“ Rechtes betreibt, statt den konkreten, von Menschenhand gesetzten Rechtsfakten im Hier und Jetzt nachzuspüren, wird dem nicht gerecht.»

⁵⁰⁴ «Gibt man die Vorstellung eines Universalschlüssels auf, hängen Stoff und Gestalt der normativen Grundgegebenheiten maßgeblich von ihrem Daseinsort ab.» Bumke, *Ibidem*, cit. p. 72.

⁵⁰⁵ *Locus classicus*, Immanuel Kant: «Eine jede Lehre, wenn sie ein System, d.i. ein nach Prinzipien geordnetes Ganzes der Erkenntnis sein soll, heißt Wissenschaft.» Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft*, 1786, Vorrede. No âmbito jurídico, atualmente: Hubert Rottleuthner, *Methodologie und Organisation der Rechtswissenschaft*, p. 212: «Die Architektur des Rechts darf kein „Aggregat“ sein, sondern muss – in der Rechtswissenschaft – als ein Vernunftsystem entfaltet werden.» Nas palavras de Carl August Emge, *Einführung in die Rechtsphilosophie*. Humboldt-Verlag, Frankfurt/Main – Wien, 1955, p. 378: «ein System ist stets ein inhaltlich zu weit gehendes Unterfangen der Vernunft.»

⁵⁰⁶ É de lembrar aqui, poeticamente embora, as palavras de Charles Baudelaire: «Tentei mais de uma vez, como todos os meus amigos, encerrar-me num sistema, para nele pregar à minha vontade. Mas um sistema é uma espécie de danação que nos empurra para uma constante abjuração; é sempre preciso inventar outro, e essa fadiga é um cruel castigo. E, de todas as vezes, o meu sistema era belo, vasto, espaçoso, cómodo, sobretudo limpo e liso; pelo menos, assim me parecia. E, de todas as vezes, um produto espontâneo, inesperado, da vitalidade universal vinha opor um desmentido à minha ciência infantil e avelhentada, filha deplorável da utopia. Por mais que deslocasse ou alargasse o critério, ele estava sempre atrasado relativamente ao homem universal, corria constantemente em perseguição do

da atividade interpretativa da dogmática⁵⁰⁷; aquele que com ele se relaciona relaciona-se, na verdade, não com o direito, mas com a ciência do direito; com o sistema, não se está a controlar/corriger o direito em si, mas uma imagem de direito construída pelo pensamento jurídico. Diante do direito positivo, o sistema dogmático não é mais do que uma proposta, uma hipótese; é sempre secundário relativamente à assistemática do direito. Como será salientado, ao ignorá-lo, o pensamento de sistema acaba por obliterar as contradições próprias do direito, dificultando a percepção de que, não obstante a assistemática das suas vontades constitutivas, o direito pode, ainda assim, valer, isto é, que o direito vale mesmo quando contraditório.

3. Teoria como *tempo das ilusões perdidas*... Ou: por uma dogmática da política do direito

As ilusões que se perde com a teoria têm a ver com des-ilusão do controle e da correção normativa⁵⁰⁸. Pois, com dito, o poder do direito vale, independentemente das intenções da ciência do direito. Dada a competência criativa, objetiva, do ator do direito, não está este obrigado, subjetivamente sequer, pelos enunciados da dogmática, e, ainda assim, os pode manipular para justificar as suas decisões jurídico-políticas. Como pura observadora, a teoria analisa as premissas

belo multiforme e variegado, que se move nas espirais infinitas da vida. Permanentemente condenado à humilhação de uma nova conversão, tomei uma grande decisão. Para escapar ao horror dessas apostasias filosóficas, resignei-me orgulhosamente à modéstia: limitei-me a sentir; regresssei em busca de asilo na impecável ingenuidade. De tal peço humildemente que me desculpem os espíritos académicos de toda a espécie que vivem nas diversas oficinas da nossa fábrica artística. Foi ali que a minha consciência filosófica achou repouso; e, pelo menos, posso afirmar, tanto quanto um homem pode responder pelas suas virtudes, que o meu espírito goza agora de uma mais abundante imparcialidade.» Baudelaire, *A invenção da modernidade*. Trad. Pedro Tamen, Relógio D'Água, 2006.

⁵⁰⁷ Com Oliver Lepsius: «In einem übergreifenden Sinne kann der Gedanke eines Systems nur auf die Methode der Rechtswissenschaft, nicht aber auf das Recht als ihrem Gegenstand bezogen werden. Das wissenschaftliche Vorgehen soll systematisch im epistemologischen Sinne genannt, nicht aber das „System“ zum Gegenstandsäquivalent erhoben werden. „System“ sollte als planmäßiger, subjektiver Ordnungsauftrag des Stoffes verstanden werden, nicht jedoch als objektives Spielbild des Rechtsstoffes, aus welchem Begründungen deduktiv abgeleitet werden können.» Lepsius, *Themen einer Rechtswissenschaftstheorie*, cit. p. 37. Ainda com Lepsius, na sua tese central: «Die Verwendung des Systemgedankens setzt eine konstruktive Eigenleistung der Wissenschaft voraus, über die man sich Rechenschaft ablegen muß.» (p. 41) «Die Idee einer inhaltlichen Homogenisierung des Rechts verschiedener Rechtserzeugungsakteure steht in einem unauflösbaren Zielkonflikt mit den normtheoretischen Gegebenheiten im demokratischen Verfassungsstaat, zumal jenem föderativer Natur. Mehr als eine Homogenität im Verfahren kann sinnvollerweise nicht gemeint sein. Wer die Tatsache einer Vielfalt der Rechtserzeugungsakteure akzeptiert und erkennt, daß diesen eigenständige Konkretisierungs- und Gestaltungsspielräume verbleiben müssen, wird dem Topos der „Einheit der Rechtsordnung“ keinen materiellen Sinn zusprechen können. (...) Von einer Einheit kann daher nicht im materiellen, sondern nur in einem formellen Sinne gesprochen werden, also im Sinne einer Kompetenzordnung, die verschiedene Akteure der Rechtserzeugung etabliert und Ihnen Entscheidungsspielräume zuweist. Die „Einheit der Rechtsordnung“ exkludiert Normen, die nicht-rechtlicher Natur sind (Sitte, Moral, u.U. Standards), nicht aber verpflichtet sie das positive Recht auf eine bestimmte materielle Finalität. Mit anderen Worten: Von einer Einheit kann nur in einem relationalen, nicht aber in einem substantiellen Sinne gesprochen werden.» (p. 36)

⁵⁰⁸ Na expressão de William Ebenstein, pode dizer-se: *Demythologising Legal Thought*. Ebenstein, *The Pure Theory of Law: Demythologizing Legal Thought*, in. *California Law Review*, 59, 3, 1971, p. 617-652.

disciplinares da dogmática, mormente a sua vontade de ser part(icipant)e da obtenção do direito⁵⁰⁹. E constata que o dogmático não é um ator do direito, é, quando muito, um informante, um consultor e/ou conselheiro acadêmico, alguém que fornece ao real participante dos processos do direito motivações e/ou justificações metódicas. Nas suas atividades acadêmicas, impõe que reconheça que, além de referir o direito de *lex lata*, refere-o também de *lex ferenda*, e que, ao fazê-lo, atua (jurídico-)politicamente. O postulado de que a dogmática deve relacionar-se prático-normativamente com o direito, ditando-lhe como determinar-se a si próprio, sob o pretexto de estar a realizar, assim, uma missão constitutiva/normativa própria do pensamento jurídico, representa, para o olhar teórico, um fingimento metodológico⁵¹⁰, uma desculpa para agir politicamente e sobrepor as vontades disciplinares da ciência do direito às vontades constitutivas do direito mesmo. Um tal postulado-fingimento opera um duplo desserviço: de um lado, encobre, como dito, a política da produção do direito; do outro, encobre também a intenção política do pensamento jurídico, sustentando uma autoimagem sistemático-normativa de tipo genuinamente argumentativo. Interessada na consciência metodológica do pensamento jurídico, a teoria pede à dogmática que, como exercício de autorreflexão, esclareça, o mais objetivamente possível, se os seus enunciados são de *lex lata* ou de *lex ferenda*, ao invés de os (con)fundir sob a etiqueta genérica da interpretação/argumentação normativa. Um tal pedido não visa extirpar do pensamento jurídico a sua dimensão jurídico-política, visa abrir o caminho para que se desenvolva uma dogmática que pensa metodologicamente a política do direito⁵¹¹.

⁵⁰⁹ Sobre a função crítica da teoria, Martin Kriele fala em «kritische Überwachungsfunktion». «[Es wäre] Sache der Theorie, die Reflexion zu den bisher unangefochten vorausgesetzten Grundlagen vorzutreiben, um so ihre gemeinsame Gesprächsbasis mit der Praxis wiederzufinden und ihre kritische Überwachungsfunktion wieder fruchtbar ausüben zu können.» Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, cit. p. 39. Complementa-o hoje num olhar puramente teórico, sem a intenção prática de Kriele, Matthias Jestaedt, *Theorie*, cit. p. 86: «[S]o ist auch der Rechtstheorie gegenüber der Rechtsmethodik und der Rechtsdogmatik eine „kritische Überwachungsfunktion“ zu attestieren. [...] Rechts(gewinnungs)theoretisches Rasonnement bedarf seinerseits selbstredend auch der Kontrolle und der Rückbindung an die juristischen Eigenrationalitäten und ist daher nicht gefeit gegen die („Retour“-)Kritik aus den Rechtsanwendungswissenschaften.»

⁵¹⁰ «Alle dogmatischen Begriffe, Klassifizierungen und Grundsätze sind im Kern wertbezogen. Es gibt keine wertfreie Dogmatik. Dogmatik ist immer auch „weltanschaulich“ geprägt.» Bernd Rüthers, *Rechtstheorie*, cit. p. 198.

⁵¹¹ Para o discurso da metodologia tradicional, uma tal proposta parece ser duplamente desconfortável, pois traz, a um só tempo, duas componentes que aquela visa afastar: a ciência e a política – o pensamento jurídico não seria, de um lado, ciência, e não (se) envolveria, do outro, (com) a política. Contudo, à luz das premissas da reabilitação do discurso teórico, pode dizer-se que os enunciados prático-normativos da metodologia são, de um lado, produto da ciência (como atividade acadêmica), e operam, do outro, jurídico-politicamente. De qualquer modo, o que importa esclarecer é que o uso da expressão não tem a finalidade de legitimar a postura política do pensamento jurídico. Trata-se apenas de enquadrar uma dimensão intradisciplinar do pensamento jurídico acadêmico. Ou seja: não autoriza a atitude política, invoca mais consciência metodológica. «In dieser (Sub-)Disziplin, die wegen ihres spezifischen Erkenntnisgegenstandes und ihrer eigenen Erkenntnismethode aus der heutigen Rechtsdogmatik, die, wenn auch nicht reflektiert, beide Elemente der Rechtsgewinnung – der Rechtserkenntnis wie der Rechtserzeugung im engeren Sinne – zu bedienen vorgibt, auszugliedern oder auch freizusetzen wäre, könnten zahlreiche Theoreme und Modelle, Argumentations- und Methodenansätze, die heute noch undifferenziert als „rechtsdogmatische“ ausgegeben werden,

ihren methodologisch angemessenen Platz finden.» Matthias Jestaedt, *Theorie*, 79. Nas palavras de Bernd Rüthers: «Teilnahme an der Rechtspolitik bedeutet zugleich eine „Folgenverantwortung“, also auch ein Folgenabwägungsgebot bei der Aufstellung dogmatischer Begriffe und Grundsätze. Dogmatische Aussagen sind auch Instrumente zur Gestaltung der Realität. Die vorhersehbaren Folgen des Gestaltungsprozesses können nicht außer acht bleiben. Hier sind die geschilderten sozialen Wirkungszusammenhänge zu beachten und auf die Ergebnisse der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften zurückzugreifen.» Rüthers, *Rechtstheorie*, cit. p. 199.

VII

A dogmática jurídica e a crítica teórica

Da promessa de um «direito científico» à realidade da «ciência no direito»

A dogmática jurídica é, sem dúvida, a marca-d'água da ciência do direito. Para o bem e para o mal, os seus interesses e métodos de trabalho, os seus sentidos reflexivos e as suas vontades disciplinares exercem, no âmbito do pensamento jurídico académico, uma dominância indiscutível. Não é sem mais que se tenha já dito que, ao invés de Faculdades de (Ciências do) Direito, melhor seria nomear as instituições modernas de ensino jurídico simplesmente Faculdades de Dogmática Jurídica⁵¹². Isto porque, mais do que programas teórico-metodológicos interessados na consecução de um conhecimento objetivo do direito, os edifícios da ciência do direito estariam a abrigar meros «cursos profissionalizantes em legislação». Oferecendo à sua audiência doutrinas e técnicas para a interpretação e a aplicação prática do direito vigente, as ditas *faculdades de dogmática jurídica* estariam a serviço não de uma verdadeira ciência do direito, mas de umas muito específicas autoridades funcionais. Como entendedora do espírito, melhor: do empirismo da lei, a dogmática serviria para justificar as escolhas políticas de determinados funcionários públicos, notadamente juízes e juízas, e, quando muito, à estratégia forense de advogados. Essa imagem de uma ciência profissionalizante,

⁵¹² «Denn in Wahrheit sind diese Fakultäten hauptsächlich «rechtsdogmatische Fakultäten» [...]. Unter diesen Umständen wird vor allem auch die rechtswissenschaftliche Lehre zu einer Lehre von einer besonderen Berufs- und Gewerbetchnik, nämlich jener Auslegungstechnik, welche der Richter, der Rechtsanwalt, der Verwaltungsbeamte usw. anzuwenden haben.» «Das, was den Staatsmacht-Inhabern erwünscht war, war immer nur die Rechtsdogmatik als die Lehre von der Auslegung der Befehle der Staatsmacht-Inhaber, nicht aber eine Lehre davon, wie es eigentlich kommt, daß gerade irgendwelche besonderen Menschen Befehle geben und diese Befehle befolgt werden. [...] «Rechtsdogmatik» als «Gesetzeskunde» ist aber eine Lehre, die aufgebaut ist auf einer geistigen Einstellung, kraft welcher man «das Gesetz» als einen imperativen Wink «von oben» nimmt, dessen Sinn zu erforschen ist, über welchen aber nicht hinausgefragt werden darf.» [...] [D]ie Rechtsdogmatik [ist] die Technik jener zahlreichen Menschen [...], welche «Rechtsberufe und -gewerbe» innehaben und die Universitäten nur beziehen, um diese Technik – deren geistige Voraussetzungen sehr primitive sind – zu erlernen, nicht aber um irgendeine Wissenschaft zu betreiben. [...] [D]ie Auslegung von Gesetzen [erfordert] im Allgemeinen keine besonders tiefe und umfangreiche wissenschaftliche Ausbildung.» Fritz Sander, *Allgemeine Staatslehre. Eine Grundlegung*, cit. p. VIII, IX e X. Na crítica de Sander, sugere-se que a teoria do estado passe a figurar no centro das ciências do direito, a fim de explicitar o conteúdo empírico das relações constitutivas do direito. A metódica da dogmática (que não seria uma verdadeira ciência do direito), como atividade de interpretação prático-normativa das fontes do direito – ou: interpretação dos comandos do estado –, não abarcaria a essência do “Estado”, marcada, precisamente, por aquelas relações. A racionalidade interpretativa deixaria de compreender como são produzidas as fontes com que trabalha, percebendo-as, e percebendo, assim, o próprio direito, apenas na sua superfície. «Soll [...] der seit jüngster Zeit begonnene Kampf gegen den Positivismus ein Kampf gegen die Rechtsdogmatik sein, so tritt auch dieses Buch in diesen Kampf ein, in einen Kampf, der allerdings nicht die Rechtsdogmatik als solche beseitigen soll, wohl aber die nachgerade katastrophale Tatsache, daß man die Staatslehre als eine Art der Rechtsdogmatik betreiben will, daß man also entweder kein Wissen um den Staat mehr besitzt oder das Wissen um den Staat durch staatsfremde Erörterungen erstickt.» (p. XII)

que aos olhos do observador externo aparece como um objeto a ser criticamente analisado, celebra, por sua vez, o próprio dogmático, um participante interno. Diferente do teórico, o dogmático percebe na orientação prática do pensamento jurídico não um ponto fraco, mas o seu ponto forte, a chance mesmo para a realização em concreto das vontades e intenções normativas da ciência do direito. Com efeito, diferente das demais disciplinas jurídicas, a dogmática chama para si a responsabilidade-atribuição de orientar a práxis. A promessa básica que vai aí implícita é a de uma unificação, a partir da racionalidade pragmática da dogmática, entre a ciência e a práxis do direito. Importa questionar, no entanto, se os rastros da *ciência (do direito) no direito* confirmam, realmente, o fenómeno, assim, de um *direito científico*, é dizer: uma práxis dogmática do direito, ou se não serão antes a expressão de uma conquista pírrica – entenda-se: uma conquista não da ciência sobre a práxis, mas da práxis sobre a ciência, isto é, da práxis do direito sobre a ciência do direito. Afinal, controla a dogmática a práxis ou controla a práxis a dogmática?

1. Um olhar não pejorativo, antes crítico. A natureza híbrida da dogmática

O sentido não raro atribuído à dogmática, se bem que por conta de uma aproximação apenas terminológica, é pejorativo, aludindo a noção de *dogma*⁵¹³. Não é segredo que, assim como o pensamento jurídico, também a teologia promove os seus processos de dogmatização, através, nomeadamente, da interpretação autorizadora e estabilizadora de textos tidos como canónicos e/ou sagrados⁵¹⁴. Contudo, diferente do que se passa com o teólogo, o jurista não trabalha, nas suas interpretações e sistematizações dogmáticas, com dogmas de ordem transcendental, ou relativos a uma verdade inabalável, mas com a validade e a justificação concreta do direito positivo⁵¹⁵. Nessa contingência histórico-cultural, a sua tarefa própria consiste em articular,

⁵¹³ Cfr. Rolf Gröschner, *Rechtsdogmatik*, cit. p. 62 s.; Axel Adrian, *Grundprobleme einer juristischen (gemeinschaftsrechtlichen) Methodenlehre*, cit. p. 75 s.

⁵¹⁴ Cfr. Rolf Stürner, *Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik*, in. JZ, 67, 2012, p. 10.

⁵¹⁵ Cfr. Nils Jansen, *Dogmatisierungsprozesse in Recht und Religion: Einführung*, in. Georg Essen/Nils Jansen (Orgs.), *Dogmatisierungsprozesse In Recht und Religion*. Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, p. 1-22. Segundo Jansen, não é proveitosa, desde o ponto de vista metodológico, a comparação dos processos de dogmatização da ciência do direito com os da teologia, tratando-se, como dito, de uma aproximação meramente terminológica. Para além do conceito comum como componente de determinação e inteligibilidade epistémica, não haveria quaisquer outros elementos para uma generalização metodológica. Ao invés de orientar-se pela fé na verdade de uma revelação, a dogmática jurídica, por força da produção de vinculabilidade e da contingência das decisões do direito, organizar-se-ia, diz, em torno especificamente do conceito de segurança jurídica. Neste sentido, avança, ainda, Christian Bumke, *Rechtsdogmatik. Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise*, p. 146: «[D]as „Dogma“ [ist] nicht für die Rechtsdogmatik von Interesse [...]. Es zählt weder zu ihren Arbeitsinstrumenten noch bedarf es eines Rückgriffs auf diese Kategorie um ihre Denkweisen zu ergründen oder zu charakterisieren. [...] Die „faktische Dogmatisierung“ [...] sind entweder Teil einer gerichtlichen Praxis oder Ausdruck für stabilen Anschauungen in der Rechtswissenschaft. Stabile Anschauungen sind aber kein Dogma. Denn sie lassen sich nicht mit dem Verweis darauf rechtfertigen, dass die Anschauungen stabil sind. Stets muss geltend gemacht werden, dass es sich um die richtigen Anschauungen handelt und es überzeugende

empiricamente, duas frentes institucionais diversas, a da *teoria acadêmica* e a da *prática forense*, justificando a conhecida imagem de uma «ciência da decisão», ou, mais recentemente, uma «ciência de comando-controle» (*Entscheidungs- und Steuerungswissenschaft*)⁵¹⁶. Coração da ciência do direito, a dogmática funciona, desta feita, e por assim dizer, como uma espécie de manual básico para a profissionalização das atividades práticas do direito⁵¹⁷, encontrando nos atores jurídicos da esfera judicial o seu principal público-alvo.

O discurso pragmático da dogmática promete solucionar os mais intrincados casos jurídicos⁵¹⁸. Como modo de trabalho (*prático*) e modo reflexivo (*teórico*) próprios, é precisamente por meio dos casos-problemas jurídicos concretos que a dogmática pretende construir, melhor: ser ela própria a ponte de comunicação, senão já, como dito, de unificação entre a ciência e a práxis do direito⁵¹⁹. Daí que se lhe reconheça uma *natureza híbrida*⁵²⁰: pois, assim orientada, entre a competência técnica e o saber autoconsciente, não será a dogmática menos *techné* do que *theoria*, como não será menos *ofício* do que *arte*, ou menos *experiência* concreta do que *conhecimento* abstrato.

Grunde gibt, die sich dafür anführen lassen. Aber auch für die gerichtliche Praxis passt die Kategorie des Dogmas nicht. Denn die Untergerichte sind gerade nicht an die Entscheidungen der Höchstgerichte gebunden. Und im Verhältnis zwischen Ober- und Höchstgerichten sind die Obergerichte gerade zur Abweichung berechtigt, nur müssen sie dann die Streitsache den Höchstgerichten vorlegen. Letztlich drückt sich in der „Dogmatisierung“ nur eine gelingende Rechtspraxis aus. Das Dogma ist indes kein Schlüssel, um deren Konstitutionsbedingungen zu ergründen.» Distancia-se Bumke, com isto, de Viehweg e do seu conceito de «Dogmata» (cfr. o seu *Über den Zusammenhang zwischen Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*, cit. p. 35/36; *Ideologie und Rechtsdogmatik*, cit. p. 87 ss.). Ver também Niklas Luhmann, *Kontingenzz und Recht*, cit. p. 237 ss.

⁵¹⁶ Cfr. Matthias Jestaedt, *Rechtswissenschaft als normative Disziplin*, cit. p. 254 s.; *Wissenschaftliches Recht*, cit. p. 118; Bernd Grzeszick, *Steuert die Dogmatik? Inwiefern steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts? Gibt es eine rechtliche Steuerungswissenschaft jenseits der Rechtsdogmatik?*, cit. p. 97-109. Ver também Christoph Möllers, *Vorüberlegungen*, cit. p. 168 s.; sobre a *Kontrollperspektive*, Oliver Lepsius, *Problemzugänge*, cit. p. 63 s.

⁵¹⁷ Cfr. Horst Dreier, *Rechtswissenschaft als Beruf*, cit. p. 26: «Rechtsdogmatik gilt als „Chiffre für einen professionellen Umgang“ mit dem Recht.»

⁵¹⁸ Como atividade estritamente acadêmica, a dogmática é aquela disciplina que propõe à práxis, com base no direito positivo (ou: as fontes do direito), soluções para os seus casos concretos. Trata-se, pois, de sugestões teóricas, não solucionando, evidentemente, ela própria os problemas do direito. Significa isto que as soluções dogmáticas têm lugar no arco reflexivo dos sistemas dogmáticos, e das suas ordenações disciplinares, não vinculando a práxis do direito. Para usar as expressões de Christoph Möllers: «simulierte Entscheidungen», «praktisch folgenlos», «experimentell», «gedankenexperimentell». Daí também a conclusão de Bumke: «Der Wert einer wissenschaftlich verfahrenen Rechtsdogmatik kann danach kaum in der Lösung einer schwierigen Rechtsfrage als solcher zu finden sein. Maßgeblich ist vielmehr die Form der Bearbeitung. Sie richtet sich meines Erachtens 1.) nach der Sorgfalt im Umgang mit den Rechtsquellen und dem vorhandenen rechtlichen Material sowie dem Ausmaß der konstruktiv-kritischen Reflexion und der Achtsamkeit beim Durchdenken, 2.) der Art und Weise der Aufarbeitung und Durchdringung der Rechtsfrage und möglicher Antworten, 3.) der An- und Einbindung in das rechtsdogmatische Lehrgebäude und schließlich 4.) der Erklärungsmächtigkeit eines Lösungsansatzes.» Bumke, *Rechtsdogmatik*, 2017, p. 52. Disse-se já que, para Bumke, a dogmática não é uma atividade exclusivamente acadêmica, dela participando também os atores da práxis. Ainda assim, reconhece que o estudo teórico e a problematização metodológica da dogmática hão que se restringir à sua expressão e às suas atividades propriamente acadêmicas, posto que a ciência e a práxis teriam de ser claramente diferenciadas, se se quiser dar-lhes a devida atenção metodológica. Bumke, *Rechtsdogmatik*, 2014, p. 642.

⁵¹⁹ Cfr. Andreas Voßkuhle, *Was leistet Rechtsdogmatik?*, cit. p. 113: «Rechtsdogmatik verkoppelt die Rechtspraxis mit der Rechtswissenschaft.»

⁵²⁰ Horst Dreier, *Rechtswissenschaft als Beruf*, cit. p. 46: «ohne Zweifel hat Rechtsdogmatik einen „hybriden Status.“» «Ja, man hat sogar davon gesprochen, Rechtsdogmatik sei in der Welt der wissenschaftlichen Methoden eine Kuriosität, weil sie zugleich Teil der juristischen Wissenschaft und Teil der juristischen Praxis ist.»

Será, em suma, e a um só tempo, «prudentia» e «scientia»⁵²¹. É esse seu status híbrido o que lhe assegura, ademais, e não obstante a sua fragilidade-precariedade epistémica⁵²², a sua posição de dominância entre as demais ciências do direito; sem concorrência, o seu pragmatismo tende então a ditar sozinho o objeto e o método da formação jurídica⁵²³. Neste sentido, mesmo a tríade setorial do pensamento jurídico, com as ciências do «direito público», do «direito privado» e do «direito penal», parece dever-se mais às necessidades práticas da dogmática do que à matéria bruta Direito⁵²⁴. Seja como for, a premissa a destacar é a seguinte: quanto mais avança a dogmática, menos plural é a ciência do direito, e, portanto, a querer preservar-se a pluralidade do pensamento jurídico, a sua dominância há que ser posta/mantida sob a observação crítica da teoria⁵²⁵ – na perspectiva, aqui, de uma teoria *das ciências* do direito. Pois na medida em que se lhe autoriza determinar sozinha o destino metodológico do pensamento jurídico, a tendência é passar-se do *plural* (das ciências do direito) para o *singular* (da ciência do direito), com a perigosa equiparação, ratificada por importantes

⁵²¹ Assim com Matthias Jestaedt, *Wissenschaftliches Recht*, cit. p. 118; *Braucht die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht eine fachspezifische Wissenschaftstheorie?*, cit. p. 20/22.

⁵²² Com Oliver Lepsius: «Rechtsdogmatik hat epistemologisch daher einen äußerst prekären Status. Sie kennt keinen Urheber sondern ist selbstreferentiell. Sie emaniert. Und sie bezeichnet sowohl Inhalt als auch Verfahren, Gegenstand und Methode gleichermaßen: Sie ist Rechtserkenntnisquelle und Rechtserzeugungsquelle.» Lepsius, *Kritik der Dogmatik*, in. *Was weiß Dogmatik?*, cit. p. 46. Essa fragilidade epistémica, ou, dito de outro modo: o baixo grau de reflexividade da dogmática, decorre, importa perceber, da tensão que se produz em razão da sua dupla função disciplinar. Como parte da ciência, do pensamento jurídico académico, orienta-se, forçosamente, ao ideal da abstração reflexiva, porém, assim que passa a dedicar-se, como efetivamente o faz, ao tratamento dos enunciados do direito, por ela percebidos como desprovidos de encadeamento normativo, e, portanto, carentes de uma fundamentação própria, assume a dogmática uma pretensão de correção do direito positivo – com Christian Bumke, *Richtigkeitsanspruch des positiven Rechts* –, e, desta feita, desloca-se o seu interesse disciplinar para as demandas da práxis, sendo secundarizadas as problemáticas, escalas e medidas de ordem propriamente científica/reflexiva (*wissenschaftliche Maßstäbe*) da ciência do direito. «Soweit schwierige Rechtsfragen beantwortet werden, wird vom wissenschaftlich gebotenen Grad der Verlässlichkeit abgesehen. Auch dieser Zwiespalt betrifft den eben angesprochenen Umgang mit schwierigen Rechtsfragen und er unterstreicht ihre Tragweite für das rechtsdogmatische Selbstverständnis.» Bumke, *Rechtsdogmatik*, 2017, cit., p. 135 (ver também p. 133 e ss., principal. nota 404). Ou seja: assim que a dogmática assume a pretensão de corrigir o direito, a sua autocompreensão científica torna-se menos fidedigna, sendo o centro das suas preocupações a própria práxis, e não a ciência do direito. Ver também Möllers, *Vorüberlegungen*, cit. p. 179.

⁵²³ Winfried Brohm fala, como dito acima (cfr. supra, nota 23), de uma «*verdrängende Dominanz*», referindo o caráter repressor da dominação dogmática.

⁵²⁴ «Die Dreiteilung des [...] juristischen Kosmos – ob der Wissenschaftsdiskurse, der Lehrveranstaltungen oder der Subdivision der Lehr- und Forschungseinheiten in Institut und Lehrstühle – in die „Säulen“ des Öffentlichen, des Privat- und des Strafrechts verdankt sich der Dogmatik, die darin die Dreiteilung des geltenden Rechts meint abzubilden. [...] Die wissenschaftspraktische juristische Leitdisziplin avanciert, den Plural der Rechtswissenschaften zum Singular der Rechtswissenschaft verkürzend, zur juristischen Hauptdisziplin.» Matthias Jestaedt, *Deutsche Rechtswissenschaft im Kontext von Europäisierung*, in. *JZ*, 67, 2012, p. 2. Bumke parece, neste ponto, mais radical. Não apenas a tríade disciplinar, mas toda e qualquer diferenciação-especificação disciplinar incorreria numa divisão-organização, de ordem dogmática, da *matéria bruta direito* (die „*Sache Recht*“). «Aus Sicht der Rechtsdogmatik setzt sich die Rechtsordnung aus verschiedenen Gebieten und ihren Teilgebieten zusammen (z.B. aus dem Öffentlichen Recht, dem Allgemeinen Verwaltungsrecht und dem allgemeinen und besonderen Polizei- und Ordnungsrecht). Die Rechtsdogmatik versucht, jedem Gebiet und Teilgebiet ein spezifisches Aufgabenprofil zu verleihen, und arbeitet prägende Leit- und Strukturprinzipien, charakteristische Figuren und Instrumente heraus.» Bumke, *Rechtsdogmatik*, 2017, p. 61.

⁵²⁵ Sobre a pluralidade das ciências do direito e a sua referência no singular a confundir-se com o campo da dogmática, cfr. Jan C. Schuhr, *Rechtsdogmatik als Wissenschaft*, cit. p. 24.

nomes da metodologia tradicional, entre os conceitos de «ciência do direito» e de «dogmática jurídica»⁵²⁶.

2. Os *Comentários*... como estilo literário, e o perigo da dominância dogmática

O que marca o protagonismo da dogmática é o seu acesso privilegiado ao dia-a-dia forense. A fim de garantir um tal privilégio, os seus enunciados e sistematizações têm de operar uma forçosa simplificação reflexiva, condensando, pois, não os pontos sensíveis do pensamento jurídico, ou os problemas metodológicos do direito e da ciência do direito, mas os interesses, juscientíficos e juspolíticos, dos participantes da práxis. Não é sem mais que o seu congênito formato de publicação seja o dos *Comentários* – comentários à legislação..., comentários à jurisprudência..., comentários às decisões do tribunal... –, estilo jusliterário dedicado quase que exclusivamente à aplicação prática do direito⁵²⁷. Daí dizer-se que a dogmática opera uma simbiose literária entre ciência (do direito) e práxis (do direito), o que pode constatar-se com um simples lançar de olhos na grande maioria das revistas e periódicos jurídicos contemporâneos. À parte as

⁵²⁶ Mais precisamente: reduz-se, desta feita, no plano das representações da ciência do direito, as atribuições do pensamento jurídico às possibilidades da racionalidade da dogmática. É o que acaba por sugerir, p.e., Karl Larenz, que entende ser a dogmática jurídica, referida como «Rechtswissenschaft im engeren Sinne», «[...] diejenige Wissenschaft [...], die sich mit der Lösung von Rechtsfragen im Rahmen und auf der Grundlage einer bestimmten, historisch gewachsenen Rechtsordnung befaßt.» Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit. p. 5. Não muito diferente, Josef Esser refere a dogmática como a única verdadeira *Jurisprudenz*, por conta, precisamente, do seu caráter prático-normativo, Esser, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht*, cit. p. 97. Esclareça-se, então, que ao falar-se em redução do pensamento jurídico à dogmática, não se está a dizer que a totalidade das ciências do direito passa a trabalhar como a dogmática – como se a totalidade do pensamento jurídico fosse internamente transformada em dogmática –, mas sim que as demais disciplinas jurídicas passam a orientar as suas próprias reflexões pela e para as demandas, e as atribuições, próprias da dogmática, do que resulta o estrangulamento da pluralidade do pensamento jurídico. Cfr. Christian Waldhoff, *Kritik und Lob der Dogmatik*, cit. p. 22 e p. 30 ss., em que se diz: «Rechtswissenschaft ist nicht gleich Rechtsdogmatik, sollte vielleicht besser gleich mit der Pluralform als „Rechtswissenschaften“ bezeichnet werden. Das Betreiben von Rechtsdogmatik stellt – rein tatsächlich betrachtet – zwar den Schwerpunkt rechtswissenschaftlicher Forschung [...], Rechtswissenschaft erschöpft sich jedoch nicht in Rechtsdogmatik.»

⁵²⁷ «In einer komplexen Rechtsordnung wie der unseren kann Richterrecht seine segensreichen Wirkungen nur entfalten, wenn es leicht zugänglich ist in einem durchsichtigen und wohlgeordneten dogmatischen System. Gerade die hoch entwickelte Darstellungskultur der – nach Gesetzen geordneten und diese Gesetze erklärenden und konkretisierenden – juristischen Kommentare ist ein Beispiel für gute Zugänglichkeit.» Winfried Hassemer, *Dogmatik zwischen Wissenschaft und richterlicher Pragmatik*, cit. p. 9. Com Oliver Lepsius: «Man könnte es auch eine Strategie zur Selbstermächtigung nennen, die aber nur im Zusammenwirken funktioniert. Nur als Dogmatiker sind Rechtswissenschaftler mit Praktikern (Richtern, Verwaltungsbeamte und vertragsgestaltenden Anwälten) gleichberechtigte rechtserzeugende Akteure. Deutlich wird dieser Anspruch etwa in der typischsten dogmatischen Literaturgattung, dem Kommentar, in der eine Normauslegung mit dem Anspruch auf Verbindlichkeit präsentiert wird und dem in aller Regel Wissenschaftler und Praktiker gemeinsam schreiben.» Lepsius, *Kritik der Dogmatik*, p. 44/45. Ver também Bumke, *Rechtsdogmatik*, 2014, cit. p. 646; Martin Eifert, *Zum Verhältnis von Dogmatik und pluralisierter Rechtswissenschaft*, cit. p. 80 [«Kommentare als der auf die Rechtspraxis bezogenen Literaturgattung»]. Para uma análise histórica da relação entre os juristas e os *Comentários* como tipo literário, cfr. David Käßle-Lamparter, *Welt der Kommentare. Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016.

seções que se reserva às contribuições de ordem teórico-científica e metodológico-filosófica, o que de regra aí se encontra é um imenso acervo de textos voltados para a aplicação judicial do direito; com ponderações sobre o respectivo material normativo e sugestões de solução para problemas concretos, a dogmática facilita, assim, o processo da decisão judicial. Sem muita preocupação metodológica, vê-se serem combinados, numa tal literatura, os enunciados (reflexivos) da ciência do direito e os enunciados (constitutivos) do direito, como se a sua diferença estrutural, funcional e institucional, não fosse assim tão relevante.⁵²⁸ Tal é a fusão que se promove, que não será difícil identificar uma certa semelhança entre os trabalhos académicos da dogmática prática e os documentos das decisões de tribunais, com referências indiscriminadas a práticas e decisões pretéritas e recortes da assim chamada doutrina dominante. Essa empiria jurídica, entenda-se: a (con)fusão literário-dogmática entre teoria e prática, que ao observador externo parece, como estava a dizer-se, um exemplo de transgressão de atribuições e competências institucionais, é encarada com naturalidade pelo participante interno, que assume usarem todos, atores-participantes (prática) e académicos-observadores (teoria), uma mesma linguagem: a *linguagem dogmática*⁵²⁹. Embora não compartilhem as mesmas funções, e, portanto, não lhes toquem as mesmas atribuições, o ator prático e o dogmático académico agem, ao lançarem mão dessa espécie de *lingua franca* do mundo jurídico, como se representassem a mesma visão de mundo, no limite: a práxis da aplicação do direito, e como se estivessem, afinal, a serviço dos mesmos valores e interesses institucionais.

Essa característica singularizadora da dogmática, o seu *modus operandi* supostamente unificador dos campos do direito e do pensamento jurídico académico, e entretanto de ambos forçosamente redutor⁵³⁰, encontra-se, ainda hoje, pouco ou nada tematizado no âmbito das

⁵²⁸ Oliver Lepsius fala, neste sentido, de uma «*Verlust des eigenständigen Charakters der Wissenschaft*». «[B]ei den Zeitschriften (Archivzeitschriften und Juristenzeitung ausgenommen) wird kein Unterschied zwischen Autoren aus der Praxis und der Wissenschaft erkennbar. Im dogmatischen Diskurs sind eben alle gleich – das ist ja gerade sein Vorzug. Dadurch bleiben die Beiträge der Rechtswissenschaft nicht mehr als wissenschaftliche Erträge erkennbar.» Lepsius, *Kritik der Dogmatik*, cit., p. 60. Nas palavras, ainda, de Hubert Rottleuthner: «Rechtswissenschaft, Rechtspraxis und geltendes Recht werden in der Rechtsdogmatik ganz unklar verschmolzen.» Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, cit. p. 253.

⁵²⁹ Cfr. Matthias Jestaedt, *Die deutsche Staatsrechtslehre im europäisierten Rechtswissenschaftsdiskurs*, cit., p. 2 s; Christian Bumke, *Rechtsdogmatik*, 2014, p. 642. Greogor Kirchhof e Stefan Magen, *Dogmatik: Notwendigkeit und Dialog*, cit. p. 168, destacam que a ciência e a práxis do direito não têm interesses idênticos.

⁵³⁰ Especificamente quanto ao pensamento jurídico, o seu estreitamento desde a perspectiva dos problemas práticos da dogmática, além de fazer crer que o topo da formação/carreira jurídica é a profissão de juiz, conduz à ideia, teórico-metodologicamente problemática – com consequências danosas ao conhecimento da ciência do direito –, de que juristas não têm mais o que fazer-estudar, senão que propor soluções, e solucionar, casos jurídicos concretos, entenda-se: controvérsias judiciais. Do ponto de vista das ciências do direito, nega-se, com isto, ao pensamento jurídico a capacidade de compreender e, portanto, de enfrentar e contribuir para a solução de uma série imensa de problemas estruturais do direito; escapa ao radar do pensamento jurídico, desta forma, quaisquer problemas que ultrapassem os limites do judiciário, e, mais especificamente, das decisões judiciais. Com efeito, um jurista com

discussões teórico-metodológicas. Na perspectiva da teoria da dogmática, e da metodologia tradicional, as considerações têm parecido limitar-se a referir-celebrar as funções práticas da dogmática: as suas funções de estabilização normativa, de sistematização do direito positivo e de desobrigação-simplificação da aplicação do direito⁵³¹. Mas não se problematiza aquilo que para o discurso teórico, na perspectiva, insista-se, de uma teoria das ciências do direito, efetivamente importa, o *modus dogmaticus*⁵³².

3. A dogmática como *razão ordenadora* do direito positivo, e a vontade de controlar o direito

Embora omnipresente ao discurso jurídico, tanto prático quanto teórico, a dogmática permanece, não obstante, desprovida de uma definição clara⁵³³. O que predomina são concepções esparsas que não raro mais do que iluminar as especificidades do trabalho interno e do pensamento propriamente dogmático retratam, antes, as preferências filosóficas e/ou normativas dos seus respectivos autores⁵³⁴. O enfoque intradisciplinar preconiza uma abordagem distinta, sugerindo que

uma racionalidade formatada desde a perspectiva apenas da controvérsia jurídica não parece estar apto a perceber os problemas que eclodem de modo estrutural numa democracia hipercomplexa, nada podendo dizer, p.e., sobre a produção do direito no âmbito do poder executivo ou sobre as relações entre os atores das diferentes instâncias de criação do direito. Ver, neste sentido, Christoph Möllers, *Vorüberlegungen*, cit. p. 171 ss. – com a conclusão aí de que a centralidade da política no âmbito das ciências do direito público falsifica a tese kelseniana de uma *Reinigung* como ideal metódico.

⁵³¹ Trata-se da dita *Entlastungsfunktion*, que será abaixo referida. Importa atentar, desde logo, e todavia, às palavras de Christian Bumke sobre o pano de fundo de uma tal função: «Die begriffliche Durchdringung und Aufarbeitung des Rechtsstoffes, seine Ausformung in Figuren oder Theorien und seine Systematisierung, aber auch die Herausbildung vielfältiger Konventionen, etwa beim Verfassen von Urteilen, Voten oder Gutachten, tragen zur verlässlich-gleichförmigen und möglichst einfachen Handhabung in der Praxis und zur besseren Erlernbarkeit des Stoffes in den Hochschulen bei. Ein jahrelanges Erlernen spezifischer Konventionen, etwa in Form von Rede- und Schreibweisen, Denk- und Argumentationstechniken, und vor allem eines bestimmten, eben rechtsdogmatischen Umgangs mit dem Rechtsstoff, schreibt sich tief in das Denken und Handeln einer auf diese Weise sozialisierten Person ein. Die Rechtsdogmatik formt so das Urteilsvermögen und die Urteilsweise. Gerade darin besteht eine ihrer Aufgaben für die Praxis.» Bumke, *Rechtsdogmatik*, 2017, cit., p. 52/53. Em sentido semelhante, Wolfgang Stangl, na sua crítica ao conceito luhmanniano de dogmática jurídica, que a esta compreenderia como *Steuerungsebene* do sistema jurídico, fala de um «platonismo-normativo» em torno das funções dogmáticas. Stangl, *Rechtsdogmatik als Fetisch. Anmerkungen zu Luhmanns Begriff der Rechtsdogmatik*, in: Ludwig Boltzmann Institut für Kriminalsoziologie (Hrsg.): *Kriminalsoziologische Bibliografie*, Heft 5-8, 1975, p. 12-18. Citando Rottleuthner, 1973, diz: «Der Regel-Platonismus ist die Philosophie der effektiven Gesetzesbindung, der Anleitung und Orientierung des Richters durchs Gesetz und die juristische Dogmatik.» (p. 14)

⁵³² Cfr. Rolf Gröschner, *Rechtsdogmatik*, cit. p. 61.

⁵³³ «Die Dogmatik bestimmt nach wie vor die Tätigkeit der Juristen – in der Wissenschaft, wie in der Praxis. [...] Was juristische Dogmatik oder Rechtsdogmatik ist, ist allerdings bis heute unklar.» Christian Waldhoff, *Rechtsdogmatik im Spannungsfeld von Gesetzesbindung und Funktionsorientierung*, cit. p. 21. Em sentido semelhante, cfr. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit. p. 307 ss. [«Dies ist alles andere als klar.»]; Bernd Rütters, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, cit. p. 192 ss.; Jan Harenburg, *Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Theorie*, 1986, p. 37.

⁵³⁴ Trata-se de entendimentos concebidos no âmbito de outras disciplinas – p.e.: a filosofia do direito, a metodologia jurídica, a sociologia jurídica, etc. –, que, no trato com os seus objetos específicos, acabam por sugerir alguma representação da/para a dogmática. Não se trata, portanto, de uma análise do funcionamento interno ou dos

problemas metodológicos próprios da dogmática, mas de representações desta na perspectiva mais global de outras disciplinas. Neste sentido, conclui Christian Bumke: «Dementsprechend haftet dem Gespräch über die Rechtsdogmatik etwas Zufälliges an. Hinzu kommt, dass nur wenige Werke existieren, die über die dogmatische Arbeitsweise als solche informieren.» E, referindo-se ao exemplo da metodologia tradicional: «Die Methodenlehre gehen auf diese Frage [der dogmatischen Arbeitsweise] meist nur am Rande ein.» Bumke, *Rechtsdogmatik*, 2017, cit., p. 6 e 7. No mesmo sentido, sobre a falta de preocupação teórica em torno da dogmática, cfr. Rolf Stürner, *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung*, cit., p. 121. Alguns exemplos de representação da dogmática, no sentido referido, merecem ficar aqui registrados. Assim, Franz Wieacker entende que o sentido da dogmática é ser «praktische Verhaltensanweisung an den Richter», como «Instrument der Rechtsfertigung im Feld der praktischen Vernunft und Moral»: «Die von der Dogmatik erwartete praktische Leistung ist es, intellektuell überprüfbar und öffentlich einsichtige Kriterien für die Handhabung des Bewertungsspielraums anzugeben, den jede Anwendung einer Norm auf einen konkreten Fall erfordert.» Em suma: «Kontrolle der Streitentscheidung durch rationale Begründungszusammenhänge». «Solche Dogmatiken sind ein kontingentes Gefüge (Lehrgebäude) von juristischen Sätzen und Regeln, die unabhängig vom Gesetz allgemeine Anerkennung und Befolgung beanspruchen.» (*Zur praktischen Leitung der Rechtsdogmatik*, in: Rüdiger Bubner (Org.), *Hermeneutik und Dialektik*. Hans-Georg Gadamer zum Geburtstag, Bd. 2., Tübingen, 1970, p. 311-336, [p. 312, 316 s., 319, 333]) Para Josef Esser, a dogmática serve «der Transportierung von Wertungsfragen in einen Bestand an verbalen Kriterien, dessen Verlässlichkeit mit den ursprünglich akzeptierten Wertungen steht und fällt.» «Dogmatisch ist eine Stoffaufbereitung, soweit sie im Hinblick auf die Praxisbezogenheit sich der Aufgabe der Herstellung und der Darstellung von uniformen Verständnisbezügen widmet. Die Jurisprudenz ist praxisbezogen insofern sie Entscheidungsanleitungen i.S. einer jeweils als optimal [...] erscheinenden Verbindung von Gesetzestreue und Gerechtigkeitspostulaten gibt. Zunächst geht es um Gesetzesvollzug, zugleich aber um die Herstellung eines Verständnisses vom positiven Recht, das sich mit unvernünftigen und ungerechten Lösungsmodellen nicht beruhigt, weil eben dem Gesetz nicht Unvernünftiges und Ungerechtes angesonnen wird. Damit ist rechtsdogmatisches Denken das Resultat einer spezifischen Vermischung von zwei Aspekten: Die Praxis soll die bestandsbezogenen Vorstellungen von konkreten Lösungen und Lösungsformeln schulförmig übernehmen können, die Dogmatik selbst behält sich vor, durch Innovation dieser Modelle ein jeweils überzeugendes Verhältnis zwischen positivem Recht und Gerechtigkeitsanforderungen herzustellen.» (Josef Esser, *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis*, p. 517 ss.; também *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfertigung*, p. 87 ss.) Friedrich Müller compreende por dogmática «die zu einer bestimmten Frage des positiven Rechts vertretenen Lehrmeinungen [...]; genauer gesagt, die von Wissenschaft und Praxis gemachten mehr oder weniger systematischen Aussagen, Lösungsvorschläge bezüglich einer konkreten Rechtsfrage. Dogmatische Sätze nehmen zu Problemen des positiven Rechts mit den Mitteln von begriff und Systematik auf eine möglichst verallgemeinerungsfähige Weise Stellung.» (*Strukturierende Rechtslehre*, cit. p. 382.) Klaus Adomeit entende por dogmática «die Gesamtheit inhaltlicher Aussagen über geltendes Recht (de lege lata). Dazu gehören sowohl referierende Aussagen wie proponierende, auf Erweiterung (Interpretation) oder Veränderung (Rechtsfortbildung) des geltenden Rechts bedachte Aussagen». A dogmática teoria um «Mischcharakter»: «Vermutlich ist sie ein Gemenge aus bloßer Wiedergabe, systematisierenden Ansätzen, Interpretation und rechtspolitisch-praktischer Gestaltung.» (*Zivilrechtstheorie und Zivilrechtsdogmatik – mit einem Beitrag zur Theorie der subjektiven Rechte*, in: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 2, 1972, p. 503 ss.) Bernd Rütters percebe na dogmática «die Erläuterung der für das geltende Recht maßgeblichen Begründungen und Lösungsmuster. Damit sind alle Lehrsätze, Grundregeln und Prinzipien erfasst, sowohl diejenigen, die im Gesetz zu finden sind, als auch diejenigen, die Rechtswissenschaft und Rechtspraxis dem Gesetz hinzugefügt haben. Die Rechtsdogmatik soll das geltende Recht mit rationaler Überzeugungskraft erklären.» (*Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, p. 192/193) Para Winfried Brohm «befasst sich die Rechtsdogmatik mit der Normativität des Rechts, also mit der Frage, was in bestimmten Situationen als Recht gilt. Dabei geht es nicht allein um die Wiedergabe der gesetzlichen Vorschriften, sondern um die Ermittlung ihres Sinngehalts, um ihre Bedeutung im Gesamtsystem des Recht, um einheitlich verwendbare, allgemeine Rechtsbegriffe sowie um allgemeine Grundsätze und deren Maßgeblichkeit un bestimmten Fallkonstellationen.» «Rechtsdogmatik als ein aus der Gesamtheit der Rechtsordnung zu erarbeitendes und erarbeitetes Gefüge juristischer Begriffe, Institutionen, Grundsätze und Regeln [...], die unabhängig von einer speziellen gesetzlichen Fixierung allgemein Anerkennung und Befolgung beanspruchen und so als ratio iuris die ratio legis der einzelnen gesetzlichen Regeln übergreifen.» (*Kurzlebigkeit und Langzeitwirkungen der Rechtsdogmatik*, in: Max-Emanuel/Dieter Lorenz (Orgs.) *Staat, Kirche, Verwaltung*. Festschrift für Harmut Maurer zum 70. Geburtstag, München, 2011, p. 1082). No âmbito d(a ciência d)o direito administrativo, Eberhard Schmidt-Aßmann percebe o pensamento dogmático como «[...] ein Denken, das sich an normativ entwickelten Lehrsätzen ausrichtet. [...] Der dogmatischen Funktion [des Systemdenkens] geht es darum, konkrete Rechtsfragen unter Rückgriff auf das System argumentativ nachvollziehbar zu entscheiden: Vorschriften des Fachrechts werden mit Hilfe vertrauter Rechtsbegriffe und Rechtsinstitute des allgemeinen Verwaltungsrechts ausgelegt. Umgekehrt werden diese Begriffe und Institute an dem sich fortlaufend ändernden Bestand der Fachgesetze immer wieder überprüft. Dogmatik ist daher Systemnutzung und Systembildung zugleich.» (*Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*.

a indefinição em torno da dogmática resulta, precisamente, da falta de atenção às suas atribuições e reais capacidades disciplinares, entenda-se: as suas incumbências académicas no âmbito da ciência do direito e o seu efetivo alcance-uso no âmbito da práxis⁵³⁵. O que importa compreender, portanto, e em suma, é o seu *status* reflexivo e a sua *função* disciplinar, na perspectiva, especificamente, da sua relação com os processos da obtenção do direito, e, mais especificamente, com os atores da práxis⁵³⁶. Há que ter presente, ademais, que a sua estruturação académica depende, igualmente, das suas relações disciplinares e da determinação das suas fronteiras junto às demais disciplinas jurídicas.

Articulados os seus enunciados na perspectiva do participante, a dogmática, diferente da teoria, não visa apenas observar e/ou conhecer o direito na sua faticidade, ambicionando, antes, produzir efeitos concretos na sua conformação prático-normativa⁵³⁷. Dada a sua orientação para a

Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., 2006, p. 3 e 5). Christoph Möllers compreende a dogmática «als die Entwicklung von normativen Instituten und Sinnzusammenhängen, die auf der Grundlage des positiven Rechts entwickelt werden, die aber nicht vom Bestand einzelner Rechtssätze abhängen [...]. Dogmatik scheint die rechtswissenschaftliche Methode schlechthin zu sein.» «Damit zentriert sich die Rechtswissenschaft steht freilich weitestgehend auf die Rechtsanwendung: Sie hat eine Methode, aber diese ist nicht wissenschaftsbezogen. Angemessener erscheint daher die Feststellung, dass sich die Bedeutung der Dogmatik weniger daraus ergibt, dass sie im Zentrum der Rechtswissenschaft steht, als vielmehr daraus, dass sie das Gemeinsame – die Schnittmenge – von praktischer Rechtsanwendung und Rechtswissenschaft bezeichnet, in manchen Fällen auch nur eine gemeinsame Sprachregelung zwischen beiden. In dogmatischen Diskussionen finden Wissenschaft und praxis zueinander, ohne dass sich deswegen beiden aus Dogmatik beschränken müssten.» (*Methoden*, cit. p. 156/157) Particularmente exigente é, ainda, a definição de Robert Alexy: «Diese Rechtswissenschaft im engeren und eigentlichen Sinne ist ein Gemenge von mindestens drei Tätigkeiten: (1) der Beschreibung des geltenden Rechts, (2) seiner begrifflich-systematischen Durchdringung sowie (3) der Erarbeitung von Vorschlägen zur Lösung problematischer Rechtsfälle. Hieraus wird deutlich, dass die Rechtsdogmatik eine ‚mehrdimensionale Disziplin ist. Entsprechend dieser drei Tätigkeiten lassen sich drei Dimensionen unterscheiden, eine deskriptiv-empirische, eine logisch-analytische und eine normativ-praktische. Im Rahmen der deskriptiv-empirischen lässt sich vor allem die Beschreibung und Prognose der rechtlichen Spruchpraxis und die Ermittlung des faktischen Willens des Gesetzgebers unterscheiden. Zur logisch-analytischen Dimension rechnet sowohl die Analyse von Rechtsbegriffen als auch die Untersuchung der logischen Verhältnisse zwischen den verschiedenen Normen und Prinzipien. Normativ-praktisch schließlich verfährt etwa der, der eine Interpretation einer Norm oder eine neue Norm oder ein neues Institut vorschlägt und begründet, oder der, der eine Gerichtsentscheidung aufgrund ihrer praktischen Mängel kritisiert und einen Gegenvorschlag erarbeitet.» Para Alexy, o argumento dogmático haveria que articular os seus enunciados («die Sätze der juristischen Dogmatik»), no contexto de uma ciência do direito prática («im Rahmen einer institutionelle betriebenen Rechtswissenschaft»), com referência às normas legais e à jurisprudência, apresentando-se como «normativen Gehalt». Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit. p. 307/308 e 312 ss. Para ainda outras representações da dogmática, cfr. Gerhard Struck, *Dogmatische Diskussion über Dogmatik*, in. JZ, 1975, p. 84 ss.

⁵³⁵ Ainda com Bumke: «Das erstaunt umso mehr, als die Zahl der Abhandlungen stetig wächst, die sich der bescheideneren Aufgabe der Gesetzesauslegung und -anwendung widmen. Vielleicht noch bemerkenswerter ist indes das fast gänzliche Fehlen von Arbeiten, die sich daran versuchen, die konkrete Arbeitsweise einzelner rechtsdogmatischer Abhandlungen zu untersuchen.» Bumke, *Rechtsdogmatik*, 2017, p. 7.

⁵³⁶ Cfr. Matthias Jestaedt, *Wissenschaftliches Recht*, cit. p. 4 ss. e 10 ss.; *Die deutsche Staatsrechtslehre im europäisierten Rechtswissenschaftsdiskurs*, cit., p. 7 s.

⁵³⁷ Cfr. Christian Bumke, *Rechtsdogmatik*, 2017, p. 213-216. Com Winfried Hassemer, *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik*, cit., p. 15 ss.: «Rechtsdogmatik ist der juristischen Methodenlehre strukturell nahe. [...] In der Vermittlungsfunktion sind Methodenlehre und Rechtsdogmatik einander nahe, in der Rechtslagenabhängigkeit fern.»

aplicação⁵³⁸, o seu destinatário ideal não é o cientista ou a dita *scientific community* dos juristas académicos, mas o ator da práxis; organizados em torno dos critérios e das medidas do direito positivo, os seus enunciados cristalizam um conjunto de informações úteis ao legislador, ao órgão administrativo, ao tribunal e ao participante de um negócio jurídico privado, mais do que ao cientista do direito propriamente dito. Numa fórmula simples: a dogmática trabalha de modo a disponibilizar instruções técnicas/práticas para as atividades de decisão do direito, revelando-se particularmente proveitosa para as funções cujo programa decisório exige, formal e oficialmente, uma vinculação às normas do direito vigente⁵³⁹. Ela funciona, portanto, como um auxílio profissional para o sucesso formal das decisões jurídicas, gerando, o seu esforço sistematizador, uma espécie de sinergia profissionalizante entre a práxis e a ciência do direito. Esse sucesso pragmático tem, porém, a sua face negativa, com o insucesso académico da dogmática. Por conta da precisão e tecnicidade crescentes do seu trabalho, da sua hiperespecialização e complexidade interna, não fica encorajado a um diálogo, é dizer: não percebe razão para tanto o observador externo⁵⁴⁰, culminando-se num isolamento como que autorreferencial das suas técnicas disciplinares⁵⁴¹. Ou seja: ao seu triunfo no terreno da práxis é correlato o seu fracasso no terreno da ciência, conhecido é o desapareço, no âmbito académico, relativamente ao seu status científico/reflexivo.

⁵³⁸ «Was die Rechtsdogmatik von allen anderen juristischen Teildisziplinen unterscheidet – mit Ausnahme der ihr kongenialen Juristische Methodenlehre, die ja in Wahrheit nicht mehr als eine Methodenlehre der Gesetzesauslegung ist –, ist die Rechtsanwendungsorientierung.» «Die Anwendungsorientierung der Dogmatik ist eine doppelte: Sie bezieht sich zum einen auf das anzuwendende Recht; Bezugspunkt ist insoweit das aktuell geltende Recht, die *lex lata*. Und zum anderen richtet sich Dogmatik an einem bestimmten Akteur aus, nämlich dem Teilnehmer im Prozess der praktischen, das heißt auf real soziale Steuerung ausgerichteten Rechtsgewinnung [...]. Dogmatik reüssiert folglich in dem Maße, in dem die Anwendungshilfe beim [...] Rechtsanwender ankommt, indem sie ihm also eine mit den gegebenen rechtlichen Vorgaben im Einklang stehende Orientierung in der Anwendungs-, sprich: in der Rechtserzeugungssituation vermittelt.» Jestaedt, *Wissenschaft im Recht*, cit., p. 5 e 6. Ver também Oliver Lepsius, *Rechtswissenschaft in der Demokratie*, cit. p. 166, em que se fala em *Rechtsfolgenorientierung*.

⁵³⁹ «[Die Rechtsdogmatik ziele] auf die Anleitung der praktischen Entscheidungstätigkeit in denjenigen Positionen der organisierten Arbeitswelt, die typischerweise mit Juristen besetzt sind und in denen die Orientierung an Rechtsnormen zum formalen (offiziellen) Entscheidungsprogramm gehört.» «[Dogmatik ist] der auf die Bewältigung der praktischen Bearbeitung des Rechtsstoffes.» Martin Morlok, *Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?*, cit. p. 39 e 40.

⁵⁴⁰ «Nachbarwissenschaften drängt sich so der Eindruck auf, Rechtswissenschaftler führen ein absichtsvoll autoreferentielles und hermetisches, gewissermaßen autistisches Selbstgespräch. Die besondere Rolle, die die sogenannte „Juristische Methode“ als argumentativer Referenzpunkt des rechtswissenschaftlichen Diskurses, sozusagen als deren wissenschaftssichernde, disziplinierende Benchmark spielt, ist anderen Disziplinen weithin fremd.» Matthias Jestaedt, *Wissenschaft im Recht. Rechtsdogmatik im Wissenschaftsvergleich*, cit., p. 2.

⁵⁴¹ Cfr. Martin Eifert, *Zum Verhältnis von Dogmatik und pluralisierter Rechtswissenschaft*, cit. p. 86 s. [«Tendenz zur Verfestigung und Verselbständigung»],

4. A vitória pírrica da dogmática: um “direito científico” e uma ciência do direito des-cientificizada

Assumida a função de dirigir a rotina interpretativa, e, por conseguinte, os limites do arco argumentativo da aplicação do direito, toca à dogmática ordenar standardizações em torno dos materiais normativos do direito. Essa orientação prática é bifronte, com uma face da dogmática voltada aos artefatos/textos/normas do direito, o direito de *lex lata* como substância dos seus enunciados, e a outra focada n(o ator d)a práxis, dinamismo existencial das suas intenções disciplinares. Neste sentido, o que atestará o bom ou o mau êxito da dogmática não será tanto a sua estrutura metódica e teórica quanto o seu acolhimento pelo ator do direito, a quem caberá confirmar ou denegar a relevância-qualidade dos seus enunciados⁵⁴². Voltado, pois, ao direito positivo e à práxis do direito, é como se o dogmático estivesse a trabalhar não para a ciência, mas para a própria práxis, oferecendo aos seus participantes assessorar-lhes nas suas atribuições funcionais. Do ponto de vista das ciências do direito, essa disposição pragmática, que está a prometer à práxis uma certa reflexividade, produz, no âmbito do pensamento jurídico, problemas teórico-metodológicos nada triviais, e quase-paradoxais. A fim de o perceber, importa reiterar algo: a tentação para controlar reflexivamente a práxis, a projetar na dogmática um seu momento metodológico, representa, pôde ver-se supra, uma certa reminiscência ainda da intenção romântica de um *wissenschaftliches Recht*. À luz disto, as interpretações normativas, os enunciados e institutos, construções e sistematizações da dogmática podem ser vistas como que a encobrir a crença clássica num *direito científico*⁵⁴³,

⁵⁴² O sucesso da dogmática não é determinado, neste sentido, por critérios reflexivos, metodológicos e/ou científicos, não importante tanto a sua plausibilidade teórica ou mesmo a sua coerência normativa interna. Guiada pela e a para a práxis, o que assegura o seu sucesso, aos olhos mesmo da comunidade jurídica, é a sua confirmação prática, isto é, uma menção, por parte do ator do direito, no corpo das suas decisões. Trata-se, pois, de um *sucesso pragmático*. «Dogmatik hat eine pragmatische Aufgabe, welche sich an jeder Norm und an jeder Theorie neu bewähren muß. Für diese Bewährung ist der ‚Erfolg‘ im Sinne eines antizipiert beurteilbaren Konsenses über die Richtigkeit von Lösungen maßgebend. Deshalb kann man nicht vor jeder Praxis Dogmatik mit der Prämisse betreiben, daß ‚das Recht‘ ‚erkannt‘ werden müsse und daß es bei richtiger Erkenntnismethode nur *eine* richtige oder wahre Lösung gebe.» Josef Esser, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht*, cit., p. 395. Perceba-se o que diz Hellgardt: «Wenn sich die (höchstrichterliche) Rechtsprechung der rechtsdogmatischen Argumentation eines Wissenschaftlers anschließt und diese damit zu geltendem Recht erklärt, fällt sie implizit ein Qualitätsurteil über diese und konkurrierende wissenschaftliche Aussagen.» Hellgardt, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, p. 392. Daí, portanto, a necessidade de analisar criticamente esse “sucesso dogmático”, pois, na verdade, trata-se do caminho pelo qual a práxis captura a ciência do direito.

⁵⁴³ Também neste sentido, Horst Dreier: «Die Rechtswissenschaft hat keine Lizenz zur Rechtsetzung oder zur Formulierung bindender Vorgaben für Politik und Judikatur [...]. Für eine solche Rolle und Funktion ist jedenfalls im demokratischen Verfassungsstaat – anders als vielleicht beim *ius commune* des Mittelalters oder gemäß dem Selbstverständnis der Historischen Rechtsschule – kein Titel ersichert. Hier und heute ist das Konzept eines „wissenschaftlichen Rechts“ eine Chimäre – oder besser vielleicht: eine unzulässige Anmaßung. [...] Man muss sowohl im Interesse von demokratischer Rechtsstaatlichkeit als auch im Interesse der Aufrechterhaltung wissenschaftlicher Standards die Erkenntnisfunktion der Rechtswissenschaft klar von der Rechtsautorität der zur Entscheidung berufenen Instanzen trennen.» Dreier, *Rechtswissenschaft als Beruf*, cit. p. 54.

idealizado agora no âmbito da práxis, e a crer-se, portanto, numa práxis científica/dogmatizada do direito. Ainda que o ator competente faça constar nos documentos da produção do direito uma dada referência dogmática, isto não significa, disse-se também, estar-se diante de um direito científico, ou de uma dogmática constitutiva da práxis⁵⁴⁴, podendo quando muito falar-se em *ciência no direito*.

O problema não pára, no entanto, por aí. Pois a promessa de uma práxis científica encontra reverberação, e é bem acolhida, no âmbito também da própria práxis. Com efeito, o conceito de um direito científico interessa não apenas ao dogmático acadêmico, ou ao metodólogo e filósofo do direito, mas também, e sobretudo, ao ator competente para a criação do direito, que se vê então imunizado/desobrigado na tarefa de justificação das suas decisões jurídico-políticas⁵⁴⁵. Além ainda disto, produz-se, no âmbito do pensamento jurídico, um efeito verdadeiramente trágico, a saber: paralelamente à hipertrofia do pensamento prático, focado, precisamente, em concretizar a promessa de uma práxis científica do direito, ocorre uma atrofia da cientificidade, i.e., da reflexividade, da ciência do direito. Perceba-se: de um lado, opera-se o isolamento da ciência do direito, que, concebida a partir da pragmática dogmática, parece, como dito, imperscrutável às suas ciências vizinhas⁵⁴⁶; do outro, e somando-se a isto a desresponsabilização reflexiva da própria dogmática – que está a trabalhar, repita-se, para a práxis, e não para a ciência –, forma-se uma *espiral de des-cientificização da ciência do direito*, é dizer: de subjetivização do pensamento jurídico acadêmico. Isto porque o preço a pagar pela persecução do ideal de uma práxis científica – isto é: uma práxis que concretiza as soluções da dogmática – é o ter de conviver com uma ciência do direito ela própria des-cientificada, dito de outro modo: pragmaticizada, com um baixo grau de reflexividade teórica, e, portanto, subjetivizada, e, ao fim e ao cabo, ela própria desmetodologizada. As patologias empíricas, por sua vez, são várias, e igualmente trágicas-perigosas. Pois, no horizonte de um tal pragmatismo, enquanto no âmbito do pensamento jurídico acadêmico defende-se a tese da acientificidade da ciência do direito, é dizer, da sua não-objetividade, no foro juízes são postos na

⁵⁴⁴ «Doch von den basalen Gegebenheiten ist es nicht nur ein äußert weiter Weg bis zu den Fragen, auf die die Rechtsdogmatik Antworten zu geben besucht, sondern es kommen auch sehr viele unterschiedliche Pfade in Betracht. Sicheren Schrittes wird sich nur derjenige bewegen können, der um das Ende des Weges weiß. Doch gerade an diesem Wissen fehlt es. Die Welt mag sein, wie sie ist; sie in normativen Dingen präzise und sicher zu lesen, übersteigt unsere Fähigkeiten.» Christian Bumke, *Rechtsdogmatik. Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise*, cit., p. 71.

⁵⁴⁵ Cfr. Helmut Goerlich, *Die Rolle von Reputation in der Rechtswissenschaft*, in: *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, cit., p. 173-206.

⁵⁴⁶ Cfr. Gerhard Struck, *Dogmatische Diskussion über Dogmatik*, p. 87 [«Ausschluß von Epirie und Nachbarwissenschaften»]. Gregor Kirchhof e Stefan Magen, *Dogmatik: Notwendigkeit und Dialog*, cit. p. 152 s. e p. 168 ss., falam de um bloqueio, com a dominância dogmática, frente a argumentos não normativos (e das ciências vizinhas); o problema não estaria, sublinham, na dogmática em si, vista como condição para os diálogos inter- e intradisciplinares, mas na hipertrofia da sua racionalidade normativa, que conduziria a um seu isolamento.

posição de poderem decidir problemas concretos como se fossem eles próprios cientistas do direito – e não obstante orientados pela linguagem pouco reflexiva da dogmática –, como se estivessem a guiar, afinal, e em suma, uma práxis científica do direito. Noutras palavras: o triunfo da racionalidade dogmática – a sua dominância entre e sobre as demais ciências do direito – proclama assim a sua expansão por sobre o território da práxis: *ao invés d(e um)a cientificização da ciência do direito, (um)a “cientificização” do direito!*

Não será, pergunte-se, um preço demasiado alto a pagar por uma (suposta) *conquista da dogmática sobre a prática* que, na realidade – analisada desde a perspectiva do observador externo –, parece mais uma *conquista da prática sobre a dogmática*? Ou seja: uma dominação, pela própria práxis, da instância académica do pensamento jurídico.

Dito ainda de outro modo: com a escolha da relevância prática como dinamismo metódico do pensamento jurídico, não se está a solucionar o problema do objeto específico da ciência do direito, está a fomentar-se, mais ou menos inconscientemente, a subjetividade no âmbito académico. Mais do que assegurar a objetividade do pensamento jurídico, a orientação prática reivindica, metodologicamente, (um)a cientificização, entenda-se, a dogmatização, como controle académico, da práxis judicial do direito. A aceitar-se uma tal orientação, significa dizer que o derradeiro trabalho da ciência do direito é solucionar casos e problemas concretos; como fazê-lo, com que material o fazer, isto não vai desde logo respondido, restando às doutrinas jurídicas fundamentá-lo ao sabor do momento, subjetivamente. Contudo, no mundo da vida (do direito), o resultado é, com efeito, demasiado preocupante. De um lado, juízes e juízas ficam autorizados a conduzir a sua função decisória com base na ideia-promessa de que estão lastreados por métodos científicos, é dizer: que os métodos do pensamento jurídico guiam-lhes nas suas decisões, agindo não raro como se fossem eles próprios uma espécie rara (e iluminada) de cientistas do direito⁵⁴⁷; do outro lado, os cientistas do direito por definição, ou por ofício, ou seja, os académicos e as académicas que ocupam os edifícios da ciência do direito, aceitam dizer que o seu trabalho é

⁵⁴⁷ É de lembrar aqui a tese já referida de Franz Lindner (cfr. *supra*, nota 298), a propor que a ciência do direito não seria uma atividade-ofício apenas académico, realizado, pois, apenas por professores e pesquisadores universitários, mas também pelos atores da própria práxis, como juízes, promotores e administradores-funcionários públicos. Importa, então, lembrar, também, o perigo que vai aí implicado, a saber: o perigo de entregar-se, assim, tudo ao juiz, que passa a ter a última palavra já não mais apenas quanto à produção do direito válido, mas também sobre a produção do conhecimento e a ciência do direito. O enfraquecimento assim operado da ciência do direito, do seu ofício crítico relativamente ao direito, parece evidenciar que uma tal tese mais atrapalha do que contribui com a consciência metodológica do pensamento jurídico. É de concordar, portanto, com Horst Dreier: «Hier wird nicht nur die Gerichtsbarkeit in völlig inakzeptabler Weise zur Beurteilungsinstanz wissenschaftlicher Qualitätsstandards erhoben und eine unhaltbare Parallele zum naturwissenschaftlichen Experiment gezogen, sondern fundamental die unterschiedliche Handlungs- und Operationslogik von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung verkannt.» Dreier, *Rechtswissenschaft als Beruf*, cit. p. 56.

qualquer coisa – política, ideologia, arte, literatura –, exceto ciência⁵⁴⁸. O que importa hoje perceber é que isto não é um resultado do acaso. Essa (auto)imagem é alimentada pela dominância da racionalidade pragmática, prático-normativa, da dogmática, mas também, impõe frisá-lo, pela fundamentação filosófico-metodológica de um pensamento jurídico estritamente prático, como se o problema fundamental da ciência do direito fosse mesmo amparar a jurisprudência com sugestões para as suas decisões concretas – estancando, em consequência, e perigosamente, a pluralidade reflexiva do pensamento jurídico⁵⁴⁹.

⁵⁴⁸ Essa espiral de des-cientificização, embora consolide-se, é verdade, com as negativas do pensamento jurídico contemporâneo, não representa, como crítica acadêmica, uma novidade propriamente contemporânea, tendo tido o seu início, como pode ver-se no capítulo I, já no século 19, nomeadamente com a crítica da *acientificidade da ciência do direito*. O exemplo clássico, a que se fez já uma breve menção, é o manifesto de Julius von Kirchmann, *Von der Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (1848), escrito, importa destacar, contra a concepção de uma ciência do direito orientada pela contingência da «lei positiva». Vale atentar às suas palavras: «Aus einer Priesterin der Wahrheit wird sie [die Rechtswissenschaft] durch das positive Gesetz zu einer Dienerin des Zufalls, des Irrthums, der Leidenschaft, des Unverstandes. Statt des Ewigen, Absoluten, wird das Zufällige, Mangelhafte ihr Gegenstand. Aus dem Aether des Himmels sinkt sie in den Morast der Erde.» «Die Juristen sind durch das positive Gesetz zu Würmern geworden, die nur von dem faulen Holze leben; von dem gesunden sich abwendend, ist es nur das kranke, in dem sie nisten und weben. Indem die Wissenschaft das zufällige zu ihrem Gegenstande macht, wird sie selbst zur Zufälligkeit; drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur.» Julius von Kirchmann, *Von der Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Ausgabe 1969, p. 22. Mencionou-se também o não menos clássico *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?* (1868), de Rudolf von Jhering, que, referindo à dogmática como «Lehre des in einem Lande geltenden positiven Rechts», diz: «Hat sie auf jenen Namen [leia-se: «positiven Jurisprudenz»] Anspruch? Welche Wissenschaft, kann man sagen, die abhängig ist von der Laune des Gesetzgebers, wo heute gilt, was morgen verworfen ist, hier falsch, was dort wahr? Welche Wissenschaft, die an die Gränzpfähle gebunden, welche uns im Stich läßt, wenn wir über die Gränze gegangen sind oder ein neues Gesetzbuch eingeführt wird. [...] Welch unsicherer Besitz, den ein Federstrich oder den ein politisches Ereigniß und entziehen kann. [...] Welch kümmerliche Wissenschaft, die sich ängstlich innerhalb der Gränzpfähle halten muß, die keinen Werth mehr hat, wenn man die Gränze hinter sich hat: eine österreichische, preußische bairische Rechtswissenschaft!» Os seus efeitos no âmbito do pensamento jurídico são assim denunciados por von Jhering: «Aber schlimmer noch als diese äußere Abhängigkeit ist eine andere Gefahr, die der Jurisprudenz nicht von außen, sondern von innen droht: die Gefahr der inneren, geistigen Abhängigkeit, die Gefahr, sich und sein Denken und Fühlen an das dürre, todtte Gesetz dahin zu geben, ein willensloses und gefühlloses Stück der Rechtsmaschinerie zu werden, kurz die Flucht aus dem eigenen Denken. Sollte man es für möglich halten: keine Fachwissenschaft fordert so sehr das eigene Denken und die Kritik heraus als die Jurisprudenz, und doch gibt es keine, deren Jünger so leicht in Gefahr kommen, sich desselben zu entschlagen.» «Dieser Positivismus ist der Todfeind der Jurisprudenz; denn er würdigt sie zum Handwerk herab und ihn hat sie daher zu bekämpfen auf Tod und Leben. Denn sowie sie nicht beständig auf der Huth ist, wuchert sofort das Unkraut, das er aussät und unter dem jede Wissenschaft erstickt.» Rudolf von Jhering, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?* (Org. por Okko Behrends) (1998), p. 48/50, 54 s. e 52. Perceba-se, portanto, que a crítica original da acientificidade não está a negar a acientificidade da ciência do direito em razão e/ou em nome de uma defesa da praticidade do pensamento jurídico – como o faz, no limite, o pensamento contemporâneo. A crítica tem em mira, na verdade, e mais precisamente, a redução da ciência do direito, é dizer: das atribuições do pensamento jurídico, ao programa metódico da dogmática, programa este percebido como reflexivamente (i.e., cientificamente) pouco exigente e pouco consistente, identificado, neste sentido específico, como positivista.

⁵⁴⁹ Martin Eifert, *Zum Verhältnis von Dogmatik und pluralisierter Rechtswissenschaft*, cit. p. 92 s., aponta o reconhecimento pluralidade da ciência do direito como uma condição da sua acientificidade, i.e., reflexividade.

5. O pensamento de sistema e a *transmutatio dogmatica*: um *homunculus dogmaticus*

Importa compreender o movimento interno que o pensamento jurídico opera, no âmbito da dogmática prática, de modo a promover um tal estado de coisas; para tanto, vale a pena lançar mão de uma analogia, representando o trabalho da dogmática a partir de uma comparação com os processos de transmutação no âmbito da alquimia. O *modus dogmaticus* da dogmática, aquilo que singulariza a estrutura propriamente dogmática do pensamento jurídico, é, disse-se, a sua capacidade catalisadora entre as necessidades da práxis e a ciência do direito⁵⁵⁰. Como disciplina académica, os seus trabalhos asseguram, de um lado, uma orientação científica para a práxis e, do outro, uma orientação prática para a ciência, como que a transmutar, mutualmente, uma na outra. Enquanto nos processos alquímicos a intenção é transformar o metal inferior num metal superior – a simbolizar isto, metaforicamente, a passagem da matéria bruta/inanimada e sem consciência a uma criatura viva e autoconsciente (num processo, pois, de *vivificação*) –, a manipulação das técnicas dogmáticas visa operar a passagem dos materiais brutos, pré-reflexivos, do direito à (cons)ciência (reflexiva) do direito. Trata-se, contudo, e na verdade, de uma *duplex transmutatio*: para atingir o seu bom êxito, a transmutação não termina com o «processo reflexivo», exigindo-se a comprovação do «processo concretizador». Se com o primeiro passo gera-se a partir da matéria bruta a centelha da consciência, o segundo passo consolida, de modo definitivo, a consciência no plano da matéria. Com a dogmática, tem-se, então, o seguinte: a partir do direito como matéria bruta, desprovido de (cons)ciência académica, produz-se primeiramente a ciência (do direito), fazendo pulsar no coração do pensamento jurídico as mensagens dos artefatos do direito. Num segundo momento, após a *transmutação do direito em ciência do direito*, realiza-se, por meio das técnicas dogmáticas, a *transmutação da ciência do direito em direito*. A pedra filosofal dessa dupla transmutação é o «pensamento de sistema»⁵⁵¹. O objetivo das técnicas dogmáticas não é, ademais, e desta feita, meramente académico, isto é, não se limita a representar possíveis sistemas jurídicos desde um ponto de vista estritamente reflexivo. Dada a sua orientação prática, as sistematizações da dogmática são idealizadas a fim de

⁵⁵⁰ Com Matthias Jestaedt, *Wissenschaftliches Recht*, cit. p. 124: «Mit dessen Hilfe werden die Wissenschaft vom Recht und das Recht selbst auf ebenso sonderbare wie effektvolle Weise verkoppelt, geht die Wissenschaftsorientierung der Rechtspraxis mit der Praxisorientierung der Rechtswissenschaft einher. Man ist geneigt, auf die Vorstellungswelt und die Nomenklatur der Alchimie zurückzugreifen, um die für die Dogmatik kennzeichnenden Transformationsprozesse von Wissenschaft und Praxis einzufangen. Denn hier vollzieht sich, schenkt man den Dogmatikern Glauben, eine doppelte Transmutatio – sozusagen eine duplex transmutatio dogmatica: Aus Recht macht Dogmatik zunächst Wissenschaft, das Herzstück der Rechtswissenschaft, um in einem zweiten Schritt – im eigentlichen Rechtsanwendungsprozess – aus der so geschaffenen Wissenschaft wieder Recht zu gewinnen.»

⁵⁵¹ Cfr. Christian Waldhoff, *Kritik und Lob der Dogmatik*, cit. p. 34 [«Dogmatik tendiert zum „System“»].

tocar o chão concreto da práxis; com a concretização de uma práxis dogmáticamente consciente. Dessarte, a promessa inicial da dogmática, no sentido de uma cientificização do direito, forma par com o pensamento de sistema, meio por ela concebido, o sistema, para guiar e ordenar a aplicação metódica do direito.

Sabe-se, no entanto, que a alquimia guarda também os seus perigos. Se executadas por mãos sem o devido conhecimento, as suas técnicas podem falhar, tragicamente. Ao invés de vivificarem, monstrificam. Assim também com o discurso técnico da dogmática: desconhecendo-se a realidade do direito, a sua manipulação pode conduzir a algo trágico, criando, ao invés de vida autoconsciente, um monstro, um *homúnculo dogmático*, ou uma espécie de *Frankenstein* a maltratar o direito e o pensamento jurídico. Neste caso, a vontade de controle da dogmática produz algo em total descontrole. Sem o devido conhecimento do direito, o produto concreto das técnicas dogmáticas faz parecer que as suas promessas disciplinares são, na verdade, ficções científicas. Ao invés de um direito científico, um *direito monstro*⁵⁵².

- a) Técnicas da dogmática: descontextualização, sistematização, (re)concretização. *Que se faça ciência do direito, e direito da ciência!*

A principal atividade da dogmática jurídica é conferir ao direito positivo um tratamento sistemático⁵⁵³, com o que facilita a sua aplicação prática pelo ator do direito, sobretudo no âmbito da jurisprudência⁵⁵⁴. Do processo hermético da sua *duplex transmutatio*, que tem, repita-se, no

⁵⁵² É de mencionar, embora por conta de uma aproximação apenas imagética, o texto de Michael Dollwing, *Das Recht und das Monster. Über Kollusionen mit phantastischen Partnern*, in. ARSP, Vol. 95, Nr. 4, 2009, p. 510-522.

⁵⁵³ Bumke fala, neste sentido, do direito positivo como o «mundo das representações jurídico-dogmáticas». Tomado na sua totalidade, o «direito positivo» apresentar-se-ia, para o olhar do teórico da dogmática, como uma práxis condensada social e institucionalmente. Esta, por sua vez, revelar-se-ia, na sua aparição fenoménica, como uma «massa de materiais» (*Stoffmasse*) com fronteiras porosas e difusas. Para Bumke, há, no âmbito dos materiais do direito, campos em que apenas muito lentamente ocorrem alguma transformação real, o que permitiria pensar o direito em termos de continuidades, senão já ele próprio como uma grande ordem em *continuum*. Normalmente, é sobre tais campos que se debruça a dogmática. Mesmo nesses campos, porém, depara a dogmática com elementos pouco determinados e tendencialmente flutuantes. Um dos seus desafios disciplinares consistiria precisamente em desenvolver instrumentos para lidar com a insegurança e a transformação dos materiais do direito, como dito, porosos e difusos. «Auf diese Weise formt das positive Recht die rechtsdogmatische Vorstellungswelt. Aus der anderen Seite lässt sich kaum daran zweifeln, dass die rechtsdogmatische Denk- und Arbeitsweise maßgeblich dazu beitragen, welche Eindrücke von ihrem Untersuchungsgegenstand, dem positiven Recht, und welche Einsichten über diesen gewonnen werden.» Christian Bumke, *Rechtsdogmatik*, cit., p. 57. Sobre a *massa de materiais do direito*, muito pontualmente: «Der Rechtsstoff besteht aus geschriebenen und ungeschriebenen, generellen oder individuellen Rechtsnormen bzw. Rechtsakten. [...] Entscheidend für die Rechtsqualität ist, dass die Rechtsordnung Regeln für die Erzeugung und den Umgang mit solchen Akten bereithält.» (p. 56)

⁵⁵⁴ Sem negar a função sistematizadora, e simplificadora, da dogmática que trabalha na perspectiva da aplicação do direito, Rolf Stürner propõe uma diferenciação entre aquilo que chama, de um lado, de uma simples *Gebrauchsdogmatik* – apresentada como sinónimo de *rechtspraktische Dogmatik* (relacionada às ideias de *Speicher- und*

pensamento de sistema o seu ápice reflexivo, podem ser analiticamente isoladas três operações básicas: a *descontextualização* (abstrativização), a *consistencialização* (sistematização) e a *concretização* (aplicação)⁵⁵⁵. O primeiro passo consiste em conferir tratamento reflexivo a um problema-caso jurídico concreto (*Rechtsfall*). Visa-se, com isto, a construção abstrata de enunciados e figuras dogmáticas desde uma referência concreta. Fundamentalmente, a descontextualização refere um procedimento como que de esterilização *post festum* do fenómeno jurídico – i.e.: de um evento já estabilizado pelos processos do direito e agora analisado pela racionalidade dogmática – relativamente às suas circunstâncias constitutivas, de ordem, tais circunstâncias, tanto casuística (as suas referências fáticas/empíricas) quanto normativa (com a referência às normas do direito)⁵⁵⁶.

Entlastungsfunktionen [sobre estas funções dogmáticas, somadas ainda as *Ordnungs- und Orientierungsfunktionen*, e que serão ainda aludidas, cfr. desde logo Christian Bumke, *Rechtsdogmatik*, cit. 53 ss.] – e, do outro, de uma *wissenschaftliche Dogmatik*. Enquanto a primeira teria os seus olhos no dia-a-dia da práxis (pouco reflexiva) do direito, a segunda cristalizaria uma espécie de degrau superior do pensamento dogmático, no âmbito do qual seria exercida a verdadeira «ciência dogmática» – ou a dogmática científica –, dedicada não à utilidade imediata, mas à reflexão sobre os princípios fundamentais do direito, trabalhando como que contra a «dogmática vulgar» (*Vulgärdogmatik*) e a produção daquilo que trata por *Formen des Repetitorwesens*. «Zwar hat Dogmatik für die Praxis der richterlichen oder anwaltlichen Rechtsanwendung eine Entlastungsfunktion, weil sie in ihrem oft engen Geflecht von Lehrsätzen Lösungsmuster bereithält, die der Gesamtrechtsordnung und ihren Teilbereichen eingepasst sind. Dogmatik erfasst aber auch und nicht zuletzt in Gestalt der von ihr erarbeiteten Grundprinzipien die tragenden Wertungen einer Rechtsordnung und hält sie lebendig. Sie macht dadurch das Recht besser lehrbar und erlernbar und fördert seine gesellschaftliche Integration. [...] Ein grundlegendes Element menschlicher Gerechtigkeit ist die Gleichheit, die es gebietet, Gleiches gleich, Ungleiches verschieden und Ähnliches adäquat modifiziert zu behandeln. Die Grundfunktion der Dogmatik besteht vor allem darin, Gleichheit, Ungleichheit und Ähnlichkeit transparent zu halten. Keine Rechtsordnung kann auf diese Funktion verzichten. So besehen gibt es keine Rechtsordnung ohne einen gewissen dogmatischen Grundbestand.» Rolf Stürner, *Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik*, cit., p. 11. Mais à frente: «Nur die wissenschaftliche Dogmatik erfasst den vollen gedanklichen Haushalt des dogmatischen Gebäudes und verbindet die Stimmigkeit des Details mit der stimmigen Verortung in der Gesamtrechtsordnung.» (p. 12) «Zwar versucht die Dogmatik, die Weisheit jahrtausendealten rechtlichen Denkens in ein teilweise detailliert angelegtes gedanklichen System zu fassen. Sie führt aber auch immer zurück auf Grundprinzipien, denkt dabei notwendigerweise ihr Entstehen und ihre Herkunft mit und hält auf diese Weise das Bewusstsein für die historische und rechtskulturelle Bedingtheit zugrunde liegender Wertungen wach. Große Dogmatiker haben stets rechtshistorisch und rechtsvergleichend gearbeitet.» (p. 17). Para Bumke, por sua vez, e como dito já, é impossível determinar um critério normativo objetivo – intenção esta implicada na proposta de Stürner, ao referir os princípios normativos fundamentais a que se dedicaria a dogmática científica –, para além das perspectivas doutrinárias desta ou daquela escola jurídica (que apenas encontrariam validade/aceitabilidade no interior dos seus próprios sistemas de pensamento), capaz de indicar um conteúdo normativo último e/ou fundamental para orientar o trabalho dogmático de encadeamento e fundamentação do direito positivo e da práxis do direito. Nas suas palavras: «Für die natürlichen oder normativen Grundgegebenheiten lässt sich festhalten, dass sie nicht in einer Weise erschließen lassen, die zu inhaltlichen Festlegungen auf dem Feld der Rechtsdogmatik zwingt. Die Bandbreite möglicher Positionen und damit auch denkbarer rechtsdogmatischer Selbstverständnisse ist groß. Sie reicht von der festen Überzeugung eines normativen Grundgerüsts der Welt bis zu einer Haltung, die die Frage nach den elementaren Gegenständen als unbeantwortet ansieht. Explizite Äußerungen über den Punkt der Grundgegebenheiten finden sich allenfalls gelegentlich. Verantwortlich für die fehlende Positionierung dürften vor allem die eingangs geschilderten Mechanismen rechtlicher Selbstbezüglichkeit sein. Sie erlauben es, die ontologische Elementarfrage gemeinhin zu übergehen.» (p. 76)

⁵⁵⁵ Sobre tais operações/técnicas, cfr. Matthias Jestaedt, *Die deutsche Staatsrechtslehre im europäisierten Rechtswissenschaftsdiskurs*, cit. p. 3 s.; *Wissenschaftliches Recht*, cit. p. 124 s.; *Rechtswissenschaft im Recht*, cit. 10 s. Ver também Gregor Kirchhof/Stefan Magen, *Dogmatik: Notwendigkeit und Dialog*, cit. p. 154 s.

⁵⁵⁶ Com Alexander Somek: «The development of a conceptual structure depends very much on the challenge posed by cases. [...] Once they have given rise to a new classification, they may be legitimately forgotten. Or, in other words, legal science remembers cases by means of recalibrating distinctions and classificatory schemes. The case itself – the facts, in particular – can be ignored. The general ideas or nuances to which the case has given rise

Trata-se, pois, de uma técnica ou método abstrativo-reflexivo destinado a purificar o problema jurídico da sua faticidade originária, a fim de obter uma figura jurídica livre de condicionantes históricas⁵⁵⁷. Ao final, deve restar somente o seu extrato fundamental – o problema jurídico por excelência –, a sua essência jurígena, por assim dizer, a suma propriamente jurídica do enunciado do direito, então destituído das suas limitações espaciotemporais. Essa descontextualização, ou: desconcretização do fenômeno jurídico, assegura a preservação reflexiva da experiência pretérita, cristalizando um acervo de conhecimentos práticos para futuros empreendimentos jurídicos⁵⁵⁸. Não é por outra razão que se imputa à dogmática as funções de standardização, racionalização e estabilização das expectativas normativas em torno do direito.

Para poder cumprir a sua função estabilizadora, a dogmática lança mão, então, do pensamento de sistema, que funciona como uma garantia da sua consistência interna⁵⁵⁹. Apenas com a descontextualização, percebe-se, ficariam os seus enunciados e as suas figuras reflexivas sem contexto – e, portanto, sem a força persuasiva que se lhes visa conferir. Desconcretizado o

can be explained without any reference to it. They can equally well be demonstrated by using a hypothetical case. The particular case is inessential. [...] [L]egal science remembers cases, if at all, via recalibrating doctrines. [...] [T]he case is remembered in virtue of a modification. [...] [T]he case has no authority of its own. [...] Prior cases matter, of course, in the context of adjudication. But they matter only inasmuch as they mediate adjudicatory consistency in the application of rules.» Somek, *The Legal Relation. Legal Theory after Legal Positivism*, cit., p. 101/102. [«Forgetting and Remembering Cases»]

⁵⁵⁷ Na síntese de Christian Waldhoff: «Dogmatik darf sich zum Gesetz nicht in Widerspruch setzen; die Dogmatik zielt auf Systematisierung und letztlich auf ein System; die Dogmatik will sich bewusst von den historischen Wurzeln des geltenden Rechts emanzipieren.» Waldhoff, *Kritik und Lob der Dogmatik*, cit. p. 30.

⁵⁵⁸ Cfr. Christian Bumke, *Rechtsdogmatik*, 2017, cit. p. 1: «Die Rechtsdogmatik lässt sich als eine Disziplin Beschreiben, die das positive Recht durchdringen und ordnen will, um die rechtliche Arbeit anzuleiten, und jene Fragen zu beantworten sucht, die die Rechtspraxis aufwirft. Sie bemüht sich darum, die Vorstellungen und Einsichten über das Recht zu sichten und zu sichern, indem sie Begriffe formt, Unterscheidungen einführt, Figuren oder Prinzipien erarbeitet und den Stoff ordnet. Sie hinterfragt die bestehenden Vorstellungen oder Entscheidungen der Praxis, greift Neuerungen auf und prüft den daraus resultierenden Veränderungsbedarf, zeichnet nach und vor. Aus diese Weise hält sie ein Wissensreservoir für die Praxis vor, trägt zur Erlernbarkeit der praktischen Rechtsarbeit bei und leistet einen Beitrag zur Rationalisierung und damit auch zur Legitimierung des Rechts.»

⁵⁵⁹ Com Matthias Jestaedt: «Damit sie diese jedoch ausüben können, müssen sie noch dem eigentlichen Systematisierungsprozess in Gestalt der inhaltlichen Konsistenzialisierung unterzogen werden: Die weitgehend „kontingenzfreien“ Rechtssätze werden in ein – in aller Regel hierarchisiertes – Verhältnis tunlichster Widerspruchsfreiheit und Vollständigkeit gesetzt. Sie bilden gemeinsam das dogmatische System, das ihnen im Gegenzug Rang und Wirkmächtigkeit zuweist. In diesem – nota bene: material verstandenen – System verkörpert sich (zumeist unausgesprochen) die Vorstellung von rechtlicher Ordnung. Das Regelwerk der Dogmatik nimmt das positive Recht auf einer höheren Abstraktionsebene in sich auf. Das Recht als Ganzes wie auch die einzelne Kodifikation [...] werden zum einen „als einheitliches Sinngefüge“ und zum anderen als „ein zu konkretisierendes Normenwerk“ begriffen. Der dabei Pate stehende – material-substanzielle – Systembegriff ist im Vergleich zu seinen Alternativen der mit Abstand anspruchsvollste: Er geht zum einen weit über die bloße „Systematizität“ hinaus, die in der neueren Wissenschaftstheorie als Kennzeichen von Wissenschaftlichkeit gilt und einen Gradmesser für Quantität und Qualität (noch) nicht falsifizierter Relationierungen abgibt. Aber auch das System im nur prozedural-kompetenziellen Sinne, welches (System-)Einheit als Widerspruchsfreiheit des an Rechtserzeugungskompetenzen ausgerichteten Entstehungs- und Vernichtungszusammenhanges begreift, bleibt hinter dem materialen Systembegriff, der auf einen inhaltlich-wertungsmäßig widerspruchsfreien Ordnungszusammenhang zielt, zurück.» Jestaedt, *Deutsche Rechtswissenschaft im Kontext von Europäisierung*, cit., p. 3. Ver também Oliver Lepsius, *Problemmzugänge und Denktraditionen im Öffentlichen Rechts*, cit., 74 s.

problema jurídico, impõe-se, portanto, o segundo passo no processo da transmutação dogmática⁵⁶⁰. O acervo de informações e saberes práticos disponibilizados pela dogmática atinge o seu ápice com o constructo do sistema, estabilizando no pensamento jurídico a ideia de uma ordem *do* direito⁵⁶¹. Para tanto, uma série de reducionismos faz-se necessária. A aceitar que na realidade do direito, no campo do direito *em si*, não existe verdadeiramente algo como um «sistema do direito», significa que tampouco há aí uma «ordem» (uma espécie de ordem essencial do direito), prevalecendo a desordem dos processos da sua obtenção⁵⁶². Com a desconcretização do problema jurídico, a dogmática demite-se de conhecer a realidade do direito, as propriedades constitutivas dos seus artefatos e as reais interações dos seus atores, manejando apenas uma sua abstrata representação. A opção pelo sistema não é, portanto, uma opção pela realidade, mas pela idealidade do direito. Com o sistema, os enunciados do direito, até então descontextualizados, são encadeados em relações mútuas, organizados em «relações normativas» hierarquicamente estruturadas a fim de superar as contradições empíricas/originárias e idealizar uma totalidade ordenada do direito⁵⁶³. Nasce assim os sistemas dogmáticos, retratos necessariamente pálidos da vivaz complexidade do direito, desprovidos, insista-se, da realidade, das vontades constitutivas, da radical contingência do direito.

O ganho prático, contudo, não merece ser olvidado⁵⁶⁴. Pois, se é verdade que o sistema é uma espécie de fingimento sobre a realidade do direito – sobre as reais propriedades dos seus

⁵⁶⁰ Sobre a virtualidade reflexiva da sistematização acadêmica: «Evidently, sources such as legislation cannot develop such constructive interpretations themselves. First, the legal materials (statutes, court decisions) do only occasionally ascend to the level at which they look at themselves and ask where their place might be in the larger scheme of things; if they do, they may well be mistaken. Second, sources are, by virtue of being sources, practical knowledge in a suspended state. They are insulated against the practical reason from which they emerge and require re-embedding. [...] [O]ne could say that such a recontextualization is the work of an “artificial” practical reason. The artificiality is not least manifest in the single-minded orientation toward systematizing norms and differentiating factual situations. [...]» Alexander Somek, *The Legal Relation*, cit. p. 15.

⁵⁶¹ Cfr. Jannis Lennartz, *Dogmatik als Methode*, cit. p. 37 ss.; Christoph Möllers, *Methoden*, cit. p. 157 s.

⁵⁶² Insista-se: a «ordem» e o «sistema» são constructos do pensamento jurídico acadêmico, não são propriedades no direito *em si*.

⁵⁶³ «The whole business is strange. The raw material that legal scholarship works with is practical reason in the state of *Veränderung*. It is principally the practical reason of another. An array of contingent decisions is rationalized into coherent schemes or systematic bodies of law. Legal scholarship needs to reflect that what it knows is someone else’s knowledge and that it is constructed anew for the single purpose of treating like cases alike.» Alexander Somek, *Ibidem*, *Idem*. Trata-se de uma razão prática em suspenso, para Somek, precisamente porque está aí a falar-se desde uma perspectiva a partir da qual se vê como que já realizada aquela descontingencialização, num esvaziamento das razões (práticas) constitutivas da matéria bruta sob análise.

⁵⁶⁴ Com Oliver Lepsius: «Die Einheit der Rechtsordnung kann kein sinnvolles Ziel wissenschaftlicher Arbeit mehr sein [...]. Von einer demokratischen Rechtsordnung darf eine Einheit oder Widerspruchsfreiheit in der Rechtserzeugung nicht erwartet werden – jedenfalls nicht im Sinne einer materiellen Einheit [...]. Nur als Kompetenzordnung ist in der Demokratie eine Einheit in der Rechtsordnung denkbar.» Lepsius, *Rechtswissenschaft in der Demokratie*, cit., p. 184. É nessa dimensão da produção do direito que reside, afinal, o campo de expressão da política do direito, a exigir-se que seja disciplinarmente articulada. Ver também Christian Bumke, *Verfassungsrechtliche Grenzen fachrichterlicher Rechtserzeugung*, cit., p. 35 s.

enunciados –, não é menos verdade que, em contrapartida, é por meio dele que tais enunciados ganham (um certo) status superior e (uma certa) capacidade de convencimento. A manipulação das técnicas dogmáticas agrega ao direito positivo, melhor: aos desordenados artefatos do direito, ao representá-lo unitariamente como «ordem» – como se se tratasse a «ordem jurídica» de uma ordem *do* direito e não de uma ordem *da* ciência do direito –, um grau a mais nas medidas do seu cuidado teórico/metodológico, conferindo-se-lhe um verniz de maior seriedade e confiança. O direito, as codificações isoladas, a constituição – e qualquer outro nível normativo que se aceite como *norma normans* do direito – são apresentados, em suma, como um arranjo unificado de sentidos e/ou como uma ordem normativa a concretizar⁵⁶⁵. Convertido ao sistema, o pensamento dogmático pode dar, agora, o último passo do seu processo de transmutação. Tendo passado da matéria bruta à consciência, é dizer: *do direito à ciência* (ou: *à ciência do direito*), passa-se agora, por força precisamente

⁵⁶⁵ «*Ein normatives Korsett des Rechts*», na expressão de Christian Bumke, referindo-se ainda àquela interrogação acerca da existência ou não de um tecido/pano de fundo normativo da práxis social que, se fosse passível de identificação objetiva, se imporia, forçosamente, à dogmática no seu trato com o direito positivo. Dito de outro modo: um critério necessário com base no qual seria possível predeterminar que regras, decisões e processos do direito podem/devem ser considerados normativamente corretos. «Wird nach Maßstäben in Form von Regeln gefahndet oder geht es darum, auf eine bestimmte Art und Weise zu urteilen, also um ein spezifisches Prozedere, oder vielleicht um eine Kombination aus beidem? Und wenn sich Einsichten gewinnen lassen, sind sie objektiv und doch vielleicht nicht zeitlos oder am Ende immer bedingt und begrenzt durch die Praxis, aus der sie gewonnen wurde? Wohnt der Praxis ein vernünftiger Kern inne oder führen menschliche Sprach- und Reflexionsfähigkeit zwar unausweichlich in eine kulturell-normative Praxis, doch ist diese unbestimmt und deshalb gleichermaßen offen für Irrationalität, Kalkulation und Diskriminierung wie für Rationalität und mitmenschliche Achtung? Weitere Fragen entsprungen dem verwandten, aber doch eigenen Thema nach der Art des Urteils: Gilt es die richtige Antwort zu finden oder genügt es, Regeln oder Urteile als fehlerhaft klassifizieren zu können, oder hält man gar den Fall rationaler Uneinigkeit für möglich? D.h. eine Konstellation, in der sich nicht verlässlich entscheiden lässt, ob das Eine oder dessen Gegenteil richtig oder falsch ist? Ernstzunehmende Differenzen an diesem Punkt entstehen freilich nur, wenn Unsicherheit und Streit nicht aus unserem begrenzten Erfahrungswissen resultieren. Sind die genauen Wirkungszusammenhänge unbekannt, lässt sich auch nicht sicher sagen, was geschehen wird. Niemand wundert sich darüber, dass man in einer solchen Situation nicht um das Richtige weiß. Umgekehrt braucht keiner daran zweifeln, dass es eine richtige Antwort gibt. Man kennt sie nur noch nicht.» Bumke, *Rechtsdogmatik*, cit. p. 78, nota 258 [destaquei]. Sabendo já, como dito acima, que a resposta de Bumke é negativa, não é sem sentido pontuar, aqui, as três perspectivas abrangentes a que se refere. Primeiro, aquilo que chama de perspectiva consequencialista, atenta aos resultados da práxis (*Folge der Praxis*) como critério para a diferenciação entre bons e maus resultados. Segundo, a perspectiva que busca critérios de universalização (*Verallgemeinerbarkeit* e *Zustimmenkönnen*), perspectiva esta em que insere a proposta de John Rawls. Terceiro, a perspectiva que busca critérios de orientação na própria práxis. Neste último veio insere os nomes de Dworkin (com o seu olhar interpretativista e coerentivista) e Habermas (com a sua teoria discursiva da ação comunicativa e da *Verständigung* como fundamento normativo da vida social). Numa nota final, esclarece ainda Bumke: «Es bleibt jedoch der allgemeine Vorbehalt, dass es sich um eine Unternehmung handelt, der man sich anschließen kann, aber eben nicht anschließen muss, um rechtsdogmatisch zu denken un zu arbeiten.» E, especificamente sobre as duas últimas propostas, reforça: «Vorschläge wie die von *Dworkin* oder *Habermas* erschließen unterschiedliche Wege, um die normativen Grundlagen einer Gesellschaft zu ergründen. Auf diese Weise wird ein normativer Möglichkeitsraum mit einer charakteristischen lebensweltlichen bzw. kulturellen Einfassung geschaffen. Um aus der Möglichkeit eine Notwendigkeit zu machen, muss ein Entschluss hinzukommen. Denn anders lässt sich nicht die Skepsis überwinden, die gerade aus der Wohlbegründetheit eines alternativen Verständnisses, etwa des kritischen Rationalismus, resultiert.» «*Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die normativen Rekonstruktionen gesellschaftlicher Praxis zwar zu denkbaren, aber nicht notwendigen Prädeterminationen führen.*» (p. 81) [destaquei]

da construção do sistema, *da ciência do direito ao direito*. Trata-se de transferir (cons)ciência jurídica à matéria bruta Direito. *Vivificar*⁵⁶⁶.

O «sistema» dogmaticamente arquitetado, espécie de anexo externo do edifício do direito, passa a funcionar como uma instância de autoridade (metódica) por sobre os processos e enunciados do direito, com um foco especial no campo judicial, em que a sua força de convencimento expressa-se interpretativa e argumentativamente. Os anteriores esforços reflexivos encontram assim a sua razão de ser, a saber: transformar os enunciados *da* dogmática (reflexivo-abstratos) em enunciados *do* direito (constitutivo-concretos). Intradisciplinarmente, o momento da reconcretização dogmática representa o esforço do pensamento jurídico em submeter os materiais do direito positivo, mobilizados para a solução dogmática, a uma espécie de interpretação sistemática. O conteúdo e a localização do enunciado do direito são inspecionados pela racionalidade sistemático-dedutiva da dogmática, concluindo-se por uma sua harmonização normativa com uma solução dogmática – com o que se delimita, academicamente, prático-normativamente, o âmbito do fazer da práxis. Com isto, intradisciplinarmente, da ciência faz-se, melhor: quer fazer-se novamente o direito⁵⁶⁷. O círculo de racionalização aí pressuposto certifica, ao fim e ao cabo, a cientificização da obtenção dogmática do direito, atribuindo-se-lhe um status académico, teórico, metodológico, com o que se confirma, afinal, a indispensabilidade prática da dogmática, bem como o seu potencial estabilizador⁵⁶⁸. Toca agora à práxis adotar a decisão dogmática.

b) O direito, entretanto, (r)esiste

Insista-se: os enunciados do direito, os seus artefatos, a sua documentalidade – numa palavra: «o direito positivo» – não vem ao mundo *more geometrico vel systema*. São concebidos, na realidade, isolada e desordenadamente, por atores, relações e vontades constitutivas concretas e radicalmente contingentes. Que por meio do pensamento de sistema ofereça-se à práxis uma maior

⁵⁶⁶ Ou, como estava a dizer-se, no caso de as técnicas dogmáticas serem manipuladas de modo impróprio, sem o devido conhecimento teórico: *monstrificar*.

⁵⁶⁷ «Aus Wissenschaft wird so wieder Recht. Der damit geschlossene Rationalisierungskreislauf verbürgt die Verwissenschaftlichung der Rechtsgewinnung – und damit die sich selbst stabilisierende Unverzichtbarkeit der Rechtsdogmatik.» Matthias Jestaedt, *Wissenschaftliches Recht*, cit., p. 126.

⁵⁶⁸ «Das so gebildete System entfaltet – in einzelnen seiner Sätze – seine Wirkmächtigkeit im Prozess der Applikation auf die konkret-kontingente Normaussagen (sowie den Einzelfall). [...] [D]em Prozess applikativer (Re-)Konkretisierung dogmatischer Erkenntnisse wird die fallentscheidende Norm des positiven Rechts einer systematisch eingehetzten Deutung unterzogen. Derart dogmatisch kontextualisiert lassen sich ihr die für die Falllösung in concreto notwendigen Aussagen entlocken.» Jestaedt, *Wissenschaft im Recht*, cit., p. 6.

autoridade científica/académica-reflexiva⁵⁶⁹, não altera o fato de que na sua constitutividade própria o direito se nos oferece fragmentária e assistematicamente⁵⁷⁰. Não obstante a genuína pretensão de correção, justificativa metodológica da razão ordenadora e do pensamento de sistema da dogmática, tampouco existe, na realidade, um direito científico⁵⁷¹ – o que há, quando muito, e como dito, é *ciência no direito*⁵⁷². A circularidade do saber dogmático, isto é, dos seus processos de transmutação, é de natureza meramente académico-reflexiva, um fenómeno intradisciplinar, não constitutiva⁵⁷³. Os seus enunciados indicam possíveis interpretações e/ou hipóteses para o direito, mas não participam do seu processo de produção. Porém, a construção reflexiva da dogmática, de seu turno, dá-se como se o momento da solução dogmática, reconhecida a criatividade inerente à interpretação e à argumentação jurídicas, fosse ela própria parte do processo de concretização do direito. Ainda que a sua pretensão de correção normativa seja genuína – e não mera retórica para ocultar uma vontade de controle/poder (mas antes como verdadeira intenção valorativa de e para um direito justo⁵⁷⁴) –, ainda assim, impõe, desde a perspectiva da crítica teórica, reconhecer: o

⁵⁶⁹ Importa sublinhar que os sistemas dogmáticos não operam como organizações mecânicas dos artefatos do direito, por exemplo, de específicas legislações, decisões administrativas e judiciais, etc. A representação do direito como um sistema harmónico, ainda que complexo, pressupõe, já na sua intenção normativa de organizar os artefatos do direito, uma força constitutiva intrínseca à própria sistematização; ela articula, pode dizer-se, critérios normativos que não estão presentes desde logo nos artefatos do direito (a sistematizar), mas que resultam do processo mesmo de uma sua sistematização; são critérios, portanto, da própria organização reflexiva do direito. Cfr. Horst Dreier, *Rechtswissenschaft als Beruf*, cit. p. 57. Daí, afinal, a indagação de Bumke, quanto a saber se há ou não algum «critério objetivo» capaz de guiar a sistematização/organização da matéria bruta Direito. A negar uma tal possibilidade, isto não imuniza, evidentemente, a própria pretensão normativa do dogmático; a inexistência de um critério objetivo não apaga, pois, a sua pretensão subjetiva de corrigir o direito. É neste campo que se apresenta, para Bumke, o espaço para uma genuína argumentação jurídica em torno da correção do direito; a ausência, a seu ver, de um critério objeto para tanto, forçaria a reconhecer na constituição o critério último.

⁵⁷⁰ Daí a conclusão de Lepsius: «Nicht Rechtsharmonisierung, materielle Rechtseinheit oder Systemgerechtigkeit sollten dann wissenschaftliche Ziele sein, sondern ein dynamisches Verständnis des positiven Rechts, das den Pluralismus der Rechtserzeugungsorgane und ihrer Rechtsdeutungen ernst nimmt und eine kohärente Systematik nicht erwartet.» Lepsius, *Rechtswissenschaft in der Demokratie*, cit. p. 185.

⁵⁷¹ Cfr. Jestaedt, *Wissenschaft im Recht*, cit., p. 7; Christian Bumke, *Rechtsdogmatik*, 2017, cit. p. 174 ss. e 186 ss., na sua análise da obra dogmática de Savigny.

⁵⁷² Note-se que a presença da ciência (do direito) *no* direito, mais do que da ciência e da sua qualidade reflexiva, depende do próprio ator competente para a criação do direito, que a pode, mas não necessita, mobilizar desde o seu campo competencial. É o ator jurídico que pode trazer para dentro do direito, e, assim, inscrever nos seus artefatos, os enunciados da ciência, concebendo com isto, insista-se, não um direito científico, mas o fenómeno da «ciência *no* direito». Também aqui, portanto, está-se diante de um problema de competência, e não propriamente de método. Ademais, enquanto o conceito de «direito científico» parte da premissa normativa do controle/correção, pelo pensamento jurídico, da obtenção do direito, na tentativa de extirpar dos seus processos, metodologicamente, a política (do direito), o conceito de ciência *no* direito não pressupõe nem a necessidade/possibilidade de controle nem a necessidade/possibilidade de expulsar do direito a sua componente política, destacando, apenas, que no emaranhado das suas interações competenciais há também espaço para a ciência (do *no* direito).

⁵⁷³ No vocabulário do *novo* realismo, pode dizer-se que a transmutação dogmática ocorre no nível apenas epistemológico, da interpretação, não no ontológico, da realidade do direito.

⁵⁷⁴ «Wenn man sich [...] die höchst differenzierten und ganz verschieden strukturierten Dogmatiken [...] vor Augen hält, so sieht man – mit der üblichen juristischen Unschärfe – ein reich gefülltes und klar geordnetes Feld von Anweisungen zur Formulierung und Beantwortung von Fragen bis hin zu Schritten der professionellen Prüfungsanordnung. Und diese Anweisungen verstehen sich nicht nur als Ordnung, sondern auch als gute Ordnung; sie wollen, wie die juristische Methodenlehre, nicht nur Rechtssicherheit, sondern auch Gerechtigkeit befördern.»

máximo que a dogmática é capaz de fornecer ao ator com competência criativa é um material potencialmente estabilizador, talvez, contudo, apenas imunizador. Não sendo um participante ativo da obtenção do direito, a dogmática funciona, empiricamente, como uma via de desresponsabilização para o ator/participante da práxis, dogmaticamente imunizado no exercício do seu poder criativo. À luz da perspectiva do observador, pode dizer-se: a constatação empírica de que o ator ativo d(a produção d) o direito aproveitou-se deste ou daquele constructo dogmático não diz estar-se diante da dogmática a conquistar autoridade sobre a práxis – para o observador externo, trata-se, simplesmente, do *modus operandi* do poder do direito. Ao invés de ver na dogmática aquela genuína pretensão de correção, melhor: reconhecendo embora a sua genuinidade, a crítica teórica percebe nela, entretentes, o instrumento perfeito para a justificação do status quo judicativo do direito⁵⁷⁵.

6. A dogmática como *lingua franca* entre a teoria e a práxis. Os olhares uni- e multidimensional

Chega-se assim ao ponto crucial. A delimitação apenas académica da dogmática, do seu *modus dogmaticus*, com a especificação das suas funções reflexivas, mantém subjacente algo essencial para a crítica teórica. Não obstante a sua dominância académica, a sua representação apenas como disciplina destinada a «sistematizar os materiais do direito», «conformar as regularidades jurídicas» (práticas e teóricas), «armazenar informações», «desonerar de complexidade o trabalho do aplicador do direito», «fornecer orientações para condutas e decisões futuras» – funções estas que tradicional e habitualmente se lhe reconhece⁵⁷⁶ – abarca a relevância e a utilidade dogmática apenas unilateralmente, unidimensionalmente⁵⁷⁷. Se se aceita, contudo, que a dogmática opera a ponte

Winfried Hassemer, *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik*, cit., p. 15/16. O olhar da crítica teórica não pede a eliminação deste tipo de preocupações, chama a atenção para os perigos que se afiguram ao se lhes empreender sem o devido cuidado teórico-metodológico. Vai também neste sentido o próprio Hassemer, embora com a proposta de que, com o desenvolvimento de *reflexões meta-metodológicas*, seria possível melhor articular os trabalhos tanto da metodologia quanto da dogmática. Em sentido semelhante, Lindner fala na necessidade de uma *Metamethodik im Sinne einer Methodik der Methodenanwendung*, como um esforço metareflexivo para a determinação do âmbito de incidência dos diferentes modelos metódicos, e com vistas a uma contenção da arbitrariedade metodológica (*Methodenbeliebigkeit*), cfr. Franz Lindner, *Rechtswissenschaft als Metaphysik*, cit. p. 86/87. Ver também Bernd Rüthers, *Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz*, cit., p. 53-60.

⁵⁷⁵ Com Horst Dreier: «Es kann also keine Rede davon sein, dass die Prävention der richtigen, also der gegebenen Rechtsordnung gemäß zutreffenden Auslegung irgendwie zwingend mit dem Anspruch auf moralische Richtigkeit durch den Rechtsanwender verknüpft sei.» Dreier, *Rechtswissenschaft als Beruf*, cit. p. 62.

⁵⁷⁶ Ver por todos Horst Dreier, *Rechtswissenschaft als Beruf*, cit. p. 28 ss.

⁵⁷⁷ Esclareça-se: o olhar unidimensional é aquele que percebe a dogmática apenas desde o edifício da ciência do direito, ganhando toda a sua teorização uma abordagem estritamente disciplinar-metódica; é, por assim dizer, o olhar de uma teoria da dogmática sem (teoria do) direito, ou que pensa a dogmática sem atender ao direito em si. Se, contudo, a centralidade própria da dogmática reside precisamente na sua proximidade junto à práxis, importa

relacional entre a teoria e a práxis, está-se desde logo diante de pelo menos dois pontos de vista, dois campos de sentidos, o da teoria, de um lado, e o da práxis, do outro. Para a compreensão do fenómeno da ciência *no* direito, mostra-se insuficiente analisar a dogmática a partir tão-somente do edifício da ciência do direito, investigando-na apenas nas suas atividades científico-disciplinares, nos seus interesses, funções e finalidades académicas⁵⁷⁸. Para entender «como» – e talvez «porque» – a ciência (do direito) expressa-se (como ciência) *no* direito, é necessário confrontar os enunciados dogmáticos também desde a sua utilidade por parte do ator do direito. Sob o olhar unidimensional, permanece desconsiderado, em suma, como o ator jurídico concebe, desde o seu campo competencial, o sistema, os serviços e enunciados da dogmática. Ademais, a especificidade mesmo da dogmática, como uma «ciência para o uso aplicado» (*Gebrauchswissenschaft*), não parece bem compreendida sem um olhar multidimensional, atento, pois, à multilateralidade das suas construções disciplinares⁵⁷⁹.

Que a dogmática possa ser vista como uma plataforma de comunicação entre a práxis forense e a teoria académica⁵⁸⁰, conformando-lhes uma linguagem comum, a linguagem dogmática, não significa ter ela autoridade para determinar, academicamente, os procedimentos de uma tal comunicação. Se é verdade que a dogmática, como disciplina, alimenta um certo fluxo de trocas entre a práxis e a ciência, já não é verdade que lhe é dado controlar/gerir como percebê-la-á o ator da práxis. Quer dizer, a dogmática abre a possibilidade para que as construções do pensamento jurídico possam ser absorvidas/manipuladas pelo ator da práxis, mas escapa-lhe dispor sobre como serão efetivamente absorvidas/manipuladas. O que, melhor: *quem* determina a utilidade prática da

analisá-la também desde o horizonte da sua utilização/utilidade prática – é o que sugere o olhar multidimensional. Noutras palavras: o olhar multidimensional é aquele que analisa a utilidade da dogmática desde o ponto de vista não apenas do cientista, mas também do ator do direito.

⁵⁷⁸ Parece limitar-se a isto, ao fim e ao cabo, o não obstante espetacular livro de Christian Bumke. Salientando a riqueza do pensamento dogmático, mormente com a referência às suas atribuições não imediatamente práticas – a indicar, p.e., os problemas teórico-metodológicos da construção interna dos seus enunciados disciplinares –, toda a análise que aí se desenvolve parte do funcionamento académico da dogmática. Com isto, repita-se, uma parte essencial da utilidade da dogmática fica de fora, prejudicando, no limite, também a própria compreensão disciplinar/académica. Se se restringe a análise apenas ao edifício da ciência do direito, toda expressão da ciência *no* direito tende a ser encarada como a confirmação de um *direito científico* – isto é: uma efetiva correção do direito pelo pensamento jurídico académico. Neste sentido, o olhar crítico, multidimensional, apresenta-se como condição necessária para o entendimento do fenómeno da ciência *no* direito. É de dar razão, neste ponto, a Matthias Jestaedt, para quem cumpre à teoria do direito, e, então, à teoria da ciência do direito – às quais Bumke nega, efetivamente, relevância –, a função disciplinar de acomodar uma tal perspectiva.

⁵⁷⁹ «Denn Rechtsdogmatik betreiben nicht nur Rechtswissenschaftler, sondern kaum minder Rechtspraktiker, seien es Richter von Ober- oder Grenzgerichten, seien es wissenschaftlich ambitionierte Rechtsanwälte oder Notare. [...] Will man an einem anspruchsvolleren und institutionell gebundenen Wissenschaftsbegriff festhalten, so lässt sich Dogmatik folglich nicht zur Gänze der Rechtswissenschaften zuschlagen.» Jestaedt, *Wissenschaft im Recht*, cit. p. 7.

⁵⁸⁰ Cfr. Horst Dreier, *Rechtswissenschaft als Beruf*, cit. p. 47 s., a referir a dogmática como plataforma de comunicação, um «*geteilten Kommunikationsraum*», entre a práxis, notamente a judicial, e a ciência do direito.

dogmática não é o académico, nem o dogmático nem o teórico da dogmática, é o próprio ator da práxis.

a) A diferença da funcionalidade dogmática para a ciência e para a práxis do direito

A funcionalidade da dogmática é percebida e aproveitada diferentemente, a depender se se está no campo da ciência ou no da práxis do direito. Ainda que não se imponha de forma axiomática em toda e qualquer solução de casos jurídicos, o reconhecimento, e a problematização, da diferença institucional entre a perspectiva do cientista e a do ator do direito parece fundamental para um entendimento realista das capacidades e atribuições da dogmática⁵⁸¹. O primeiro ponto a sublinhar diz respeito ao comportamento dos atores dos diferentes campos: enquanto o cientista do direito desenvolve a dogmática, utiliza-a o ator do direito; enquanto o primeiro constrói o sistema, os seus enunciados, figuras e institutos, serve-se deles o segundo. Quando analisados desde o edifício da ciência do direito, os enunciados da dogmática representam o ponto culminante de complexos processos reflexivos, com raízes históricas, metodológicas e filosóficas dificilmente compreensíveis por não-especialistas; desde a práxis, contudo, não são mais do que dados a serem empiricamente manipulados. Nos processos da transmutação dogmática, não está tudo nas mãos da ciência do direito: enquanto esta opera os procedimentos de desconcretização e de sistematização, com a consistencialização normativa da solução dogmática⁵⁸², toca somente à práxis, ao ator com competência criativa, o momento da concretização. Não é a ciência, mas a práxis que realiza a aplicação concreta dos constructos dogmáticos (entretanto desenvolvidos pela ciência); o cientista do direito desenvolve os dois primeiros passos da alquimia dogmática, mas não tem controle sobre a sua utilização prática, e, por conseguinte, estão fora do controle metódico os efeitos concretos do seu trabalho académico.

Numa analogia agora com o mundo da arquitetura, pode dizer-se o cientista do direito assemelha-se ao arquiteto das «construções dogmáticas», destas cuidando sob aspectos conceituais e estéticos abstratos, a fim de consolidar a potencialidade criativa/reflexiva do pensamento jurídico

⁵⁸¹ Na sua teoria da dogmática (*Rechtsdogmatik*, 2017, cit. p. 89), Christian Bumke diferencia duas posturas básicas relativamente à dogmática: de um lado, a perspectiva crítico-realista, a perceber na dogmática um instrumento de manipulação pelo poder; e, do outro, a perspectiva da pretensão de correção, dedicada à articulação normativa daquela genuína argumentação jurídica. Sobre a contribuição das diferentes perspectivas no âmbito do pensamento jurídico, ver o seu *Einführung in das Forschungsgespräch über die richterliche Rechtsarbeit*, cit., p. 13 ss. Enquanto a proposta pessoal de Bumke parece seguir a segunda variante, é possível incluir na primeira os nomes de Oliver Lepsius, Matthias Jestaedt e Franz Lindner; é de incluir entre os mais cétricos também Eduard Picker, *Richterrecht und Rechtsdogmatik*, cit. p. 85 ss.

⁵⁸² Cfr. Matthias Jestaedt, *Vom Nutzen der Rechtstheorie*, cit. p. 10 s.

académico. Do outro lado, e todavia, o ator da práxis comporta-se como se fosse o proprietário de tais construções, com as quais se relaciona na base de uma racionalidade preponderantemente pragmática. Imediatamente, interessa-se, o ator da práxis, não tanto pela consistência conceitual da construção, mas pelos efeitos e ganhos imediatos que, a seu juízo, pode dela extrair. A construção dogmática é percebida, assim, não como um fim em si mesmo – aquele momento culminante de complexos exercícios reflexivos –, mas como um meio para a produção de resultados contingentes. Mais do que valorizar a construção em si, incrementando e fortalecendo a sua estrutura conceitual, interessa ao proprietário mobilizá-la de modo a obter ganhos concretos. Daí também, e entretanto, que, no teste do cotidiano, aquele que melhor reconhece as eventuais inadequações da construção, a possibilidade ou necessidade de uma sua melhoria, seja o proprietário, que a utiliza no dia-a-dia⁵⁸³. Os pequenos problemas da construção não são abarcados, ao menos não direta e imediatamente, pelo arquiteto, que, com os olhos na prancheta da ciência, somente por meio de simulações muito precárias pode imaginar como a construção funciona e/ou será usada na prática. Se, de um lado, por vezes o próprio proprietário coloca as mãos na massa, realizando os pequenos reparos que o cotidiano exige – com resultados certamente questionáveis desde o ponto de vista do acadêmico/cientista –, as reformas mais robustas são deixadas a cargo do arquiteto, faltando ao proprietário, no limite, o conhecimento e os meios para tanto necessários.

No universo jurídico, enquanto ao acadêmico toca investigar e seguir os rastros dos efeitos que os seus *raisonnements* dogmáticos encontram nos processos da obtenção do direito, ao ator da práxis fica garantida a possibilidade de cultivar uma relação de tipo tático-estratégico com a dogmática: os enunciados desta servem-lhe, primariamente, como meio de representação, apresentação e justificação pública do direito que produz – numa espécie, pode dizer-se, de *marketing* científico da decisão jurídica⁵⁸⁴. Ainda que a práxis e a ciência concordem que a dogmática deve servir ao desenvolvimento de um «direito científico», o que significa isto – para a práxis, de um lado, e a ciência, do outro – é muito diferente. O que do ponto de vista da ciência parece ser a confirmação empírica de uma hipótese acadêmica, representa, do ponto de vista da práxis, um

⁵⁸³ «Denn die Rechtspraxis, die vom Einzelfall her denkt und diesen zu lösen hat, wird die Unzulänglichkeiten und Verbesserungsmöglichkeiten, wird die Praxistauglichkeit der Dogmatik nicht selten besser einschätzen können als die Rechtswissenschaft.» Greogor Kirchhof/Stefan Magen, *Dogmatik: Notwendigkeit und Dialog*, cit. p. 155.

⁵⁸⁴ Para Josef Esser, o pensamento dogmático «[ist] das Resultat einer spezifischen Vermischung von zwei Aspekten: Die Praxis soll die bestandsbezogenen Vorstellungen von korrekten Lösungen und Lösungsformeln schulförmig übernehmen können, die Dogmatik selbst behält sich vor, durch Innovation diese Modelle ein jeweils überzeugenderes Verhältnis zwischen positivem Recht und Gerechtigkeitsanforderungen herzustellen.» Esser, *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis*, in. Wege der Rechtsgewinnung, cit., p. 402.

modo efetivo para o cumprimento da obrigação funcional de justificação decisória⁵⁸⁵. O encontro, dogmaticamente intermediado, do ator de um campo com o do outro – o confronto entre o idealizador e o usuário do sistema – é, certamente, e por conseguinte, para ambos frutífero. De um lado, beneficia-se a práxis do selo de qualidade académica da dogmática, com base em que o ator com competência criativa atesta a racionalidade das suas escolhas. Do outro, aproveita-se o pensamento jurídico da utilidade que lhe confere a práxis para fomentar, com base, p.e., nas contradições que o direito vai criando, um impulso inovador aos sistemas dogmáticos; a práxis permite que a ciência questione a plausibilidade do seu conhecimento pretérito. Porém, importa perceber, um tal encontro provoca também, ao lado dos potenciais efeitos positivos, sérios problemas estruturais.

b) O autoempoderamento da dogmática

É o que o conceito de *Selbstermächtigungsfunktion von Dogmatik* permite divisar⁵⁸⁶. Como dito, comportam-se de modo diverso de um lado a práxis e do outro a ciência na sua relação com a dogmática. No que toca a construção do seu campo disciplinar, enquanto a ciência fornece-lhe os «métodos», oferece-lhe a práxis as «fontes do direito». O campo próprio da dogmática combina então os *métodos da ciência* e as *fontes do direito*, combinação esta, por sua vez, de que se valem tanto a práxis quanto a ciência, cada uma na perspectiva dos seus específicos interesses e problemas⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ Nas palavras de Christoph Möllers: «Methodik kann nämlich als die theoretische Reflektion von wissenschaftlicher Praxis, also als ein *retrospektives* Unterfangen verstanden werden. [...] Drastisch formuliert kommt Methode dann immer zu spät, läßt sich aber als Erfahrung, als Lernen aus Fehlern und Erfolgen in die Folgende Forschung einspeisen.» Möllers, *Historisches Wissen in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, cit., 133.

⁵⁸⁶ O conceito é de Oliver Lepsius, *Kritik der Dogmatik*, cit., p. 39 ss.; ver também Christian Waldhoff, *Kritik und Lob der Dogmatik. Rechtsdogmatik im Spannungsfeld von Gesetzesbindung und Funktionsorientierung*, cit. p. 17 ss. Com Lepsius: «Die Frage der Urheberschaft ist für die Einordnung von Dogmatik von erheblicher Bedeutung, denn sie ist das logische Pendant zum unklaren Gehalt von Dogmatik (Dogmatik als Rechtsmethode oder als Rechtsquelle). Dass jenes zwiespältige Verhältnis nicht offen als solches empfunden wird, verdankt Dogmatik ihrer dualen Herkunft als eines Gemeinschaftsprodukts von Wissenschaft und Praxis: Unter das gemeinsam zu verwaltende Dach der Dogmatik bringt die Wissenschaft die Methode ein und die Praxis die Rechtsquelle. Methode und Quelle lassen sich nur vermischen, wenn zugleich Wissenschaft und Praxis vermischt werden. Und gerade daran haben beide ein vitales Interesse.» (p. 43)

⁵⁸⁷ Perceba-se: com esta polarização, por assim dizer, dos sentidos e da estrutura da dogmática, esta vai como que se esvaziando internamente; por conta do seu caráter híbrido, a operar na simbiose literária entre práxis e ciência, é já difícil identificar o que ela realmente é. Pois, se é a um só tempo práxis e ciência, não é, também, nem uma coisa nem a outra, dado que, de um lado, não constitui a práxis em si, e, do outro, ao trabalhar para os interesses da práxis, não cumpre os interesses próprios da ciência. Aquilo a que Horst Dreier referiu como “curiosa característica da dogmática” (cfr. acima, nota 520), isto de ela ser a um só tempo teoria e prática, revela, assim, o seu lado negativo, não sendo ela, realmente, nem teoria nem prática. O seu hibridismo vai, assim, como que desterritorializando o seu território próprio. Daí que Lepsius fale na *indeterminação de um ator claro da dogmática*. «Betrachtet man Dogmatik akteursbezogen, so liegt eine konstitutive Bedingung von Dogmatik in der Aufeinanderbezogenheit von Wissenschaft und Praxis. Bei dogmatischen Aussagen darf gerade nicht deutlich werden, ob sie praktischer oder wissenschaftlicher

Com o apoio da dogmática, a práxis articula os métodos e as fontes a fim de solucionar o seu *problema de competência (Kompetenzproblem)*, ao passo que os articula a ciência no intuito de enfrentar o seu *problema de validade (Geltungsproblem)*. Perceba-se: a práxis trabalha com os elementos de fundamentação que a ciência fornece – p.e., a figura da interpretação conforme a constituição – para conferir aos seus atos de produção do direito ao menos a aparência de conformidade competencial⁵⁸⁸. Podendo tratar com qualquer género de questões jurídicas, a ciência, diferente da práxis, não é confrontada com o problema da limitação competencial. A falta de vinculabilidade dos seus enunciados reflexivos impede-a, todavia, de dispor da validade normativa do direito, ainda que examine, e eventualmente compreenda, quaisquer problemas jurídicos. Desprovida de limitação competencial, as suas conclusões dogmáticas não têm validade normativa; não vinculam. Este problema de validade, melhor: da falta de validade dos enunciados da ciência do direito, o pensamento jurídico académico busca superar com reflexões em torno, precisamente, da validade do direito. Constatada a sua falta de vinculabilidade, responde, pois, a ciência do direito, inteligentemente, com problematizações e teorizações acerca da validade normativa do direito, o que lhe permite aproximar-se, como que subterraneamente, do campo da produção do direito⁵⁸⁹. A natureza híbrida da dogmática gera, desta feita, benefícios para ambos os lados, simplificando as atividades funcionais dos atores jurídicos tanto no campo da práxis quanto no da ciência do direito. Não é de espantar a sua dominância académica; quer dizer, é assim que consolida a sua dominância académica. A sua problematização da validade do direito alarga os campos competenciais dos reais participantes da práxis, e abre, *pari passu*, passagens para a infiltração da ciência no direito. Ao empoderar os atores de ambos os campos (o ator do direito, de um lado, e o cientista do direito, do outro), empodera-se, na verdade, a si própria – mormente diante das demais subdisciplinas jurídicas –, impondo perceber na sua força sinérgica não apenas os seus potenciais benefícios,

Provenienz sind. Dogmatik muss sich insofern akteurlos geben. Ließe sich ein Urheber benennen, entstünde sofort entweder das Kompetenzproblem, wenn der Urheber ein Praktiker wäre, oder das Geltungsproblem, wenn der Urheber aus der Wissenschaft stammt. Deswegen kann und darf bei dogmatischen Aussagen keine individualisierbare Urheberschaft angegeben werden.» Oliver Lepsius, *Kritik der Dogmatik*, cit. p. 46.

⁵⁸⁸ Neste sentido, pode dizer-se que a práxis do direito não enfrenta, na atividade de produção do direito, qualquer problema de validade. A vinculabilidade das suas decisões, disse já, está direta e imediatamente assegurada pelo direito, prescindindo, no limite, de qualquer outra instância legitimadora. O problema que os órgãos da produção do direito enfrentam é, dessarte, de ordem puramente competencial: os seus enunciados têm vinculabilidade porque emanados desde um campo competencial autorizado, impondo apenas determinar o respectivo campo. A crítica de Lepsius, a referir especificamente o âmbito das decisões de tribunais, é no sentido de que a dogmática, com os seus constructos disciplinares pragmáticos, contribuiria, ainda que de modo não necessariamente consciente, para a extrapolação, por parte do ator da práxis, dos seus limites competenciais. «Dogmatische Figuren helfen der Rechtsprechung der Obergerichte, kompetentielle Grenze zu überwinden.» Lepsius, *Ibidem*, p. 44.

⁵⁸⁹ Ainda com Lepsius: «Die Wissenschaft hat folglich kein Kompetenzproblem, sondern ein Geltungsproblem. Mit Hilfe der Dogmatik versucht sie sich einen Anteil an der Rechtserzeugung zu sichern und zu behaupten, dass ihre Aussagen über das geltende Recht eine rechtliche Geltung besitzen.» Oliver Lepsius, *Kritik der Dogmatik*, cit. p. 44.

mas também, e sobretudo, os perigos que promove, desde logo as tendências usurpatórias que a dominância do seu discurso unificador como que legitima.

c) Tendências usurpatórias da dominância dogmática

Produtos do seu deficit reflexivo e do seu correlato superávit prático, é possível identificar e diferenciar pelo menos três tendências usurpatórias latentes à racionalidade pragmática da dogmática⁵⁹⁰. Enquanto as tendências ao *dogmatismo* e ao *universalismo* atentam contra ao pensamento jurídico académico, o *sistemismo* coloca sob ameaça, direta e imediatamente, o próprio direito. Trata-se, repita-se, de tendências latentes ao funcionamento da dogmática. Pode dizer-se: por conta da sua autopercepção como disciplina dominante, desenvolve-se, na (in)(cons)ciência dogmática, um excesso de autoconfiança quanto às suas capacidades académicas⁵⁹¹. Daí que, não obstante as críticas dos séculos dezenove e vinte, as feridas na sua autoimagem não tenham servido, até hoje, como impulso para uma autorreflexão disciplinar. Como que para compensar tais feridas, a dogmática tende a reagir às críticas com processos de autoafirmação, utilizando-se das próprias críticas como meio para confirmar, e reafirmar, a sua dominância. É assim que se consolidam as tendências ao dogmatismo, ao universalismo e ao sistemismo; ao defender-se das negativas que se lhe dirigem, a dogmática reafirma como parte necessária da sua identidade disciplinar aquilo que se lhe acusa como patologia a superar.

Dogmatismo. Disse-se já que, desde a análise teórico-metodológica, o entendimento pejorativo da dogmática, desde a categoria *dogma*, não é de grande relevância, posto que, ao invés de tratar com crenças, doutrinas e fundamentos inquestionáveis, se ocupa a dogmática jurídica de problemas relativos à validade do direito positivo. O dogmatismo em pauta refere, na verdade, uma forma de *autismo disciplinar*, num neologismo: dogmatismo, como a tendência da dogmática à autorreferencialidade, com uma introversão disciplinar exacerbada que condena a sua racionalidade a um baixo nível de abertura cognitiva, e, por conseguinte, a uma muito restrita capacidade reflexiva. A pouca abertura cognitiva impede-lhe então de compreender a condicionalidade e a

⁵⁹⁰ Para os problemas a seguir, cfr. Matthias Jestaedt, *Wissenschaftliches Recht*, cit. p. 131 ss.

⁵⁹¹ O que quer com isto salientar-se é que as críticas à dogmática, quando de ordem estritamente prático-normativa – entenda-se: exigindo-lhe a conformação de seus sistemas e propostas de decisão a postulados prático-normativos extra- e/ou pré-dogmáticos –, tendem a servir-lhe como ponto de apoio para a sua autoafirmação dogmática. Daí a necessidade de uma crítica de ordem puramente teórica, e não apenas prático-normativa. Ver Oliver Lepsius, *Problemzugänge und Denktradition im Öffentlichen Recht*, cit. p. 62 ss e 73 ss. Neste sentido, pode dizer-se que tanto a *Allgemeine Rechtslehre* quanto a metodologia tradicional, tratadas supra, acabam, na sua crítica à dogmática, por fortalecer, ao invés de enfraquecer, o *modus dogmaticus*.

dependência extradogmática dos seus enunciados próprios⁵⁹². Com efeito, as suas figuras e propostas de solução concreta não resultam de uma reflexão desinteressada, mas de demandas empíricas que condicionam a sua atividade disciplinar. O seu fechamento cognitivo faz ignorar, ademais, a sua apenas relativa capacidade de orientação e correção do direito, isto é, apenas relativa capacidade de autorização/justificação das decisões do direito, que, na sua práxis, dispõem de um campo de autonomia constitutiva próprio. Essa *Isolierung* disciplinar afeta as suas relações tanto com o direito quanto com as demais subdisciplinas jurídicas⁵⁹³. Relativamente ao direito, expressa-se o dogmatismo na inversão da relação de prioridade e de (in)dependência entre ela própria, como disciplina acadêmica, e a práxis do direito. Ou seja: a dogmática cede à tentação do dogmatismo quando inverte os papéis do direito e da ciência do direito, com a promoção da ideia de que a práxis deve acomodar-se às suas vontades disciplinares; como se o direito estivesse a serviço da ciência (dogmática) do direito, e não o contrário; como se o alcance e as possibilidades da práxis estivessem adstritas às representações da dogmática, e não o contrário. No que toca as suas relações com as demais subdisciplinas, expressa-se o dogmatismo quando os seus serviços de entrega e de suplementação práticas escondem a origem dos teoremas por ela utilizados⁵⁹⁴. Em tais casos, a dogmática está a afirmar uma sua (falsa) autossuficiência disciplinar, a sua independência frente aos demais campos da ciência do direito, e das ciências extrajurídicas, deixando de explicitar seriamente os pressupostos das suas construções. Defendidas como parte integrante do sistema d(ogmático d)o direito, a dogmática apresenta as suas soluções como se obrigassem a uma observância imediata, como se fossem em si juridicamente válidas/vinculativas⁵⁹⁵. De um lado, portanto, a dogmática assume-se como o campo prioritário para a orientação da práxis, do outro, exige das

⁵⁹² No sentido do que estava acima a dizer-se sobre o fechamento da dogmática frente às suas ciências vizinhas, com Waldhoff, *Kritik und Lob der Dogmatik*, cit. p. 35: «Deutliche Kritik an der dogmatisch ausgerichteten Rechtswissenschaften klingt in dem Vorwurf an, dieses Konzept sei für Nachbarwissenschaften nicht aushchlussfähig, ja noch stärker: Rechtsdogmatik sei ein „Vergessen“ der außerdogmatischen Bedingungen des Rechts und wird als „Effekt der Kommunikationsroutine“, die durch die Dogmatik gewährleistet wird, gesehen: Dogmatik verabsolutierte sich dann also durch ihre eigene Vereinfachungswirkung selbst.»

⁵⁹³ Com Werner Krawietz, pontual: «Die geistige Isolierung einer Rechtswissenschaft, die sich im kontinentaleuropäischen Bereich [...] noch immer als vorwiegend dogmatisch-exegetische Disziplin versteht, kommt nicht von ungefähr. Sie ist die späte Folge eines verfehlten Selbstverständnisses der Rechtswissenschaft, die bis zum 19. Jahrhundert im wesentlichen mit philologisch-logischen Mitteln arbeitete. Genau hier liegt der Grund dafür, dass eine selbstgenügendem den Wortlaut von Rechtsnormen interpretierende dogmatische Rechtswissenschaft such heute noch in der Arbeit an juristischen Texten ihre Hauptaufgabe erblickt undn dabei den Zusammenhang zwischen dem Recht und seinem politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Kontext aus den Ausgen verliert.» Krawietz, *Funktion und Grenze einer dogmatischen Rechtswissenschaft*, in: Recht und Politik, 1970, p. 150.

⁵⁹⁴ Gerhard Struck lembra que, pela via mesmo da simplificação dogmática, «[w]ichtige Begriffe [...] werden in praxi als unproblematisch verwendet.» Struck, *Dogmatische Diskussion über Dogmatik*, cit. p. 87.

⁵⁹⁵ É especificamente neste sentido que se faz possível resgatar aqui a categoria de «dogma». Pode então falar-se em *dogma* não como o objeto da dogmática mas como a postura disciplinar que percebe nas soluções dogmáticas enunciados em si indiscutíveis – como se enunciados do direito fossem.

demais ciências jurídicas que se vinculem ao seu pragmatismo. No arco da dupla transmutação dogmática, a tentação ao dogmatismo pode ser percebida nos procedimentos de desconcretização e de consistencialização dos enunciados do direito. Culminando no constructo do sistema, faz-se parecer ser este, o sistema dogmático, algo dotado de uma existência jurígena própria, especial, (con)fundindo os abstratos enunciados da ciência com os concretos enunciados do direito⁵⁹⁶. Para cumprir a sua tarefa prática, a dogmática tem de simplificar e abreviar a complexidade e a contingência dos processos da obtenção do direito, tornando fácil e categórico o trato com a práxis. Substituída a realidade pela imagem-conceito da práxis, tudo parece mais simples, podendo construir-se – tal qual uma torre de marfim – as sistematizações da dogmática. A fim de romper com a força de atração do dogmatismo, a crítica teórica, mormente na perspectiva intradisciplinar, visa desestabilizar a sua (falsa) autossuficiência, como será sublinhado no próximo capítulo, denunciando a dependência forçosa das suas construções, e abalando, assim, a sua autorreferencialidade, a sua autosssegurança e o seu (falso) isolamento disciplinar.

Universalismo. Correlata ao dogmatismo é a tentação à universalização da visão de mundo da dogmática, produto igualmente do autoengano sobre a sua autossuficiência reflexiva. Também aqui, a causa é o seu (não obstante apenas relativo) sucesso prático. Com efeito, nenhuma outra disciplina jurídica apresenta a sua vocação prática, nenhuma engaja-se tão pragmaticamente para orientar e corrigir o dia-a-dia da atividade judicial. A dogmática cumpre, neste sentido, como nenhuma outra disciplina jurídica, funções verdadeiramente vitais à funcionalidade social. Em razão disto, e por conta, precisamente, da sua porosidade social, acaba, no entanto, por operar um fechamento científico-disciplinar. Como um duto que atravessa o edifício da ciência do direito, os conteúdos e sentidos que transporta não são determinados por ela própria, internamente, mas externamente; não pela reflexão académica, mas pela utilidade social. Por conseguinte, os seus pactos de responsabilidade não têm que ver com a autorreflexão da ciência, mas com a representação de interesses pragmáticos. O que singulariza o seu campo de sentidos, na sua racionalidade prática, são atributos provenientes de fora do funcionamento estritamente metódico-disciplinar. A sua desresponsabilidade reflexiva, de um lado, e a sua disponibilidade a interesses externos, do outro, asseguram-lhe, pois, o seu sucesso prático, mas ameaçam, ao mesmo tempo, o pensamento jurídico. O coroamento do universalismo dá-se com a representação da ciência do direito no singular, com todos os seus campos orientados a servir aos interesses da dogmática. A sua autossuficiência condena as demais disciplinas a terem o seu status e a sua relevância académica

⁵⁹⁶ Alexander Somek fala, neste sentido, de um «Disziplinärer Solipsismus», cfr. *Der Gegenstand der Rechtskenntnis*, cit. p. 114 ss.

minorados, não raro apresentada aquela como o *centro* e estas como a *periferia* do pensamento jurídico⁵⁹⁷. À luz da cartografia colonizadora, consolida-se o universalismo com a periferia a trabalhar para os interesses do centro, na medida em que a dogmática persuade às demais disciplinas acerca da sua própria centralidade/indispensabilidade. Convencidas da sua periferialidade, as demais disciplinas perdem a sua autonomia reflexiva, tragadas pelo campo da dogmática, que passa a orientar-lhes os sentidos internos⁵⁹⁸. Convencidas, pois, da sua inutilidade, o derradeiro argumento da dogmática é a promessa da relevância prática, caso convertam-se à racionalidade pragmática.

Tal promessa, que não é senão e afinal uma promessa de inclusão (da periferia no e pelo centro), tem o seu alto custo metodológico⁵⁹⁹. Consciente da sua dependência relativamente aos acervos de conhecimento das demais disciplinas, convence-lhes, a dogmática, da necessidade de sincronizarem dogmaticamente os seus métodos; convence-lhes, em suma, a converterem-se à dogmática. Desta feita, a dogmática deixa de ser apenas mais uma *subdisciplina*, para transformar-se em *superdisciplina*, assumindo para si e por si própria a função “integrativa” das ciências do direito. A riqueza reflexiva do pensamento jurídico vê-se empobrecida pela dominância predatória do pragmatismo dogmático. É este que confere agora valor e identidade *subdisciplinar*, p.e., à filosofia do direito, à história do direito, à sociologia do direito, bem como à teoria do direito. Virtualmente, a totalidade do pensamento jurídico académico passa a orientar-se prático-normativamente. Por conseguinte, as subdisciplinas perdem a sua autonomia reflexiva, com a sua justificação metodológica perante o direito a depender agora da mediação, e, portanto, dos interesses próprios, da dogmática, filtro académico das demandas da práxis.

Sistematismo. A cartada final dessa autoimagem, por assim dizer, megalomaniaca é o reforço do pensamento de sistema, independentizado e absolutizado como pensamento *no* sistema. Mais do que pensar o sistema, trata-se de se adaptar ao sistema. Alguém poderia questionar: mas

⁵⁹⁷ Ver Marietta Auer, *Erkenntnisziel der Rechtstheorie*, cit. p. 18; Thomas Gutmann, *Intra- und Interdisziplinarität*, cit. p. 109.

⁵⁹⁸ Assim, por exemplo, nas palavras de Ralf Dreier: «Alle anderen Disziplinen, die an den juristischen Fakultäten bzw. Fachbereichen oder auch außerhalb ihrer betrieben werden, sind juristische Disziplinen nur und insoweit, als ihr objektives Forschungsinteresse einen Bezug zur Rechtsdogmatik hat. Sie mögen daneben andere Interessen verfolgen und insofern einen disziplinären Doppel- oder Mehrfachstatus haben. Juristische Disziplinen sind sie nur kraft ihres Dogmatikbezugs.» Dreier, *Rechtstheorie und Rechtsgeschichte*, in: Dreier, *Recht – Staat – Vernunft. Studie zur Rechtstheorie 2*, 1991, p. 217. Dreier está a conceder à dogmática três dimensões: uma dimensão empírica, orientada à compilação e inspeção dos materiais do direito positivo; uma dimensão analítica, orientada à penetração conceitual-sistemática do direito positivo; e, uma dimensão normativa, apresentada como dimensão ético-jurídica que articula o acesso dogmático à razão prática.

⁵⁹⁹ Noutras palavras: tem o seu custo reflexivo, pois já não tocará às demais disciplinas jurídicas pensar autonomamente o direito, senão que trabalhar para a dogmática. Cfr. Oliver Lepsius, *Themen einer Rechtswissenschaftstheorie*, cit., p. 17 ss.

afinal, fazê-lo por quê? E o dogmático poderia assim responder: *It's the system, stupid!* Com efeito, a promessa da relevância prática e da subordinação da práxis aos interesses dogmáticos dependem do constructo do sistema⁶⁰⁰. Aquilo que com o sistema não harmoniza, das duas uma: ou será harmonizado à força ou será declarado antissistema, isto é, antijurídico, havendo que ser eliminado do pensamento jurídico. Eliminar do pensamento? Sim, do pensamento do/no sistema. Mas por quê? *It's about the system, stupid!* O ponto essencial a sublinhar diz respeito à natureza transcendental do sistema. Como constructo do pensamento, o sistema dogmático é necessariamente transcendente à realidade do direito, à matéria bruta Direito e assim à sua contingente autoconstitutividade⁶⁰¹. O sistematismo não representa, não necessariamente, uma tentativa de aproximação do pensamento jurídico junto à faticidade do direito, mas uma tentativa de determinação transcendental do direito. Do ponto de vista da crítica teórica, importa perceber que, no âmbito da autoconstitutividade do direito, esta ou aquela medida e/ou atividade de produção que eventualmente não harmonize com o sistema dogmático não representa, por si só, algo necessariamente inadequado e/ou incorreto. O direito pode, neste sentido, ser antissistema; entenda-se: as suas possibilidades práticas não estão limitadas ao sistema dogmático. Pois, repita-se, o sistema dogmático não é imanente ao direito, é-lhe transcendente. O problema teórico-metodológico de uma tal transcendência é o seguinte: que a filosofia do direito renuncie à vinculabilidade do direito positivo, lançando mão de critérios transpositivos, isto a ninguém espanta, e, na verdade, é isto por todos sabido e aceite, nomeadamente porque se trata de uma atividade reflexivo-disciplinar tida como legítima e de importância indiscutível. Contudo, que a dogmática assim o faça, isto há sim que espantar, posto que, como disciplina específica, tem também atribuições específicas, estando, fundamentalmente, a serviço do direito positivo, e não de reflexões transcendentais. Diferente da filosofia, de que se espera a transcendência, não toca, *prima vista*, à dogmática, como disciplina prático-normativa – passível de uso pelo ator do direito –, sistematizar o direito a partir de critérios e fundamentos abstratos (não inscritos no direito positivo), eis que o seu trabalho disciplinar será usado para gerar efeitos concretos. Dela não se

⁶⁰⁰ Cfr. Jestaedt, *Wissenschaft im Recht*, cit. p. 6 s., em que se fala de um *Recht im System*, como ponto de culminância da promessa do *wissenschaftliches Recht*, da representação do *System als Klammer von Wissenschaft und Recht* e da própria *Dreiteilung der juristischen Welt (die Drei-Säulen-Architektur der Jurisprudenz)*.

⁶⁰¹ Há que perceber que, não obstante delimitada pelo direito positivo, também a dogmática, como atividade do pensamento jurídico acadêmico, é forçosamente transcendente ao direito enquanto objeto material; é aí que mora, aliás, o perigo da falta de consciência metodológica. Os seus constructos, sistemas, enunciados e institutos são externos ao direito positivo. Ainda que pouco afeita ao aprofundamento reflexivo, diferente, portanto, e por exemplo, da filosofia do direito, também a dogmática reside, neste sentido, no céu das abstrações do pensamento jurídico. Na máxima de Horst Dreier: «Wer anhand des Gesetzesrechts konkrete Rechtsfragen beantwortet, arbeitet hierbei nicht primär legalistisch, sondern primär dogmatisch.» Dreier, *Rechtswissenschaft als Beruf*, cit. p. 26.

espera, portanto, uma tal transcendência. É dizer: se o seu conhecimento não é mais do que uma filosofia do direito, há então que aceitar não ter ela a relevância que pretende-promete ter. Se, porém, serve efetivamente à práxis, então é indispensável que se restrinja às suas atribuições próprias.

d) A necessária acessorialidade da dogmática

O pensamento de sistema é concebido como meio para a organização material do direito positivo, não para uma sua substituição e/ou subordinação. É sob o pretexto de ser uma disciplina prática e de trabalhar objetivamente para a correção dos participantes dos processos da obtenção do direito que a dogmática articula o sistema. Não se espera, portanto, que o sistema dogmático seja uma expressão das preferências subjetivas do seu autor, o dogmático acadêmico. Há que perceber, ademais, que a própria sobreposição do direito pelo sistema dogmático é algo de difícil reconhecimento, uma vez que tampouco é pública e abertamente anunciada, com o dogmático, como dito, a operar uma simbiose dos seus enunciados com os do direito positivo⁶⁰². Dessarte, o sistema, que representa a chance do “controle” reflexivo da práxis, representa também um perigo – o perigo da ampliação do descontrole da práxis. Ainda que se aceite a utilização da categoria para referir o campo das atividades constitutivas do direito, é essencial sublinhar claramente a diferença institucional entre, por assim dizer, o «sistema do direito» e o «sistema da ciência do direito»⁶⁰³. Não apenas no que toca a origem (o campo de sentidos em que é gestado), mas também a racionalidade própria, a funcionalidade e os efeitos de cada um dos dois «sistemas» são tudo menos congruentes e idênticos. O pensamento de sistema que edifica academicamente o dogmático, preocupado com plausibilizações metodológicas, teóricas e/ou filosóficas, caminha, tendencialmente, para uma representação ideal(izante) do direito. No âmbito do direito em si, dos seus processos constitutivos, a tendência para o ideal dá lugar a outras prioridades, de ordem contingente; como dito nos capítulos anteriores, da política da produção do direito. Enquanto o sistema dogmático representa

⁶⁰² Com Matthias Jestaedt, *Wissenschaftliches Recht*, cit., p. 134: «Das liegt daran, dass der Systembegriff hier als Homonym fungiert: Im einen Falle meint er das System der Dogmatik, im anderen Falle das System des Rechts selbst, also die Rechtsordnung. Sowohl die Rechtsdogmatik als wissenschaftliche Disziplin als auch das funktionenteilige positive Recht können als Systeme beschrieben und vermessen werden.»

⁶⁰³ «Das dogmatische System trägt nur so weit wie die positivrechtlichen Sätze, die es in ihrer Ordnung zueinander darzustellen trachtet. Pointiert: Während die Dogmatik sich den System-Kapricen und System-Kapriolen des realen Normsetzers beugen muss – auctoritas non scientia facit systema! –, ist die Theorie von derlei Bindungen, um nicht zu sagen: Behinderungen frei. Hier ist es zunächst Sache der ratio, der sapientia oder auch der scientia, das System zu erschaffen. Hier zählt nur das bessere Argument, nicht die höhere kompetenzielle Autorität. [...] Das kann nicht verwundern, hält man sich nur bewusst, dass die zwei Systeme unterschiedlichen Rationalitäten und Gesetzlichkeiten folgen.» Jestaedt, *Die Verfassung hinter der Verfassung*, cit. p. 87/88.

o direito de modo unitário e consistente, o sistema do direito, menos abstratamente representado do que concretamente vivenciado, é marcado por inafastáveis inconsistências, contradições, incongruências etc., posto ser o produto de atores heterogêneos. Diante da (des)ordem dos processos da obtenção do direito, o sistema dogmático continua a ser um ideal científico⁶⁰⁴. A diferença entre ambos somente poderá ser levada a um mínimo inevitável quando a dogmática assumir-se a serviço do direito, ao invés de dele exigir que siga as suas representações. Se a dogmática não é uma filosofia do direito, impõe que regresse ao direito positivo. Para que não reste dúvida: deve trabalhar não para produzir ela própria o direito positivo, mas para expressá-lo apenas, traduzindo e reproduzindo, o mais fielmente possível, os seus enunciados constitutivos. Trata-se, numa palavra, de subordinar o sistema transcendental da dogmática à contingência do direito. Se a prioridade é do direito em si, que constitui a sua realidade por meio de processos e interações assistemáticas, é destas, pois, a prioridade.

Este elogio à assessorialidade dogmática ao direito positivo é negado, entretanto, pela insistência de que a obtenção do direito deva ocorrer sob o arco da reflexividade do pensamento jurídico⁶⁰⁵. Isto obscurece, como dito, as atribuições próprias da dogmática, bem como o foço que separa a racionalidade que sustenta as suas propostas de solução, de um lado, e a das decisões do próprio direito, do outro. Como consequência, as diferenças, internas ao pensamento jurídico, entre as referências de *lex lata* e de *lex ferenda* ficam também obscurecidas, sob a ideia geral de uma integração da ciência e da, melhor, sobre a práxis do direito. Viu-se, no entanto, que o campo da dogmática envolve, pragmaticamente, questões de método e questões de competência, misturando o problema da validade e o problema da competência. Desta hibridez decorre o seu autoempoderamento, eis que todos os lados têm de recorrer ao seu campo⁶⁰⁶. Disse-se, nos capítulos anteriores, que as ciências da aplicação do direito precisam hoje não tanto de política

⁶⁰⁴ Um ideal científico, cumpre insistir, com um precário status reflexivo. «Der Rechtsdogmatiker ist eingebunden in das positive Recht, das er zu ergünden sucht. Zur wissenschaftlichen Disziplin vermag sich die Rechtsdogmatik aus dieser Sicht aber erst zu erheben, wenn sie die Ausrichtung an der Praxis und mit ihr die drei konstitutiven Elemente aufgibt, nämlich die Gedanken der Ordnung, der juristischen Funktionalität und des Richtigkeitsanspruchs.» Christian Bumke, *Rechtsdogmatik*, 2017, cit. p. 97.

⁶⁰⁵ «Das besondere Erfolg von Rechtsdogmatik als „wissenschaftliches Recht“ erklärt sich nicht zuletzt daraus, dass sie als ein holistisches oder auch integralistisches Konzept verstanden und gehandhabt wird: In ihm finden sowohl die Rechtsgewinnung durch die Rechtswissenschaft als auch jene durch Praxis die Praxis Raum. Auch die beiden Modi der Rechtsgewinnung, nämlich die Rechtserkenntnis einer- und die Rechtserzeugung andererseits, werden weithin unterschiedslos in dogmatisches Rasonnement integriert. Just daran knüpft die Kritik die disziplinäre Gretchenfrage, ob dem gefeierten Erfolgskonzept nicht in Wahrheit eine disziplinäre Anlageschwäche innewohne. Konkreter formuliert lautet die Frage dahin, ob die Erkenntnis bestehenden und die Erzeugung neuen Rechts unter einem einheitlichen Dach mit den identischen Methoden und denselben wissenschaftlichen Validitäts- und Zertitätsansprüche behandelt werden dürfen.» Jestaedt, *Wissenschaft im Recht*, cit., p. 4.

⁶⁰⁶ Com Bernd Rüthers: «Geltung i.S. normative Verbindlichkeit erlangt die Norm aber durch den verfassungsgesetzlich und gerichtsverfassungsgesetzlich begründeten Akt der Inkraftsetzung, nicht durch die in der Norm ausgedrückte wissenschaftliche Kompetenz.» Rüthers, cit. p. 162.

jurídica quanto precisam de consciência teórico-metodológica. Isto não exclui, disse-se também, a necessidade de uma dogmática jurídica orientada para a política do direito, o que impõe é fazê-lo de modo metodologicamente consciente. Como será salientado no próximo capítulo, dá-se isto, para a perspectiva da crítica teórica, com a contenção do impulso prático-normativo do pensamento jurídico, passando do interpretativismo ao estudo teórico-metodológico da política do direito⁶⁰⁷.

7. Rompe a dogmática a diferença institucional entre teoria e práxis?

O ponto de partida para a compreensão da dogmática, das suas capacidades e atribuições disciplinares próprias, há que ser a análise do seu específico e autónomo campo de sentidos, e, desde a crítica teórica, cumpre analisar os seus processos de construção de enunciados disciplinares. Intradisciplinarmente, reconhece-se a sua vocação para fomentar possíveis conexões, mas também confusões, entre a teoria jurídica operada no edifício das ciências do direito e a práxis forense, nos edifícios do direito mesmo. A dogmática estabiliza a linguagem de que lançam ou de que podem lançar mão os atores do direito, notadamente juízes e juízas, para comunicarem-se com o pensamento jurídico académico. O campo dogmático é informado pelas diferenças entre o poder da práxis (competência) e o saber da teoria (método), ganhando aí, para o bem e para o mal, as suas especificidades disciplinares. Que a práxis e a teoria, a *jurisprudência* e a *ciência* do direito, tenham perspectivas, chances e atribuições institucionais distintas, há que ser devidamente destacado. Ainda que diante do caso jurídico concreto busque-se encobrir a diferença institucional que as separa, teoria e práxis continuam a ser campos de sentido heterogêneos. Mesmo nas ocasiões em que a práxis usa/manipula a teoria, dando origem ao fenómeno da ciência *no* direito, não se dissolve a referida diferença.

Representa, à vista disto, a ponte de comunicação dogmática uma verdadeira superação da clivagem entre direito e ciência do direito? Unifica, em suma, os dois campos de sentido? É a imagem mesmo da *ponte* que indica a resposta⁶⁰⁸. Pois como meio que conecta e torna possível a passagem entre territórios distintos, a ponte facilita que se vá de um a lado para o outro. Mas ela não anula a distância natural que os separa. Ao interligar o edifício da ciência do direito ao edifício

⁶⁰⁷ Daí que, no horizonte da teoria da obtenção do direito (*Rechtsgewinnungstheorie*), passe a falar-se, como se viu com Matthias Jestaedt e Horst Dreier, numa difereciação intradogmática, de modo a articular, teórico-metodologicamente, uma dogmática do conhecimento do direito, de um lado, e uma dogmática da política do direito, do outro. É dizer, no sentido da conclusão do capítulo anterior: uma dogmática de *lex lata* e uma dogmática de *lex ferenda*.

⁶⁰⁸ Cfr. Rolf Gröschner, *Rechtsdogmatik*, cit. p. 65 s.; Matthias Jestaedt, *Wissenschaftliches Recht*, cit. p. 136 s.

do direito, a ponte permite que os indivíduos de um visitem os do outro, simplificando a sua comunicação. Mas continua a haver dois edifícios, assim como continuam os seus respectivos indivíduos a terem a mesma morada de antes. Ademais, tampouco é suficiente a existência da ponte para que se garanta o livre trânsito dos indivíduos nos edifícios vizinhos, que poderão por certo visitar, não, porém, sem a devida autorização. Mesmo que cruzem a ponte, isto tampouco altera a sua morada original. Ou se está de um lado, ou do outro. Outra hipótese será permanecer sobre a própria ponte, caso em que se não está nem *num* nem *noutro* edifício; está-se simplesmente na passagem, um terceiro território entre os dois edifícios iniciais. Ainda, a ponte é um agregado arquitetónico. Inconfundível com os edifícios em si, tampouco é uma construção autossuficiente, autónoma e independente nas suas estruturas, necessitando, para a própria existência, do apoio nos dois territórios que visa conectar. Dependente dos territórios tanto da ciência quanto da práxis, a dogmática não pertence nem àquela nem a esta. Constituída na sua estrutura interna pelos sentidos tanto da ciência quanto da práxis, conecta-as e propicia-lhes um certo ambiente para encontros e trocas, sem com isto apagar as diferenças institucionais que lhes singulariza⁶⁰⁹. A práxis do direito continua a ser o que é, um conjunto de processos e interações competenciais orientadas para a obtenção do direito; assim também o pensamento jurídico académico, que continua a ser ciência, isto é, uma atividade guiada pela e para produção do conhecimento⁶¹⁰. Com a dogmática jurídica, nem a práxis é levada ao nível de reflexividade da ciência (método), nem esta é investida com o poder constitutivo daquela (competência).

No vocabulário do novo realismo: articula-se a interpretação da dogmática ainda como instância epistemológica, que, precisamente porque trabalha no horizonte conceitual normativo da «práxis do direito», não atinge o fundo ontológico da realidade do direito. Opera, na linguagem agora da teoria do sistema, um acoplamento estrutural entre os dois (sub) sistemas – ciência académica do direito e práxis jurisprudencial do direito –, mas sem chegar a uma fusão sistémica com um novo código binário; os códigos de cada campo permanecem os mesmos. Como instrumento para (uma cert)a conexão entre a teoria académica e a práxis forense, a dogmática falha

⁶⁰⁹ Nas palavras de Hassemer, dirigidas, neste ponto, à metodologia: «Die juristische Methodenlehre gilt als Brücke zur Sicherstellung einer Bindung des Richters an das Gesetz und damit zur Gewährleistung der Gewaltenteilung im Rechtsstaat. Diese Brücke trägt nicht wirklich. Die Regeln der Methodenlehre sind zwar vernünftig und in kodifizierten Systemen gar zwingend; sie werden der Komplexität richterlichen Handelns aber nicht gerecht.» Winfried Hassemer, *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik*, cit., p. 21. De modo semelhante, Oliver Lepsius: «In der Demokratie darf man weder Richtigkeit noch Letztbegründung erwarten.» «Eine demokratisch ausgerichtete Rechtswissenschaft wäre skeptisch gegenüber materiellen Festlegungen, wenn sie eine objektive Richtigkeit oder erschwerte Abänderbarkeit.» Lepsius, *Rechtswissenschaft und der Demokratie*, cit. p. 170 e 178.

⁶¹⁰ Cfr. Horst Dreier, *Rechtswissenschaft als Beruf*, cit. p. 50 ss. [«Der Praxisbezug der Rechtsdogmatik darf nicht den Unterschied zwischen der Rechtserzeugung durch die Rechtsinstitutionen einerseits und der Erkenntnistätigkeit der Rechtswissenschaft andererseits nicht einebnen.»]

ao arrogar-se autorizada a determinar, isoladamente, as atribuições da ciência e da práxis do direito. A intimidade da dogmática com os atores da práxis e a fácil constatação dos resultados do seu trabalho são responsáveis pela autoimagem equivocada de si própria. O sonho pré-moderno com um *direito científico* – que, como mostra o homúnculo dogmático, pode transformar-se num verdadeiro pesadelo – permanece irrealizado, ainda que se aceite falar em *ciência no direito*; e é precisamente porque há ciência *no* direito que impõe levar a sério o que pensa o pensamento jurídico acadêmico. Daí a necessidade de uma teoria das ciências do direito.

VIII

Teoria das Ciências do Direito

É destino a teoria...

Disse-se no capítulo anterior: quanto mais avança a (pragmática da) dogmática, menos plural é a ciência do direito. A nova teoria combate a dominância da dogmática com um elogio-fomento à pluralidade das ciências do direito. Em face do que se disse até aqui, importa assentar, de modo agora mais sistemático, o programa disciplinar, como plataforma para uma crítica teórica, da «teoria das ciências do direito». Não obstante a orientação para a práxis, a teoria chama a atenção para o fato de que a dogmática, já no seu campo disciplinar próprio, opera atividades que escapam à representação pragmática, fazendo emergir problemas para cujo tratamento metodológico a análise de tipo apenas normativo, e, pois, interpretativo/argumentativo, é insuficiente; além de, no limite, contribuir, como se viu, para a consolidação daquela dominância. Além de interpretar, a dogmática jurídica constrói enunciados – que cristaliza nos seus sistemas e nas suas sugestões de decisão concreta –, atividade construtiva esta que, a fugir do alcance da tradicional racionalidade prática, demanda uma meditação metodológica própria. A teoria das ciências do direito, ao iluminar o caráter relacional do pensamento jurídico, e da sua identidade reflexiva, aponta a perspectiva teórica para uma tal meditação. A intenção, nas linhas que seguem, é chamar a atenção para a conjugação, no âmbito das reflexões em torno da consciência metodológica, da dimensão empírica/institucional do funcionamento acadêmico do pensamento jurídico e da exigência normativa de uma sua *correção metódica*, numa perspectiva de adequação do método a partir do objeto. Dir-se-á que a teoria das ciências do direito apresenta um caráter suprasetorial, com uma articulação discursiva que problematiza a setorização dogmático-metodológica do pensamento jurídico. No contexto da pluralidade e da multiplicidade, a teoria pede à dogmática, como uma espécie de dever metódico (ou: atribuição de ofício), que oriente o seu trabalho interno a partir do seu objeto próprio, o direito positivo, e já não por meio de enunciados reflexivos provenientes de disciplinas diversas, cujo conteúdo disciplinar ela própria desconhece. Por fim, recuperar-se-á, como palavra de síntese da crítica teórica, a realidade do direito como componente a contrapor à relatividade (e relacionalidade) das ciências do direito, com a identificação, então, da *política do direito* como horizonte conceitual, distinto do da interpretação, para a crítica do direito, e também do

pensamento jurídico acadêmico. Tem-se assim expostas as dimensões-frentes tanto destrutiva quanto reconstrutiva da reabilitação do discurso teórico aqui em pauta.

1. A Teoria das Ciências do Direito diante da metodologia tradicional

O surgimento hoje, no âmbito da literatura jurídica de língua alemã, da assim chamada *Rechtswissenschaftstheorie*, como proposta programática para a concepção de uma disciplina *meta*, melhor: de uma *metadisciplina* da ciência do direito, dá-se em razão de uma muito específica conjuntura⁶¹¹. Disse-se já na introdução: trata-se, fundamentalmente, de uma reação ao discurso jurídico-metodológico dominante no correr do século passado, discurso este que, tendo os olhos voltados para os problemas da práxis do direito, acabou por descuidar do desempenho acadêmico do pensamento jurídico⁶¹². O distanciamento crítico da *nova teoria* relativamente à práxis, e, por conseguinte, aos modelos metódicos de tipo prático-normativo que lhe dedica a metodologia tradicional, deve-se, pois, à percepção de um certo *deficit reflexivo*⁶¹³, e, então, de uma certa urgência no sentido de conferir o devido tratamento teórico-metodológico às ciências do direito⁶¹⁴. Diferente da metodologia tradicional, que tem os seus compromissos metódicos com a práxis⁶¹⁵, a

⁶¹¹ Cfr. Oliver Lepsius, *Themen einer Rechtswissenschaftstheorie*, cit. p. 2 ss.; Matthias Jestaedt, *Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie*, cit. p. 192 ss.; Eric Hilgendorf/Helmuth Schulze-Fielitz, *Rechtswissenschaft im Prozess der Selbstreflexion*, cit. p. 1-4.

⁶¹² É de registrar que também o discurso da metodologia jurídica do século vinte representa uma resposta a problemas históricos específicos. Nas palavras de Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, cit. p. 23 e 24: «[...] uma metodologia só chega a ser tematizada [...] quando a prática racional do domínio que lhe corresponde e ela pressupõe se tenha tornado problemática [...]» «[S]ó nas crises do direito o problema metodológico da sua realização se autonomiza numa exigência crítica de compreensão refundamentante da juridicidade realizanda e do *actus* que a cumpre. A dizer-se isto que a uma metodologia será afinal também uma *crítica*.» «E o pensamento jurídico está em crise, porquanto ruiu o sistematismo dogmático-conceitual próprio do normativismo moderno e continuado no positivismo legalista do séc. XIX.»

⁶¹³ Marietta Auer e Eric Hilgendorf falam da formação de um vazio interno (*innere Leere*) no pensamento jurídico. «Dass es eine solche inneren Leere, ablesbar an chronischer Themenarmut bis hin zum offenkundige Themenverfall, in manchen Bereichen tatsächlich gibt, ist kaum zu leugnen. Erkennbar ist das etwa anhand des Diskursbestands der jüngsten Zeit insbesondere im Bereich der Leitthemen, die noch bis in die 1990er Jahre hinein unter der in den 1960er Jahren geprägten Überschrift „Rechtstheorie“ verhandelt wurden, wie Begriff und Geltung des Rechts, Rechtspositivismus und Nichtpositivismus einschließlich der als angloamerikanische Theorieimporte und die Jahrtausendwende noch intensiv diskutierten Zwischenpositionen *inclusive* und *exclusive positivism*. All diese Themen sind heute, wie es scheint, mehr oder weniger erledigt. Rechtspositivismus und Nichtpositivismus haben als rechtstheoretische Theoriealternativen jedenfalls weitgehend ausgedient, was letztlich eine gute Nachricht ist.» Marietta Auer, *Erkenntnisziel*, cit. p. 38. Com Alexander Somek, *Rechtliches Wissen*, cit. p. 93: «Die Rechtswissenschaft hat [...] auf diejenige Zone zu achten, die von der gelungenen juristischen Methodik konsistent ignoriert wird.»

⁶¹⁴ Com Anne van Aaken, *Funktionale Rechtswissenschaftstheorie für die gesamte Rechtswissenschaft*, cit. p. 84: «Recht ist der maßgebliche Ordnungsfaktor einer Gesellschaft. Rechtswissenschaftstheorie muss daher die Rechtswissenschaft anleiten sowie Normativität des Rechts und Faktizität in Ausgleich (nicht notwendigerweise in Einklang) bringen können. Damit verlässt sie die Perspektive der Fallentscheidung.» «[Sie] braucht die kritische Distanz zum Gesetz und zur Rechtsprechung.» (p. 95)

⁶¹⁵ Com Franz Reimer: «Im Gegensatz zur Methodologie ist Methodenlehre keine Wissenschaft von den Methoden, sondern eine Handwerkslehre: eine handwerkliche Lehre über Methoden. [...] Methoden der

teoria das ciências do direito dedica-se ao pensamento jurídico acadêmico, e, pode dizer-se: à objetividade das suas construções metódico-disciplinares⁶¹⁶.

A tratar-se daquilo que particulariza o seu programa reflexivo-disciplinar, cumpre observar que não lhe toca analisar e catalogar as expressões da *teoria na* ciência do direito, isto é: o aparecimento e a formação de focos-nichos de reflexão teórica nos campos do pensamento jurídico, ainda que sublinhe, como efetivamente o faz, que a totalidade das disciplinas jurídicas, também, portanto, a dogmática e a metodologia, tem na sua base, forçosamente, uma representação/estrutura de ordem teórica – a significar isto que a teoria é indispensável, também, e sobretudo, para o pensamento jurídico de tipo prático. No entanto, não é intenção da teoria das ciências do direito ir atrás de tais expressões fenoménicas (da teoria), melhor: não se circunscreve a isto o seu programa disciplinar, como tampouco se trata, ademais, de uma encarnação da teoria da ciência *no* direito. Quer dizer, não se trata, com a nova teoria, de assimilar uma perspectiva exógena de teoria da ciência, desenvolvida, por exemplo, no âmbito de uma teoria geral da ciência ou de uma teoria geral do conhecimento – entenda-se: uma proposta epistemológica global –, e que encontraria no universo jurídico (*no* direito) apenas um “objeto particular”, um domínio de objetos em que aplicar e experimentar a arquitetura do seu discurso teórico-científico e/ou epistemológico⁶¹⁷. Uma tal visão exógena tematizará⁶¹⁸, perceba-se, o problema da (a)cientificidade da ciência do direito, ou, dito de outro modo, o status metódico próprio do pensamento jurídico, na sua peculiaridade reflexiva relativamente às demais ciências e domínios do conhecimento e do pensamento humano⁶¹⁹. A isto não se dedica a teoria em pauta. Pode dizer-se, dessarte, que o

Rechtsanwendung und Methoden rechtswissenschaftlicher Arbeit sind nicht voll deckungsgleich.» Reimer, *Juristische Methodenlehre*, 2016, p. 26. Com Hubert Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, cit. p. 253: «Es gibt keine eigenständige Methodologie der Rechtswissenschaft. Was als »juristische Methodenlehre« firmiert, ist eine Anleitung für die Rechtsanwendung, vorrangig für die gerichtliche Praxis.» Ver também: Marietta Auer, *Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie*, cit. p. 16; Christoph Möllers, *Vorüberlegungen*, cit. p. 156 s.

⁶¹⁶ De modo mais preciso: os limites do conhecimento jurídico na sua expressão disciplinar plural: o que sabem ou podem saber, diante do direito, as diferentes subdisciplinas jurídicas. Cfr. Oliver Lepsius, *Themen der Rechtswissenschaftstheorie*, cit. p. 3.

⁶¹⁷ Cfr. Karsten Schneider, *Zum Eignung des Forschungsprogramms der Reinen Rechtslehre als Wissenschaftstheorie einer Wissenschaft vom Öffentlichen Recht*, cit. p. 45-63, em que se sugere que, mesmo para a perspectiva endógena da *Rechtswissenschaftstheorie*, a importância das problematizações a partir de uma *Erkenntnistheorie* adequada ao seu objeto específico (*Gegenstandsadäquan*z) permanece ineludível, mormente porque permitem tematizar não apenas os macroproblemas da cientificidade e/ou da peculiaridade metodológico-reflexiva mas também, diz Schneider, os microproblemas relacionados, no universo jurídico, à questão: o que conhece ou pode conhecer o cientista do direito (*operative Rechtswissenschaftler*)? Sobre a incompatibilidade entre *Erkenntnistheorie* e *Rechtswissenschaft*, ver Andreas Funke, *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, cit. p. 4 ss. e 9.

⁶¹⁸ A visão exógena traz consigo ainda o problema daquilo que Roland Dubischar, *Einführung in die Rechtstheorie*, cit. p. 65 ss., chamou de «Theoriesubvention» e a necessidade da seleção metódico-consciente.

⁶¹⁹ Cfr. Wolfgang Ernst, *Gelehrtes Recht*, cit. p. 21 ss. «Wenn man meinem würden, den Gegebenheiten würde besser entsprochen, indem man die Jurisprudenz nicht als Wissenschaft, sondern als gelehrte Kunsttechnik bezeichnet, käme man zu einem anderen Sprachgebrauch, aber nicht zu anderen Sachverhältnissen.» (p. 23) Perceba-se, portanto, que nesta variante inserem-se não apenas as propostas que defendem (algum)a *cientificidade* da ciência do

programa disciplinar da teoria das *ciências* do direito não refere nem o fenómeno da «teoria na ciência do direito» nem a agenda de uma «teoria da ciência no direito», tratando-se, antes, e muito particularmente, de uma «teoria da ciência do direito», é dizer, uma perspectiva interna/endógena da ciência do direito⁶²⁰.

O que se disse supra quando da comparação do discurso da nova teoria com a pretensão de cientificidade do pensamento oitocentista – a saber: que, enquanto este último trabalha com um conceito metódico, aquela mobiliza um conceito institucional de ciência do direito – vale também aqui⁶²¹. Como perspectiva interna, endógena (*da* ciência do direito), interessa confrontar, teórico-metodologicamente, os problemas implicados nas atividades intradisciplinares do pensamento jurídico⁶²², e isto, repita-se, não a fim de ditar-lhe, de um modo abstrato e normativo, este ou aquele

direito – a partir, p.e., de uma teoria geral da ciência (neste sentido, hoje, cfr. Axel Adrian, *Grundzüge einer allgemeinen Wissenschaftstheorie auch für Juristen*, cit. p. 15 ss., p. 30 ss. e p. 122) – mas também, e este é o ponto a sublinhar, as que sustentam a sua forçosa *acientificidade*, isto é: a impossibilidade de um conhecimento teórico-científico do direito. Trata-se, dessarte, e na verdade, das perspectivas que se dedicam à disputa em torno da especificidade/peculiaridade – pode dizer-se: o *proprium* – do pensamento jurídico e/ou da ciência do direito, oscilando-se, no âmbito de uma tal disputa, e tradicionalmente, entre os extremos-pólos, de um lado, do seu pertencimento ao círculo das ditas ciências humanas (culturais, sociais, espirituais, etc.) e, do outro lado, de uma sua destinação prático-jurisprudencial como vetor reflexivo singularizador. Cfr. Wolfgang Fikentscher, *Wissenschaft und Recht im Kulturvergleich*, in: *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, cit. p. 77-86, especial. p. 83; Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, cit. p. 251 ss. Num tal contexto, a oposição conceitual entre «*iuris scientia*» e «*iuris prudentia*» ganha um sentido paradigmático, e particularmente esclarecedor, sobretudo quando mobilizada para caracterizar a dogmática como o campo disciplinar singularizador da racionalidade jurídica. Questionável, como se tem visto desde o início, é se a caracterização prática é capaz de envolver os campos do pensamento jurídico que não se articulam prático-dogmáticamente, que têm, por exemplo, e em contraste com um tal olhar, pretensões estritamente teórico-reflexivas. Ademais, se se aceita que a própria dogmática faz mais do que atuar, reflexivamente, de modo prático-normativo, operando também atividades que fogem a uma tal racionalidade, parece necessário reconhecer que o pensamento jurídico, sendo forçosamente plural, não é apenas *iuris prudentia*, mas também *iuris scientia*. Neste sentido, cfr. Matthias Jestaedt, *Braucht die Wissenschaft vom Öffentlichen Rechts eine fachspezifische Wissenschaftstheorie?*, cit. p. 20/22, em que se fala da necessidade de superar a diferenciação entre «*iuris prudentia*» e «*iuris scientia*».

⁶²⁰ Neste sentido: «Dieser geht es um eine analytisch-konzeptionelle Erfassung des disziplinären Phänomens der Rechtswissenschaft respektive der Rechtswissenschaften aus der Teilnehmer-Perspektive des Rechtswissenschaftlers. Im Fokus der solcherart verstandenen rechtswissenschaftlichen Meta-Disziplin [...] stehen nicht Fragen der disziplinären Außensicht auf die Jurisprudenz wie etwa jene, ob Jurisprudenz eine Wissenschaft wie andere sei; oder jene, ob und in welchem Maße sie überhaupt eine Wissenschaft sei; oder schließlich jene, was das wissenschaftlich Besondere an der Jurisprudenz markiere. Gegenstand [...] sind vielmehr jene Fragen, die der Rechtswissenschaftler selbst [...] aufwirft. Die Antwort darauf weisen die Richtung und aus der Eigensicht – für jede juristische Subdisziplin gesondert zu bestimmenden – Möglichkeiten und Grenzen rechtswissenschaftlicher Erkenntnis.» Jestaedt, *Braucht die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht eine fachspezifische Wissenschaftstheorie?*, cit. p. 22.

⁶²¹ Sobre a passagem hoje, também no âmbito geral da teoria da ciência, de uma compreensão metódico-normativa para um arranjo prático-institucional, cfr. Christoph Möllers, *Vorüberlegungen*, cit. p. 156. As suas palavras são esclarecedoras: «Wissenschaft ist vielmehr ein praktisch-institutioneller Zusammenhang, um dessen Definition man sich keine Sorgen zu machen braucht und den man namentlich mit empirischen und vergleichenden Zugängen näher untersuchen muss.» (p. 155) «Für eine Theorie der Rechtswissenschaft ist dies wichtig, weil es dazu einlädt, wissenschaftstheoretische Überlegungen gerade nicht mit methodischen Vorentscheidungen zu beginnen, etwa mit Fragen wie denjenigen, ob Rechtswissenschaft als normative Disziplin überhaupt eine Wissenschaft sein kann, was sie kategorial von anderen Wissenschaften unterscheiden könnte, oder wie sich eine Kategorie wie Dogmatik in einen Wissenschaftsbegriff einpassen mag.» No mesmo sentido, cfr. Marietta Auer, *Erkenntnisziel der Rechtstheorie*, cit. p. 14 ss.

⁶²² Anne van Aaken fala de uma *wissenschaftstheoretisch informierte Mesotheorie*. «Sie ist angesiedelt zwischen Rechtsdogmatik bzw. Rechtsanwendungswissenschaft (inklusive der Methodenlehre im engeren Sinne) einerseits und

específico método de trabalho, mas com vistas, especificamente, a uma análise teórica dos processos de diferenciação e das relações que as disciplinas e subdisciplinas jurídicas articulam. No lugar da discussão em torno da (a)cientificidade e/ou da peculiaridade metódica, chama-se a atenção para o funcionamento interno das disciplinas jurídicas, bem como para os fundamentos e os usos teórico-reflexivos com que estruturam os seus respectivos enunciados sobre o direito. Não é a visão externa da filosofia, da sociologia, da teoria da ciência, da teoria da arte, etc., que está a orientar a crítica teórica, mas a visão interna da própria ciência do direito na sua práxis académica – na perspectiva do cientista do direito –, consideradas as suas atribuições institucionais em face da realidade/práxis do direito.

O conceito de intradisciplinaridade é nuclear porque permite, de um lado, colocar em perspectiva o carácter relacional das ciências jurídicas, e, do outro, iluminar a centralidade da organização metódico-disciplinar na determinação da sua identidade reflexiva, isto é, da identidade reflexiva das próprias ciências jurídicas, e, por conseguinte, do conhecimento que produzem⁶²³. Com uma atenção especial ao vínculo de correção normativa que a dogmática polariza com a práxis, pode dizer-se que o olhar *meta* da teoria volta-se, de um modo geral, aos problemas da unidade e da pluralidade do pensamento jurídico, das suas relações de (in)dependência com os acervos de conhecimento extrajurídico, da construção e estruturação dos seus enunciados disciplinares, bem como às questões relativas à correlação objeto/método no âmbito das ciências do direito⁶²⁴. Uma tal problematização deve conduzir a uma ruptura da representação, e, assim, da dominância, apenas pragmática da dogmática jurídica. Com base apenas nas preocupações da metodologia tradicional, parece impossível compreender e conferir o devido tratamento metodológico a tais atividades. Sob o enfoque intradisciplinar, por sua vez, está a reconhecer-se não apenas a existência, no edifício da ciência do direito, de uma certa concorrência disciplinar, com diferentes perspectivas a

der Rechtstheorie i.w.S. andererseits.» «[S]ie integriert und reflektiert [...] die Methodenlehre der Rechtswissenschaft [...]» Anne von Aaken, *Funktionale Rechtswissenschaftstheorie*, cit. p. 81 e 86. Ver também Christian Bumke, *Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland*, cit. p. 78.

⁶²³ Disse-se já, e importa aqui acentuar, que a intradisciplinaridade, como perspectiva interna, determina também a própria interdisciplinaridade, não obstante, e quase-paradoxalmente, esta altere igualmente aquela – daí, ademais, a necessidade de consciência metodológica (ou, para dizer com Anne van Aaken: *Methodenehrlichkeit*); também sobre «Methodenehrlichkeit», com ênfase no papel da teoria do direito para a adequação objetiva, cfr. Hans Christoph Grigoleit, *Anforderungen des Privatrechts na die Rechtstheorie*, cit. p. 75 s.

⁶²⁴ A imagem de uma *mesoteoria*, tal como na proposta de van Aaken, representa a teoria como a disciplina jurídica responsável pela integração interna das diferentes colunas do pensamento jurídico académico; no centro estaria, para a autora, a dita «Normwissenschaft als Rechtsanwendungswissenschaft (d.h. Dogmatik und Methodenlehre i.e.S.)», tocando à teoria relacioná-la aos campo daquilo que van Aaken trata por *Wertwissenschaft e Realwissenschaft*, nomeadamente: a filosofia do direito, a política do direito e a sociologia jurídica. A teoria das ciências do direito estaria, neste sentido, não acima, mas *entre* as colunas do pensamento jurídico. Cfr. van Aaken, *Ibidem*, p. 91 s. Especificamente sobre a relação entre uma teoria da política do direito e as preocupações da *Wissenschaftstheorie* e da *Gesellschaftstheorie*, ver também Ralf Dreier, *Rechtspolitik und Ideologiekritik*, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1976, p. 95-97.

reivindicarem a sua autonomia e autodeterminação reflexiva – e, portanto, a autonomia dos seus respectivos objetos/“direitos” –, mas também, e este é o ponto aqui central, o papel primordial das relações disciplinares na definição do destino do pensamento jurídico, e, não será demais dizer, do destino também do próprio direito. Neste sentido, há que ter claro o seguinte: diferentes relações conformam diferentes perspectivas disciplinares; a diferirem as relações disciplinares, diferirão também, e na mesma medida, os enunciados sobre e para o direito. A depender, então, da disciplina de que venha a aproximar-se a dogmática – por exemplo, da sociologia ou da filosofia, da teoria ou da metodologia, da história, da política ou da psicologia –, variarão também os seus enunciados disciplinares; variarão, em suma, os sentidos normativos dos seus sistemas e das suas propostas de decisão concreta.

Sem o enfoque intradisciplinar, além ainda da tendência à hegemonização da pragmática, a própria compreensão do trabalho interno desta fica prejudicada, incompleta, restringindo-se, no horizonte das discussões tradicionais, a explorar o seu potencial prático⁶²⁵. Com a reflexão teórico-metodológica a confinar-se à dogmática prática, na intenção, nomeadamente, de atingir a práxis do direito, passa a ser a racionalidade daquela, da dogmática prática, o critério definidor da identidade do pensamento jurídico, cristalizando a falsa ideia de que este, como dogmática prática, opera de modo metodicamente independente⁶²⁶. Uma vez, no entanto, que a própria dogmática tem de realizar tarefas que escapam à intenção prático-normativa – que escapam, no limite, à pretensão de correção do direito –, por exemplo, como dito, no seu trabalho de construção de enunciados, sistemas e decisões dogmáticas, e tendo, para tanto, de lançar mão de conhecimentos extrajurídicos⁶²⁷, parece clara a necessidade de uma meditação metodológica não apenas em torno da (teoria *da*) práxis, mas também em torno da (teoria *da*) ciência do direito⁶²⁸.

⁶²⁵ Com Anne van Aaken, *Funktionale Rechtswissenschaftstheorie*, p. 82: «Rechtswissenschaftstheorie muss in der Lage sein, die Dynamik der Wirklichkeit und des Rechts einzufangen und in ihnen begriffen zu reflektieren. Sie muss der normgeleiteten rechtswissenschaftlichen Arbeit eine wirklichkeitsorientierte Dimension geben können, um so eine normative Selbstisolierung der normativ-dogmatische Rechtswissenschaft zu überwinden.»

⁶²⁶ Nas palavras de Christoph Möllers, *Vorüberlegungen*, cit. p. 160: «[E]s [ist] keineswegs zwingend [...], eine wissenschaftliche Behandlung von Recht an einen bestimmten methodischen Umgang zu ketten. Vielmehr kennt die Rechtswissenschaft, wie alle anderen Wissenschaften auch, bestimmte wissenschaftliche Zugänge, die sich einerseits bewährt haben, die sich andererseits weiterentwickeln müssen, und die sicher von dem Umstand, dass Rechtswissenschaften gerade mit Recht hantieren, genauso abhängig sind, wie etwa beim Umgang der Biologie mit „Lebendigem“ der Fall ist: In beiden Fällen ist das derart Bezeichnete aber historischen Wandlungen und kulturellen Varianzen unterworfen.» Também assim, Marietta Auer, *Erkenntnisziel*, cit. p. 15. Especificamente sobre a perda de conhecimento, no sentido de deficit reflexivo da ciência do direito, como consequência do não reconhecimento do caráter jurídico de modelos reflexivos que se não dedicam à dogmática prática, cfr. Thilo Kuntz, *Recht als Gegenstand der Rechtswissenschaft*, cit. p. 865 s.

⁶²⁷ Cfr. Oliver Lepsius, *Themen einer Rechtswissenschaftstheorie*, cit. p. 8.

⁶²⁸ «Hier spielt Rechtswissenschaftstheorie [...] die Rolle einer auf die Bedürfnisse und Besonderheiten der Jurisprudenz zugeschnittenen Interdisziplinaritätstheorie, einer – so ließe sich zungenbrecherisch formulieren – Rezeptionsreflexivionsdisziplin: Wie wirken nicht-juridische Disziplinen, mag man sie – eher „einfühlsam“ –

Noutras palavras: as diferentes ciências do direito organizam-se a partir de balizas reflexivas próprias, internas, com base em interesses e necessidades disciplinares dificilmente generalizáveis. Uma vez que ao direito *em si* não é dado isolar-se dos seus contextos histórico, político, económico, social, cultural, psicológico, filosófico etc., cada esfera do pensamento jurídico é levada, diante da necessidade de conhecer o seu respectivo objeto (o “direito”), a operar específicas relações disciplinares. Disse-se já: sendo locais os artefatos do direito, serão também locais as racionalidades que com eles lidam⁶²⁹, configurando-se no âmbito de cada setor do pensamento jurídico problemas e métodos próprios, com a dogmática a ter de mobilizar modelos que *prima vista* não domina. Daí que a teoria preocupe-se com a estruturação interna dos seus enunciados, em que, ao fim e ao cabo, se estabilizam componentes e vontades disciplinares alienígenas.

2. Para que(m) serve a Teoria das Ciências do Direito?

Como plataforma reflexiva, a teoria serve como horizonte conceitual para uma crítica teórica à ciência do direito, isto é, ao funcionamento empírico, académico, do pensamento jurídico. O seu destinatário imediato é o *cientista do direito*, e, pode dizer-se: a autocompreensão do académico de direito como ator jurídico específico que tem por atribuição/ofício operar, num dado contexto institucional, com alguma esfera do conhecimento jurídico; e já não, ao menos não imediatamente, o prático do direito, o ator da práxis, seja o juiz, o legislador, o administrador ou a pessoa privada no âmbito da sua autonomia jurídica⁶³⁰. Pôde ver-se nos capítulos anteriores que o pensamento

Nachbarwissenschaften oder aber – eher „nüchtern“ – Fremdwissenschaften nennen, auf die juristischen Disziplinen ein?» Matthias Jestaedt, *Eine fachspezifische Wissenschaftstheorie?*, cit. p. 27. Ainda como questões de uma teoria das ciências do direito: que ciências vizinhas podem realmente ser úteis para as ciências do direito? Como podem ser úteis? A que ciências jurídicas podem ser úteis? Pode, de outro lado, o pensamento jurídico contribuir, com o seu conhecimento do direito, junto às suas ciências vizinhas?

⁶²⁹ No âmbito das atividades interdisciplinares, é de notar, p.e., que as ciências do direito penal tendem a aproximar-se mais das ciências psicológicas e filosóficas, enquanto as ciências do direito público aproximam-se mais das ciências políticas e sociais, e as ciências do direito privado, das reflexões de ordem económica. Neste sentido, Matthias Jahn, *Pluralität der Rechtsdiskurse*, cit. p. 181 ss., diz ser inviável, no contexto de pluralidade, desenvolver um *Einheitsdenken*: «Dies habe zur Folge, dass die Regeln und Maßstäbe, die dieser Auslegung zugrunde liegen, nicht nur in den einzelnen rechtswissenschaftlichen Fachsäulen, sondern erste recht innerhalb eines Rechtsgebiets im Wesentlichen identisch sein müssen.» – dito isto especificamente em relação à «Auslegungslehre», Jahn menciona Esser, Kaufmann e Müller como exemplos da tentativa de desenvolver um modelo de pensamento unificador, tendente, diz, a imunizar metodologicamente as especificidades dos objetos setoriais. Fala-se então de uma *Universalitätsanspruch* da *Methodenlehre*, contra o que reclama Jahn a *Sektoralisierung der Methodenlehre*, para além ainda de uma setorização da própria teoria do direito (*Rechtstheorie*).

⁶³⁰ Sobre a orientação prática não ser nem uma característica específica da ciência do direito frente a outras ciências nem igualmente relevante nos diferentes setores das reflexões jurídicas, cfr. Christoph Möllers, *Vorüberlegungen*, cit. p. 169.

jurídico do século vinte desenvolveu, mormente com o pós-guerra⁶³¹, uma certa tendência a prescindir do discurso teórico, tendo dominado o chamado da práxis. Não apenas a dogmática, mas também as disciplinas jurídicas fundamentais passaram a orientar-se pelos modelos de um pensamento prático⁶³². É importante perceber, em face disto, que a nova teoria, não obstante distancie-se criticamente da práxis e da perspectiva praxista⁶³³, acaba por contribuir, desde problematizações entretanto teóricas, no aprimoramento metódico também do pensamento jurídico de tipo prático⁶³⁴.

a) As (sub)disciplinas jurídicas, e os seus (sub)objetos

O seu potencial analítico parece esclarecer-se diante da pergunta pela *identidade reflexiva* do pensamento jurídico no contexto da pluralidade disciplinar e da multiplicidade metodológica. Uma vez que cada subdisciplina desenvolve a sua própria racionalidade, guiadas que são por interesses próprios – com objetos e métodos diferenciados –, importa saber se há entre elas algo

⁶³¹ A visão de mundo do pensamento jurídico do pós-guerra, viu-se já, acaba por colocar o campo da teoria do direito sob os cuidados disciplinares da filosofia do direito, e de reflexões em torno da ética do direito, numa espécie de negativa à sua perspectiva propriamente teórica, *modus operandi* este que prevalece, segundo Marietta Auer, até ao final do século passado. Nas suas palavras: «So dominierte um 1990, also in der unmittelbaren Nachwendzeit, zunächst noch der klassische Themenzuschnitt des in den 196er und 1970er Jahren definierten Disziplinzusammenhangs von normativer Rechtsphilosophie und analytischer Rechtstheorie. Zu den dominierenden Themen zählten insbesondere Naturrecht und Rechtspositivismus, philosophische Gerechtigkeitslehre sowie klassische Fragestellungen der juristischen Methodenlehre. Insgesamt handelte es sich also genau um den aufgrund der Entwicklung seit der Nachkriegszeit erwartbaren disziplinäre Zuschnitt des Fachs.» Auer, *Erkenntnisziel*, cit. p. 34. Representativos aqui, para Auer, são: Norbert Hoerster (*Verteidigung des Rechtspositivismus*), Robert Alexy (*Begriff und Geltung des Rechts*), Jürgen Habermas (*Faktizität und Geltung*), Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris (*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*).

⁶³² Cfr., muito especialmente, Fernando Bronze, *Argumentação jurídica: o domínio do risco ou o risco do dominado?*, in. Analogias, cit. p. 126 ss.

⁶³³ Ademais, a própria condição histórico-académica é hoje outra. Ainda com Marietta Auer, na sua reconstrução histórica: «Doch schon um 1995 und dann mit jedem neuen anbrechenden Jahrzehnt immer mehr – also erst recht nach der Jahrtausendwende, und nochmals erst recht seit den Zehnerjahren des neuen Jahrtausends – verändert sich dieses Bild [da nota anterior], indem sich der Diskurszustand mit erheblicher Geschwindigkeit in philosophiefremde Richtungen verschiebt, die man mit den Schlagworten *Fragmentierung*, *Pluralisierung* und *Repolitisierung* kennzeichnen kann. Gemeint ist erstens eine methodische Fragmentierung der rechtstheoretischen Diskurse durch zunehmende außerphilosophische Interdisziplinarität, zu der Mitte der 1990er Jahre insbesondere die ökonomische Analyse des Rechts und die systemtheoretische Rechtssoziologie beigetragen haben. Zweitens war im Gefolge der immer unabweisbarer Europäisierung und Internationalisierung der Rechtsanwendung eine zunehmende Pluralisierung des Verständnisses von Rechtsbegriff und Rechtsquellenlehre zu beobachten; insoweit war es bemerkenswerterweise die dogmatische Rechtswissenschaft, die ihrer theoretischen Avantgarde ein neues Themenfeld aufgezwungen hat. Drittens stellt sich vor allem seit der Jahrtausendwende unter dem Eindruck des neuen globalen Fundamentalismus verstärkt die Frage nach einer Repolitisierung der rechtstheoretischen Diskurse durch neue oder wiederaufgelebte Debatte & über Machttheorie und Machtsoziologie, Globalisierung, Governance, Ausnahmezustand, Schutzverantwortung, Biopolitik, Bioethik, Risikogesellschaft und Paternalismus.» Auer, *Erkenntnisziel*, cit. p. 35.

⁶³⁴ Neste sentido, cfr. Eric Hilgendorf, *Interdisziplinarität*, cit. p. 443.

que as unifique⁶³⁵. O ponto de partida da teoria, como dito, é o reconhecimento do caráter institucional, acadêmico, do pensamento jurídico. Contudo, se se aceita a radicalização do ponto de vista empírico, a compreensão da ciência do direito passa por uma redução sociologizante, quase-laboratorial⁶³⁶, que faz perder de vista, no limite, a relevância do tema da sua identidade reflexiva, e, por conseguinte, das suas atribuições disciplinares e a exigência de uma sua correção metódica. Isto porque escapa à perspectiva estritamente empírica o problema da relação objeto/método, na pergunta: quem veio antes, o objeto ou o método? – pergunta esta todavia indispensável para a correção metódica⁶³⁷. É à luz de uma tal problemática, quer dizer: aceitando-a enquanto tal, que ressurge o tema da identidade reflexivo-disciplinar do pensamento jurídico⁶³⁸. Pode ponderar-se, então, se se define esta pelo seu objeto – o direito como objeto próprio da ciência do direito – ou pelo seu método. Dificilmente negar-se-á, no universo das construções jurídicas, que o método da disciplina determina a respectiva identidade reflexiva, eis que o objeto de conhecimento pressupõe o conhecimento do objeto, isto é, pressupõe um modo específico de aproximação e acesso, ou seja: um método de conhecimento do objeto, sendo aquele uma espécie de *constituens* deste.

⁶³⁵ Questão esta que Andreas Funke, *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, cit. p. 8, não articula no formato de uma indagação, mas assume como um pressuposto: as ciências jurídicas dividiriam algo em comum e, por isto, seriam ciências do direito. O que exatamente teriam em comum, Funke não o responde.

⁶³⁶ Nas discussões em torno do conceito de *Rechtswissenschaftstheorie*, a radicalização empírico-sociológica encontra hoje voz na obra de Christoph Möllers – que segue, para tanto, um caminho de leitura que se constitui a partir de, melhor: a passar por Thomas Kuhn, Michel Foucault, e a desembocar em Bruno Latour –, com uma proposta de sociologização da teoria da ciência do direito, proposta esta que, levada a sério, substituiria a *teoria* por uma *sociologia* da ciência do direito. No horizonte de uma tal leitura, Möllers refere que a teoria da ciência, como reflexão em torno do funcionamento próprio da ciência, já não deveria/poderia ser considerada uma teoria sobre o “correto” funcionamento da ciência – num sentido metódico-normativo (abstrato) –, tendo tomado, notadamente após Karl Popper, mais e mais a via da empiria: «Wissenschaftstheorie wird zur Wissenschaftssoziologie, die die praktische Möglichkeiten und Grenzen wissenschaftlicher Forschung beispielhaft analysiert.» Möllers, *Vorüberlegungen*, p. 153. Ao invés de dedicar-se, portanto, a analisar a adequação conceitual/metodológica de teorias, interessariam, atualmente, mais as condições sociológicas/empíricas da produção dos saberes, e, na perspectiva da história da ciência, os acidentes e acasos do discurso científico. Ver também, sobre essa frente empírica, Axel Adrian, *Grundzüge einer allgemeinen Wissenschaftstheorie*, cit. p. 19 ss. Defendendo a ideia de que a ciência do direito não é mais do que «eine Wissenschaft wie jede andere», Möllers considera relevante, entretanto, atentar para «ihre Besonderheiten», e esforça-se, afinal, para diferenciar a conformação metódica das ciências jurídico-públicas frente às demais ciências do direito, salientando, por exemplo, que enquanto as ciências jurídico-privadas têm os seus estágios reflexivos voltados ao caso concreto, voltam-se aquelas outras para problemas abstratos, não redutíveis ao caso concreto, da política.

⁶³⁷ Pois, com a diluição sociológica da ciência do direito, com a mera identificação dos campos e das relações político-institucionais dos atores e das instituições de pesquisa jurídica, perde relevância, e utilidade, a própria teoria das ciências do direito, substituída, como viu-se com Möllers, por uma sociologia da ciência do direito. Noutras palavras: acaba por perder relevância, para a visão que radicaliza a dimensão empírica, a metodologia do trabalho reflexivo do pensamento jurídico em face do seu objeto próprio, o direito mesmo. Diante disto, e do ponto de vista das diferenciações disciplinares, é, portanto, importante destacar que a *teoria* das ciências do direito, não se confundindo nem com a filosofia do direito nem com a metodologia jurídica, tampouco pode ser confundida com uma *sociologia* da ciência do direito.

⁶³⁸ Cfr. Christoph Engel, *Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition*, cit. p. 231 ss.; Matthias Jestaedt, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, cit. p. 267 ss.

Com efeito, o que pode ser conhecido especificam-no os meios com que se intenta conhecer, ou seja, depende do processo-método de conhecimento de que se lança mão. O recorte que se faça da realidade e os meios com que se estabelece um tal recorte estão subordinados, ademais, a uma inescapável instância de percepção da realidade. Neste sentido, é verdade, o método constitui a identidade disciplinar, dispondo dos limites e da capacidade do seu alcance reflexivo; afinal, as coisas aparecem no interior de específicos campos de sentido⁶³⁹. No entanto, disse-se já, que o método defina o *objeto formal* de uma dada disciplina, dito de outro modo: que o campo de sentidos desta estruture-se internamente, no seu trato reflexivo com o seu respectivo domínio de objetos, não significa que o *objeto material* tenha a sua realidade constituída por escolhas de ordem metodológica, tampouco que seja ele desprovido de importância na formação mesmo da identidade disciplinar⁶⁴⁰. Enquanto o objeto formal é o resultado de construções e opções metodológico-disciplinares, podendo variar de acordo com as escolhas reflexivas de cada novo *momentum* institucional – com as mudanças de paradigma das ciências, por assim dizer⁶⁴¹ –, o mesmo não pode ser dito quanto ao objeto material, cuja existência permanece externa e prévia relativamente àquelas escolhas⁶⁴².

No vocabulário do *nuovo* realismo: o objeto (formal) constituído no âmbito de uma dada epistemologia, entenda-se: de uma agenda institucionalizada para a interpretação da realidade, é inconfundível com o objeto (material) dado pela própria realidade. O fato de a realidade não poder ser determinada interpretativamente não significa, por sua vez, como já se disse, que ela é em si indeterminada, pois, na verdade, é determinadíssima, como determinadíssimo é o campo da ontologia, com as suas interações e emergências próprias. *L'inemendabilità* de que fala Maurizio

⁶³⁹ Cfr., no âmbito do discurso filosófico, Markus Gabriel, *Fields of Sense. A New Realist Ontology*, cit. p. 43 ss., 135 ss. e 338 ss.

⁶⁴⁰ Contra a visão apenas empírica de Möllers, Jestaedt mobiliza, numa perspectiva autoassumida normativa, o *Zirkel des Verstehens*, de Martin Heidegger, para concluir que o «objeto material» determina o «objeto formal», melhor: que aquele deve ser utilizado como critério para a adequação metodológica deste (*Maßstab der Gegenstandsadäquanzt*). Se é, pois, verdade que aquilo que se considera por “direito”, e, então, por objeto do pensamento jurídico, somente por meio de uma determinação do método de conhecimento pode consolidar-se, é também verdade que a escolha do método – caso pretenda uma correção interna – guia-se, melhor: deve guiar-se pelo seu objeto material, o direito mesmo. Noutras palavras: para evitar que os seus enunciados reflexivos caiam em erro, a disciplina deveria incluir nas suas finalidades de conhecimento a adequação interna dos seus métodos a partir do seu objeto material próprio. Cfr. Mathias Jestaedt, *Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie*, cit. p. 192 ss. Ver também o seu *Eine fachspezifische Wissenschaftstheorie?*, cit. p. 31 ss., em que se fala de uma *pragmatisch-empirisches Verständnis der Wissenschaft*. Ainda, no seu *Wie das Recht, so die Auslegung*, p. 147: «Dieser Zirkel ist nicht durch eine kunstgerechte Anwendung der Mittel der Logik oder der Methode abwendbar. [...] Die Zirkelbewegung des Verstehens lässt sich übersetzen als Gegenstandsbestimmtheit der Gegentandserkenntnis: *Wie* ich etwas auslege, hängt davon ab, *was* ich auslege.»

⁶⁴¹ Não apenas em sentido diacrónico, também em modo de coexistência multiparadigmática, ver Stephan Kornmesser/Gerhard Schurz, *Die multiparadigmatische Struktur der Wissenschaften*, cit. p. 13 ss. e 16 ss.

⁶⁴² À luz do *nuovo* realismo, é necessário diferenciar claramente *scienza ed esperienza, ontologia ed epistemologia*, cfr. a síntese de Stefano Vaselli, *Nuovo Realismo*, in. AphEx, *Giornale di Filosofia*, 2013, p. 169-211, especial. 184 ss., com críticas aí a Foucault e Latour.

Ferraris ensina⁶⁴³, afinal, que, por mais plausíveis que possam parecer as interpretações e respectivas argumentações em torno dos sentidos da realidade, esta, na sua existência própria, (r)esiste inalterável, incorrigível. Portanto, a não ser que se queira ignorar a realidade do objeto formal, o reconhecimento do objeto material é, para a adequação/correção dos enunciados reflexivo-disciplinares, indispensável, e, institucionalmente, forçoso. No campo do pensamento jurídico, e muito especificamente da dogmática, a apuração das reais componentes da obtenção do direito é, pois, essencial para a correção da sua consciência metodológica⁶⁴⁴. No diálogo, portanto, com o novo realismo, a proposta de uma *adequação do método pelo objeto* – entenda-se: uma correção do método a partir do objeto (e não o contrário) – permite à nova teoria assumir a perspectiva institucional da ciência do direito, sem cair numa sua improdutiva sociologização/laboratorização, é dizer, numa análise meramente empírica. Neste sentido, é importante sublinhar que a negativa ao conceito metódico de ciência do direito diz apenas que a metodologia do pensamento jurídico não se deixa determinar abstrata e normativamente, sem a devida atenção ao seu funcionamento acadêmico, mas não é uma negativa à correção metódica⁶⁴⁵. Como dito, trata-se, a correção metódica, mormente no universo jurídico, de uma necessidade institucional, e essencial às atribuições da ciência do direito. No diálogo da nova teoria com o novo realismo, parece viabilizar-se, então, uma espécie de síntese entre o reconhecimento da dimensão empírica e a necessidade de correção metódica – dito ainda de outro modo: a exigência de correção metódica vai implicada na própria empiria do pensamento jurídico. Ou seja: ainda que o funcionamento acadêmico do pensamento jurídico, na sua diferenciação e hiperespecialização internas, mostre-se arredo às

⁶⁴³ Ver *supra*, notas 352 e 353.

⁶⁴⁴ Daí, destaque-se, a centralidade da teoria do direito propriamente dita, como disciplina que se dedica a iluminar as componentes da realidade do direito, componentes estas que sobretudo a dogmática não poderá perder de vista. É isto que parece escapar, disse-se já, à proposta de Marietta Auer, tão-somente preocupada, na sua *multidisziplinäre Rechtswissenschaft*, em fazer dialogar as disciplinas fundamentais com a dogmática, mas isto sem qualquer referência ao direito mesmo.

⁶⁴⁵ Explique-se: a crítica à perspectiva abstrata, de tipo metódico-normativo, do pensamento jurídico, em favor, então, do reconhecimento do seu funcionamento empírico, acadêmico-institucional, não pode servir como uma desculpa para descuidar-se da sua consciência metodológica. Não é à toa que o próprio Möllers acaba por desenvolver reflexões para a adequação metodológica, criticando, p.e., a pretensão de correção do direito (*wissenschaftlichen Richtigkeitsanspruch*) como um perigo para a diferenciação entre os campos do direito e da ciência do direito. Möllers, *Ibidem*, p. 158 ss. A proposta de Jestaedt, por sua vez – a polarizar, repita-se, com Möllers –, se parece à primeira vista demasiado normativa, não está entretanto a sugerir uma perspectiva abstrata de método para o pensamento jurídico – tal perspectiva é, na verdade, rechaçada ao afirmar-se que o método disciplinar deve orientar-se pelo seu objeto específico, e não por uma outra disciplina –, mas, antes, a sua adequação objetiva. Vai no mesmo sentido Oliver Lepsius, *Themen der Rechtswissenschaftstheorie*, cit. p. 6 ss. e 14 ss. [«Gegenstandsbezogenheit und Interdisziplinarität»]. Crítico também da redução empírica de Möllers é Matthias Jahn, *Pluralität der Rechtsdiskurse*, cit. p. 180 ss., para quem, mais ainda do que de uma teoria das ciências do direito, seria necessário desenvolver *teorias* da ciência do direito, e também teorias setoriais do direito (*bereichsspezifisch*), isto é, uma para cada setor.

tentativas de um enlace abstrato/normativo, isto não significa ter agora de abrir mão da sua consciência metodológica⁶⁴⁶. Antes o contrário⁶⁴⁷.

b) A produção de enunciados dogmáticos no contexto da pluralidade das ciências do direito

Conclui-se daí que a relação método/objeto(-*coisa*) tem de orientar-se a partir deste(-*desta*), ainda que a identidade reflexiva configure-se no âmbito daquele. Portanto, ao mesmo tempo em que se reconhece no método a instância de determinação da identidade disciplinar – como campo em que se estabilizam os sentidos da respectiva atividade reflexiva –, faz-se também um apelo à adequação argumentativa do método desde *o seu objeto próprio*, isto é, uma reivindicação teórica para que as atividades disciplinares do pensamento jurídico adequem-se internamente, metodologicamente, às *suas coisas próprias*, ao invés de partirem de e/ou para *coisas alheias*. Sob este ângulo, um argumento dogmático será adequado, ou metodologicamente consciente, quando referir-se objetivamente ao seu objeto específico, critério (objetivo) da sua correção metódica. Ao passo que, no outro extremo, o argumento dogmático que se não mostrar apoiado no seu objeto concreto/real próprio, precisamente por deste não decorrer objetivamente, haverá que ser considerado metodicamente inadequado-incorreto. Importa insistir, então, que uma tal exigência de correção metódica não é uma exigência normativa e abstrata, decorrendo, antes, do caráter institucional da ciência do direito. A aceitar-se uma tal proposta, parece que se está diante de uma resposta crítica, de um lado, à niilização da metodologia, incapaz de perceber a relevância da discussão teórica em torno do método, e, do outro lado, ao sincretismo/diletantismo metodológico, que fomenta a perigosa sensação de *anything goes*. O objeto da discussão metodológica, desde a plataforma da crítica teórica, é, então, a argumentação, melhor: a construção dos enunciados do pensamento jurídico, mormente da dogmática.

Significa isto, noutras palavras, que o pensamento jurídico dogmático deve assumir como vértice objetivo do seu trabalho interno o direito preexistente, ao invés de nortear-se,

⁶⁴⁶ O que está a ser alterado é, antes, a orientação metodológica, passando do abstrato para o concreto. No contexto da construção de relações interdisciplinares, diz Lepsius, Ibidem, p. 15: «Die interdisziplinäre Brücke wird über Gegenstände, nicht Methoden gewonnen. Neue oder veränderte Gegenstände zu postulieren ist daher auch ein vorrangiges Mittel um den interdisziplinären Diskurs zu stärken.»

⁶⁴⁷ Com Matthias Jestaedt: «Bei aller Ausdifferenzierung der Wissenschaft(en) zu einem fragmentierten pluralen tantum bleibt es doch ein Postulat (je)der Wissenschaftlichkeit, dass das Streben nach (größtmöglicher) Erkenntnis das Streben einschließt, die in der Wissenschaft als sozialem System aktuellsten und in concreto erklärungsmächtigsten Methoden, Theoreme und Konzepte in den Dienst des eigenen, disziplinär gebundenen Erkenntnisstrebens zu stellen.» Jestaedt, *Vom Beruf der Rechtswissenschaft*, cit. p. 234, nota 16.

interpretativamente, a partir de perspectivas e/ou projetos normativo-reflexivos para o direito; com propostas, p.e., em torno de uma dita “essência”, ou de uma “estrutura normativa”, um “sentido último”, uma “ideia fundamental” e/ou “originária” do direito⁶⁴⁸. Uma tal representação da consciência metodológica, que corrige o método desde o objeto, não está a negar que outros campos disciplinares operem análises transcendentais do direito – análises estas, aliás, que têm a sua relevância já comprovada –, está a demandar, apenas, e na verdade, que a dogmática jurídica, em razão do seu potencial prático e da tendência à subjetividade que o ambiente de pluralidade e multiplicidade implica, estructure o seu trabalho disciplinar com o direito positivo de modo objetivo; a partir do seu objeto próprio. Mostra-se isto particularmente relevante quando reconhece-se, como acima pode reconhecer-se, que a identidade disciplinar não pode ser controlada abstrata e normativamente, tratando-se, antes, de um questão como que de *forum internum*, e que, num ambiente de multiplicidade metodológica, isto acaba por autorizar à dogmática, se metodicamente desatendida, a orientar-se subjetivamente. Pois, no contexto da pluralidade e da multiplicidade, cada campo, cada disciplina, concebe o seu próprio objeto formal⁶⁴⁹; ou seja, o próprio pensamento jurídico, a depender dos seus interesses e finalidades, representará o “direito” como um fenómeno histórico, um fenómeno sociológico, um fenómeno normativo, económico, psicológico, político, etc. A dificuldade teórica está na impossibilidade, por ausência mesmo de um critério normativo

⁶⁴⁸ Dito de outro modo: que se orientem as suas sistematizações do direito positivo pelo direito mesmo, e não por uma ideia de direito (*Rechtsidee*). Neste sentido, cfr. Clemens Jabloner, *Die Wahrheit der Rechtswissenschaften*, cit. p. 138. Considerado o campo da dogmática, o que está a dizer-se é que a disciplina deve orientar os seus métodos reflexivos desde o seu objeto específico, e não a partir de uma outra disciplina, jurídica ou não-jurídica, que prometa revelar, com base nas suas próprias finalidades de conhecimento, alguma espécie de essência ou fundamento normativo básico do direito; ao invés de guiar-se a partir de tais promessas reflexivas, a dogmática deveria fazê-lo por meio do seu objeto próprio. O problema metodológico implicado nesse processo de importação de conhecimento parece esclarecer-se quando se pensa a dogmática a fundar os seus enunciados e as suas sugestões normativas, p.e., no discurso da filosofia do direito, que, como visto supra, ao dedicar-se a problematizar o horizonte da fundamentação normativa do direito, promove discussões, não sem alguma relativização, em torno da relação entre «juridicidade» e «moralidade», tornando perigosa a sua manipulação discursiva desde o campo da dogmática. Cfr., neste sentido, a crítica à autorreferencialidade da filosofia do direito e a sua tentativa de enquadramento normativo da dogmática, de Marietta Auer, *Erkenntnisziel*, cit. p. 39 ss. Ver também Matthias Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, cit. p. 79-86; Eric Hilgendorf, *Rechtsphilosophie der Gegenwart*, cit. p. 170-181.

⁶⁴⁹ Na linguagem da teoria dos campos de sentido: «There is no [...] “innocent” use of totality expressions such as “the universe” and “the world”, but rather a vague and widespread use of metaphysical conceptions in ordinary language that got there through the various histories of philosophy in the first place. The picture with which I would like to replace the illusion of an all-encompassing singularity looks like this: We are located in a more than infinite proliferation of fields of sense with no beginning and no end. There is no over-arching structure, no *arché* governing the whole thing. For one thing, there is no whole thing, no world, but only the frayed plurality of manifold appearing. [...] And it is even better that the world does not exist, because, things being this way, it is always up to us to negotiate our various decisions as to how to compensate the lack of world [...]» Markus Gabriel, *The Meaning of “Existence” and the Contingency of Sense*, in *Frontiers of Philosophy in China*, 2014, p. 109-129 (p. 128). Ver também Juan Antonio Negrete Alcudia, *En defensa del mundo*, in. *Análisis. Revista de investigación filosófica*, 2016, 3, p. 137-147, especial. p. 142 ss.

geral, de eleger uma dada perspectiva disciplinar como horizonte reflexivo para as demais – daí razão de ser das expressões: *Voilà l'incommensurable! Voilà le différend!*⁶⁵⁰

Portanto, o fato de cada disciplina constituir o seu próprio objeto formal, que, no limite, é a expressão da sua identidade disciplinar, do seu método interno, significa não apenas que o pensamento jurídico é metodologicamente múltiplo mas também que é – pós-metafisicamente – impossível que uma dada disciplina dite os critérios para a avaliação dos resultados obtidos por uma outra, cuja metodologia é-lhe afinal estranha⁶⁵¹. Assim, se se pergunta, num tal contexto, pela identidade disciplinar do pensamento jurídico, ter-se-á de reconhecer que se trata de uma identidade plural, múltipla – uma ciência pluriidentária do direito⁶⁵² –, com um funcionamento académico desprovido de unidade metódica, é dizer: de um objeto (formal) e/ou uma finalidade de conhecimento unificados. Institucionalmente analisado, o pensamento jurídico não conforma, disse-se já, uma ciência/disciplina ou uma racionalidade, dito de outro modo: não existe, em termos de racionalidade ou de modelo de pensamento, a ciência do direito. Trata-se, a «ciência do direito», de um ambiente académico supercomplexo em que convivem, de modo nem sempre harmonioso, racionalidades/disciplinas diversas, não podendo ser o pensamento jurídico feito sinónimo de um

⁶⁵⁰ Nas conhecidas palavras de Jean-François Lyotard: «A la différence d'un litige, un différend serait un cas de conflit entre deux parties (au moins) que ne pourrait pas être tranché équitablement faute d'une règle de jugement applicable aux deux argumentations. A la différence d'un litige, un différend serait un cas de conflit entre deux parties (au moins) qui ne pourrait pas être tranché équitablement faute d'une règle de jugement applicable aux deux argumentations. Que l'une soit légitime n'impliquerait pas que l'autre ne le soit pas. Si l'on applique cependant la même règle de jugement à l'une et à l'autre pour trancher leur différend comme si celui-ci était un litige, on cause un tort à l'une d'elles (au moins, et aux deux si aucune n'admet cette règle). Un dommage résulte d'une injure faite aux règles d'un genre de discours, il est réparable selon ces règles. Un tort résulte du fait que les règles du genre de discours selon lesquelles on juge ne sont pas celles du ou des genres de discours jugé/s. [...] Le titre du livre suggère (par la valeur générique de l'article) qu'une règle universelle de jugement entre des genres hétérogènes fait défaut en général.» Lyotard, *Le Différend*, Minuit, Paris, 1983, p. 9. Ainda com Lyotard: «L'incommensurabilité, au sens de l'hétérogénéité des régimes de phrases et de l'impossibilité de les soumettre à une même loi (sauf à les neutraliser)» (p. 187)

⁶⁵¹ Não é possível, do ponto de vista teórico, obrigar que uma dada disciplina siga os métodos estabelecidos por uma outra. Para além da resistência intradisciplinar como que natural, a tentativa de imputação metódico-disciplinar externa representa, disse-se já, uma postura teórica ideológica, havendo que ser combatida – no sentido crítico do que se disse acima, sobre uma *non-innocent* busca por um universal-*arché*, e de modo a fomentar, ao invés de reduzir, a multiplicidade metódico-disciplinar. Com Matthias Jestaedt, *Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie*, cit. p. 195: «Beansprucht die Jurisprudenz hingegen, methodenpluralistisch und multiperspektivisch zu arbeiten, hört sie auf, eine einzige, stets identische Disziplin zu sein, an die sich die Wissenschaftskriterien der Konsequenz und Konsistenz anlegen lassen.»

⁶⁵² Daí a imagem, proposta por Jestaedt, *Vom Beruf der Rechtswissenschaft*, cit. p. 249, de uma teoria da ciência do direito não xenófoba: «Dabei scheint es mir eine nicht weiterführende Frontstellung zu sein, wenn man die Alternative einer auf disziplinäre Abschottung zielenden „exclusive legal science“ gegenüber einer interdisziplinär offenen „inclusive legal science“ diskutiert. Denn ich wüßte nicht, wie die disziplinäre Xenophobie einer gegen die Wissenschaftswelt „da draußen“ sich abschottenden „reinen“ Rechtswissenschaft ernsthaft erwogen, gar gerechtfertigt werden können. [...] So geht es denn auch nicht um das abstrakte Ob, um ein umfassendes Ja oder ein ebenso umfassendes Nein, sondern um das konkrete Wie intra- und interdisziplinärer Öffnung. Will man die Kontaktzonen-Terminologie beibehalten: es geht um das Kontaktzonen-Regime, um wissenschaftlich gesteuerte Öffnung und Schließung, Inklusion und Exklusion, die die Integrität und Identität des die Disziplin konstituierenden Validierungssystems wahren.»

ou outro específico modelo disciplinar. É verdade que, em razão da sua utilidade prática, se identifica, tendencialmente, na dogmática o campo singularizador da racionalidade jurídica. Que se trate de uma disciplina excepcional, coração da ciência prática do direito, não é suficiente, no entanto, para autorizar uma tal conclusão. E é neste horizonte que têm trabalhado, como pôde ver-se, os diversos modelos da metodologia tradicional, a discutirem, numa perspectiva normativa, o sentido e a racionalidade da práxis. O estranhamento, na atualidade, diante de uma proposta de reabilitação do discurso teórico dá-se precisamente por conta da superdifundida representação prática do pensamento jurídico, como se se tratasse de uma sua essência reflexiva/metódica. Ocorre que, não obstante a importância da dogmática, e mais especificamente: da dogmática prática, não tem esta, desde o ponto de vista teórico, qualquer superioridade/hegemonia reflexiva frente às demais disciplinas⁶⁵³. O fato, ademais, de o conhecimento produzido no âmbito de uma dada disciplina somente poder ser adequadamente avaliado desde um ponto de vista interno – a considerar a correção do seu método desde o seu objeto próprio – indica quão problemático, e precário, é, afinal, o trabalho interno da dogmática, na sua dependência de conhecimentos alienígenas⁶⁵⁴.

Ao pluralismo disciplinar e à multiplicidade metodológica corresponde, em suma, um pluralismo e/ou uma multiplicidade de racionalidades autónomas. Num tal ambiente, a racionalidade dogmática é somente mais uma entre outras, uma racionalidade local, particular, forçosamente precária, à qual não é dado determinar a validação de conhecimentos produzidos desde outras racionalidades⁶⁵⁵. De modo talvez mais claro: a importância das disciplinas jurídicas não a determina a dogmática.

Neste sentido, é de recuperar aqui, de modo embora apenas ilustrativo, e crítico, a sempre comentada imagem, proposta por Julius von Kirchmann, de uma ciência do direito que entra em processo de corrosão-*Makulatur* a cada alteração de *lex lata* do direito⁶⁵⁶. Percebida no

⁶⁵³ Isto conduz à conclusão de que os enunciados intradisciplinares são relativos e contextuais, isto é, são relacionais, passíveis de aferição metódica apenas interna, impondo que as disciplinas jurídicas aceitem, portanto, a relativização e contextualização do seu conhecimento; não apenas a dogmática, também a teoria do direito e a metodologia jurídica. Cfr., neste sentido, Oliver Lepsius, *Themen*, cit. p. 21 ss. especial. 23; *Relationen*, cit. p. 10-21. Ver também Christoph Grigoleit, *Anforderungen des Privatrechts an die Rechtstheorie*, cit. p. 53 s., que, interessado em construir uma teoria do direito (adequada ao direito) privado – para falar, então, também de uma metodologia jurídica adequada ao setor –, exige da teoria do direito, como disciplina, que se relativize.

⁶⁵⁴ Reconhecer a pluralidade disciplinar é identificar a sua multiplicidade metodológica, o que conduz, por sua vez, a um juízo teórico sobre a sua adequação objetiva.

⁶⁵⁵ Desde de uma perspectiva plural, a pergunta haveria que ser pelo valor em si das diversas disciplinas, por exemplo: o valor do conhecimento produzido no âmbito das pesquisas de história do direito, para o seu próprio campo mas também para os trabalhos, p.e., da dogmática, importando saber em que a história do direito ou, outro exemplo, a teoria do direito pode contribuir para a dogmática.

⁶⁵⁶ A tese de von Kirchmann é, disse-se já, pela acientificidade da ciência do direito (como dogmática jurídica), em razão da carência de um seu objeto estável. Uma ciência sem objeto estável não seria, em suma,

singular, com efeito, as modificações no direito preexistente, por singelas que sejam, parecem ser o suficiente para roubar à ciência do direito, entenda-se: à dogmática, o seu objeto de estudo, derrubando, como se diz, bibliotecas do pensamento jurídico. No plural, contudo, perde razão o dictum kirchmanniano, posto que, alterada a *lex lata* do direito, as disciplinas que dela não dependem, que seguem uma racionalidade não-dogmática, têm assegurado o seu objeto⁶⁵⁷, e as bibliotecas, então, de filosofia do direito, de metodologia jurídica, de teoria do direito etc. permanecem intactas, bem como o conhecimento que encerram.

3. O direito, as ciências do direito e a Teoria das Ciências do Direito

No contexto da pluralidade e da multiplicidade, a referência ao objeto disciplinar é, portanto, essencial; daí também que a teoria das ciências do direito, como subdisciplina da teoria do direito, demande uma compreensão clara do direito como objeto material⁶⁵⁸. Que o jurista prático, incluído, também, o dogmático, não o possa identificar com facilidade – o direito como objeto material –, não obriga, entretanto, a adotar uma perspectiva e/ou um modelo explicativo extrajurídico, cabendo, antes, à teoria fazê-lo⁶⁵⁹. Com isto não se está a pressupor que a teoria localiza-se numa espécie de campo neutro, imparcial, capaz de identificar, ela sim, a essência material do direito. Cada subdisciplina lida com o seu próprio objeto, de modo que o “direito” somente pode ser (re)conhecido pela via de uma sua mediação metódico-disciplinar, não fazendo

verdadeiramente ciência. Sobre esta discussão, cfr. Horst Heinrich Jakobs, *Abermals Wiedergelesen. Julius von Kirchmann, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, in: JZ, 2006, p. 1115-1118; Christoph Engel, *Schlusswort. Vom Wert der Jurisprudenz als eine politische Wissenschaft*, JZ, mesmo volume, p. 1118-1120. Importa perceber, no entanto, que uma tal tese, se pode aplicar-se ao campo da dogmática e fazer aí, eventualmente, algum sentido, já não tem qualquer aplicabilidade às disciplinas jurídicas cujo conhecimento independe da vinculação normativa à *lex lata* do direito. Se é verdade que a cada alteração legislativa, por exemplo, a dogmática perde o seu objeto, tendo de sempre novamente o reconstruir, o mesmo não vale para a teoria do direito ou para a metodologia jurídica. Ademais, ainda que as bibliotecas dogmáticas fossem levadas abaixo, entenda-se: mesmo com as alterações do direito positivo, não é a dogmática em si, enquanto disciplina e modo de pensar, que se faz assim obsoleta, mas apenas as suas antigas sistematizações. A racionalidade dogmática, insista-se: enquanto disciplina, permanece viva – e é precisamente essa sua vida-racionalidade própria que garantirá a construção, e a sua utilização pela práxis, de novos sistemas e novas soluções dogmáticas.

⁶⁵⁷ Cfr. Horst Dreier, *Rechtswissenschaft als Beruf*, cit. p. 10-14.

⁶⁵⁸ Cfr. Matthias Jahn, *Pluralität der Rechtsdiskurse – Sektoralisierung der Methodenlehre*, cit. p. 179 s. É de perceber que, não havendo uma unidade em torno do objeto formal das ciências do direito, ganha relevância a reflexão em torno do seu objeto material.

⁶⁵⁹ Sobre o horizonte da emancipação hoje da teoria frente à filosofia do direito novecentista, nas palavras de Marietta Auer: «In jüngerer Zeit zeichnet sich nämlich ab, dass sich die Rechtstheorie endgültig nicht mehr auf den ihr in den 1960er und 1970er ausgedachten Bereich der analytischen Rechtsphilosophie beschränken lässt, sondern im Begriff ist, aus ihrem schon bisher stets heiklen, paradoxen Weder-Noch zwischen Recht und Rechtsphilosophie bzw. Rechtsdogmatik und Rechtsphilosophie auszubrechen. Die neueste Rechtstheorie wildert interdisziplinär so weit außerhalb der Grenzen des philosophischen Terrains [...], dass die hergebrachten methodischen und erkenntnistheoretischen Grenzen der auf die Fachphilosophie bezogenen klassischen Rechtsphilosophie keine geeignete disziplinäre Umgrenzung mehr bieten können.» Auer, *Erkenntnisziel*, cit. p. 32.

sentido, no contexto em pauta, a promessa de uma “substância do direito enquanto tal” ou de uma “essência normativa do direito”⁶⁶⁰. Quer dizer: com a pluralidade e a multiplicidade, cada disciplina mobiliza o seu próprio conceito de “direito”, e, por conseguinte, revela-se implausível falar num conceito material-conteudístico supradisciplinar⁶⁶¹. O que a teoria está a sugerir é que o pensamento jurídico, e sobretudo a dogmática, expresse o mais objetivamente possível, como uma espécie de dever de ofício, o “seu conceito de direito”; noutras palavras, que pronuncie aberta e transparentemente o objeto formal, e, no limite, a teoria (do direito), em que estão fundadas as suas reflexões. Sendo o objeto da dogmática o direito positivo, deve buscar aí a razão de ser dos seus sistemas e das suas propostas de decisão, e não em enunciados gestados por outras disciplinas, a fim de que, desta feita, se desenvolva, a dogmática, a partir de conjunturas e arranjos não meramente reflexivos, que têm por base apenas a opinião de cientistas do direito, mas propriamente constitutivos, dos atores do direito.

a) Metadisciplina. Ou: uma análise suprasetorial das ciências do direito

A teoria das ciências do direito compreende-se a si própria como metadisciplina do pensamento jurídico académico, ao qual visa proporcionar um tratamento/programa teórico-metodológico capaz de fazer reconhecer e organizar, e de tornar transparente, a divisão do seu trabalho interno⁶⁶². Com o foco na intradisciplinaridade e no problema da identidade reflexiva, não se trata de fomentar o isolamento e/ou a compartimentarização mútua das ciências do direito, mas de iluminar a linhas e os caminhos-dutos que as mantêm, subcutaneamente, em comunicação. A plataforma meta que assim edifica permite operar análises comparativas dos diferentes setores do pensamento jurídico – revelando-se, neste sentido, suprasetorial –, comparações, portanto, e por exemplo, entre as racionalidades das ciências do direito público, das ciências do direito privado e das ciências do criminal, que, com as especificações dos seus objetos e métodos próprios, desenvolvem perspectivas metódicas muito particulares. A teoria abre, desta forma, a oportunidade para uma discussão sobre o que une, e também sobre o que desune, as diferentes ciências do direito,

⁶⁶⁰ Cfr. Franz Lindner, *Rechtswissenschaft als Metaphysik*, cit. p. 76 ss. [«Geltung des Rechts»], tratando aí sobre o perigo e a tentação metafísica presentes nas considerações em torno de medidas, escalas e critérios não-positivos; *Richtigkeitsmaßstäbe*.

⁶⁶¹ Do ponto de vista da teoria dos campos de sentido, isto equivaleria a pressupor a existência de um super-campo ou supra-campo de sentidos apto a enquadrar os demais campos, algo incompatível com a teoria e a pluralidade mesmo dos campos de sentido.

⁶⁶² Sobre a exigência de transparência metodológica [«Ebenentransparenz wissenschaftlichen Argumentierens»], cfr. Franz Lindner, *Rechtswissenschaft als Metaphysik*, cit. p. 161 s, 179 ss., especial. 183; Matthias Jestaedt, *Vom Beruf der Rechtswissenschaft*, cit. p. 252.

sobre o que fazem em comum os juristas nos diferentes setores, e, talvez mais importante, sobre como articular dispositivos teórico-metodológicos suprasetoriais que deem conta da setorização dogmático-metodológica do pensamento jurídico. Importa compreender, então, que, mesmo na sua diferenciação dogmática, os setores envolvem problemáticas, indagações e atividades reflexivas, que transcendem os limites apenas locais havendo que encontrar-demarkar aí, nessa esfera de encontros, os seus lugares de socialização, sem apagar, evidentemente, as suas diferenças, as suas filosofias e visões de mundo próprias.

Entre as diferenças (e as repetições) disciplinares, há, neste sentido, que identificar o que são questões de método e o que são questões já de propriedade mesmo dos seus objetos. Mais do que reconhecer a tradicional tríade setorial, interessa ao discurso teórico abrir espaço para uma sua problematização, num seu confronto de tipo, repita-se, suprasetorial. Neste sentido, se se aceita, por exemplo, que a etiquetagem dos artefatos do direito como «normas de direito privado», «normas de direito público» e «normas de direito penal» não decorre, como dito no capítulo anterior, de uma essência normativa do direito, mas de estruturas reflexivas, forçosamente contingentes, sobre o conteúdo histórico dos sentidos normativos do direito – posto que, do ponto de vista puramente teórico, o que há são apenas artefatos do direito –, levanta-se a questão de saber se afinal a diferenciação disciplinar das ciências do direito entre «dogmática jurídica», «história do direito», «sociologia do direito», «filosofia do direito» – além ainda da própria «metodologia jurídica» e da «teoria do direito» –, etc., não será, na verdade, de maior relevância teórico-metodológica (comparada com a diferenciação daquela tríade). Perceba-se: não sendo a “normatividade” o que está a determinar a setorização, mas sim as opções metodológicas e as respectivas racionalidades disciplinares, a representação da dogmática como disciplina, prático-normativa, nuclear do pensamento jurídico é colocada em questão, impondo reconhecer que também as suas representações mais não são do que o resultado das suas relações disciplinares; neste sentido, o que se mostra revelante, ao invés de insistir em fornecer-lhe novos estímulos normativos, é operar uma contenção metódica das suas relações⁶⁶³. Desde uma perspectiva suprasetorial, significa isto que, mais importante do que a diferenciação setorial em si, como algo, por assim dizer, essencial, é, antes, o trabalho interno da dogmática, e, mais especificamente, as suas relações disciplinares. Ou seja, não é tanto a organização normativa dos artefatos o que define a diferenciação setorial, mas as relações reflexivas a partir das quais se estrutura uma tal organização. As racionalidades setoriais

⁶⁶³ Pode dizer-se, neste sentido, que a teoria das ciências do direito, ao referir a necessidade de consciência metodológica no campo da dogmática, coloca-se fundamentalmente contra a compreensão dogmaticocêntrica do pensamento jurídico. Ver por todos Lepsius, *Themen*, cit. p. 16 ss.; Jestaedt, *Wissenschaftstheorie?*, cit. p. 33; Auer, *Erkenntnisziel*, cit. p. 19 s.; Möllers, *Vorüberlegungen*, cit. p. 163 ss.

serão entre si mais diferentes quanto mais diferentes forem as disciplinas e os modelos reflexivos com que mantêm as suas respectivas comunicações.

b) Ciência do direito como *cluster concept*, e o caráter relacional das disciplinas jurídicas

O que se revela essencial, para a teoria das ciências do direito, é determinar, à vista disto, em que medida pode/deve falar-se ainda em autonomia do pensamento jurídico, dado que as racionalidades que se vão acomodando no seu edifício académico são entre si tão díspares, e, ademais, tão dependentes de racionalidades extrajurídicas. Disse-se já: percebida como uma espécie de *cluster concept*, não representa a ciência do direito, ou o pensamento jurídico, um tipo específico de racionalidade, mas um teto institucional sob o qual se desenvolvem, aí sim, as racionalidades que pensam e referem disciplinarmente o direito. Neste sentido, as subdisciplinas jurídicas não são exatamente *subdisciplinas*, mas elas próprias as únicas disciplinas que há, as disciplinas que têm lugar no interior de um edifício institucional específico. Levado este raciocínio a sério, deixa de existir, ou: desintegra-se a ciência do direito, ou o pensamento jurídico, havendo apenas a «dogmática jurídica», a «sociologia jurídica», a «história do direito» etc. – as disciplinas jurídicas. E o que importa perceber é que a identidade de cada uma das diferentes disciplinas jurídicas cristaliza-se nas suas relações disciplinares. Mais do que o conteúdo empírico com que lidam, é determinante “como” e “com quem” as disciplinas estabelecem as suas comunicações, determinando-se assim os seus respectivos caminhos disciplinares. O cuidado na escolha das relações disciplinares é particularmente relevante quando se convoca discursos como os da sociologia jurídica, da filosofia do direito, dos estudos económicos, entre outros, que, em razão do seu vínculo genético com os discursos da sociologia geral, da filosofia geral, da economia geral, tendem a trazer para o interior do pensamento jurídico elementos estranhos, de ordem tanto cognitiva quanto normativa, que, ao fim e ao cabo, alteram a racionalidade local.

Se, como dito, é a realidade ela própria determinadíssima, o mesmo não poderá dizer-se a respeito das disciplinas que a estudam-interpretam – ao menos não no universo jurídico –, que são menos ontológicas e mais perspectivistas⁶⁶⁴. Como campos de sentido que se estruturam internamente na sua relação com um dado domínio de objetos, as disciplinas jurídicas são atravessadas, no seu funcionamento normal, por sentidos variáveis, sem que haja uma unidade linguística estabilizante das suas atividades internas. São, pois, relativas e relacionais. No âmbito da

⁶⁶⁴ Cfr. Alexander Somek, *Wissen des Rechts*, cit. p. 44 s.

dogmática, a perspectiva normativa do participante interno determina autonomamente as disciplinas de que se aproximar⁶⁶⁵. Porém, disse-se já, essa unilateralidade não estabelece um domínio dogmático sobre os efeitos do conhecimento importado, que, embora dogmaticamente naturalizado, tem também, por assim dizer, vontades disciplinares próprias. Do ponto de vista da teoria das ciências do direito, o reconhecimento da pluralidade e da multiplicidade, numa palavra: da intradisciplinaridade do pensamento jurídico, conduz à seguinte conclusão: um programa metadisciplinar para as ciências do direito, para desenvolver-se suprasetorialmente, há que enraizar no caráter radicalmente relacional das suas disciplinas, é dizer: dos seus enunciados sobre o direito⁶⁶⁶. Pois *a verdade da ciência do direito é forçosamente relativa*⁶⁶⁷ – entenda-se: o valor dos seus enunciados, dos seus sistemas e das suas decisões sobre o direito são relativos às suas relações e, dessarte, à capacidade de gerência das suas atividades intradisciplinares. Produto sempre intradisciplinar, uma verdade plena, não-relativa, do pensamento jurídico, um enunciado jurídico-reflexivo totalizante, válido na mesma medida e com o mesmo fundamento para a totalidade das ciências do direito, parece que não o há.

4. Da interpretação à política do direito. Uma nova plataforma conceitual para a crítica teórica d(as ciências d)o direito?

Cumprido, à vista disto, uma última observação. Pois há, no entanto, a realidade do direito; para além dos objetos formais, o objeto material do pensamento jurídico. Fora do edifício das ciências do direito, descondicionado das metodologias académicas, o método *do* direito, nos processos da sua obtenção, segue o seu curso próprio. Faz parte da nova teoria, disse-se repetidamente, articular uma perspectiva reconstrutiva, muito especialmente em face da sua crítica à metodologia tradicional. Dessarte, a consciência metodológica demandada pela teoria passa pelo reconhecimento de que a relatividade das reflexões jurídicas, e portanto do caráter metódico-constutivo da identidade disciplinar das ciências do direito, *prima vista* nada diz sobre o direito *em*

⁶⁶⁵ «Unter den Bedingungen der Inkommensurabilität, sprich: des Umstandes, dass sich ein disziplinäres „Sprachspiel“ nicht in ein anderes – eine disziplinäre Einheitssprache – überführen oder auf dieses reduzieren lässt, können als die drei wichtigsten Kontaktzonen- oder auch Kommunikationsregeln im disziplinübergreifenden Austausch genannt werden: die perspektivische Selektivität, die operative Unilateralität, sowie die disziplinäre Naturalisation. Sie alle thematisieren, wenn auch unter unterschiedlichem Aspekt, den strukturell monologischen, man könnte auch sagen: autopoietischen Charakter inter- wie intradisciplinärer Bezugnahme.» Jestaedt, *Vom Beruf der Rechtswissenschaft*, cit. p. 250.

⁶⁶⁶ Cfr. Oliver Lepsius, *Themen der Rechtswissenschaftstheorie*, cit. p. 49.

⁶⁶⁷ Na expressão, mais uma vez, de Clemens Jabloner, *Sein und Sollen: Die Wahrheit der Rechtswissenschaften*, cit. p. 137 ss.

si, como objeto material. Ou seja: que as ciências jurídicas sejam relativas, *constituens* do seu objeto formal, não significa que o direito mesmo e os seus processos autoconstitutivos sejam eles próprios relativos, ao menos não relativos como relativas são as perspectivas do pensamento jurídico. Disse-se, nos capítulos anteriores, que, para a crítica teórica, o problema nuclear da metodologia tradicional é a sua aposta demasiado alta na interpretação⁶⁶⁸, e, a partir daí, no suposto potencial normativo da argumentação jurídica, algo que, para a teoria, obscurece a componente, entretanto essencial, da *política do direito*; além de, como visto, fomentar a dominância pragmática da dogmática. Com efeito, a representação da práxis como um problema de interpretação faz crer ser função do pensamento jurídico, concebido, então, como pensamento prático-normativo, fornecer critérios e sentidos normativos para o ator do direito, sobretudo o juiz, conferindo-se à ciência do direito um papel como que co-constitutivo da própria práxis. A ignorar-se a presença (e a existência) da política do direito, no âmbito da práxis/realidade do direito, deixa de perceber-se, no entanto, que já o direito mesmo estabelece os seus próprios critérios e sentidos, as suas próprias opiniões e vontades constitutivas; é este, aliás, e precisamente, o campo da política do direito. Paralelamente, e de um modo quase-paradoxal, o impulso interpretativo do pensamento jurídico desemboca numa sua politização exagerada, e, mais pontualmente, numa hiperpolitização da dogmática; é uma consequência do ofuscamento da política do direito a postura excessivamente politizada do pensamento jurídico, que passa a atuar como que a suprimir metodicamente o aparente vazio daquele campo constitutivo, então invisibilizado, o campo da política do direito, culminando numa espécie de substituição, ficcional embora, das vontades do direito pelas vontades da ciência do direito. É verdade que a componente jurídico-política faz parte desde logo do pensamento jurídico, mas o encobrimento da política do direito, como componente forçosa da sua obtenção, conduz a essa hiperpolitização – entenda-se: conduz a uma postura metodologicamente inconsciente tanto sobre a política do direito quanto sobre a dimensão jurídico-política do pensamento jurídico. A crítica teórica, mormente na atualidade, propõe, portanto, a articulação da política do direito como horizonte conceitual para o confronto crítico do direito e das ciências do direito. Ao fazê-lo, a teoria não visa afastar a dimensão política, mas integrá-la teórica e metodologicamente, como fenómeno de responsabilidade reflexiva do pensamento jurídico⁶⁶⁹. A sugestão da teoria é

⁶⁶⁸ Cfr. Horst Dreier, *Rechtswissenschaft als Beruf*, cit. p. 31 ss.

⁶⁶⁹ Nas palavras, ainda, e para finalizar, de Bernd Rüthers: «Weiterentwicklung und Umbau der Dogmatik sind, gleich von wem sie ausgehen, rechtspolitische Tätigkeiten. Diese Teilnahme an der Rechtspolitik bedeutet für alle Beteiligten auch eine Verantwortung für die Folge ihres Handelns. Das gilt auch und gerade für die Normsetzer des Richterrechts und die Reformvorschläge der Rechtswissenschaft.» «Die der Einführung neuer dogmatischer Grundsätze, Begriffe und Rechtsfiguren gilt ein Folgeabwägungsgebot, denn die Urheber gestalten damit Stück gesellschaftlicher und politischer Wirklichkeit. Dogmatische Denkarbeit und Reforminitiative können auf die Folgenorientierung unter dem Aspekt einer professionellen Verantwortungsethik nicht verzichten.» Rüthers,

reconstruir as preocupações da metodologia jurídica a partir do reconhecimento teórico da política do direito. Isto passa, repita-se uma última vez, por admitir que o poder do direito tem o seu próprio método, inconfundível com os métodos do pensamento jurídico acadêmico.

Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluß des Richterrechts, cit. p. 32. Na crítica de Rüthers, a política do direito aparece como o horizonte teórico-metodológico mais apto à delimitação, e limitação, do campo de atuação dos atores do direito, e muito especialmente do juiz; ela indicaria um caminho mais efetivo – mais efetivo nomeadamente do que os caminhos da perspectiva interpretativa – para a determinação objetiva d(as possibilidades d)a práxis do direito. Tratando-se de uma perspectiva para a crítica do direito e da ciência do direito, importa entretanto perceber que também a orientação pela política do direito pressupõe uma específica tomada de posição – no limite: subjetiva – da ciência do direito, que então opta por uma tal perspectiva. Cfr. Christoph Möllers, *Vorüberlegungen*, cit. p. 171 s. Assim como a perspectiva interpretativa, também a da política do direito depende de uma decisão interna do pensamento jurídico – a decisão por seguir um, e já não outro, caminho metodológico. Há que indagar, diante disto, o que privilegia, afinal, o seu horizonte metodológico. Dito de outro modo: que vantagem apresenta a reflexão em torno da política do direito frente às visões da interpretação normativa? Em face das premissas aqui trabalhadas, uma tal indagação tem de ser considerada na perspectiva da objetividade do pensamento jurídico. A questão central passa a ser saber qual será o horizonte teórico-metodológico mais compatível com a demanda por uma contenção do subjetivismo do pensamento jurídico – e também da própria práxis –, impondo questionar que horizonte assegura, em suma, uma sua maior objetividade, e que horizonte fomenta antes um maior subjetivismo. O que a orientação pela e para a política direito está a dizer é que, sendo esta uma componente d(a realidade d)o direito – ergo: não sendo apenas um produto reflexivo da ciência do direito, tal como o são, neste sentido, os conceitos e postulados da visão interpretativa –, com ela ir-se-ia mais longe na construção de uma certa objetividade para a análise crítica tanto do pensamento jurídico quanto da práxis do direito.

Conclusão

Não há teoria das ciências do direito, e/ou consciência jurídico-metodológica, sem teoria do direito

Na introdução, apresentou-se da seguinte forma o objetivo central desta dissertação: reconstruir internamente o discurso teórico que, desde o início do presente século, vem sendo articulado, no âmbito da literatura jurídica de língua alemã, em torno de uma certa *renascença da teoria*: da «teoria do direito», de um lado, e da «teoria da ciência do direito», do outro. Dentre os conceitos e categorias de que tem lançado mão um tal discurso, apontou-se, como um seu conceito-chave, o de *Rechtswissenschaftstheorie*, que, a tratar-se, especificamente, de uma subdisciplina da teoria do direito, assume, no domínio dos seus objetos próprios, não tanto o direito *em si* quanto a ciência do direito, melhor: *as ciências do direito*, reconhecidas, desde logo, a sua pluralidade disciplinar e multiplicidade metodológica. Aceite, já de partida, a sugestão de Marietta Auer, a saber: de que uma tal teoria da ciência do direito, ou, numa adaptação mais fiel ao conceito, teoria *das ciências* do direito, cristalizaria a chance hoje para uma «inteiramente nova teoria do direito» (*ganz neue Rechtstheorie*), a presente dissertação propôs estabelecer um diálogo entre essa dita *nova teoria* do direito e a concepção ontológica de realidade do assim chamado *novo* realismo; o proveito de um tal diálogo consiste no fato de que, não obstante a novidade pretendida-prometida, parece sofrer ainda a teoria de um certo deficit de realidade, para não dizer um deficit de ontologia. Disse-se, à vista disto, que a teoria das ciências do direito, a dedicar-se ao cuidado/tratamento da consciência metodológica do pensamento jurídico acadêmico, tem de assumir, para cumprir uma tal tarefa, um critério objetivo, sob pena de as suas propostas acabarem por estimular um perigoso subjetivismo entre as ciências do direito. Numa fórmula simples, pode postular-se: não há teoria das ciências do direito, e, no limite, consciência jurídico-metodológica, sem teoria do direito, tocando, pois, a esta indicar àquela um tal critério, de modo a que o pensamento jurídico, mormente a dogmática, não degradingole, insista-se, em mero subjetivismo disciplinar; a aceitar, portanto, o diálogo referido, compete à teoria identificar a «*realidade* do direito», inconfundível, no seu fundo ontológico, com o conceito normativo, de matriz dogmático-metodológica, de «*práxis* do direito», como condição, uma tal identificação, para a adequação objetiva das reflexões metateóricas em torno das atribuições, e das vontades disciplinares, da ciência do direito. Correlatos à realidade do direito, identificou-se, ainda, os conceitos de «*poder* do direito» e «*política* do direito» – a revelarem a centralidade das interações competenciais nos processos da obtenção do direito –, nomeadamente

como instâncias-campos que resistem, forçosamente, à perspectiva normativo-interpretativa, e, por conseguinte, argumentativa, em torno da práxis. Disse-se, então, que, diante da pretensão de correção d(a práxis d) o direito, como marca disciplinar do discurso dogmático-metodológico, (a realidade d) o direito, na sua (r)esistência ontológica, responde com a sua *incorrigibilidade reflexiva*. Para expor e justificar isto, a presente dissertação dividiu-se em oito capítulos.

No primeiro capítulo (**I.**), intentou-se demonstrar que não se trata, com o discurso da nova teoria, de uma tentativa de revificação das pretensões de cientificidade do pensamento jurídico oitocentista. Enquanto as reflexões teórico-metodológicas do século 19 são caracterizadas por articularem um conceito metódico de ciência do direito, a nova teoria mobiliza, antes, um seu conceito institucional, importando compreender, fundamentalmente, o funcionamento acadêmico-disciplinar do pensamento jurídico. Ademais, enquanto nos 1800 a tendência é absorver no âmbito do método da ciência do direito o método da obtenção do direito – numa negação cientificista da relevância da «práxis» –, cristalizando-se, daí, os conceitos-promessas de um *wissenschaftliches Recht* e de um *Juristenrecht*, a nova teoria acentua como teórico-metodologicamente necessário/urgente o reconhecimento da diferenciação entre o campo do direito, de um lado, e o da ciência do direito, do outro, é dizer: da diferenciação institucional entre o método do direito e o método do pensamento jurídico acadêmico. Também neste primeiro capítulo, apresentou-se uma breve reconstrução do discurso jurídico-metodológico dominante no século 20 – representado, pela nova teoria, como “metodologia jurídica tradicional” –, que, mormente sob o horizonte do pós-guerra, volta as suas atenções, em crítica ao século anterior, para o conceito de «práxis do direito». A práxis passa a ser compreendida na sua especificidade normativa, como uma esfera com propriedades, valores, desideratos e necessidades próprias, tocando à metodologia assumir-lhe internamente, como que a assegurar-lhe, assim, uma orientação reflexiva autônoma, a dizer, em suma, como devem decidir juízes e juízas. Para a nova teoria, nem o cientismo oitocentista nem o praxismo novecentista parecem aptos a envolver os problemas teórico-metodológicos com que são confrontadas as ciências do direito na atualidade. No segundo capítulo (**II.**), mostrou-se que tampouco contribui para a solução de tais problemas o pensamento jurídico dito contemporâneo, que, sob o influxo sobretudo do discurso de fragmentação, de uma filosofia dita pós-moderna, acaba por radicalizar a singularidade da práxis, e, ao fim e ao cabo, relativiza a relevância da teoria e da questão do método, dissolvendo, no limite, o pensamento jurídico em discursos diversos, ora mais políticos ora mais éticos, ora mais linguísticos ora mais estéticos. Para a nova teoria, os problemas que se tem hoje de enfrentar demandam, no entanto, e antes de tudo, o reconhecimento da importância,

senão centralidade, da teoria e da análise puramente teórica, é dizer: sem finalidade imediatamente prática.

No terceiro capítulo (III.), que forma uma unidade especial com os próximos dois capítulos, expõe-se as especificidades da perspectiva da nova teoria – e, pois, da renascença da teoria –, que, na tentativa de autonomização reflexiva do discurso teórico, mormente em face da metodologia tradicional, recupera postulados teóricos que o avançar do século passado acabou por secundarizar. Ou seja: o discurso da nova teoria não cai do céu *Deus ex machina*, fundando-se, antes, na reabilitação de preceitos teóricos, sobretudo do início do século 20, cuja relevância analítica e reflexiva a orientação prática do pensamento jurídico fez como que obscurecer. Após diferenciar as estruturas disciplinares básicas da *teoria*, da *metodologia* e da *dogmática*, o capítulo apresenta os problemas teóricos do conceito de práxis do direito, reduzido, tradicionalmente, à instância jurisprudencial, e, mais restritivamente, a uma muito específica representação normativa da decisão judicial, percebida (apenas) no seu polo supostamente passível de orientação, controle/correção, metodológica. Como caso exemplar do confronto disciplinar entre a metodologia e a teoria, analisa-se as propostas de Philipp Heck e Adolf Julius Merkl – o primeiro como representante da metodologia, o segundo, da teoria –, bem como, no âmbito já da pura teoria, a negativa quase-nihilista de Fritz Sander ao segundo. Evidencia-se já aí a importância de uma teoria que se oriente mais teórica do que praticamente, e mais ontológica do que normativamente; importância esta, aliás, não apenas para o conhecimento puramente teórico do direito, mas também, e talvez primordialmente, para o próprio pensamento jurídico de tipo prático-normativo, que, afinal, tem na sua base (algum)a compreensão-estrutura de teoria. No capítulo seguinte (IV.), apresenta-se a proposta de um diálogo entre o discurso da nova teoria, considerada, muito especialmente, a agenda teórica da assim chamada *Rechtsgewinnungstheorie*, com Matthias Jestaedt, entre outros, e a perspectiva ontológica do novo realismo, com Maurizio Ferraris, sugerindo-se, dessarte, uma fundamentação teórico-filosófica do conceito de «realidade do direito». Representa-se-lhe, então, como o *objeto material* da teoria do direito, identificando-se, no âmbito do seu *objeto formal*, as componentes dos processos da obtenção do direito, com um foco especial nos campos competenciais e nas interações dos reais atores do direito, e, em suma, na dinâmica interna do poder de produção do direito (*Rechtserzeugungsmacht*). Mais do que de determinações normativas, conclui-se que é dos campos competenciais que emerge, afinal, a criação do direito, a demarcarem, tais campos, o âmbito da pura, para não dizer subjetiva, «produção do direito» (como *Rechtserzeugung*), inconfundível e inabarcável pelas reflexões metodológicas em torno da «aplicação do direito» (como *Rechtsanwendung*). Como objeto material, a realidade do direito apresenta-se fora do arco reflexivo,

e, assim, da pretensão de controle/correção normativa, do pensamento jurídico. Assume-se, à vista disto, como tarefa disciplinar da teoria, como *causa sui*, cuidar da autonomia do direito, mas não exatamente diante das investidas da moral, da política e/ou da religião, antes diante da própria ciência do direito e das suas intenções normativas. No quinto capítulo (V.), analisa-se o erro teórico da hermenêutica filosófica, sob os auspícios de Hans-Georg Gadamer, e da sua absorção no âmbito das reflexões jurídico-metodológicas. Sob o conceito geral de *applicatio*, e, pois, de *Anwendung*, que define o *momentum* da determinação-integração do sentido interpretativo desde a perspectiva de uma sua concretização histórica, é dizer, desde o ato mesmo da interpretação (inter)subjetiva – e não tanto desde o objeto da interpretação –, a fenomenologia hermenêutica acaba por apagar-diluir a diferenciação entre a aplicação (do direito preexistente) e a produção (do direito do futuro), (con)fundindo os âmbitos de autonomia criativa do direito, de um lado, e da ciência do direito, do outro. Ao transformar os problemas d(a ciência d)o direito em problema de interpretação, torna impossível compreender a diferença entre os espaços da produção e os espaços do conhecimento do direito. Do ponto de vista jurídico-metodológico, perde-se de vista, desta feita, as componentes competenciais do poder e da política do direito, desembocando, com o fomento interpretativo e argumentativo, num perigoso *casuismo judicial*, com a naturalização da ideia de que casos concretos sirvam de perspectiva para a determinação dos sentidos do direito. No âmbito do pensamento jurídico, encoraja-se, com isto, uma postura demasiado politizada da dogmática, que passa a operar os seus sistemas e as suas sugestões de decisão concreta com base não na objetividade do direito, mas em interpretações e argumentações normativas elas próprias descoladas daquelas componentes, além de estimular-se, no âmbito da práxis, um seu ainda maior descontrole metodológico. Para dizer com Matthias Jestaedt: confunde-se questões de *competência* e questões de *método*.

O sexto capítulo (VI.) marca a virada *meta* d(o texto d)a dissertação, e, assim, da teoria, que retira os seus olhos dos processos da obtenção do direito, e volta-os para o pensamento jurídico acadêmico. Tendo já estabelecida a perspectiva propriamente teórica, isto é, a referência ao direito propriamente dito, assentada, então, a sua compreensão como objeto material, passa-se a considerar os seus reflexos na organização teórico-metodológica do pensamento jurídico. Após pontuar a função como que antiideológica da teoria do direito, que pede ao pensamento jurídico, e principalmente à dogmática, que – diante da necessidade de importar modelos, teoremas, enunciados e perspectivas extrajurídicas – se oriente, para tanto, mais teórico-metodologicamente (objetivamente) do que jurídico-politicamente (subjetivamente), o sétimo capítulo (VII.) volta-se diretamente ao trabalho interno da dogmática jurídica, e, mais especificamente, aos problemas que

a dominância da sua representação pragmática gera no funcionamento acadêmico do pensamento jurídico. O incentivo da pragmática da dogmática, ou: da dogmática prática, tende, com efeito, a obscurecer os demais modelos disciplinares, igualmente relevantes, do pensamento jurídico, passando a interessar apenas a conquista prático-normativa da práxis do direito. Isto conduz a dogmática a um perigoso excesso de autoestima, que, além de não lhe permitir compreender a sua real relação com a práxis, lhe faz cega quanto à sua dependência reflexiva relativamente às demais ciências jurídicas, as quais, por sua vez, e não obstante, uma vez convencidas da centralidade da prática, passam a direcionar as suas atividades reflexivas para as necessidades próprias da dogmática. Central, neste ponto, é o conceito de *Selbstermächtigung der Dogmatik* (Oliver Lepsius), que, a referir o processo de autoempoderamento da dogmática, diante da práxis e das ciências do direito, acusa à dogmática um estrangulamento do pensamento jurídico. Neste mesmo capítulo, viu-se, ademais, e no entanto, que mesmo o canto de vitória da dogmática perante a práxis mais não é do que o canto de uma *vitória pírrica*, isto é: de uma vitória, na realidade, não do pensamento jurídico sobre a práxis, mas da práxis sobre o pensamento jurídico, que, afinal, passa a trabalhar, como que funcionariamente, para aquela. Diante disto, o último capítulo (VIII.) apresenta o programa disciplinar da *Rechtswissenschaftstheorie*, aqui: teoria das ciências do direito, como plataforma reflexiva, e horizonte conceitual, para uma crítica teórica do direito e do pensamento jurídico acadêmico, num elogio, contra a dominância d(a pragmática d)a dogmática, à pluralidade das ciências do direito. Viu-se aí que a dogmática não se limita à sua faceta pragmática, operando atividades disciplinares que escapam à racionalidade prático-normativa. Com efeito, a dogmática não se limita a interpretar; diante dos artefatos do direito, dedica-se também a construir enunciados, e para tanto mobiliza uma série de modelos e teoremas analítico-reflexivos que, mesmo escapando da sua capacidade reflexiva, cristaliza nos seus sistemas e propostas de decisão concreta. Tais atividades, fugindo daquela racionalidade – entenda-se: com o olhar apenas pragmático, tais atividades sequer são percebidas na sua relevância metódica –, demandam uma meditação teórico-metodológica própria, capaz de fazer abarcar os problemas envolvidos nas relações inter- e intradisciplinares das ciências do direito. Como reflexão suprasetorial, a teoria das ciências do direito destaca o caráter relacional, e forçosamente relativo – e dependente de acervos de conhecimento extrajurídico –, do pensamento jurídico acadêmico. No contexto da pluralidade e da multiplicidade, com a tendência, aí, ao subjetivismo disciplinar, a teoria pede que a dogmática funde as suas atividades no direito mesmo, e já não em enunciados reflexivos de outras disciplinas. Contra o relativismo do pensamento jurídico, a teoria convoca, por fim, e numa síntese final, a realidade do direito – que, a diferir do pensamento jurídico, não é relativa ou indeterminada, mas, antes,

determinadíssima –, pedindo um reconhecimento teórico-metodológico da «política do direito», como horizonte conceitual, diferente do da interpretação, para a crítica teórica hoje do direito e das ciências do direito. Cumpre destacar, portanto, e no entanto, que também uma tal orientação metodológica cristaliza uma tomada de posição do pensamento jurídico, que está afinal a optar por um específico horizonte reflexivo. À vista disto, a questão que se coloca diz respeito a saber até que ponto avança-se, em termos de ganho de objetividade, com cada uma das perspectivas teórico-metodológicas em pauta, quer dizer: sendo forçosa (algum)a tomada de posição, e carregando esta uma incontornável carga de subjetividade, passa a ser central ter claro com que horizonte garante-se maior objetividade à ciência do direito, e quais são as perspectivas que fomentam antes um maior subjetivismo. Pode concluir-se, numa palavra final, que, não sendo intenção da teoria niilizar a ciência do direito, mas fomentar precisamente uma maior objetividade, parece ir-se mais longe, neste sentido, com o horizonte da política do direito – aceite a sua inscrição na realidade do direito – do que com o dos conceitos e postulados da visão interpretativa, que cede mais rapidamente às tentações do subjetivismo.

Cumpre insistir uma última vez: a crítica teórica, na perspectiva aqui de uma teoria da ciência do direito, quer-se a um só tempo *destrutiva* e *reconstrutiva*. É da identificação mesmo dos problemas da metodologia tradicional, ou dos seus pontos cegos, que emergem as componentes reconstrutivas da sua proposta. A política do direito pode ser apontada como conceito para tanto central porque ilumina uma dimensão-camada d(a realidade d)o direito a que não tem dado a devida atenção a reflexão prático-normativa. Ao agarrar-se a uma tal camada, a crítica teórica, além de pedir por uma sua absorção no campo das reflexões (prático-)metodológicas, pede também que se atente para as conformações jurídico-políticas da própria ciência do direito, mormente da dogmática. A orientação para a política do direito não está a referir, dessarte, somente o âmbito das escolhas próprias/subjetivas do a(u)tor do direito, mas também as atividades académicas do pensamento jurídico que enunciam sobre o direito de *lex ferenda*. E é neste ponto que se mostra mais às claras o carácter prático da crítica teórica. Como dito, esta não mira a práxis do direito, melhor: não intenta corrigi-la reflexiva e normativamente, voltando a sua pretensão de correção antes à ciência do direito, é dizer, à práxis académica do pensamento jurídico. Tendo reconhecido que também aí expressa-se aquela conformação jurídico-política, a intenção da teoria é diminuir o subjetivismo das ciências do direito, e de modo especial a hiperpolitização da dogmática jurídica. Daí que se volte ao trabalho interno desta última, à sua construção de sistemas e enunciados em geral, de modo a determinar a estrutura e proveniência dos seus fundamentos disciplinares. Ou seja, o carácter prático da teoria relaciona-se com a prática da ciência do direito, analisadas as suas

atribuições próprias e as suas atividades internas, com o intento básico de promover uma sua maior objetividade, e/ou conter o seu excesso de subjetivismo. Portanto, que a teoria não pretenda dizer ao juiz como deve decidir os seus casos concretos, não significa que o trabalho teórico permaneça descolado da realidade e das necessidades práticas. Antes o contrário. Ocorre que a teoria está preocupada com o trabalho prático da ciência do direito, com o pensamento jurídico acadêmico, que, sobretudo pela via da dogmática, acaba também por ser mobilizado/manipulado pela práxis do direito. Em conclusão, pode dizer-se, numa fórmula simples: para a teoria, no sentido que aqui se lhe atribuiu, a forma mais efetiva de corrigir (os atores d) o Direito é corrigir (os atores d) a Ciência do Direito.

*

Antes de colocarmos um ponto final a esta dissertação, importa fazer um excuroso derradeiro. Pois, a aceitar-se o conceito de *disziplinären Hegemonialanspruch* (Marietta Auer), a lembrar-nos que, se se leva a sério a pluralidade disciplinar e a multiduplicidade metodológica do pensamento jurídico, não há *prima vista* que falar aí em hierarquias disciplinares, impõe, então, discordar de Matthias Jestaedt, quando propõe que a teoria do direito figure como *remplaçant* da metodologia jurídica⁶⁷⁰. Neste ponto, há, pois, que seguir com Jannis Lennartz, que, não obstante destacar o irrealismo da metodologia tradicional – presa ainda ao problema da interpretação, ao passo que a dogmática (e a práxis) transcende(m), em muito, um tal problema –, sugere que (um)a (nova) metodologia há que dar atenção ao método da construção conceitual da dogmática (*Dogmatik als Set juristischer Begriffe*)⁶⁷¹. Ademais, é verdade que o destrutivismo teórico é hoje urgente, mormente em razão da dominância do pragmatismo (irmão do sincretismo metodológico) que o pensamento jurídico contemporâneo ainda hipertrofia. Contudo, assim como à metodologia não é dado cumprir as tarefas da teoria, tampouco pode esta substituir-se àquela. Não bastasse a postura exclusivista reeditar a pretensão oitocentista de hegemonia disciplinar, fato é que, respeitado o postulado da divisão do trabalho interno das ciências do direito, a teoria não está apta a cumprir as tarefas d(e um)a (nova) metodologia. A (nova) teoria não substitui a (nova) metodologia, por assim dizer. O que entre elas tem de buscar-se é antes um diálogo e uma integração intradisciplinar. Cabe à própria metodologia aceitar ou não a crítica da teoria, e então, se assim o quiser, remodelar o seu

⁶⁷⁰ Cfr. Matthias Jestaedt, *Vom Nutzen der Rechtstheorie*, cit. p. 18.

⁶⁷¹ Cfr. Jannis Lennartz, *Dogmatik als Methode*, cit. p. 174 ss.

programa disciplinar a partir do que se lhe diz. Respeitado aquele postulado, não parece possível à teoria ditar o destino da metodologia. Se se aceita, no entanto, a existência da política do direito – e se se aceita, igualmente, que os modelos metódicos não a têm levado a sério –, pode concluir-se que se está diante de uma componente auspiciosa para uma possível (re)articulação da metodologia, havendo esta que contabilizar uma tal componente ao lado das suas reflexões já consolidadas em torno da interpretação e da argumentação jurídicas. Se, no sentido aqui proposto, é tarefa da teoria (re)conhecer a realidade do direito, de um lado, e o funcionamento académico da ciência do direito, do outro, insistindo aí na sua diferenciação institucional mútua, as preocupações da metodologia, a sua orientação para a práxis, permanecem atribuições da própria metodologia. Absorver neste âmbito o problema da política do direito é também uma sua tarefa; e, caso queira relacionar-se com a realidade do direito, uma tarefa forçosa. Uma vez mais, e por fim: a teoria pode reconhecer a realidade do direito, pode descobrir aí as suas componentes constitutivas – e fazer aparecer a dimensão-camada da política do direito –, mas a sua articulação no campo da metodologia é tarefa disciplinar desta própria. Como conclusão desta dissertação, assume-se ser esta a via hoje, com efeito, mais promissora.

A pretensão de hegemonia disciplinar atinge a obra teórica de Matthias Jestaedt ainda num outro ponto: na sua (des)qualificação da filosofia do direito como disciplina extrajurídica. Como que a ratificar o dictum de Ralf Dreier – «Die Rechtsphilosophie ist tot, es lebe die Rechtstheorie!»⁶⁷² –, Jestaedt propõe que o lugar académico da filosofia do direito já não é o edifício das ciências do direito, eis que o seu método reflexivo seria inadequado, para não dizer incompatível, com as atribuições das disciplinas jurídicas, e especialmente da dogmática. A filosofia do direito não mereceria, numa palavra, a etiqueta de ciência jurídica. Aparentemente hiperbólica, uma tal reação tem a sua razão de ser. E quem o melhor explicita é, uma vez mais, Marietta Auer, que, na sua proposta de uma teoria do direito fundada filosoficamente – no seu elegante conceito: *philosophische Theorie einer multidisziplinären Rechtswissenschaft* –, reclama uma renovação disciplinar também da filosofia do direito⁶⁷³. Eis a sua tese: presa ainda aos cânones dos 1800, a filosofia novecentista teria alimentado uma autoimagem de superdisciplina, como se fosse uma espécie de *mathesis universalis* do pensamento jurídico. Sob o seu olhar normativo, a ditar do alto o que se pode/deve e o que se não pode/deve pensar juridicamente, qualquer intenção estritamente teórica, de pura teoria, seria a expressão de uma “teoria (filha da filosofia) analítica”, a ser, ato contínuo, condenada à inocuidade. No entanto, uma tal perspectiva, representativa do pós-guerra,

⁶⁷² Cfr. Ralf Dreier, *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?*, cit. p. 17.

⁶⁷³ Cfr. Marietta Auer, *Erkenntnisziel der Rechtstheorie*, cit. p. 66 ss.

teria sido, viu-se supra, abalada pelas condições académicas da segunda metade dos 1900, sobretudo nas suas últimas três décadas, com a hiperdiferenciação das perspectivas disciplinares a libertar as ciências do julgo da filosofia. No universo jurídico, os problemas enfrentados pelas disciplinas jurídicas já não encontrariam solução adequada nos modelos normativos de uma tal filosofia, melhor: da filosofia tradicional do direito, urgindo conceber, sugere Auer, uma *nova* filosofia do direito, a refundar, quer dizer: a transformar-se a si própria em *teoria filosófica do direito e das ciências do direito*.

Uma teoria d(as ciências d)o direito para o século 21 exigiria que a filosofia do direito abandonasse os seus dilemas clássicos, entrementes esgotados, em torno, p.e., da validade do direito, da diferenciação juspositivismo/jusnaturalismo e da busca aí por posições intermediárias, para dedicar-se a novas problemáticas. Haveria que superar a ideia de uma «validade autoritativa» dos textos do direito, bem como a representação da criação judicial dos sentidos jurídicos como uma exceção metódica condicionada à temática das lacunas, que faria prevalecer, sempre, o texto e uma certa tradição textual do direito. Para além da textualidade, seria necessário atentar à “legibilidade”, é dizer: *leiturabilidade do direito*, como tema-campo para a construção de uma nova metodologia jurídica. É neste ponto que se aproxima Auer do conceito kantorowicziano de *Freirecht*, inconfundível, diz a autora, com qualquer noção de vínculo jurígeno do juiz por meio de uma contenção metódico-interpretativa⁶⁷⁴. Uma compreensão metodologicamente honesta do vínculo à lei teria de partir do reconhecimento de que a obtenção concreta do direito *jamaís* se funda apenas na autoridade da lei, e *sempre* no desempenho interpretativo autónomo do ator do direito. Mesmo a noção de respeito ao vínculo da lei não significaria mais do que isto: uma interpretação produtiva do direito como criação autónoma, e não como “vínculo (metodicamente) vinculado”, por assim dizer, ou como o desenvolvimento de decisões valorativas autoritativamente inscritas-textualizadas. Uma confirmação da tese de Hermann Kantorowicz encontra-na Auer hoje na tradição interpretativa do direito judaico, concebida a partir de um «pluralismo de opiniões» (*Meinungspluralismus*), e a pressupor, diz, uma compreensão como que “anárquica” da produção de sentidos, com a aceitação de posicionamentos divergentes e mesmo inconsistentes – divergências e inconsistências estas que não representariam um deficit de racionalidade, mas a qualidade fundadora de uma racionalidade própria/autónoma. A compreensão judaica da lei ensinaria, pois, a compreender a fundamentação judicial como atividade necessariamente autónoma, uma espécie de dado normativo heterónomo a libertar-se diante do texto legal, como algo, numa palavra,

⁶⁷⁴ Cfr. Marietta Auer, *Der Kampf um die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, cit. p. 795 ss. Ver também: Hermann Kantorowicz, *Legal Science – A summary of Its Methodology*, cit. p. 701 ss.

normativamente indisponível. A irracionalidade e a arbitrariedade judicial decorreriam não da multiplicidade de pontos de vista, e então da possibilidade de escolha entre fundamentações metodológicas diversas, mas da pretensão de conferir a um específico ponto normativo uma legitimidade autoritativa especial. A componente decisiva para o surgimento do sentido jurígeno seria não o texto autoritativo, mas o processo, normativamente autónomo, de leitura e interpretação; como ponto de referência metodológica, a *lei* seria radicalmente *ausente de autoridade*. Imporia, dessarte, perceber o Direito na sua liberdade frente ao Estado, com o direito estatal a encerrar apenas uma dimensão do *universo normativo* a compreender, totalidade de que faria parte uma multiplicidade de esferas de sentido, passível de unificação apenas pela via de uma narrativa interpretativa do *nomos* do direito. Por esta via, Auer diz conduzir a teoria do direito novamente ao centro da metafísica ocidental, revificando tanto esta quanto aquela.

Mas, afinal, será a (*ganz*) *nene Rechtstheorie* de Marietta Auer uma (nova) *teoria* do direito, ou será uma (nova) *filosofia* do direito? Com efeito, o reconhecimento da pluralidade disciplinar e da multiplicidade metodológica impõe que se aprenda a conviver com disciplinas metodicamente desafiveladas. No que toca a reconstrução do campo disciplinar próprio da teoria, parece avançar-se mais com Oliver Lepsius, Matthias Jestaedt e Alexander Somek, que indicam mais claramente aquela diferenciação institucional entre o método do direito e o do pensamento jurídico académico. Sob um tal espectro, a legibilidade-leiturabilidade dos artefatos do direito é, com efeito, secundarizada em favor dos processos e das interações competenciais dos atores do direito, que estabilizam, autoritativamente sim, os sentidos constitutivos do direito. O alvo da crítica de Auer é a identificação apromblemática entre direito e poder; mas é verdade que é o direito mesmo que detém o poder do direito, não a ciência do direito; não os leitores, mas os a(u)tores do direito. Seja como for, a existência de uma realidade do direito convida o pensamento jurídico a levar a sério o seu próprio pensar (sobre) o direito, daí a diferenciação intradisciplinar da teoria do direito como *teoria das ciências do direito*. Esta, se não quer cometer os mesmos erros do passado, os de uma visão hegemonzadora, tem de adotar uma postura integrativa. No edifício das ciências do direito, há espaço, ao lado da dogmática, também para a teoria e para a metodologia – bem como para a filosofia. O postulado básico da teoria *das ciências* do direito ensina não haver, *prima vista*, qualquer *mathesis universalis* no âmbito do pensamento jurídico académico; e não é outra, aliás, a razão de ser da teoria.

Bibliografia

Adrian, Axel, *Grundprobleme einer juristischen (gemeinschaftsrechtlichen) Methodenlehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.

Adrian, Axel, *Grundzüge einer allgemeinen Wissenschaftstheorie auch für Juristen. Konsequenzen aus Zweifeln postmoderner/zeitgenössischer Philosophie für eine allgemeine Wissenschaftstheorie sowie für jede juristische Methodenlehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 2012.

Adomeit, Klaus, *Zivilrechtstheorie und Zivilrechtsdogmatik – mit einem Beitrag zur Theorie der subjektiven Rechte*, in: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 2, 1972, p. 503 ss.

Alcudia, Juan Antonio Negrete, *En defensa del mundo*, in: *Análisis. Revista de investigación filosófica*, 2016, 3, 137-147.

Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, 1983.

Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2. Aufl., 1994.

Alexy, Robert, *My Philosophy of Law: the Institutionalisation of Reason*, in: Wintgens, Luc. J. (Org.), *The Law in Philosophical Perspectives. My Philosophy of Law*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/ London, 1999.

Alexy, Robert, *The Dual Nature of Law*, in: *Ratio Juris*, 23, 2010, p. 167-182.

Alexy, Robert, *Law and Correctness*, Downloaded from <https://academic.oup.com/clp/article-abstract/51/1/205/366070> (on 07 May 2019).

Amado, Juan Antonio García, *Sobre a ideia de pretensão de correção do direito em Robert Alexy: considerações críticas*, in: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 104, 2012, p. 53-127.

Auer, Marietta, *Methodenkritik und Interessenjurisprudenz. Philipp Heck zum 150. Geburtstag*, in: *ZeuP*, 2008, p. 517-533.

Auer, Marietta, *Der Kampf um die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft – zum 75. Todestag von Hermann Kantorowicz*, in: *ZEuP*, 2015, p. 773-805.

Auer, Marietta, *Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie. Philosophische Grundlagen multidisziplinärer Rechtswissenschaft*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2018.

Augsberg, Steffen, *Die aktuelle Methodendiskussion: eine wissenschaftstheoretische Renaissance?*, in: Andreas Funke/Jörn Lüdemann (Orgs.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, p. 145-199.

Barthes, Roland, *A Morte do Autor*, in: *O Rumor da Língua*, Trad. Mário Laranjeira, São Paulo, Brasiliense, 1988.

- Baudelaire, Charles, *La Destruction*, in. *Fleurs du mal*, 1857.
- Baudelaire, Charles, *A invenção da modernidade*. Trad. Pedro Tamen, Lisboa, Relógio D'Água, 2006.
- Beck, Susanne, *Die Suggestion einzig richtiger Entscheidungen im Recht – notwendig oder vermeidbar?* in. Jan C. Schuhr, *Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, p. 11-32.
- Bergbohm, Karl, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1892.
- Bierling, Ernst Rudolf, *Juristische Prinzipienlehre*, Paul Siebeck, Freiburg i. B. und Leipzig, 1894.
- Brandom, Robert, *Pragmatische Themen in Hegels Idealismus. Unterhandlung und Verwaltung der Struktur und des Gehalts in Hegels Erklärung begrifflicher Normen*. DZPhil, Berlin, 47, 1999, p. 355-381.
- Böhl, Meinrad/Reinhard, Wolfgang/Walter, Peter (Orgs.), *Hermeneutik. Die Geschichte der abendländischen Textauslegung von der Antike bis zur Gegenwart*, Böhlau Verlag, Wien Köln Weimar, 2013.
- Bora, Alfons, *Referenz und Resonanz – zur Funktion von Methoden in Rechtstheorie, Rechtslehre und Rechtspoiesis*, in. *Rechtstheorie*, 32, 2001.
- Brockmüller, Annette, *Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1997.
- Brohm, Winfred, *Kurzlebigkeit und Langzeitwirkung der Rechtsdogmatik*, in. Max-Emanuel Geis/Dieter Lorenz (Orgs.), *Staat, Kirche, Verwaltung. Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag*, 2001, p. 1079 ss.
- Bronze, Fernando José, *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença (Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, Coimbra, 1990.
- Bronze, Fernando José, *Lições de introdução ao direito*, 2. Edição, 2010.
- Bronze, Fernando José, *Breves considerações sobre o estado actual da questão metodonomológica*, in. Fernando José Bronze, *Analogias*, Coimbra, 2012, p. 9-30.
- Bronze, Fernando José, *As margens e o rio (da retórica jurídica à metodonomologia)*, in. Fernando José Bronze, *Analogias*, Coimbra, 2012, p. 81-117.
- Bronze, Fernando José, *Praxis, problema, nomos. (Um olhar oblíquo sobre a respectiva intersecção)*, in. Fernando José Bronze, *Analogias*, 2012, p. 233-264.
- Bronze, Fernando José, *Argumentação jurídica: o domínio do risco ou o risco do dominado?*, in. Fernando José Bronze, *Analogias*, Coimbra, 2012, p. 119-138.
- Bryant, Levi/Srnicek, Nick/Haman, Graham (Orgs.), *The Speculative Turn: Continental Materialism and Realism*, Melbourne, 2011.

Buchheim, Johannes, *Fehlerkalkül als Ermächtigung? Kelsens Theorie des Rechts letztverbindlicher Entscheidungen vor dem Hintergrund von H. L. A. Harts Rechtstheorie*, in: *Rechtstheorie*, 45, 2014, p. 59-78.

Bülow, Oskar, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885.

Bumke, Christian, *Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Orgs.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, p. 73-130.

Bumke, Christian, *Einführung in das Forschungsgespräch über die richterliche Rechtsarbeit*, in: Christian Bumke (Org.), *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, p. 1-32.

Bumke, Christian, *Verfassungsrechtliche Grenzen fachrichterlicher Rechtserzeugung*, in: Christian Bumke (Org.), *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, p. 33-48.

Bumke, Christian, *Rechtsdogmatik: Überlegungen zur Entwicklung und zu den Formen einer Denk- und Arbeitsweise der deutschen Rechtswissenschaft*, in: *JuristenZeitung*, 69, 2014, p. 641-650.

Bumke, Christian, *Rechtsdogmatik. Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise. Zugleich eine Studie über das rechtsdogmatische Arbeiten Friedrich Carl von Savignys*, Mohr Siebeck, 2017.

Burkhardt, Björn, *Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik*, in: Albin Eser (Org.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Verlag C. H. Beck, München, 2000, p. 111-157.

Busse, Dietrich, *Juristische Semantik. Grundfragen der juristischen Interpretationstheorie in sprachwissenschaftlicher Sicht*, Duncker & Humblot, 1993.

Bydlinski, Franz, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Springer-Verlag, Wien, New York, 1982.

Bydlinski, Franz, *Hauptpositionen zum Richterrecht*, in: *JuristenZeitung*, 40, 1985, p. 149-155.

Bydlinski, Franz, *Die normativen Prämissen der Rechtsgewinnung*, in: *Rechtstheorie*, 16, 1985, 1-64.

Cadore, Rodrigo Garcia, *Die Lehre von der Rechtskraft 90 Jahre danach: Andreas Fischer-Lescano trifft Adolf Merkel*, in: *Rechtstheorie*, 44, 2013, p. 541-565.

Canaris, Claus-Wilhelm, *Karl Larenz*, in: Stefan Grundmann/Karl Riesenhuber (Orgs.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler*, Band 2, Berlin New York, 2010.

Canaris, Claus-Wilhelm, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, in: Jörg Neuner/Hans Christoph Grigoleit (Orgs.), *Gesammelte Schriften*, Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen, 2012.

Christensen, Ralph, *Was heißt Gesetzesbindung? Eine rechtslinguistische Untersuchung*, Duncker & Humblot, 1989.

Christensen, Ralph /Kudlich, Hans, *Theorie rechtlichen Begründens*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001.

Christensen, Ralph, *Das Problem der Rechtsquelle medientheoretisch präzisiert*, in: Ralph Christensen/Bodo Pieroth (Orgs.), *Rechtstheorie in rechtspraktischer Absicht*. Freundesgabe zum 70. Geburtstag von Friedrich Müller, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, p. 57-73.

Christensen, Ralph/Sokolowski, Michael, *Neo-Pragmatismus: Brandom*, in: Buckel/Christensen/Lescano, *Neue Theorien des Rechts*, 2009, p. 285/306.

Christensen, Ralph, *Reine Rechtsdekonstruktion*, in: *Kritische Justiz*, 46, 2013, p. 206-217.

Coing, Helmut, *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, Springer, 1959.

Corzillius, Martin, *Recht*, in: Meinrad Böhl/Wolfgang Reinhard/Peter Walter (Orgs.), *Hermeneutik. Die Geschichte der abendländlichen Textauslegung von der Antike bis zur Gegenwart*, Dichtung, Bibel, Recht, Geschichte, Philosophie. Böhlau Verlag, Wien, Köln, Weimar, 2013, p. 335 ss.

Cover, Robert M., *Foreword: Nomos and Narrative*, *Harvard L. Rev.* 4, 1983, p. 4-68.

Czada, Roland, *Disziplinäre Identität als Voraussetzung interdisziplinärer Verständigung*, in: Kilian Bizer/Martin Führ/Christoph Hüttig, *Responsive Regulierung. Beiträge zur interdisziplinären Institutionenanalyse und Gesetzesfolgenabschätzung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, p. 23-55.

da Silva, Matheus Pelegrino, *Positive oder vorausgesetzte alternative Ermächtigung? Kelsens Lehre der alternativen Ermächtigung und die Bedingungen der Zuschreibung der rechtlichen Bedeutung für einen Akt*, in: *Rechtstheorie*, 2018, p. 371-390.

Damas, Jens-Peter, *Ist die Rechtswissenschaft eine „Wissenschaft“? Fallibilismus als Erkenntnistheorie der Rechtswissenschaft*, in: *ARSP*, 89, 2003, p. 186-199.

de Aquino, Tomás, *Suma Teológica*, Ia, Questão 1, Artigo 3.

Dedek, Helge, *Recht an der Universität – „Wissenschaftlichkeit“ der Juristenausbildung in Nordamerika*, in: *JuristenZeitung*, 64, 2009, p. 540-550.

Dedek, Helge, *Ideenphobie, Idealismus, Erkenntnistheorie: Einige Anmerkungen zur Entwicklung der Theorie vom subjektiven Recht im ausgehenden 19. Jahrhundert*, in: Claes Peterson (Ed.), *Idealistische Philosophie und die Juristen im 19. Jahrhundert*, Stockholm, Rönnels Antikvariat, 2014.

Dellwing, Michael, *Das Recht und das Monster. Über Kollusionen mit phantastischen Partnern*, in: *ARSP*, Vol. 95, Nr. 4, 2009, p. 510-522.

Dias, Gabriel Nogueira, *Rechtspositivismus und Rechtstheorie. Das Verhältnis beider im Werke Hans Kelsens*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.

- Diederichen, Uwe, *Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz*, in: NJW, 1966, p. 697-708.
- Dorndorf, Eberhard, *Zu den theoretischen Grundlagen der Interessenjurisprudenz: Die Beziehungen von Philipp Hecks allgemeiner Auslegungstheorie zu Max Weber und Heinrich Rickert*, in: ARSP, 1995, p. 542-562.
- Dreier, Horst, *Rechtswissenschaft als Beruf*, in: Horst Dreier (Org.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, p. 1-66.
- Dreier, Ralf, *Rechtspolitik und Ideologiekritik*, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1976, p. 95-97.
- Dreier, Ralf, *Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation*, in: Dreier/Schwegmann (Org.), *Probleme der Verfassungsinterpretation, Dokumentation einer Kontroverse*, Nomos Baden-Baden, 1976.
- Dreier, Ralf, *Was ist und wozu allgemeine Rechtstheorie? (1974)*, in: Ralf Dreier, *Recht – Moral – Ideologie. Studien zur Rechtstheorie*. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1981, p. 17-47.
- Dubischar, Roland, *Einführung in die Rechtstheorie*. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1983.
- Dubischar, Roland, *Theorie und Praxis in der Rechtswissenschaft*, Verlag Karl Alber, Freiburg/München, 1978.
- Duve, Thomas, *Internationalisierung und Transnationalisierung der Rechtswissenschaft – aus deutscher Perspektive*, in: Loewe Research Focus, Working Paper, Nr. 6, 2013, p. 1-17.
- Ebenstein, William, *The Pure Theory of Law: Demythologizing Legal Thought*, in: California Law Review, 59, 3, 1971, p. 617-652.
- Eco, Umberto, *Interpretação e História*, in: *Interpretação e Superinterpretação*. Trad. Monica Stahel, 2. Ed., Martins Fontes, São Paulo, 2005.
- Ehs, Tamara, *Vertreibung in drei Schritten. Hans Kelsens Netzwerk und die Anfänge österreichischer Politikwissenschaft*, in: *Die Österreichische Zeitschrift für Geschichtswissenschaften*, 21, 2010, p. 147-174.
- Ehs, Tamara, *Das extramurale Exil. Vereinsleben als Reaktion auf universitären Antisemitismus*, in: Adunka/Lamprecht/Traska (Orgs.). *Jüdisches Vereinswesen in Österreich im 19. und 20. Jahrhundert* [Schriftenreihe des Centrums für Jüdische Studien der Universität Graz 18, Innsbruck, 2011, p. 15-29.
- Eifert, Martin, *Zum Verhältnis von Dogmatik und pluralisierter Rechtswissenschaft*, in: Greogor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Orgs.), *Was Weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?* Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, p. 79-96.
- Elsner, Thomas, *Das Ermessen im Lichte der Reine Rechtslehre. Rechtsstrukturtheoretische Überlegungen zur Rechtsbindung und zur Letztentscheidungskompetenz des Rechtsanwenders*. Duncker & Humblot, Berlin, 2011.

Emge, Carl August, *Einführung in die Rechtsphilosophie*. Humboldt-Verlag, Frankfurt/Main – Wien, 1955.

Engel, Christoph, *Rationale Rechtspolitik und ihre Grenzen*, in. JuristenZeitung, 60, 2005, p. 581-590.

Engel, Christoph, *Schlußwort. Vom Wert der Jurisprudenz als eine politische Wissenschaft*, in. JuristenZeitung, 61, 2006, p. 1118-1120.

Engel, Christoph, *Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition*, in. Christoph Engel/Wolfgang Schön, *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, p. 205-240.

Engländer, Armin, *Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.

Ernst, Wolfgang, *Gelehrtes Recht – Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers*, in. Christoph Engel/Wolfgang Schön, *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, p. 3-49.

Esser, Josef, *Grundnorm und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956.

Esser, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Frankfurt am Main, 1970.

Esser, Josef, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht*, in. Archiv für civilistische Praxis, 172, 1972, p. 97-130.

Esser, Josef, *Die Interpretation des Recht (1954)*, in. Peter Häberle/Hans G. Leser, *Wege der Rechtsgewinnung*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1990, p. 278-293.

Esser, Josef, *Recht und Rechtsverwirklichung (1970)*, in. Peter Häberle/Hans G. Leser, *Wege der Rechtsgewinnung*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1990, p. 196-209.

Esser, Josef, *Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht*, in. Peter Häberle/Hans G. Leser, *Wege der Rechtsgewinnung*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1990, p. 141-159.

Ferraris, Maurizio, *Documentality*, New York, Italian Academy, 2006, p. 1-15.

Ferraris, Maurizio, *Manifesto of New Realism*, SUNY Press, NY, 2012.

Ferraris, Maurizio, *Esistere è resistere*, in. Mario De Caro/Maurizio Ferraris (Org.), *Bentornata Realtà*, Giulio Einaudi, Torino, 2012, p. 139-165.

Ferraris, Maurizio, *Where are you? An Ontology of the Cell Phone*, Fordham University Press, 2014.

Ferraris, Maurizio, *Goodbye, Kant! What Still Stands of the Critique of Pure Reason*, SUNY, 2014.

Ferraris, Maurizio, *Was ist der Neue Realismus?* In. Markus Gabriel (Org.), *Der Neue Realismus*, Suhrkamp, 2015.

- Ferraris, Maurizio, *Fare la verità: proposta di una ermeneutica neorealista*, RIFL, 2017, Vol 11, p. 187-199.
- Ferraris, Maurizio/Condello, Angela, *L'ermeneutica giuridica come tecnica*, in. Cultural Exclusion and Frontier Zones, 67-2018, p. 2019-229.
- Feyerabend, Paul, *Against Method. Outline of an Anarchistic Theory of Knowledge*, (1975) Verso Books, 3. Revised Edition, 1993.
- Fikentscher, Wolfgang, *Methoden des Rechts*, IV, J. C. B. Mohr, Tübingen, IV, 1977.
- Fikentscher, Wolfgang, *Wissenschaft und Recht im Kulturvergleich*, in. Christoph Engel/Wolfgang Schön, *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, p. 77-86.
- Fischer-Lescano, Andreas/Christensen, Ralph, *Auctoritas Interpositio: How Systems Theory Deconstructs Decisionism*, in. Social & Legal Studies, 2012.
- Fischer-Lescano, Andreas, *Rechtskraft*, August Verlag, 2013.
- Fischer-Lescano, Andreas, *Postmoderne Rechtstheorie als kritische Theorie*, in. DZPhil, Akademie Verlag, 2013.
- Fischer-Lescano, Andreas, *Wozu Rechtsphilosophie? Kritik des Hyper-Juridismus bei Christoph Möllers und Rainer Forst*, in. JuristenZeitung, 73, 2018, p. 161-170.
- Fish, Stanley, *What Makes an Interpretation Acceptable?*, in. Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities, Harvard University Press, 1980.
- Fish, Stanley, *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Duke University Press, 1990.
- Fish, Stanley, *Theory Minimalism*, in San Diego Law Review, vol. 37, n. 3, 2000.
- Foucault, Michel, *O que é um autor?*, Trad. António Fernando Cascais/Eduardo Carneiro, Passagens, 1992.
- Frommel, Monika, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, Verlag R. Gremer, 1981.
- Funke, Andreas, *Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie. Entwicklung und gegenwärtige Bedeutung der Rechtstheorie um 1900*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004.
- Funke, Andreas, *Die Konstellation der Rechtssicherheit*, in. Jan C. Schuhr, *Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.
- Gabriel, Markus, *The Meaning of "Existence" and the Contingency of Sense*, in *Frontiers of Philosophy in China*, 2014, p. 109-129.
- Gabriel, Markus, *Fields of Sense. A New Realist Ontology*, Edinburgh University Press, 2015.

- Gadamer, Hans-Georg, *Wahrheit und Methode*, 2. Aufl., 1965.
- Gadamer, Hans-Georg, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. In: Gesammelte Werke, Hans-Georg Gadamer, 6. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 1999.
- Gadamer, Hans-Georg, *Lob der Theorie*, 1980.
- Goerlich, Helmut, *Die Rolle von Reputation in der Rechtswissenschaft*, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Orgs.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, 2015, p. 173-205.
- Green, Michael Steven, *Legal Realism as Theory of Law*, in: *William and Mary Law Review*, 46, 2005, p. 1915-2000.
- Grigoleit, Hans Christoph, *Anforderungen des Privatrechts an die Rechtslehre*, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Orgs.), *Rechtswissenschaftstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 51-78.
- Gröschner, Rolf, *Dialogik und Jurisprudenz. Die Philosophie des Dialogs als Philosophie der Rechtspraxis*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1982.
- Gröschner, Rolf, *Rechtsdogmatik*, in: Hilgendorf/Jan C. Joerden (Orgs.) *Handbuch Rechtsphilosophie*, J.B. Metzler Verlag, 2017, p. 61-66.
- Grundmann, Stefan, *Ein doppeltes Plädoyer für internationale Öffnung und stärker vernetzte Interdisziplinarität*, *JuristenZeitung*, 68, 2013, p. 693-697.
- Grzeszick, Bernd, *Steuert die Dogmatik? Inwiefern steuert die Dogmatik des Öffentliches Rechts? Gibt es eine rechtliche Steuerungswissenschaft jenseits der Rechtsdogmatik?*, in: Greogor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Orgs.), *Was Weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentliches Rechts?* Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, p. 97-110.
- Gutmann, Thomas, *Intra- und Interdisziplinarität: Chance oder Störfaktor?*, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Orgs.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, 2015, p. 93-116.
- Hage, Jaap, *Can Legal Theory Be Objective?* (December 6, 2011). Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2011/36. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1968957> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1968957>
- Halter, Ulrich, *Die Rule of Law zwischen Theorie und Praxis. Grundrechtsrechtsprechung und Verfassungstheorie im Kontext*, in: *Der Staat*, 40, 2001, p. 243-271.
- Harenburg, Jan, *Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis. Ein Beitrag zur Theorie der Rechtsdogmatik*. F. Steiner Verlag, Wiesbaden, 1986.
- Hart, Herbert Lionel, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, Second Edition, 1994.

- Hassemer, Winfried, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit*, in: Eser/Hassemer/Burkhardt, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Verlag C. H. Beck, München, 2000, p. 21-46.
- Hassemer, Winfried, *Gesetzesbindung und Methodenlehre*, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 40, 2007, p. 213-219.
- Hassemer, Winfried, *Juristische Methodenlehre und Richterliche Pragmatik*, in: *Rechtstheorie*, 39, 2008, p. 1-22.
- Hassemer, Winfried, *Dogmatik zwischen Wissenschaft und richterlicher Pragmatik*, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Orgs.), *Was weiß Dogmatik?*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, p. 3-14.
- Heck, Philipp, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 1. Auflage, J. C. B. Mohr [Paul Siebeck], Tübingen, 1912.
- Heck, Philipp, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, 112, 1914, p. 1-318.
- Heck, Philipp, *Die reine Rechtslehre und die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft*, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, 122. Bd., H. 2, 1924, p. 173-194.
- Heck, Philipp, *Begriffsbildung und Jurisprudenz*, Tübingen, J. C. B. Mohr [Paul Siebeck], Tübingen, 1932.
- Heck, Philipp, *Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner*, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, 142. Bd., H. 2, 1936, p. 129-202.
- Heck, Philipp, *Rechtsphilosophie und Interessenjurisprudenz*, in: *AcP*, Bd. 143, H. 2, 1937, p. 129-196.
- Heidegger, Martin, *Sein und Zeit*, Max Niemeyer Verlag, Tübingen, Elfte, unveränderte Auflage, 1967.
- Hellgardt, Alexander, *Regulierung und Privatrecht. Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016.
- Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., 1995.
- Hilgendorf, Eric, *Die Renaissance der Rechtstheorie zwischen 1965 und 1985*, Ergon – Nomos Verlagsgesellschaft, 2005.
- Hilgendorf, Eric, *Bedingungen gelingender Interdisziplinarität – am Beispiel der Rechtswissenschaft*, in: *JuristenZeitung*, 65, 2010, p. 913-922.
- Hilgendorf, Eric/Schulze-Fielitz, Helmuth, *Rechtswissenschaft im Prozess der Selbstreflexion*, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Orgs.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, 2015, p. 1-12.

Hilgendorf, Eric, *Rechtsphilosophie der Gegenwart*, in: Hilgendorf/Jan C. Joerden (Orgs.) *Handbuch Rechtsphilosophie*, J.B. Metzler Verlag, 2017.

Hillgruber, Christian, *Braucht das Völkerrecht eine Völkerrechtswissenschaftstheorie?* in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Orgs.), *Rechtswissenschaftstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 113-132.

Hobbes, Thomas, *Leviathan, sive De Materia, Forma & Potestate Civitatis Ecclesiasticae et Civilis*, 1670.

Hofmann, Franz, *Disziplinarität, Intra- und Interdisziplinarität am Beispiel „mittelbarer Verantwortlichkeit“*, in: *JuristenZeitung*, 73, 2018, p. 746-754.

Hofmann, Hasso, *Rechtsdogmatik, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, in: *Recht und Recht. Festschrift für Gerd Roellecke*, Verlag Kohlhammer, Berlin, 1997.

Hoffmann-Riem, Wolfgang, *Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Orgs.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, p. 9-72.

Hoffmann-Riem, Wolfgang, *Modernisierung der Rechtswissenschaft als fortwährende Aufgabe. Impulse aus der einstufigen Juristenausbildung*, in: *JuristenZeitung*, 62, 2007, p. 645-652.

Holmes, Oliver Wendell, *The Path of the Law*, in: *Harvard Law Review*, 10, 1896/97.

Hruschka, Joachim, *Rechtsanwendung als methodologisches Problem*, in: *ARSP*, 1964, p. 485-501.

Huber, Ulrich, *Savignys Lehre von der Auslegung der Gesetze in heutiger Sicht*, in: *JuristenZeitung*, 58, 2003, p. 1-17.

Hüpers, Bernd, *Karl Larenz – Methodenlehre und Philosophie des Rechts in Geschichte und Gegenwart*, BWV Berliner Wissenschafts-Verlag, 2016.

Isensee, Josef, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland*, in: Bernd Wieser/Armin Stolz (Org.), *Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit an der Schwelle zum 21. Jahrhundert. Symposium für Richard Novak*, 2000, p. 15 ss.

Jablonek, Clemens/ Stadler, Friedrich (Orgs.), *Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und Hans Kelsen-Schule*, Springer, 2001.

Jablonek, Clemens, *Richterrecht als Rechtsquelle?* In: Jablonek/Kolonovits/Kucsko-Stadlmayer/René Laurer/Mayer/Thienel (Orgs.), *Gedenkschrift Robert Walter*, Wien, 2013, p. 185-202.

Jablonek, Clemens, *Richterrecht im Verfassungsvergleich*, in: G. Herzig/M. Klammert/R. Palmstorfer/R. Puff/E. Vranes/P. Weismann (Orgs.), *Europarecht und Rechtstheorie*, Nomos Verlag, 2017, p. 19-46.

Jahn, Matthias, *Pluralität der Rechtsdiskurse – Sektoralisierung der Methodenlehre. Zum Verhältnis von Rechtswissenschaftstheorie und Rechtstheorie*, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Orgs.), *Rechtswissenschaftstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 175-184.

Jakobs, Horst Heinrich, *Abermals Wiedergelesen. Julius von Kirchmann, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, in. JuristenZeitung, 61, 2006, p. 1115-1118.

Jansen, Nils, *The making of legal authority: Non-legislative codifications in historical and comparative perspective*, Oxford, New York, 2010.

Jansen, Nils, *Rechtsdogmatik, Rechtswissenschaft und juristische Praxis. Zum gesellschaftlichen Ort und wissenschaftlichen Selbstverständnis universitärer Rechtsdogmatik*, in. AöR, Mohr Siebeck, 2018, p. 623-658.

Jansen, Nils, *Rechtswissenschaft und Rechtssystem. Sieben Thesen zur Positivierung des Rechts und zur Differenzierung von Recht und Rechtswissenschaft*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2018.

Jansen, Nils, *Dogmatisierungsprozesse In Recht und Religion: Einführung*, in. Georg Essen/Nils Jansen, Dogmatisierungsprozesse in Recht und Religion, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, p. 1-22.

Jestaedt, Matthias, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studie zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999.

Jestaedt, Matthias, *Wie das Recht, so die Auslegung – Die Rolle der Rechtstheorie bei der Suche nach der juristischen Auslegungslehre*, in. ZÖR, 55, 2000, p. 133-158.

Jestaedt, Matthias, *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtbarkeit und Fachgerichtbarkeit*, in. DVBI, 2001, p. 1309-1322.

Jestaedt, Matthias, *Verfassungsgerichtspositivismus. Die Ohnmacht des Verfassungsgesetzgebers im verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat*, in. Depenheuer/Heintzen/Jestaedt/Axer (Orgs.), Nomos und Ethos, Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag von seinen Schülern, Duncker & Humblot, Berlin, 2002, p. 183-229.

Jestaedt, Matthias, *Das mag in der Theorie richtig sein...: Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006.

Jestaedt, Matthias, „*Öffentliches Recht*“ als wissenschaftliche Disziplin. in. Christoph Engel/Wolfgang Schön, Das Proprium der Rechtswissenschaft, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, p. 241-292.

Jestaedt, Matthias, *Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie*, in. Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Orgs.), Rechtswissenschaftstheorie, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 185-206.

Jestaedt, Matthias, *Braucht die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht eine fachspezifische Wissenschaftstheorie?*, in. Andreas Funke/Jörn Lüdemann (Orgs.), Öffentliches Rechts und Wissenschaftstheorie, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, p. 17-43.

Jestaedt, Matthias, *Die Verfassung hinter der Verfassung: Eine Standortbestimmung der Verfassungstheorie*, Verlag Ferdinand Schöningh, 2009.

Jestaedt, Matthias, *Was die Reine Rechtslehre nicht leistet – Anspruch und Horizont einer beschränkten Theorie*, in. ZÖR, 2011, p. 201-213.

Jestaedt, Matthias, *Deutsche Rechtswissenschaft im Kontext von Europäisierung*, in. JuristenZeitung, 67, 2012, p. 1-10.

Jestaedt, Matthias, *Die deutsche Staatsrechtslehre im europäisierten Rechtswissenschaftsdiskurs – Kennzeichen, Kernkompetenzen und Rezeptionshindernisse*, in. JuristenZeitung, 67, 2012, p. 1-10.

Jestaedt, Matthias, *Richterliche Rechtsetzung statt richterliche Rechtsfortbildung. Methodologische Betrachtungen zum sog. Richterrecht*, in. Christian Bumke (Org.), *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, p. 49-69.

Jestaedt, Matthias, *Das doppelte Ermessensantlitz: Eine rechtstheoretische Vermessung des administrativen Entscheidungsfreiraums*, in. Osaka University Law Review, 63, 2016, p. 190-209.

Jestaedt, Matthias, *Vom Nutzen der Rechtstheorie in der Europäischen Integration*, in. G. Herzig/M. Klamert/R. Palmstorfer/R. Puff/E. Vranes/P. Weismann (Orgs.), *Europarecht und Rechtstheorie*, Nomos Verlag, 1. Auflage 2017, p. 1-18.

Jestaedt, Matthias, *Rechtswissenschaft als normative Disziplin*, in. Hilgendorf/Jan C. Joerden (Orgs.) *Handbuch Rechtsphilosophie*, J.B. Metzler Verlag, 2017, p. 254-262.

Jestaedt, Matthias, *Vom Beruf der Rechtswissenschaft – zwischen Rechtspraxis und Rechtstheorie*, in. Horst Dreier (Org.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, p. 227-255.

Kant, Immanuel, *Einleitung zur Kritik der Urteilskraft*, 1. Fassung, in. Wilhelm Weischedel (Org.), *Kant, Werke*, Band 5, Wiesbaden, 1957.

Kant, Immanuel, *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft*, 1786.

Kantorowicz Hermann (Gnaeus Favius), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1906.

Kantorowicz Hermann, *Zur Lehre vom richtigen Recht*, Berlin und Leipzig, 1909.

Kantorowicz Hermann, *Legal Science – A Summary of its Methodology*, in. Columbia Law Review, Vol. 28, 1928.

Kästle-Lamparter, David, *Welt der Kommentare. Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016.

Kaufmann, Arthur, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, C.H. Beck Verlag, 1999.

Kaufmann, Arthur, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*, in. Hassemer/Neumann (Org.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8. Aufl., 2011.

Kaufmann, Felix, *Theorie der Rechtserfahrung oder reine Rechtslehre? Entgegnung*, in. Zeitschrift für öffentliches Recht, Band 3, Wien und Leipzig, Franz Deuticke, 1922, p. 236-263.

Kelsen, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre – entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1911.

Kelsen, Hans, *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung* (1916), in: Hans R. Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Orgs.), Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross. Franz Steiner Verlag, 2010, p. 37-94.

Kelsen, Hans, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, 2. Aufl., 1920.

Kelsen, Hans, *Rechtswissenschaft und Recht: Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der „Rechtsdogmatik“*, in: ZöR, 1922.

Kelsen, Hans, *Zur Theorie der Interpretation* (1934), in: Hans R. Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Orgs.), Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross. Franz Steiner Verlag, 2010, p. 1363-1374.

Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960.

Kelsen, Hans, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1979.

Kirchhof, Gregor/Magen, Stefan, *Dogmatik: Rechtliche Notwendigkeit und Grundlage fächerübergreifenden Dialog – eine systematisierende Übersicht*, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Orgs.), Was Weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts? Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, p. p. 151-172.

Klatt, Matthias, *Integrative Rechtswissenschaft. Methodologische und wissenschaftstheoretische Implikationen der Doppelnatur des Rechts*, in: Der Staat, 54, 2015, p. 469-499.

Kletzer, Christoph, *Kelsen's Development of the Fehlerkalkül-Theory*, in: Ratio Juris, 2005.

Kletzer, Christoph, *Fritz Sander*, in: Walter/Jablonek/Zeleny (Orgs.), Der Kreis um Kelsen – Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre, Manz Verlag Wien, 2008, p. 445-470.

Kletzer, Christoph, *Sander, Kelsen and the Gegenstandsproblem of Legal Science*, in: German Law Journal, Vol. 12 (The Many Fates of Legal Positivism), 2011, p. 785-810.

Köndgen, Johannes, *Josef Esser – Methodologie zwischen Theorie und Praxis*, in: JuristenZeitung, 56, 2001, p. 807-813.

Korb, Axel-Johannes, *Sander gegen Kelsen. Geschichte einer Feindschaft*, in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Orgs.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit, Wien, 2009, p. 195-206.

Korb, Axel-Johannes, *Kelsens Kritiker. Beitrag zur Geschichte der Rechts- und Staatstheorie (1911-1934)*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010.

Kornmesser, Stephan/Schurz, Gerard, *Die multiparadigmatische Struktur der Wissenschaften*, in: Kornmesser/Schurz (Orgs.), Die multiparadigmatische Struktur der Wissenschaften, Springer, 2014.

- Krawietz, Werner, *Funktion und Grenze einer dogmatischen Rechtswissenschaft*, in: Recht und Politik, 1970.
- Kriele, Martin, *Theorie der Rechtsgewinnung – entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Zweite Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1976.
- Kriele, Martin, *Recht und praktische Vernunft*, Vandenhöck & Ruprecht, Göttingen, 1998.
- Kriele, Martin, *Recht, Vernunft, Wirklichkeit*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990.
- Kuntz, Thilo, *Recht als Gegenstand der Rechtswissenschaft und performative Rechtserzeugung. Zugleich ein Beitrag zur Möglichkeit von Dogmatik*, in: Acp, 2016, p. 866-910.
- Laband, Paul, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. II, 5. Aufl., 1911.
- Lahusen, Benjamin/Renner, Moritz, *Gespenster zweiter Ordnung*, in: Callies/Fischer-Lescano/Wielsch/Zumbansen (Hrsg.), *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner*, Berlin, 2009.
- Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York, 1991.
- Lege, Joachim, *Was Juristen wirklich tun? Jurisprudential Realism*, in: Winfried Brugger/Ulfrid Neumann/Stephan Kirste, *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2008, p. 207-232.
- Lege, Joachim, *Pragmatismus und Jurisprudenz. Über die Philosophie des Charles Sanders Peirce und über das Verhältnis von Logik, Wertung und Kreativität im Recht*. Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
- Leiter, Brian, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 2007.
- Lembke, Ulrike, *Einheit aus Erkenntnis? Die Unzulässigkeit der verfassungskonformen Gesetzesauslegung als Methode der Normkompatibilisierung durch Interpretation*. Duncker & Humblot, Berlin, 2009.
- Lennartz, Jannis, *Dogmatik als Methode*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.
- Lepsius, Oliver, *Erkenntnisgegenstand und Erkenntnisverfahren in den Geisteswissenschaften der Weimarer Republik*, in: Ius Commune, 22, 1995.
- Lepsius, Oliver, *Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?*, in: Helmuth Schulze-Fielitz (Org.), *Die Verwaltung*, Beiheft 7, *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, p. 319-365.
- Lepsius, Oliver, *Themen einer Rechtswissenschaftstheorie*, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Orgs.), *Rechtswissenschaftstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 1-50.
- Lepsius, Oliver, *Problemzugänge und Denktraditionen im Öffentlichen Recht*, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Orgs.) *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, p. 55-93.

- Lepsius, Oliver, *Relationen: Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016.
- Liebl, Karlhans, *Rechtspolitik*, in: Hans-Jürgen Lange (Org.), *Wörterbuch zur Inneren Sicherheit*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006.
- Lindner, Josef Franz, *Einheit der Rechtswissenschaft als Aufgabe*, in: *JuristenZeitung*, 71, 2016, p. 697-707.
- Lindner, Josef Franz, *Rechtswissenschaft als Metaphysik. Das Münchhausenproblem einer Selbstermächtigungswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.
- Linhares, José Manuel Aroso, *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de «passagem» nos limites da juridicidade. Imagens e reflexos pré-metodológicos*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Filosóficas, *Studia Jurídica*, nº 59, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- Linhares, José Manuel Aroso, *Constelação de discursos ou sobreposição de comunidades interpretativas? A caixa negra do pensamento jurídico contemporâneo*, Porto, Edição do Instituto da Conferência, 2007, p. 66 ss.
- Linhares, José Manuel Aroso, *A representação metanormativa do(s) discurso(s) do juiz: o «testemunho» crítico de um «diferendo»?*, in: *Revista Lusófona de Humanidades e Tecnologias*, n.12, 2007/2008, disponível em <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rhumanidades/issue/view/99>, p. 90-109.
- Linhares, José Manuel Aroso, *Relatório com a perspectiva e os métodos de ensino da(s) disciplina(s) de Teoria do Direito e (ou) Pensamento jurídico contemporâneo*, Coimbra, 2008.
- Linhares, José Manuel Aroso, *Os desafios-feridas da Allgemeine Rechtslehre. Um tempo de teoria do direito reconhecido (reencontrado?) pela perspectiva de outro tempo de teoria*, in: João Lopes Alves (Org.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*, Estudos de Direito e Filosofia, Coimbra, Almedina, 2009, p. 261-314.
- Linhares, José Manuel Aroso, *Validade comunitária e contextos de realização. Anotações em espelho sobre a concepção jurisprudencialista do sistema*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, vol.1, n 1, 2012, <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/2966>, p. 41 ss., (na edição impressa), p. 35-69.
- Linhares, José Manuel Aroso, *O direito como mundo prático autónomo: “equivocos” e possibilidades. Relatório com a perspectiva, o tema, os conteúdos programáticos e as opções pedagógicas de um seminário de segundo ciclo em Filosofia do direito*, Coimbra, 2013.
- Linhares, José Manuel Aroso, *Phronêsis und Tertiärität. Die Behandlung des Neuen als Kern des «geworfenen Entwurfs» des Rechts*, in: Rainhard Z. Bengeß/Lothar Philipps (Org.), *Von der Spezifikation zum Schluss. Rhetorisches, topisches und plausibles Schließen in Normen-Regelsystemen*, Nomos Verlag, 2013, p. 37-56.
- Linhares, José Manuel Aroso, *O Binómio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade Sistema Jurídico. Um contraponto indispensável no mapa do discurso jurídico contemporâneo?*, in: Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017.

- Linhares, José Manuel Aroso, *The rehabilitation of practical reasoning and the persistence of deductivism: an impossible challenge?* (2019) <https://doi.org/10.1007/s11196-019-09670-z>.
- Lippold, Rainer, *Geltung, Wirksamkeit und Verbindlichkeit von Rechtsnormen*, in: *Rechtstheorie*, 19, 1988, p. 463-489.
- Lippold, Rainer, *Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin: zur Theorienstruktur in der Rechtswissenschaft am Beispiel der Allgemeinen Strafrechtslehre*, Springer-Verlag, Wien, New York, 1989.
- Lippold, Rainer, *Recht und Ordnung: Statik und Dynamik der Rechtsordnung*. Manz Verlag, Wien, 2000.
- Lübbe-Wolff, Gertrude, *Expropriation der Jurisprudenz?*, in: Christoph Engel/Wolfgang Schön (Org.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, p. 282-292.
- Lüdemann, Jörn, *Rechtssetzung und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: *Preprints of Max-Planck-Institute for Research on Collective Goods*, Bonn, 30, 2009, p. 1-20.
- Luhmann, Niklas, *Kontingenz und Recht. Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang*, Suhrkamp Verlag, Berlin, 2013.
- Luig, Klaus, *Autonomie und Heteronomie des Rechts im 19. Jahrhundert*, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Hannover, Heft 19, 1988, p. 387-395.
- Lyotard, Jean-François, *Le Différend*, Minuit, Paris, 1983.
- Meder, Stephan, *Mißverstehen und Verstehen. Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik*, Mohr Siebeck, 2004.
- Meder, Stephan, *Rechtsgeschichte*, Utb., 6. Aufl., 2017.
- Meillassoux, Quentin, *Après la finitude. Essai sur la nécessité de la contingence*, Éditions du Seuil, 2006.
- Menke, Christoph, *Recht und Gewalt*, August Verlag, 2012.
- Menke, Christoph, *Die Kraft der Kunst*, Suhrkamp, Berlin, 2013.
- Menke, Christoph, *Kritik der Rechte*, Suhrkamp, Berlin, 2015.
- Merkel, Adolf Julius, *Rezension von: Philipp Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* (1914), in: Dorothea Mayer-Maly/Herbert Schambeck/Wolf-Dietrich Grussmann (Orgs.), *Adolf Julius Merkel Gesammelte Schriften, Erster Band, Grundlagen des Rechts*, 1993, p. 27-32.
- Merkel, Adolf Julius, *Das Recht im Lichte seiner Anwendung* (1916), in: Dorothea Mayer-Maly/Herbert Schambeck/Wolf-Dietrich Grussmann (Orgs.), *Adolf Julius Merkel Gesammelte Schriften, Erster Band, Grundlagen des Rechts*, 1993, p. 85-146.

Merkel, Adolf Julius, *Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts* (1918), in: Dorothea Mayer-Maly/Herbert Schambeck/Wolf-Dietrich Grussmann (Orgs.), Adolf Julius Merkel Gesammelte Schriften, Erster Band, Grundlagen des Rechts, 1993, p. 227-252.

Merkel, Adolf Julius, *Freirecht und Richterfreiheit* (1920), in: Dorothea Mayer-Maly/Herbert Schambeck/Wolf-Dietrich Grussmann (Orgs.), Adolf Julius Merkel Gesammelte Schriften, Erster Band, Grundlagen des Rechts, 1993, p. 259-266.

Merkel, Adolf Julius, *Gesetzesrecht und Richterrecht* (1922), in: Dorothea Mayer-Maly/Herbert Schambeck/Wolf-Dietrich Grussmann (Orgs.), Adolf Julius Merkel Gesammelte Schriften, Erster Band, Grundlagen des Rechts, 1993, p. 317-328.

Merkel, Adolf Julius, *Die Lehre von der Rechtskraft. Entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine Rechtstheoretische Untersuchung*. Leipzig und Wien, Franz Deuticke, 1923.

Merkel, Adolf Julius, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues. Rechtsinhalt und Rechtsform* (1931), in: Dorothea Mayer-Maly/Herbert Schambeck/Wolf-Dietrich Grussmann (Orgs.), Adolf Julius Merkel Gesammelte Schriften, Erster Band, Grundlagen des Rechts, 1993, p. 437-492.

Merkel, Adolf, *Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur „positiven“ Rechtswissenschaft und zum allgemeine Teil derselben*, 1899, in: Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und Strafrecht, Straßburg, Trübner, p. 291-323.

Métall, Rudolf Aladár, *Hans Kelsen – Leben und Werk*, Verlag Franz Deuticke, Vienna, 1969.

Mittelstraß, Jürgen, *Bildung und ethische Maße*, in: Nelson Killius/Jürgen Kluge/Linda Reisch (Orgs.), Die Zukunft der Bildung, Frankfurt am Main, 2002, p. 151-170.

Möllers, Christoph, *Historisches Wissen in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, in Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Orgs.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, p. 131-164.

Möllers, Christoph, *Vorüberlegungen zu einer Wissenschaftstheorie des öffentlichen Rechts*, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Orgs.), Rechtswissenschaftstheorie, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 151-174.

Möllers, Christoph, *Methoden*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Orgs.), Grundlagen des Verwaltungsrechts – 1, Verlag C.H. Beck, München, 2012, p. 123-178.

Möllers, Christoph, *Weil Demokratie sich ändern muss. Im Gespräch mit Paul Nolte, Helen Darbishire*. Springer, 2014.

Möllers, Christoph, *Die Möglichkeit der Normen*, Suhrkamp, Berlin, 2015.

Möllers, Thomas, *Juristische Methodenlehre*, C.H. Beck München, 2017.

Montesquieu (Charles-Louis de Secondat), *De l'esprit des lois* (1748), 1834.

Morlok, Martin, *Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?* Duncker & Humblot, 1988.

Morlok, Martin, *Theorie/Praxis-Bruch in juristische Methodenlehre und Soziologie*, in. Rechtstheorie, 33, 2001, p. 135 ss.

Morlok, Martin, *Reflexionsdefizite in der deutschen Staatsrechtslehre*, in. Helmuth Schulze-Fielitz (Org.), Die Verwaltung, Beiheft 7, Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, p. 49-77.

Morlok, Martin, *Die vier Auslegungsmethoden – was sonst?* In. Gottfried Gabriel/Rolf Gröschner (Orgs.), Subsumtion, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, p. 179-214.

Müller, Friedrich, *Strukturierende Rechtslehre*, Dücker & Humblot, Berlin, 1984.

Müller, Friedrich/Christensen, Ralph/Patterson, Dennis/Sokolowski, Michael, *Einige Probleme der gegenwärtigen Rechtstheorie – ein deutsch-amerikanisches Gespräch*, in. Rechtstheorie, 38, 2007, p. 123-156.

Müller, Friedrich/Christensen, Ralph, *Recht – Sprache – Gewalt*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008.

Müller, Friedrich/Christensen, Ralph, *Juristische Methodik. Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*, Duncker & Humblot, Berlin, 2013.

Neves, António Castanheira, *As Fontes do Direito e o problema da positividade do direito*, in. Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Vol. LI, 1975.

Neves, António Castanheira, *As Fontes do Direito e o problema da positividade do direito (continuação)*, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 1976.

Neves, António Castanheira, *Fontes do Direito. Contributos para uma revisão do problema*, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 1982.

Neves, António Castanheira, *A imagem do homem no universo prático*, 1989, in. Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros, Vol. 1, Coimbra, 1995.

Neves, António Castanheira, *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra, Coimbra, 1993.

Neves, António Castanheira, *A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (diálogo com Kelsen)*, in. Digesta – escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros, Vo. 2, Coimbra, Coimbra, 1995, p. 109-180.

Neves, António Castanheira, *Escola do direito livre*, in. Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros, Vol. 2., Coimbra, Coimbra, 1995, p. 193-201.

Neves, António Castanheira, *Teoria do Direito. Lições Proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, Coimbra, 1998.

Neves, António Castanheira, *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*, Coimbra, Coimbra, 2003.

- Neves, António Castanheira, *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, Coimbra 2003.
- Neves, António Castanheira, *Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*, 2001, in. *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 3, Coimbra, 2008.
- Neves, António Castanheira, *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito*, in. *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 3, Coimbra, 2008.
- Neves, António Castanheira, *O problema da universalidade do direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas*, in. *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 3, Coimbra, 2008.
- Neto, João Andrade, *Participante ou observador? Uma escolha entre duas perspectivas metodológicas de estudo e aplicação do Direito*, in. *Revista Direito GV, SP, V. 12 N. 3*, 2016.
- Nietzsche, Friedrich, *Über Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinn*, Frankfurt am Main, Leipzig, 2000.
- Noll, Peter, *Von der Rechtsprechungswissenschaft zur Gesetzgebungswissenschaft*, in. Hans Albert/Niklas Luhmann/Werner Maihofer (Org.), *Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 2)*, Düsseldorf, 1972, p. 524 ss.
- Ogorek, Regina, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*. Verlag Klostermann, 1986.
- Ogorek, Regina, *Gefährliche Nähe? Richterliche Rechtsfortbildung und Nationalsozialismus*, in. Felix/Neumann (Orgs.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, p. 159-171.
- Olechowski, Thomas/Ehs, Tamara/Staudigl-Ciechowicz, Kamila Maria (Orgs.), *Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1918–1938*, V&R Unipress: Göttingen, 2014.
- Otte, Gerhard, *Zwanzig Jahre Topik-Diskussion. Ertrag und Aufgabe*, in. *Rechtstheorie*, 1, 1970, p. 183-197.
- Pawlowski, Hans-Martin, *Die Aufgabe des Richters bei der Bestimmung des Verhältnisses von Recht, Sittlichkeit und Moral*, in. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1964.
- Pawlowski, Hans-Martin, *Einführung in die Juristische Methodenlehre. Ein Studienbuch zu den Grundlagenfächern Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, C.F. Müller, Heidelberg, 1986.
- Pawlowski, Hans-Martin, *Methodenlehre für Juristen*. C.F. Müller, Heidelberg, 2. Aufl., 1991.
- Picker, Eduard, *Richterrecht oder Rechtsdogmatik – Alternativen der Rechtsgewinnung? – Teil 1*, in. *JuristenZeitung*, 43, 1988, p. 62-75.

- Picker, Eduard, *Richterrecht und Rechtsdogmatik. Zur rechtsdogmatischen Disziplinierung des Richterrechts*, in: Christian Bumke (Org.), *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, p. 85-120.
- Poggi, Francesca/Sardo, Alessio, *Do The Right Thing! – Robert Alexy and the claim to correctness*, in: *Rechtstheorie*, 47, 2016, p. 413-441.
- Poscher, Ralf, *Am Fuße der Kathedrale. Von den Bedingungen, Grenzen und Kosten eines idealistischen Systemanspruchs an das Recht*, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Orgs.), *Rechtswissenschaftstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 105-112.
- Puchta, Georg Friedrich, *Pandekten* (1838), 7. Aufl., 1853.
- Puchta, Georg Friedrich, *Cursus der Institutionen* (1941), 4. Aufl., 1853.
- Radbruch, Gustav, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, K. F. Koehler Verlag, Stuttgart, 9. Aufl., 1952.
- Reimann, Matthias, *Die Propria der Rechtswissenschaft*, in: Christoph Engel/Wolfgang Schön (Orgs.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, p. 87-102.
- Reimer, Franz, *Juristische Methodenlehre*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2016.
- Reimer, Franz, *Was ist die Frage, auf die die Juristische Methodenlehre eine Antwort sein will?*, in: Franz Reimer (Org.), *Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?*, Nomos Verlagsgesellschaft, 2016, p. 9-34.
- Reimer, Philipp, *Die Unabhängigkeit von Rechtswirksamkeit und Rechtmässigkeit. Ein Beitrag zur Lehre vom Fehlerkalkül*, in: *JuristenZeitung*, 2014, p. 383-414.
- Reimer, Philipp, *Können und Dürfen. Zur rechtstheoretischen Zentralität eines unterschätzten Begriffspaares*, in: *Rechtstheorie*, 2017, p. 417-439.
- Roellecke, Gerd, *Theorie und Philosophie des Rechts*, in: Gerd Roellecke (Org.), *Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie?*, Darmstadt, 1988, p. 1 ss.
- Rorty, Richard, *Philosophy and the Mirror of Nature*, Princeton University Press, 1979.
- Rottleuthner, Hubert, *Methodologie und Organisation der Rechtswissenschaft*, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Orgs.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, 2015, p. 207-222.
- Rottleuthner, Hubert, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, in: Hilgendorf/Jan C. Joerden (Orgs.) *Handbuch Rechtsphilosophie*, J.B. Metzler Verlag, 2017, p. 251-254.
- Rückert, Joachim, *Savignys Konzeption von Jurisprudenz und Recht, ihre Folge und ihre Bedeutung bis heute*, in: Joachim Rückert (Org.), *Savigny-Studien*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2011.
- Rückert, Joachim/Seinecke, Ralf, *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*, Nomos, 2. Auflage, Baden-Baden, 2012.

Rückert, Joachim, *Interessenjurisprudenz, Verfassungswandel, Methodenwandel, Juristenjurisprudenz?*, in: JuristenZeitung, 2017, p. 965-974.

Rüthers, Bernd, *Wir denken die Rechtsbegriffe um... Weltanschauung als Auslegungsprinzip*. Edition Interfrom, 1987.

Rüthers, Bernd, *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluß des Richterrechts*, in: Rechtspolitisches Forum, Nr. 15, IRP an der Universität Trier, 2003.

Rüthers, Bernd, *Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz*, in: JuristenZeitung, 2006, p. 53-60.

Rüthers, Bernd, *Gesetzesbindung oder freie Methodenwahl? – Hypothesen zu einer Diskussion*, in: JuristenZeitung, 2008.

Rüthers, Bernd, *Das Ungerechte an der Gerechtigkeit. Das Fehldeutungen eines Begriffs*, Mohr Siebeck, Tübingen, 3. Auflage, 2009.

Rüthers, Bernd, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, C. H. Beck, München, 7. Auflage, 2013.

Rüthers, Bernd, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.

Saliger, Frank, *Intra- und Interdisziplinarität: Wie kommt das Neue in die Rechtswissenschaft?* in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Orgs.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, 2015, p. 117-132.

Sander, Fritz, *Rechtswissenschaft und Materialismus. Eine Erwiderung auf Stark: „Die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft und die naturwissenschaftliche Methode“ (1918)*, in: Stanley Paulson, *Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre – Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen*, Scientia Verlag, 1988, p. 27-39.

Sander, Fritz, *Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung*, in: Zeitschrift für öffentliches Recht, Band 1, 1919/1920, p. 132-164.

Sander, Fritz, *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfabrung? Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens*, in: Zeitschrift für öffentliches Recht, 2. Band, 1921.

Sander, Fritz, *Der Begriff der Rechtserfabrung*, in: Zeitschrift für systematische Philosophie, Logos, 1922/23, p. 285-308.

Sander, Fritz, *Zur Methodik der Rechtswissenschaft*, in: Kant-Studien, 28, 1923.

Sander, Fritz, *Kelsens Rechtslehre. Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz*, Tübingen, 1923.

Sander, Fritz, *Das Recht als Sollen und das Recht als Sein. Studie zum Problem des Verhältnisses von Naturrecht und positivem Recht*, in: Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Band XVII, Berlin-Grünwald, 1923/24.

Sander, Fritz, *Merkels Rechtslehre*, in: Prager Juristische Zeitschrift, Heft I., IV. Jahrg, 1924.

- Sander, Fritz, *Staat und Recht als Probleme der Phänomenologie und Ontologie*, in: Zeitschrift für öffentliches Recht, Band IV, Wien und Leipzig, Franz Deuticke, 1925, p. 166-191.
- Sander, Fritz, *Das Verhältnis von Staat und Recht. Eine Grenzauseinandersetzung zwischen allgemeiner Staatslehre, theoretischer Rechtswissenschaft und interpretativer Rechtsdogmatik*, in: Archiv des öffentlichen Rechts, 10, 1926, p. 153-227.
- Sander, Fritz, *Das Rechtserlebnis*, in: Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, I, I, 1927, p. 110-119.
- Sander, Fritz, *Allgemeine Staatslehre. Eine Grundlegung*, Verlag Rudolf M. Rohrer, Leipzig/Wien, 1936.
- Schapp, Jan, *Methodenlehre des Zivilrechts*. Tübingen, Mohr Siebeck, 1998.
- Schmidt, Jürgen, *Die Neutralität der Rechtslehre gegenüber der Rechtsphilosophie*, in: Rechtstheorie, 1971, 95 ss.
- Schmidt, Walter, *Grundrechte – Theorie und Dogmatik seit 1946 in Westdeutschland*, in: Dieter Simon (Org.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, 1994, p. 188 ss.
- Schneider, Karsten, *Zur Eignung des Forschungsprogramms der Reinen Rechtslehre als Wissenschaftstheorie einer Wissenschaft vom Öffentlichen Recht*, in: Andreas Funke/Jörn Lüdemann (Orgs.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, p.45-64.
- Schönberger, Christoph, *Der „German Approach“. Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015.
- Schröder, Jan, *Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktische Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1976.
- Schröder, Jan, *Theoretische und praktische Jurisprudenz. Die Verwissenschaftlichung der Rechtsgelehrsamkeit um 1800*, in: Berichte zur Wissenschaftsgeschichte. History of Science and Humanities, 16, 1993, p. 229-240.
- Schröder, Jan, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500-1850)*, Verlag C.H. Beck, München, 2001.
- Schröder, Jan, *Zur Geschichte der juristischen Methodenlehre zwischen 1850 und 1933*, in: Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte, Nr. 13, 2008, p. 160-175.
- Schröder, Jan, *Begriffsjurisprudenz*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, ESV.
- Schuhr, Jan C., *Rechtsdogmatik als Wissenschaft. Rechtliche Theorien und Modelle*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006.
- Schulz, Lorenz, *Recht und Pragmatismus*, in: Winfried Brugger/Ulfrid Neumann/Stephan Kirste (Orgs.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 2008, p. 286-316.

- Schulze-Fielitz, Helmuth, *Staatsrechtslehre als Wissenschaft: Dimensionen einer nur scheinbar akademischen Fragestellung*, in: Helmut Schulze-Fielitz (Org.), *Die Verwaltung, Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, p. 11-48.
- Schurz, Gerhard, *Koexistenz und Komplementarität rivalisierender Paradigmen*, in: Stephan Kornmesser/Gerhard Schurz, *Die multiparadigmatische Struktur der Wissenschaften*, Springer VS, 2014, p. 47-62.
- Schurz, Gerhard, *Einführung in die Wissenschaftstheorie*, 3. Aufl. Darmstadt, 2011.
- Seelmann, Kurt/ Demko, Daniela, *Rechtsphilosophie*, Verlag C.H. Beck, 2014.
- Sendler, Horst, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Rationalisierung der Entscheidungsfindung oder Camouflage der Deziſion?*, in: Staatsphilosophie und Rechtspolitik, Festschrift für Martin Kriele zum Geburtstag, München, Beck, 1997, p. 457 ss.
- Sieckmann, Jan-R., *Begriff und Gegenstand der Rechtstheorie bei Ralf Dreier*, in: Robert Alexy (Org.), *Integratives Verstehen, Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, p. 3-26.
- Singer, Reinhard, *Claus-Wilhelm Canaris*, in: Stefan Grundmann/Karl Riesenhuber (Orgs.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler*, Band 2, Berlin New York, 2010.
- Smits, Jan M., *The Mind and Method of the Legal Academic*, Cheltenham, 2012.
- Somek, Alexander, *Die Praxis ist ganz anders. Rechtstheoretischer Versuch über die Rechtspraxis im Rahmen einer systemtheoretischen Reformulierung des Holmesschen Prädiktivismus*, in: *Rechtstheorie*, 18, 1987.
- Somek, Alexander, *Der Gegenstand der Rechtserkenntnis. Epitaph eines juristischen Problems*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996.
- Somek, Alexander, *Die Macht der juristischen Expertise. Rechtliches Wissen als Steuerungsmedium*, in: K. Lerch (Org.), *Die Sprache des Rechts*, Bd. 3: *Recht vermitteln*, 2005.
- Somek, Alexander, *Rechtliches Wissen*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 2006.
- Somek, Alexander, *Zwei Welten der Rechtslehre und die Philosophie des Rechts*, in: *JuristenZeitung*, 71, 2016, p. 481-486.
- Somek, Alexander, *The Legal Relation. Legal Theory After Legal Positivism*, Cambridge University Press, 2017.
- Somek, Alexander, *Wissen des Rechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018.
- Somló, Felix, *Juristische Grundlehre*, Leipzig, Verlag von Felix Meiner, 1917.

Spoerhase, Carlos, *Autorschaft und Interpretation. Methodische Grundlagen einer philologischen Hermeneutik*. Walter de Gruyter, Berlin, New York, 2007.

Stangl, Wolfgang, *Rechtsdogmatik als Fetisch. Anmerkungen zu Lubmanns Begriff der Rechtsdogmatik*, in. Ludwig-Boltzmann-Institut für Kriminalsoziologie, Kriminalsoziologische Bibliografie, Heft 5-8, 1975, p. 12-18.

Stark, Bernhard, *Die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft und die naturwissenschaftliche Methode*, in. Juristische Blätter, 47, 1918.

Stevens, Wallace, *An ordinary evening in new Haven*, IX, in. The Collected Poems of Wallace Stevens, Alfred A. Knopf, New York, 1971, p. 465 ss.

Stevens, Wallace, *Study of images*, II, in. The Collected Poems of Wallace Stevens, Alfred A. Knopf, New York, 1971, p. 464.

Seinecke, Ralf, *Rudolf von Jhering anno 1858. Interpretation, Konstruktion und Recht der sog. „Begriffsjurisprudenz“*, in. ZRG, GA, 130, 2013, p. 238-280.

Stammler, Rudolf, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Vereinigung wissenschaftlicher Verleger, 1922.

Stolleis, Michael, *Stärkung der Grundlagenfächer*, JuristenZeitung, 68, 2013, p. 712-714.

Strömholm, Stig, *Hauptströmungen der schwedischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, in. Rechtstheorie 3, 1972, p. 35-61.

Struck, Gerhard, *Dogmatische Diskussion über Dogmatik*, in. JuristenZeitung, 1975, p. 84-88.

Stürner, Rolf, *Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik*, in. JuristenZeitung, 67, 2012, p. 10-24.

Tannous, Thiago, *O Aluno do Aluno: A Controvérsia entre Hans Kelsen e Fritz Sander*. São Paulo, Universidade de São Paulo, 2013.

Thienel, Rudolf, *Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz. Zugleich eine Kritik an Hans Alberts Konzept einer sozialtechnologischen Jurisprudenz*, Manz Verlag, Wien, 1991.

Trute, Hans-Heinrich, *Methodik der Herstellung und Darstellung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen*, in. Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Orgs.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, p. 293-325.

Vaselli, Stefano, *Nuovo Realismo*, in. AphEx, Giornale di Filosofia, 2013, p. 169-211.

Verdross, Alfred, *Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers* (1916), in. Hans R. Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Orgs.), Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross. Franz Steiner Verlag, 2010, cit. p. 1265-1276.

Vesting, Thomas, *Von der liberalen Grundrechtstheorie zum Grundrechtspluralismus – Elemente und Perspektiven einer pluralen Theorie der Grundrechte* –, in. Christoph Grabenwarter/Stefan

Hammer/Alexander Pelzl/Eva Schulev-Steindl/Ewald Wiederin (Orgs.), *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*, 1994, p. 9 ss.

Vesting, Thomas, *Gegenstandsadäquate Rechtsgewinnung – eine Alternative zum Abwägungspragmatismus des bundesdeutschen Verfassungsrechts?*, in: *Der Staat*, 41, 2002, p. 73-97.

Vesting, Thomas, *Nachbarwissenschaftlich informierte und reflektierte Verwaltungsrechtswissenschaft – Verkehrsregeln und Verkehrsströme*, in Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Orgs.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004.

Vesting, Thomas, *Die Medien des Rechts: Sprache*, Hubert & Co, Göttingen, 2011.

Vesting, Thomas, *Rechtstheorie*, Verlag C. H. Beck, München, 2. Aufl., 2015.

Vesting, Thomas, *Legal Theory and Media of Law*, Elgar Studies in Legal Theory, 2018.

Viehweg, Theodor, *Topik und Jurisprudenz*, 5. Aufl., München, 1974.

Viehweg, Theodor, *Über den Zusammenhang zwischen Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*, in: Ralf Dreier/Robert Alexy (Orgs.), *Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie. Gesammelte kleine Schriften*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, p. cit. p. 35-44.

Viehweg, Theodor, *Ideologie und Rechtsdogmatik*, in: Ralf Dreier/Robert Alexy (Orgs.), *Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie. Gesammelte kleine Schriften*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, p. 86-96.

Viehweg, Theodor, *Rhetorik, Sprachpragmatik, Rechtstheorie*, in: Ralf Dreier/Robert Alexy (Orgs.), *Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie. Gesammelte kleine Schriften*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, p. 206-209.

Viehweg, Theodor, *Zur Topik, insbesondere auf juristische Gebiete*, in: Ralf Dreier/Robert Alexy (Orgs.), *Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie. Gesammelte kleine Schriften*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, p. 210-214.

Viehweg, Theodor, *Antirhetorische und Rhetorische Kontrolle rechtlicher Argumentation*, in: Ralf Dreier/Robert Alexy (Orgs.), *Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie. Gesammelte kleine Schriften*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, p. 218-222.

von Aaken, Anne, *Funktionale Rechtswissenschaftstheorie für die gesamte Rechtswissenschaft*, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Orgs.), *Rechtswissenschaftstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 79-104.

von Bogdandy, Armin, *Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum*, in: *JuristenZeitung*, 2011.

von der Pfordten, Dietmar, *Über Begriffe im Recht*, ARSP, 2012, p. 439-456.

von Hippel, Eike, *Grundfragen der Rechtspolitik*, in: *JuristenZeitung*, 39, 1984, p. 953-961.

von Jhering, Rudolf, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Bd. I, Leipzig, 1865.

von Jhering, Rudolf, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?* Jherings Wiener Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868 (Org. por Okko Behrends), Göttingen, 1998.

von Jhering, Rudolf, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (1884). Neu herausgegeben von Max Leitner, Linde, Wien, 2009.

von Kirchmann, Julius. *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. Ein Vortrag gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Berlin, 1848.

von Savigny, Friedrich Carl, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814.

von Savigny, Friedrich Carl, *System des heutigen Römischen Rechts*, Erster Band, Berlin, 1840.

Voßkuhle, Andreas, *Was leistet Rechtsdogmatik? Zusammenführung und Ausblick in 12 Thesen*, in: Greogor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Orgs.), *Was Weiß Dogmatik? Was leistet und wir steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?* Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, p. 111-116.

Wagner, Gerhard/Zimmermann, Reinhard, *Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung zum Thema „Methoden des Privatrechts“* (Vorwort), AcP 214, 2014, p. 1-5.

Waldhoff, Christian, *Kritik und Lob der Dogmatik. Rechtsdogmatik im Spannungsfeld von Gesetzesbindung und Funktionsorientierung*, in: Greogor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Orgs.), *Was Weiß Dogmatik? Was leistet und wir steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?* Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, p. 17-38.

Walter, Robert, *Der Aufbau der Rechtsordnung*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1974.

Walter, Robert/Jabloner, Clemens/Zeleny, Klaus (Orgs.), *Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre*, Manz Verlag, Wien, 2008.

Weyr, Franz, *Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems*, in AöR. Bd. 23, 1908, p. 529 ss.

Wieacker, Franz, *Zur praktischen Leitung der Rechtsdogmatik*, in: Rüdiger Bubner (Org.), *Hermeneutik und Dialektik. Hans-Georg Gadamer zum Geburtstag*, Bd. 2., Tübingen, 1970, p. 311-336.

Wielinger, Gerhart, *Merkls Interpretationslehre*, in: Robert Walter (Org.), *Adolf J. Merkl Werk und Wirksamkeit*, Manz Verlag, Wien, 1990.

Windscheid, Bernhard, *Gesammelte Reden*, Leipzig, 1904.

Winkler, Markus, *Die normative Kraft des Praktischen. Robert Brandom und die Rechtstheorie*, in: *JuristenZeitung*, 17, 2009, p. 821-829.

Wischmeyer, Thomas, *Der Wille des Gesetzgebers. Zur Rolle der Gesetzesmaterialien in der Rechtsanwendung*, in. *JuristenZeitung*, 70, 2015, p. 957-966.

Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus-Logico-Philosophicus*, 7, in. *Schriften*, Band 1, Frankfurt, 1960.

Wundt, Wilhelm, *Logik*, Bd. II, 1984.

Zimmermann, Reinhard, *Juristische Methodenlehre in Deutschland*, in. *RabelsZ*, 2019.

Zippelius, Reinhold, *Juristische Methodenlehre*, 11. Aufl., München, 2011.