

Primeira Parte

Perfis Históricos e Teóricos da Hermenêutica Jurídica Nomofactual¹*Profili Storici e Teorici dell’Ermeneutica Giuridica Nomofattuale***GAETANO CARLIZZI^{2,1}**¹Universidade “Suor Orsola Benincasa” de Nápoles. Nápoles. Itália.**TRADUTORA: NATALINA STAMILE^{3,II}**^{II}Universidade de Brescia. Brescia. Itália.**REVISOR: NESTOR CASTILHO GOMES^{4,III}**^{III}Universidade da Região de Joinville (Univille). Santa Catarina (SC). Brasil.

RESUMO: Nos atuais discursos dos filósofos e cientistas do Direito, se fala cada vez mais de “hermenêutica jurídica”. Todavia, quando se tenta entender o que eles querem dizer com essa expressão, muitas vezes percebe-se que estão se referindo a coisas bem diferentes. Assim, percorrendo a história do pensamento jurídico, resulta que a hermenêutica jurídica consistia ou apenas na prática da interpretação (Direitos romano e medieval), ou também em sua metodologia (desde a Baixa Idade Média até o final do século XVIII), ou, ademais, na sua teoria (graças ao trabalho de F. C. Von Savigny no século XIX), ou, sempre para além das outras formas, em uma verdadeira filosofia do Direito. Este artigo concentra-se nesta última forma, em particular no que se propõe chamar “hermenêutica jurídica nomofactual”, movimento de pensamento inaugurado a partir da década de 20 do século passado por G. Radbruch, fortalecido nas décadas seguintes, até o início dos anos 1980, por outros pensadores alemães, e, finalmente, recepcionado em vários países (incluindo Itália e Espanha). Mais precisamente, a ideia lançada pela primeira vez por esse movimento, segundo a qual o direito deriva sempre da dialética entre um elemento normativo e um elemento factual, será aqui explorada ilustrando as onze teses principais em que se caracterizou.

1 O texto é uma tradução parcial de G. Carlizzi, Per una storia dell’ermeneutica giuridica (*Diacronia*, 1, p. 15-82, 2022). Agradecemos o editor e o diretor da revista pela autorização para publicação.

2 Orcid: 0000-0003-4143-5310.

3 Orcid: 0000-0002-7201-8539.

4 Orcid: 0000-0003-4156-493X.

PALAVRAS-CHAVE: História do direito; filosofia do direito; teoria da interpretação; hermenêutica jurídica; dialética norma/fato.

RIASSUNTO: Negli odierni discorsi dei filosofi e degli scienziati del diritto si parla sempre più spesso di “ermeneutica giuridica”. Tuttavia, quando si cerca di comprendere cosa intendono gli interlocutori con questa espressione, spesso ci si rende conto che fanno riferimento a cose alquanto diverse. In effetti, ripercorrendo la storia del pensiero giuridico, risulta che l’ermeneutica giuridica è consistita ora solo nella pratica dell’interpretazione (diritto romano e altomedievale), ora anche nella sua metodologia (dal Basso Medioevo alla fine del 700), ora altresì nella sua teoria (grazie all’opera di F.C. von Savigny nell’800), ora, sempre in aggiunta alle altre forme, in una vera e propria filosofia del diritto. Nel presente articolo ci si concentrerà su quest’ultima forma, in particolare su quella che si propone di chiamare “ermeneutica giuridica nomofattuale”, movimento di pensiero inaugurato negli anni 20 del secolo scorso da G. Radbruch, potenziato nei decenni successivi, fino ai primi anni 80, da altri pensatori tedeschi, e infine recepito in diversi Paesi (tra cui l’Italia e la Spagna). Più precisamente, l’idea fatta valere per la prima volta da tale movimento, secondo cui il diritto deriva sempre dalla dialettica tra un elemento normativo e uno fattuale, verrà qui approfondita illustrando le undici tesi principali in cui essa si è tradotta.

PAROLE-CHIAVE: Storia del diritto; filosofia del diritto; teoria dell’interpretazione; ermeneutica giuridica; dialettica norma/fatto.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Formas de hermenêutica jurídica; 2 Nascimento e desenvolvimento da hermenêutica jurídica nomofactual; 3 As principais teses da hermenêutica jurídica nomofactual; Referências.

INTRODUÇÃO

A hermenêutica é um continente sem fronteiras, em que é fácil perder a orientação. A prova é que os juristas, muitas vezes, discutem “hermenêutica” sem perceber que não estão falando da mesma coisa. Antes de explorar, seria aconselhável ter *um mapa*, para estabelecer em qual das suas regiões se está ao longo do caminho.

Por questões de espaço, aqui não posso desenhar esse mapa (CARLIZZI, 2022, p. 15-82); porém, me limitarei a traçar as fronteiras das principais regiões do mencionado continente, e, depois, me concentrarei em uma delas. Assim, destacarei a existência de uma multiplicidade de formas de hermenêutica, surgidas ao longo da história do pensamento jurídico, e me deterei na forma culminante, que proponho aqui chamar de “hermenêutica jurídica nomofactual”, que se distingue de outras formas de hermenêutica jurídica, porque constitui uma verdadeira forma de filosofia do direito (tópico 1). Em particular, depois de ter traçado uma breve genealogia, indicando os principais autores e as obras que a trouxeram à luz (tópico 2), tentarei apre-

sentar uma imagem concisa, mas suficientemente clara e completa dessa concepção, elaborando uma lista de suas principais teses teóricas (tópico 3).

1 FORMAS DE HERMENÊUTICA JURÍDICA

Assumindo a expressão “hermenêutica jurídica” da forma mais ampla possível, incluindo todos os esforços destinados à compreensão do direito, a origem da hermenêutica jurídica remonta à antiguidade romana. O que muda no curso da história é o progresso do pensamento feito nesse esforço. Em resumo, da experiência jurídica romana, em que a hermenêutica jurídica se apresenta como *mera prática*, passa-se à época medieval e início da modernidade, em que *também* assume a forma de uma *metodologia*, até o século XIX, a partir da qual, graças à decisiva contribuição de Savigny, a hermenêutica jurídica *também* se configura como *teoria da interpretação*.

Esta última configuração, porém, ainda não constitui o ponto culminante da história da hermenêutica jurídica. Pelo contrário, ele é alcançado entre meados da década de 1920 e início da década de 1980, quando essa, sempre em concorrência com as demais formas, acaba por se apresentar como uma verdadeira *filosofia do direito*, que proponho aqui chamar de “hermenêutica jurídica nomofactual” (a partir de agora: “hermenêutica nomofactual”). Falo de verdadeira filosofia, porque foi só então que a compreensão, além de ser praticada, disciplinada e analisada, foi elevada à força motriz de toda a dinâmica do direito. E falo de hermenêutica nomofactual, porque a necessidade de compreensão não foi considerada como uma simples consequência da eventual imperfeição da lei, nem da sempre possível divergência entre seu significado imediato e o pensamento de seu autor; essa necessidade foi antes considerada como o reflexo, fulgurante em cada momento da produção jurídica, da coessencialidade para esta última de dois elementos de natureza diversa, os elementos normativo e fático.

Ambos os esclarecimentos são fundamentais para o estudo do nosso tema em geral. O primeiro, porque mostra que a filosofia hermenêutica do direito não é incompatível com as outras formas de hermenêutica, em particular com a metodologia e a teoria, apenas considera a compreensão em uma perspectiva diferente e até certo ponto complementar às destas últimas⁵. O segundo, porque evidencia a diferença entre a hermenêutica

5 Ver M. Donini, *Europeísmo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmática clássica alla giurisprudenza fonte*, Giuffrè, Milano, 2011, espec. p. 115-117, que sublinha a necessidade, especialmente no direito penal, de

jurídica em questão, que pode ser chamada de “nomofactual”, e as demais concepções hermenêuticas do direito (pré-teóricas, teóricas ou filosóficas), todas mais ou menos nomocêntricas (mas não necessariamente positivistas ou mesmo legalistas), porque todas elas são mais ou menos desatentas ao papel codeterminante do fato na produção jurídica⁶.

Antes de ilustrar as causas, conteúdos e resultados da hermenêutica nomofactual, cabe destacar a sua peculiar problematidade historiográfica. Essa é uma concepção professada por vários autores, que, no entanto, não foram pensados nem apresentados univocamente como parceiros de um movimento unitário. Surge, então, a questão: Por onde começar a defini-la como objeto de investigação histórica? Com base em que proceder delimitar seu patrimônio de ideias e o número de seus seguidores? A minha resposta, que já propus em outro lugar (CARLIZZI, 2011, p. 85-87)⁷, parte do fato de que a hermenêutica nomofactual é uma formação espiritual, um produto cultural; enquanto tal, dotada de um sentido, que deve ser seguido para sua própria compreensão⁸. Portanto, a sua identidade não pode ser apreendida imediatamente, no início da investigação histórica sobre ela mesma, mas apenas no final desta; em outras palavras, se e quando a hipótese reconstitutiva formulada no início, que terá orientado a mesma investigação, for confirmada pelos elementos gradualmente recolhidos.

2 NASCIMENTO E DESENVOLVIMENTO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA NOMOFACUAL

É a partir dessa peculiar problematidade historiográfica que podemos explicar a diversidade entre as várias apresentações, disponíveis na literatura, da hermenêutica jurídica, que costumam considerá-la como produto

maior atenção à dimensão metodológica da hermenêutica. No entanto, esse problema, do ponto de vista da hermenêutica nomofactual, só pode ser enfrentado secundariamente, após a compreensão das dinâmicas típicas da produção jurídica, que condicionam a possibilidade de discipliná-la. Explicitamente no sentido de que a hermenêutica jurídica (nomofactual) não constitui e ainda pressupõe uma teoria da argumentação, ver um de seus protagonistas: A. Kaufmann, *Rechtphilosophie*, C.H. Beck, München, 1997, p. 45.

6 Nesse sentido, a hermenêutica nomofactual deve ser mantida distinta tanto das concepções hermenêuticas pré-teóricas anteriormente à Savigny quanto da teoria hermenêutica de Savigny, e das filosofias hermenêuticas contemporâneas, em particular aquela desenvolvida por R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986; sobre as quais ver as reconstruções instrutivas elaborados por A. Schiavello, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Giappichelli, Torino, 1998, espec. p. 117-147; e G. Blando, *Ronald Dworkin*, in *www.aphex.it*, 30 settembre 2022, § 2.

7 Ver, também, Carlizzi, *Contributi alla storia dell'Ermeneutica*, La Scuola di Pitagora, Napoli, 2012, p. 11-57.

8 Sobre as características das esferas culturais (ciência, moral, arte e direito), fundamental: Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Quelle & Meyer, Leipzig, 1932, trad. it. de G. Carlizzi, V. Omaggio, *Filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 8.

da acolhida no campo jurídico da hermenêutica filosófica gadameriana⁹. Também sobre esse ponto já expressei, várias vezes, minha opinião divergente, sustentando que a hermenêutica nomofactual nasceu sob a influência do pensamento de Gustav Radbruch¹⁰ (1878-1949); desenvolveu-se por meio das contribuições deste autor e Karl Engisch¹¹ (1899-1990); atingiu o seu ápice graças a algumas obras de Karl Larenz¹² (1903-1993), Josef Esser¹³ (1910-1992), Arthur Kaufmann¹⁴ (1923-2001), Martin Kriele¹⁵ (1931-2020), Joachim Hruschka¹⁶ (1935-2017), Friedrich Müller¹⁷ (1938) e Winfried Hassemer¹⁸ (1940-2014), que só a partir de certo momento, e geralmente de maneira complementar, incorporaram às suas próprias posições hermenêu-

-
- 9 Na literatura alemã, nesse sentido, ver, por exemplo: E. Hilgendorf, *Die Renaissance der Rechts theorie zwischen 1965 und 1985*, Ergon, Würzburg, 2005, p. 36-39 (que a situa no quadro geral da hermenêutica jurídica fundada por Savigny); M. Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, Gremer, Ebelsbach, 1981, p. 1-16; K. Seelman, *Rechts philosophie*, C.H. Beck, München, 2004, p. 127-129; J. Stelmach, *Die hermeneutische Auffassung der Rechts philosophie*, Gremer, Ebelsbach, 1991, espec. p. 67-84 (que a distingue da hermenêutica jurídica continuada da tradição que remonta a Schleiermacher, Savigny e Dilthey, bem como de uma suposta hermenêutica jurídica analítica); T. Vesting, *Rechtstheorie*, C.H. Beck, München, 2007, p. 112-116. Para uma perspectiva diferente, próxima daquela aqui seguida ver Hassemer, *Juristische Hermeneutik* (1984), trad. it. de G. Carlizzi *Ermeneutica giuridica*, em "Diacronia", 1, 2022, p. 241-268.
- 10 A literatura sobre o pensamento de Radbruch é infinita. Aqui, como para os autores subsequentes, limitar-me-ei a indicar os estudos de interesse hermenêutico: Carlizzi, *Gustav Radbruch e le origini dell'Ermeneutica Giuridica Contemporanea*, cit.; G. Carlizzi, "Un sistema filosofico deve somigliare a um duomo gotico". *Introduzione alla filosofia del diritto di Gustav Radbruch*, em Radbruch, *Filosofia del diritto*, cit., p. XX-XXVIII.
- 11 A. Maschke, *Gerechtigkeit durch Methode. Zu Karl Engischs Theorie des juristischen Denkens*, Winter, Heidelberg, 1993, p. 126-212.
- 12 Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, Gremer, Ebelsbach, 1981, espec. p. 53-236.
- 13 Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, Gremer, Ebelsbach, 1981, espec. p. 53-236; G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, Milano, 1984.
- 14 W. Hassemer, *Die Hermeneutik im Werk Arthur Kaufmanns*, in Hassemer (hrsg.), *Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, R.v. Decker & C.F. Müller, Heidelberg, u.a. 1984, p. 1-13; G. Carlizzi, *Analogia e "natura della cosa". La prima tappa della ricerca "ontologica" di Arthur Kaufmann*, in A. Kaufmann, *Analogia und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus* (1965), R.v. Decker & C.F. Müller, Heidelberg, u.a. 1982, trad. it. de G. Carlizzi, *Analogia e "natura della cosa". Un contributo alla dottrina del tipo*, Vivarium, Napoli, 2003, p. XVII-LXIII (agora em G. Carlizzi, *Contributi alla storia dell'Ermeneutica*, cit., p. 59-120); S. Grote, *Auf der Suchenacheinem "dritten Weg". Die Rechts philosophie Arthur Kaufmanns*, Nomos, Göttingen, 2008, espec. p. 42-52.
- 15 V. Omaggio, *Postfazione*, em M. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1979, tr. it. de V. Omaggio, *Diritto e ragione pratica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, p. 163-182.
- 16 G. Zaccaria, *Introduzione*, em J. Hruschka, *Die Konstitution des Rechtsfalles, Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965, trad. it. de G. Carlizzi, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, il Mulino, Bologna, 2009, p. 7-14.
- 17 G. Andresani, N. Stamile, *Mulling Over Hermeneutics*, em N. Stamile, N. Castilho Gomes, D. Almanza Torres (ed.), *Friedrich Müller's Theory of Law. Proceedings of the Special Workshop held at the 29th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy in Lucerne, Switzerland, 2019*, Steiner, Stuttgart, 2021, p. 29-38.
- 18 G. Carlizzi, *Sull'ermeneutica giuridica di Winfried Hassemer*, em W. Hassemer, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Heymanns, Köln u.a. 1968, trad. it. de G. Carlizzi,

ticas algumas teses específicas formuladas por Gadamer em *Verdade e método* (relativas, sobretudo, à pré-compreensão e ao círculo hermenêutico)¹⁹.

Trata-se, portanto, de reconstruir brevemente o nascimento, a ascensão e o declínio da hermenêutica nomofactual na Alemanha entre 1924 e o início dos anos 80, fornecendo um quadro sumário do seu patrimônio de ideias e seus resultados. Comum aos três momentos foi a reação à ideologia nomocêntrica, que atingiu seu ápice justamente com a codificação. Embora uma aversão semelhante já tivesse se manifestado na fase anterior, dando origem à virada de Jhering (1818-1892) “para uma jurisprudência pragmática”²⁰ e a consequente abertura jusliberalista²¹ das normas à vida, foi somente a partir de meados da década de 1920 do século XX que a relação entre essas duas esferas foi vista como uma determinação mútua.

O nascimento pode ser identificado com um artigo publicado em 1923/24 por Radbruch²², por algum tempo próximo ao movimento do direito livre, mas sobretudo inspirado na doutrina neokantiana do sudoeste (Windelband, Rickert, Max Weber e Lask)²³. Partindo do duplo pressuposto, típico desta última, de que toda realidade cultural se caracteriza pela tensão em direção a uma ideia e que o direito é uma realidade cultural, Radbruch se detém nos dois termos da ideia de direito (identificada, apenas a partir de 1924, na justiça²⁴, entendida como paridade de tratamento dos

Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica, ESI, Napoli, 2007, p. 10-38 (agora em G. Carlizzi, *Contributi alla storia dell'Ermeneutica*, cit., p. 121-160).

- 19 No máximo, pode-se dizer que a hermenêutica filosófica de Gadamer exerceu uma influência decisiva em Esser e muito forte no segundo, Larenz, analogamente do que faz Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik*, cit., p. 1 e nt. 1. Sobre a tese da originalidade da hermenêutica nomofactual em Radbruch ver: Carlizzi, *Gustav Radbruch e le origini dell'Ermeneutica Giuridica Contemporanea*, cit., p. 87-89; também ver G. Carlizzi, V. Omaggio (ed.). *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, ETS, Pisa, 2016, p. 113-18. Esta antologia, posteriormente publicada também em alemão (S. Meder, V. Omaggio, G. Carlizzi, C. Sorge (hrsg.), *Juristische Hermeneutikim 20. Jahrhundert. Eine Anthologie von Grundlage textender deutschen Rechtswissenschaft*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2018), foi pensada junto com Enzo Omaggio também para validar a hipótese historiográfica aqui proposta.
- 20 K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin, u.a. 1960, trad. it. Parcial de S. Ventura, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 58-65. Sobre a centralidade de Jhering para o pensamento jurídico do século XIX, ver: Radbruch, *Filosofia del diritto*, cit., p. 29-31.
- 21 Sobre tal movimento, ver: L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (1967), Giuffrè, Milano, 1975, p. 201-370, espec. p. 229 ss. (o qual identifica três gerações – precursoras, primeira e segunda geração – e inclui correntes mais específicas, em particular a do direito livre e da jurisprudência dos interesses).
- 22 G. Radbruch, *Rechtsidee und Rechtsstoff. Eine Skizze* (1923/24), trad. it. de G. Carlizzi, *Idea e materia del diritto. Uno schizzo*, em *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, cit., p. 31-37.
- 23 Sobre ambas as relações e também sobre as referências às obras de Radbruch, ver G. Carlizzi, *Gustav Radbruch e le origini dell'Ermeneutica Giuridica Contemporanea*, cit., p. 106 nt. 80, 90 nt. 17.
- 24 G. Radbruch, *Die Problematik der Rechtsidee* (1924), em G. Radbruch, *Gesamtausgabe*, hrsg. Von A. Kaufmann, Band 2, *Rechtsphilosophie 2*, bearb. Von A. Kaufmann, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, p. 460; sobre este aspecto, ver, também, p. 92 anot. post. 127.

fatos iguais²⁵): a forma e a matéria. Como deixa claro a esplêndida metáfora inicial da criação artística, que também gira em torno de uma ideia, de um projeto, a relação entre os dois termos não é unilateral, mas sim dialética. Por um lado, a forma da ideia de direito é a pretensão de que a convivência humana tem um certo tipo de disciplina. Por outro lado, porém, essa pretensão não pode ser realizada arbitrariamente, mas deve lidar com a própria matéria, expressamente identificada por Radbruch nos “dados pré-formados por meio dos conceitos sociais”²⁶, que assim aparecem já dotados de sua própria natureza, ou seja, a “natureza da coisa”²⁷.

Essa “oscilação [*Hin und Her*]”, esse duplo movimento, chamado “idealização do real” e, respectivamente, “determinação material da ideia”²⁸, faz com que o direito opere por meio de normas que marcam, de certa maneira, os fatos que elas disciplinam²⁹, mas também que esses fatos condicionem aquelas normas, pois já são recobertas de sentido pelos destinatários que são seus criadores ou protagonistas³⁰. Coerente com a ideia de igual essencialidade dos elementos fáticos e normativos para a realização do direito é a definição deste último que Radbruch estabelece na parte de seu *opus magnum* dedicada à “lógica da ciência jurídica”, e que atua como lema da corrente em questão: “A lei existe precisamente em função da decisão de casos individuais e, nesse sentido teleológico, de fato, o direito não é a totalidade das normas, mas é a totalidade das decisões”³¹.

Reconstruir a história da hermenêutica nomofactual significa, portanto, mostrar que os autores supracitados seguiram uma e/ou outra das duas direções indicadas, compartilhando a original ideia fundamental da dialética norma/fato como força motriz de toda a experiência jurídica, e, eventualmente, enriquecendo-a com as sugestões vindas da hermenêutica gadame-

25 Sobre o ponto, fundamental: Radbruch, *Filosofia del diritto*, cit., espec. p. 37-41.

26 Radbruch, *Idea e materia del diritto*, cit., p. 36.

27 Radbruch, *Idea e materia del diritto*, cit., p. 37.

28 Radbruch, *Idea e materia del diritto*, cit., p. 32, 31. Também ver Radbruch, *Filosofia del diritto*, cit., p. 14 s.

29 Radbruch falará logo de “transformação teleológica”: por exemplo, do conceito biológico no campo penal de “feto” (*Filosofia do direito*, cit., p. 133). É interessante notar que uma ideia semelhante (relevância em geral, mesmo para além dos termos técnicos, do “uso linguístico jurídico”, e não do “sentido da linguagem falada”) já havia sido efetivamente sustentada por Binding, *Handbuch des Strafrechts*, Erster Band, Duncker&Humblot, Leipzig, 1885, p. 463 s. Sobre este ponto, ver, também: Hassemer, *Tatbestand und Typus*, cit., trad. it. parcial de G. Carlizzi, “Tipo normativo e divieto di analogia penale”, em *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, cit., p. 213 e nt. 24.

30 Por exemplo, mesmo antes da intervenção típica do legislador, uma lesão não é simplesmente uma sucessão de processos físicos, mas bem a expressão de um significado ofensivo: Radbruch, *Idea e materia del diritto*, cit., p. 35.

31 Radbruch, *Filosofia del diritto*, cit., p. 134 s.

riana, incapazes (e nem mesmo dispostas) a fundar uma filosofia do direito, ou mesmo apenas uma teoria da interpretação jurídica. Para os presentes propósitos, pouco importa, porém, que o referido compartilhamento tenha ocorrido mais ou menos explicitamente, reconhecendo a influência sofrida por Radbruch³², muito menos compartilhando todos os corolários dessa ideia fundamental. Pelo contrário, atendendo a uma solicitação feita por um dos protagonistas do movimento, deve-se reconhecer que, enquanto alguns de seus representantes demonstraram maior sensibilidade às questões jurídico-filosóficas (a começar por Radbruch), outros se concentraram sobretudo em questões (*lato sensu*) metodológicas (começando com Engisch)³³.

3 AS PRINCIPAIS TESES DA HERMENÊUTICA JURÍDICA NOMOFACTUAL

Aqui não tenho o espaço necessário para examinar detalhadamente o pensamento dos autores supracitados. Portanto, limitar-me-ei a apresentar um quadro impressionista das principais teses da hermenêutica nomofactual, que convencionalmente quantifico em onze³⁴ e que poderiam constituir a base para o relançamento do movimento, desde que o mesmo volte a

32 Entendendo-se que esse reconhecimento pode ser encontrado mais ou menos explicitamente em vários protagonistas do movimento: do sucessor de Radbruch em Heidelberg, Karl Engisch (*Vom Welt bilddes Juristen* (1950), C. Winter, Heidelberg, 1965, p. 9), ao seu discípulo mais dedicado e curador de sua *opera omnia*, Arthur Kaufmann (consideram-se as inúmeras passagens de *Analogia* e “*natura della cosa*”, cit., disponíveis através do índice de nomes e geralmente cruciais, nas quais Kaufmann adere às teses de Radbruch: centralidade da ideia de direito, distinção entre ser e dever ser, conseqüente necessidade de passar de um para o outro, natureza da coisa, relação de mera semelhança entre os fatos da realidade, etc.), para o discípulo deste último mais dotado filosoficamente, Winfried Hassemer (*Fattispecie e tipo*, cit., onde há referências adesivas semelhantes às de Kaufmann, também disponíveis através do índice de nomes).

33 Hassemer, *Ermeneutica giuridica*, cit., § 4, que inclui entre os primeiros, interessados sobretudo na relação entre ser e deve ser, Kaufmann (na esteira de Radbruch), e entre os segundos, interessados sobretudo na relação entre fato e norma, Esser, Larenz, Kriele e F. Müller. No entanto, a separação entre ser e fato, por um lado, e ser e norma, por outro, não é convincente. A distinção entre uma perspectiva filosófico-jurídica e uma perspectiva metodológica (*rectius*: epistemológico-transcendental: nesta matriz transcendental, fundamental: Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 44 s.) parece refletir, mais bem, uma diferença de questões privilegiadas (nunca excludentes, dado o seu condicionamento mútuo): no primeiro caso “o que é o direito?”, enquanto no segundo “como é possível conhecer o direito?” (ambos distintos, por sua vez, da própria questão metodológica: “como se deve conhecer o direito?”).

34 Após uma longa reflexão, preferi não incluir a tese adicional do fundamento dogmático-tópico da interpretação que também foi aceita por alguns expoentes da hermenêutica nomofactual. De acordo com essa tese, na versão esseriana, a interpretação deve ser racional, e para ser racional deve identificar significados que não sejam apenas coerentes com os dispositivos individuais vigentes, mas também congruentes com as expectativas de justiça do caso concreto. Lembre-se que a sua exclusão não significa que esta tese não tenha desempenhado nenhum papel na história da hermenêutica jurídica (aliás, foi dedicada ao tema toda a quarta parte da antologia *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, cit., p. 221-266; também para mais detalhes ver Omaggio, *Ermeneutica giuridica e filosofia pratica*, em “*Ars interpretandi*”, 2, 2020, p. 30, 41). Tampouco significa que não possa contribuir para a renovação do movimento. Significa apenas que, em relação ao papel da razão prática do direito, os seus expoentes parecem ter assumido atitudes nem sempre compatíveis entre si (compare-se o relativismo de Radbruch, entre outras coisas, com o teorismo de Engisch, com o ontologismo de Kaufmann e com o otimismo prático - racional de Esser e Kriele).

prestar atenção à prática jurídica e, mais em geral, ao direito positivo, que determinou sua originalidade³⁵:

a) Tese da natureza processual da realização da lei. O direito surge da aplicação de normas aos fatos da vida associados, prefigurando-os para determinados fins, assim como caracterizados em origem por uma natureza diferente dos fatos. As normas são deônticas e gerais, os fatos, por outro lado, são ônticos e singulares. Portanto, como mostrou sobretudo Arthur Kaufmann, o direito nunca pode ser realizado *uno actu*, mas apenas passando pelas fases de produção e aplicação normativa, fases igualmente complexas, nas quais a referida distância deve ser gradualmente reduzida, em vista de sua anulação³⁶. Como o legislador deve representar os fatos a serem disciplinados do ponto de vista dos ideais jurídicos que pretende alcançar e derivar deles normas mais determinadas, assim o juiz deve considerar os fatos a serem decididos do ponto de vista dessas normas e extrair deles decisões que afirmem ou neguem sua mútua correspondência³⁷.

b) Tese da mediação entre norma e fato. A distância morfológica original entre esses dois termos significa que só pode ser superada recorrendo a um terceiro, que, participando de um e de outro, é capaz de relacionar um ao outro. Esse *tertium* foi entendido principalmente como a “natureza da coisa”, ou seja, como o significado que os fatos disciplinados pelas normas já recebem dos destinatários e que devem se presumir assumidos por elas, que, de outra forma, não poderiam ter controle sobre a vida. A natureza da coisa é, então, indisponível para qualquer um. Em primeiro lugar, pelo legislador, que só pode tratá-la teleologicamente na medida em que ela mesma concede, ou seja, desviar o sentido social dos fatos humanos para os fins que ele próprio se propõe. Além disso, é indisponível para o intérprete, que deve se esforçar para entender a maneira em que as disposições interpretadas reelaboraram a natureza da coisa³⁸.

35 Ver G. Carlizzi, *Sull'ermeneutica giuridica di Winfried Hassemer*, cit., p. 14-16. Nas notas seguintes, a menos que faltem todas ou algumas passagens de interesse, não citarei as edições integrais das obras da hermenêutica nomofactual, mas sim a: *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, cit.

36 Kaufmann, *Analogie und "Natur der Sache"*, cit., trad. it. parcial de G. Carlizzi, "Fatto e norma nel processo di realizzazione del diritto", em *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, cit., p. 53-56.

37 Sobre a natureza processual da aplicação normativa: Hassemer, "Il dispiegamento reciproco del fatto e della fattispecie", em *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, cit., p. 66; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin, u.a. 1991, p. 211-214.

38 Além de G. Radbruch, *Idea e materia del diritto*, cit., ver também: G. Radbruch, *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken* (1938); trad. it. de G. Carlizzi, "Concetti classificatori e concetti ordinatori nel pensiero giuridico", em *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, cit., p. 162; G. Radbruch, *La natura della cosa come forma giuridica di pensiero*, em "Riv. Int. di Fil. del Dir.", 1941, p. 145-156;

c) Tese do caráter tipológico dos suportes fáticos (*Tatbestand*). O suporte fático (*Tatbestand*) é a imagem genérica dos fatos disciplinados por uma determinada norma e à qual o fato a decidir deve corresponder para poder se sujeitar a esta última. Essa imagem pode ser entendida de várias maneiras. Na hermenêutica nomofactual, ela foi entendida de modo que possa preservar a essencial abertura à realidade, ou seja, como um tipo, uma figura colocada a meio caminho entre o abstrato e o concreto. Assim, o tipo consiste em um complexo de características definidoras, pois de outra forma seria inútil para a decisão judicial, que deve encontrar sua presença no fato a ser decidido. Porém, também é verdade que as mesmas características não são conceitual-abstratas, ou seja, isoladas, rígidas e destinadas a se materializar sempre da mesma maneira, mas sim funcionais, no sentido de que estão correlacionadas para formar uma propriedade graduável e em todo caso suscetível de se manifestar de maneiras infinitas e correspondentes aos fatos únicos igualmente infinitos que compõem o suporte fático (*Tatbestand*)³⁹.

d) Tese da distinção entre fenomenologia e lógica do juízo jurídico. Essa e as teses posteriores, ao contrário das anteriores, não se referem à atividade de realização do direito em geral, mas àquela sua parte culminante, que é a atividade interpretativa. Esta remonta a Karl Engisch, o mais brilhante teórico alemão do juízo jurídico. Embora ele não recorra à distinção entre “fenomenologia” e “lógica”⁴⁰, ele claramente elabora algo semelhante.

G. Radbruch, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, em G.C. Hernmarck (hrsg.), *Festschrift Laun, Toth, Hamburg, 1948*, p. 157-176 (reelaboração do artigo de 1941); Kaufmann, *Analógia e “natura della cosa”*, cit., p. 61-64; Hassemer, *Fattispecie e tipo*, cit., p. 182 s., 188-190; F. Müller, *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966; trad. it. parcial de V. Omaggio, “Applicazione, precomprensione topica ed ermeneutica topica”, em *L’ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, cit., p. 102; K. Engisch, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie*, Piper, München, 1991, p. 232; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1991), cit., p. 137 (em dissidência parcial de Kaufmann e Müller). Para uma posição mediana, que não nega a validade da natureza da coisa, mas revela a vagueza do conceito relativo, cf. M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation* (1967), Duncker & Humblot, Berlin, 1976; trad. it. parcial de V. Omaggio, “Episodi di vita, ipotesi normative e norme giuridiche nell’ambito della produzione del diritto”, em *L’ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, cit., p. 91 s.

39 Sobre a introdução desta figura na hermenêutica nomofactual, também ver Radbruch, *Concetti classificatori e concetti ordinatori*, cit., p. 159-168. Todavia, a análise mais clara e completa da mesma encontra-se em K. Engisch, *Die Idee der Konkretisierung*, cit., trad. it. parcial de G. Carlizzi, *La concretizzazione come riferimento al “tipo” nel diritto e nella scienza giuridica*, ivi, pp. 169-180. Ver também: Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1991), cit., trad. it. parcial de G. Carlizzi, *Forme e modi di comprensione del tipo nel diritto*, ivi, pp. 181-193; Kaufmann, *L’analógia giuridica tra similitudine, assimilazione*, cit., espec. pp. 201-204; Hassemer, *Tipo normativo e divieto di analogia penale*, cit., espec. p. 208-214.

40 Que eu propus no artigo G. Carlizzi, “Il problematico rapporto tra prova e sussunzione. Un approccio ermeneutico-giuridico”, em *Archivio penale*, 2016, p. 68 ss., precisamente para apreender o núcleo da investigação de Engisch.

O juízo jurídico é certamente concebível como resultado de um silogismo (dimensão lógica). O seu momento problemático não é esse, mas a elaboração das premissas do próprio silogismo (dimensão fenomenológica), que, portanto, merece a atenção proeminente por parte do estudioso. No âmbito da teoria da interpretação, essa é certamente a tese central da hermenêutica nomofactual, à qual todas as outras se ligam⁴¹.

e) Tese da interpretação em concreto. É a primeira tese que surge graças ao aprofundamento, promovido por Engisch, da dimensão fenomenológica do juízo. Ao contrário de toda a tradição, que concebe a interpretação como a compreensão de um texto normativo em vista de sua posterior aplicação a um fato concreto, a hermenêutica nomofactual destaca que os dois momentos não são separados, mas dialeticamente conectados. Sob este último perfil, os críticos do movimento erroneamente acreditam que o mesmo sobrepõe a interpretação à aplicação. A conexão dialética não significa confusão. Pelo contrário, significa que cada intérprete consulta a disposição sempre referindo-se a um fato bem determinado, e nesse sentido concreto, que pode ser real (como sempre vale para o juiz) ou imaginário (como pode valer para o dogmático). O intérprete, portanto, não se pergunta o que essa disposição pode significar, mas se ela tem um significado válido para o fato concreto e, dependendo das respostas que obtiver, corrige ou estabelece os resultados de sua atividade, realizando, se necessário, a aplicação⁴².

f) Tese do fundamento pré-compreensivo da interpretação normativa. Essa é a única tese gadameriana bem delineada, ainda que os usos pecu-

41 K. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung* (1945), C. Winter, Heidelberg 1963, trad. it. parcial de G. Carlizzi, *Interpretazione, prova e sussunzione nella struttura logica del giudizio giuridico*, em *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, cit., p. 40 ("l'inferenza in quanto tale costituisce lo sforzo minore, la difficoltà principale risiede nel trovare le premesse"). Entre os autores posteriores, cf.: Kaufmann, *Fatto e norma nel processo di realizzazione del diritto*, cit., p. 59; Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation* (1967), Duncker & Humblot, Berlin, 1976; tr. it. parcial de V. Omaggio, *Episodi di vita, ipotesi normative e norme giuridiche nell'ambito della produzione del diritto*, em *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, cit., p. 83 s.; J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalität und lagenrichterlicher Entscheidungspraxis* (1970), Fischer, Frankfurt a.M., 1972; trad. it. de S. Patti, G. Zaccaria, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, ESI, Napoli, 1983, p. 24 s.

42 Engisch, *Interpretazione, prova e sussunzione*, cit., p. 41 ("nella premessa maggiore vengono inseriti soltanto quegli elementi considerati sotto la spinta del caso concreto della vita [...]. In sintesi: per la premessa maggiore è essenziale ciò che si riferisce al caso concreto"), 46 s.; J. Esser, *Die Interpretation im Recht*, em "Studium Generale", 1954, 6, p. 373, 377; Kaufmann, *Fatto e norma nel processo di realizzazione del diritto*, cit., p. 58 s., 61; Hassemer, *Il dispiegamento reciproco del fatto e della fattispecie*, cit., p. 66; Kriele, *Episodi di vita, ipotesi normative*, cit., p. 87; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1991), cit., trad. it. parcial de V. Omaggio, *La costruzione e la valutazione giuridica del fatto*, in *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, cit., p. 140 ss.

liares e heterogêneos que fez a hermenêutica nomofactual mostrem que a contribuição da hermenêutica filosófica nesse sentido consistiu em fornecer uma imagem para os fenômenos típicos do direito. Devido especialmente a Josef Esser, a pré-compreensão jurídica assumiu duas formas, dogmática e de justiça, unidas pelo fato de consistirem em antecipações de sentido, em hipóteses interpretativas de certa disposição, modeladas no caso a ser decidido. A diferença entre elas está na base da hipótese. A pré-compreensão dogmática é baseada em conhecimentos jurídicos e experiências aplicativas relacionadas aos casos semelhantes com o mencionado. A pré-compreensão relacionada com a justiça, por outro lado, consiste na aspiração de escolher para o caso concreto o enquadramento jurídico considerado mais justo. A consideração de ambas as formas destaca que os resultados interpretativos não são apenas fruto da aplicação ocasional de certos métodos formais, mas também de pontos de vista materiais enraizados⁴³.

g) Tese de construção factual. Os fatos humanos, para serem incluídos nos suportes fáticos (*Tatbestand*), devem ter características correspondentes àquelas que definem esses suportes fáticos (*Tatbestand*). Isso significa que devem ter uma configuração composta por todas e apenas essas características. No entanto, quando ocorrem, os fatos humanos nunca se apresentam de forma tão refinada e ordenada. Eles fazem parte do fluxo da vida, do *continuum* da realidade, caracterizado por uma infinidade de dados (características díspares de seus protagonistas e espectadores, bem como seus locais de comissão). É por isso que, como mostrou sobretudo Joachim Hruschka, mas sempre desenvolvendo uma intuição de Engisch, para poder aplicar uma norma a um fato é necessário primeiro construí-lo no sentido mencionado, ou seja, selecionar apenas as características de potencial relevância com base na norma⁴⁴.

43 Esser, *Precomprensione e scelta del metodo*, cit., p. 135-137; Kriele, *Episodi di vita, ipotesi normative*, cit., p. 88, 90 s.; J. Hruschka, *Das Verstehen von Rechts texten. Zur hermeneutischen Trans positivitàt des positiven Rechts*, C.H. Beck, München, 1972, trad. it. parcial de V. Omaggio, *Comprensione e interpretazione*, em *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, cit., p. 93-95; F. Müller, *Applicazione, precomprensione topica*, cit., p. 100-103; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1991), cit., trad. it. parcial de V. Omaggio, *La giurisprudenza come scienza comprendente*, em *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, cit., p. 121-123 (em parcial desacordo de Esser); Hassemer, *Fattispecie e tipo*, cit., p. 191, 232.

44 Engisch, *Interpretazione, prova e sussunzione*, cit., p. 41 (“bisogna valutare tale caso soltanto in base alle premesse giuridiche, distinguere l'essenziale dall'inessenziale all'interno di esso. [...] In sintesi: [...] nel caso concreto è essenziale ciò che si riferisce alla premessa maggiore”), 46; J. Hruschka, *Die Konstitution des Rechtsfalles*, cit., trad. it. parcial de G. Carlizzi, *La costituzione del caso giuridico*, em *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, cit., p. 125-135; Hassemer, *Il dispiegamento reciproco del fatto e della fattispecie*, cit., p. 65 s.; Kriele, *Episodi di vita, ipotesi normative*, cit., p. 90; Larenz, *La*

h) Tese da circularidade substancial. Ela deriva da combinação da tese da interpretação concreta e a da construção factual. Se o processo hermenêutico exige que o intérprete identifique a norma a ser aplicada à luz do fato a ser decidido e o construa à luz daquele, então ele tem caráter circular (não vicioso). Muitas vezes foi afirmado que essa tese surgiu na hermenêutica jurídica na esteira das teses gadamerianas. Na realidade, o círculo que estamos discutindo, que envolve a norma e o fato, mais do que o intérprete e o texto ou este último como um todo e suas partes, é muito diferente do círculo gadameriano. O verdadeiro criador do círculo jurídico-hermenêutico é Engisch, cuja imagem do “ir e vir do olhar entre a premissa maior e o episódio de vida” constituiu uma referência constante para os autores posteriores e foi aperfeiçoada por Winfried Hassemer na imagem da “espiral”⁴⁵.

i) Tese da subsunção como equiparação. A subsunção é a operação lógica consistente em reconhecer que um fato concreto se enquadra na extensão do suporte fático (*Tatbestand*), porque possui as características definidoras deste último. Para o pensamento tradicional, todos os fatos que podem ser subsumidos em um suporte fático (*Tatbestand*) são iguais entre si. Para a hermenêutica nomofactual, mesmo aqui a partir de Radbruch e Engisch, as coisas não são assim: os fatos surgem e permanecem únicos, portanto, são diferentes uns dos outros, mesmo quando relevam correspon-

costruzione e la valutazione giuridica del fatto, cit., p. 139 s., 142; Esser, *Die Interpretationim Recht*, cit., p. 373.

45 A ideia de uma circularidade não viciosa se encontra já em Radbruch, *Idea e materia del diritto*, cit., p. 37, mas teve a sua formulação mais influente em Engisch, *Interpretazione, prova e sussunzione*, cit., p. 41 (“*Non si tratta forse di un circolo? [...] a ben vedere, si tratta soltanto di una continua interazione, di un andirivieni dello sguardo tra premissa maggiore ed episodio di vita, e non certo di un circolo fallace*”), que, se refere a Bierling, *Juristische Prinzipienlehre* (1911), Band 4, Scientia, Aalen, 1979, p. 46 s. Entre os autores posteriores, cf.: Kaufmann, *Fatto e norma nel processo di realizzazione del diritto*, cit., p. 62 s. (onde, entre outras coisas, aparece a imagem radbruchiana de “passar gradualmente tateando da esfera do ser para a esfera do deve ser e vice-versa”); A. Kaufmann, *Überden Zirkelschluß in der Rechtsfindung* (1973), in A. Kaufmann, *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik sowie weiterer rechts philosophische Abhandlungen*, Heymanns, Köln, u.a. 1984, p. 65-77; Larenz, *La giurisprudenza come scienza comprendente*, cit., p. 119-121; Hassemer, *Il dispiegamento reciproco del fatto e della fattispecie*, cit., p. 66-70, espec. 69 (“espiral”). Para algumas reservas, cf. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, cit., p. 205 nt. 41. Por outro lado, a hermenêutica nomofactual, pelo menos na Alemanha, negligenciou o tema da circularidade processual, que poderia constituir sua décima segunda tese e que consiste em dois movimentos, então de duas influências: da prova à subsunção, que produz o fenômeno da *processualização das categorias substanciais*, ou seja, da definição dos conceitos de suporte fático (*Tatbestand*) também com base na necessidade de comprovação dos fatos que neles podem ser subsumidos; da subsunção à prova, que produz o fenômeno da *substancialização da atividade probatória*, ou seja, da seleção do material probatório de acordo com as características juridicamente relevantes do fato a provar. O tema foi abordado apenas por Engisch, *Interpretazione, prova e sussunzione*, cit., p. 45-52, que levanta o problema colateral da discernibilidade do juízo subsuntivo e probatório. Para mais detalhes, ver: V. Omaggio, G. Carlizzi, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 191-197; Carlizzi, *Il problematico rapporto tra prova e sussunzione*, cit., espec. p. 68-76. Sobre as interações entre *quaestio factie* *quaestio iuris*, ver B. Pastore, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 114-123.

der ao mesmo suporte fático (*Tatbestand*). Em particular, entre esses fatos, alguns são mais importantes, pois, realizando ao máximo as características definidoras graduáveis do suporte fático (*Tatbestand*), valem como paradigmas. Portanto, é natural que, ao estabelecer se um fato corresponde a um suporte fático (*Tatbestand*), o intérprete o compare com o relativo fato paradigmático e conclua positivamente no caso de encontrar semelhança significativa. É essencialmente nesse sentido que a hermenêutica nomofactual falou do “caráter analógico” da aplicação normativa (mas talvez fosse melhor retornar à expressão engischiana, porque a primeira pode ter um som perturbador, especialmente entre os penalistas)⁴⁶.

j) Tese da inovação da interpretação. Juntamente com a tese subsequente, é a mais controversa daquelas em exame. A sua menção autônoma justifica-se apesar de uma aparente falta de originalidade. Efetivamente, de acordo com o perfil traçado na primeira parte deste trabalho, a ideia de que a interpretação produziria algo novo, não inteiramente contido na disposição que forma o objeto, muitas vezes foi sustentada ao longo da história da hermenêutica jurídica. No entanto, os argumentos apresentados para esse fim, apesar da diversidade deles, sempre tiveram um cunho nomocêntrico: a inovação da interpretação sempre foi considerada como consequência inevitável da imperfeição da lei (subespécie de obscuridade, ambiguidade, insuficiência). O movimento em análise, antinomocêntrico como é, concebe e explica a inovação de forma invertida: não em uma chave ontológico-normativa, mas em uma chave epistêmico-factual. Assim, mesmo que os suportes fáticos (*Tatbestand*) estivessem todos perfeitamente definidos, a singularidade dos fatos a serem qualificados dessa forma não nos permitiria saber se eles correspondem antes de sua manifestação e da reflexão hermenêutica que deles deriva⁴⁷.

k) Tese de controlabilidade apenas póstuma de conformidade com a proibição de analogia. Constitui um corolário da tese anterior no campo das normas penais e excepcionais. Concentrando a atenção nas primeiras, se a pertinência de um fato ao alcance de um suporte fático (*Tatbestand*)

46 Radbruch, *Concetti classificatori e concetti ordinatori*, cit., p. 167; Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, cit., p. 25 s.; Engisch, *Interpretazione, prova e sussunzione*, cit., p. 48 s., 52; Kaufmann, *Fatto e norma nel processo di realizzazione del diritto*, cit., p. 58-60; Hassemer, *Tipo normativo e divieto di analogia penale*, cit., p. 212, 214, 218. Para algumas reservas, Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1991), cit., p. 275.

47 Cf. Hassemer, *Fattispecie e tipo*, cit., p. 167 (“se la fattispecie ‘contenga’ una determinata decisione, si rivela solo in seguito al procedimento interpretativo e non si sa in precedenza” – primi due corsivi nell’orig., ultimi due corsivi agg.), 182.

incriminador não pode ser reconhecida à primeira vista (exceto no caso de conceitos lógico-matemáticos), então, considerando também, como parece justo, que a fronteira entre interpretação (extensiva) e aplicação analógica é marcada pelo significado literal, a afirmação ou negação que tal fronteira foi ultrapassada só pode ser feita ao final do processo hermenêutico. Em outras palavras, como o jovem Hassemer já reconhecia com extrema lucidez, mesmo assumindo o complexo de “possíveis significados literais” da disposição incriminadora como limite de sua interpretação, é somente após refletir sobre cada um desses significados em relação às singularidades do caso a ser decidido que será possível estabelecer se a proibição da analogia penal foi respeitada ou não. De fato, nada exclui que esse caso, em sua originalidade, traga à luz aspectos do conteúdo normativo que antes eram negligenciados, apenas por serem marginais para a decisão dos fatos anteriores⁴⁸.

REFERÊNCIAS

ANDRESANI, G.; STAMILE, N. Mulling Over Hermeneutics. In: STAMILE, N.; CASTILHO GOMES, N.; ALMANZA TORRES, D. (ed.). *Friedrich Müller's Theory of Law*. Proceedings of the Special Workshop held at the 29th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy in Lucerne, Switzerland, 2019. Stuttgart: Steiner, 2021.

48 Hassemer, *Tipo normativo e divieto di analogia penale*, cit., p. 214-218, espec. 218 (“*al di fuori del processo interpretativo stesso non ci sono garanzie positive di correttezza dell’interpretazione*”); Hruschka, *Das Verstehen von Rechtstexten*, p. 98. Em termos semelhantes: K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, Kohlhammer, Stuttgart, 1968, tr. it. de A. Baratta, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 238 (“*possibile senso letterale*” come limite il cui riconoscimento in concreto può essere problematico, tanto che, salvo il solito caso dei concetti logico-matematici, “il confine tra interpretazione da un lato (in specie interpretazione estensiva) e analogia dall’altro è fluido”). Mais radical Kaufmann, *L’analogia giuridica trasimilitudine, assimilazione*, cit., p. 204 s., que, porém, aproxima-se aos citados autores no posfácio inserido em 1982, em Kaufmann, *Analogia e “natura della cosa”*, cit., p. 87. Sobre o problema das fronteiras entre interpretação e aplicação analógica, cada dia mais delicadas, cf., na recente penalística italiana, as diferentes posições de: R. Bartoli, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in “Riv. it. Dir. Proc. Pen.”, 2015, p. 1778-1782; C. Cupelli, *Divieto di analogia in malampartem e limiti dell’interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*, em “Giur. Cost.”, 2021, 4, p. 1807-1815; O. Di Giovine, “*Salti mentali*” (analogia e interpretazione nel diritto penale), em “Quest. Giust.”, 2018, 4, p. 55-67; F. Giunta, *Nota introduttiva al dibattito “Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale”*, em “Criminalia”, 2016, p. 157-160; M. Donini, *Il diritto penale giurisprudenziale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, em “Dir. Pen. Cont.”, trimestral, 2016, 3, p. 21-26; G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, Roma-Bari 2017, p. 126-144; V. Maiello, *Legge e interpretazione nel “sistema” di Dei delitti e delle pene*, em “disCrimen”, 18 novembre 2020, p. 21-28; V. Manes, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, em “Dir. Pen. Cont.”, 17 gennaio 2018, p. 6-15; D. Micheletti, *Jus contra lex. Un campionario dell’incontenibile avversione del giudice per la legalità*, em “Criminalia”, 2016, p. 164-178, 182-188; F. Palazzo, *Testo, contesto e sistema nell’interpretazione penalistica*, em *Studi in onore di Giorgio Marinucci. I. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, E. Dolcini, C.E. Paliero (ed.), Giuffrè, Milano, 2006, p. 529-535; F. Viganò, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, em “Sist. Pen.”, 2 gennaio 2021, p. 2-7.

- BARATTA, A. *Introduzione al pensiero giuridico*. Milano: Giuffrè, 1970.
- BARTOLI, R. Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto. *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015.
- BIERLING, E. R. *Juristische Prinzipienlehre (1911)*. Band 4. Aalen: Scientia, 1979.
- BINDING, K. *Handbuch des Strafrechts*. Erster Band. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885.
- BLANDO, G. *Ronald Dworkin*. Disponível em: www.aphex.it. Acesso em: 30 settembre 2022, § 2.
- CARLIZZI, G. Analogia e “natura della cosa”. La prima tappa della ricerca “ontologica” di Arthur Kaufmann. In: KAUFMANN, A. *Analogie und “Natur der Sache”*. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus (1965). Heidelberg: R. V. Decker & C. F. Müller, 1982. (Trad. it. de CARLIZZI, G. *Analogia e “natura della cosa”*. Un contributo alla dottrina del tipo. Napoli: Vivarium, 2003.)
- CARLIZZI, G. *Contributi alla storia dell’ermeneutica*. Napoli: La Scuola di Pitagora, 2012.
- CARLIZZI, G. Ermeneutica giuridica. *Diacronia*, 1, p. 241-268, 2022.
- CARLIZZI, G. Il problematico rapporto tra prova e sussunzione. Un approccio ermeneutico-giuridico. In: *Archivio penale*, 2016.
- CARLIZZI, G. *La valutazione della prova scientifica*. Milano: Giuffrè, 2019.
- CARLIZZI, G. *Liberò convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale*. Storia teoria prassi. Bologna: Bonomo, 2018.
- CARLIZZI, G. Per una storia dell’ermeneutica giuridica. *Diacronia*, 1, p. 15-82, 2022.
- CARLIZZI, G. Sull’ermeneutica giuridica di Winfried Hassemer. In: HASSEMER, W. *Tatbestand und Typus*. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik. Köln: Heymanns, 1968. (Trad. it. de CARLIZZI, G. *Fattispecie e tipo*. Indagini sull’ermeneutica penalistica. Napoli: ESI, 2007.)
- CARLIZZI, G.; OMAGGIO, V. *Ermeneutica e interpretazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2010.
- CARLIZZI, G.; OMAGGIO, V. (ed.). *L’Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*. Pisa: ETS, 2016.
- CUPELLI, C. Divieto di analogia in malam partem e limiti dell’interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021. *Giur. Cost.*, 4, 2021.
- DI GIOVINE, O. “Salti mentali” (analogia e interpretazione nel diritto penale). *Quest. Giust.*, 4, p. 55-67, 2018.
- DONINI, M. *Europeismo giudiziario e scienza penale*. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte. Milano: Giuffrè, 2011.

DONINI, M. Il diritto penale giurisprudenziale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo. *Dir. Pen. Cont.*, trimestral, 3, p. 21-26, 2016.

DWORKIN, R. *Law's Empire*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1986.

ENGISCH, K. *Aufder Suchenachder Gerechtigkeit*. Hauptthemender Rechtsphilosophie. München: Piper, 1991.

ENGISCH, K., *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit* (1953), 2. erg. Aufl., Carl Winter, Heidelberg 1968, trad. it. parcial de G. Carlizzi, *La concretizzazione come riferimento al "tipo" nel diritto e nella scienza giuridica*, em *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, ETS, Pisa 2016.

ENGISCH, K. *Einführung in dasjuristische Denken*. Stuttgart: Kohlhammer, 1968.

ENGISCH, K. *Logische Studienzur Gesetzesanwendung*, 1945.

ENGISCH, K. *Vom Welt bilddes Juristen* (1950). Heidelberg: C. Winter, 1965.

ESSER, J. Die Interpretationim Recht. *Studium Generale*, 6, p. 373/377, 1954.

ESSER, J. *Vorverständnis und Methoden wahl em der Rechtsfindung*. Rationalität und lagen richterlicher Entscheidungs praxis (1970). Frankfurt a.M.: Fischer, 1972. (Trad. it. de PATTI, S.; ZACCARIA, G. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice. Napoli: ESI, 1983.)

FIANDACA, G. *Prima lezione di diritto penale*. Roma-Bari: Laterza, 2017.

FROMMEL, M. *Die Rezeption der Hermeneutikbei Karl Larenz und Josef Esser*. Ebelsbach: Gremer, 1981.

GIUNTA, F. Nota introduttiva al dibattito "Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale". *Criminalia*, 2016.

GROTE, S. *Aufder Suchenacheinem "dritten Weg"*. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns. Göttingen: Nomos, 2008.

HASSEMER, W. Hassemer, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Heymanns, Köln u.a. 1968, trad. it. de G. Carlizzi, *Il dispiegamento reciproco del fatto e della fattispecie*, em *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, ETS, Pisa 2016, pp. 65 ss

HASSEMER, W. Hassemer, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Heymanns, Köln u.a. 1968, trad. it. de G. Carlizzi, *Il dispiegamento reciproco del fatto e della fattispecie*, em *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, ETS, Pisa 2016, pp. 65 ss

HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Carl Heymanns, Köln u.a. 1968, trad. it. parcial de G. Carlizzi,

Tipo normativo e divieto di analogia penale, em L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea, ETS, Pisa 2016, pp. 207

HASSEMER, W. Die Hermeneutik im Werk Arthur Kaufmanns. In: HASSEMER, W. (hrsg.). *Dimensionender Hermeneutik*. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag. Heidelberg: R.v. Decker & C.F. Müller, 1984.

HILGENDORF, E. *Die Renaissance der Rechtstheorie zwischen 1965 und 1985*. Würzburg: Ergon, 2005.

HRUSCHKA, J. *Das Verstehen von Rechtstexten*. Zur hermeneutischen Transpositivität des positiven Rechts. München: C.H. Beck, 1972.

KAUFMANN, A. *Rechtsphilosophie*. München: C.H. Beck, 1997.

KAUFMANN, A. *Analogie und "Natur der Sache"*. (Trad. it. parcial: CARLIZZI, G. Fatto e norma nel processo di realizzazione del diritto. In: *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*.)

KAUFMANN, A. Über den Zirkelschluß in der Rechtsfindung (1973). In: KAUFMANN, A. *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik so wie weitere rechts philosophische Abhandlungen*. Köln: Heymanns, 1984. p. 65-77.

KRIELE, M. *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, 1967.

LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin: Springer, 1960. (Trad. it. parcial: VENTURA, S. *Storia del metodo nella scienza giuridica*. Milano: Giuffrè, 1966.)

LOMBARDI, V. L. *Saggio sul diritto giurisprudenziale (1967)*. Milano: Giuffrè, 1975.

MAIELLO, V. Legge e interpretazione nel 'sistema' di Dei delitti e delle pene. In: *disCrimen*, 18 nov. 2020.

MANES, V. Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica". In: *Dir. Pen. Cont.*, 17 gennaio 2018.

MASCHKE, A. *Gerechtigkeit durch Methode*. Zu Karl Engischs Theorie des juristischen Denkens. Heidelberg: Winter, 1993.

MEDER, S.; OMAGGIO, V.; CARLIZZI, G.; SORGE, C. (hrsg.). *Juristische Hermeneutik im 20. Jahrhundert*. Eine Anthologie von Grundlagentexten der deutschen Rechtswissenschaft. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2018.

MICHELETTI, D. Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice per la legalità. *Criminalia*, 2016.

MÜLLER, F., *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Duncker & Humblot, Berlin 1966, trad. it. parcial de

V. Omaggio, *Applicazione, precomprensione topica ed ermeneutica topica*, em *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, ETS, Pisa 2016.

OMAGGIO, V. Ermeneutica giuridica e filosofia pratica. *Ars Interpretandi*, 2, p. 30/41, 2020.

OMAGGIO, V. *Diritto e ragione pratica*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2006.

OMAGGIO, V. Postfazione. In: KRIELE, M. *Recht und praktische Vernunft*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1979.

PALAZZO F. Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica. In: AA.VV. *Studi in onore di G. Marinucci*. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale. A cura di E. Dolcini e C. E. Paliero. Milano: Giuffrè, 2006. p. 515-538.

PASTORE, B. *Giudizio, prova, ragion pratica*. Un approccio ermeneutico. Milano: Giuffrè, 2006.

RADBRUCH, G. Die Natur der Sache als juristische Denkform. In: HERNMARCK, G. C. (hrsg.). *Festschrift Laun*. Hamburg: Toth, 1948.

RADBRUCH, G. Die Problematik der Rechtsidee (1924). In: RADBRUCH, G. *Gesamtausgabe*. Hrsg. Von A. Kaufmann, Band 2, *Rechtsphilosophie 2*, bearb. Von A. Kaufmann. Heidelberg: C.F. Müller, 1993.

RADBRUCH, G. *Filosofia del diritto*. Tuderte: Tipografia, 1941.

RADBRUCH, G., *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken* (1938), trad. it. de G. Carlizzi, *Concetti classificatori e concetti ordinatori nel pensiero giuridico*, em *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, ETS, Pisa 2016.

RADBRUCH, G. La natura della cosa come forma giuridica di pensiero. *Riv. Int. di Fil. del Dir.*, 1941.

RADBRUCH, G., *Rechtsidee und Rechtsstoff. Eine Skizze* (1923/24), trad. it. de G. Carlizzi, *Idea e materia del diritto. Uno schizzo*, em *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, ETS, Pisa 2016, pp. 31 ss.

SCHIAVELLO, A. *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*. Torino: Giappichelli, 1998.

SEELMAN, K. *Rechts philosophie*. München: C.H. Beck, 2004.

STELMACH, J. *Die hermeneutische Auffassung der Rechts philosophie*. Ebelsbach: Gremer, 1991.

VESTING, T. *Rechts theorie*. München: C.H. Beck, 2007.

VIGANÒ, F. Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale. In: *Sist. pen.*, 2 gennaio 2021.

ZACCARIA, G. *Ermeneutica e giurisprudenza*. Saggio sulla metodologia di Josef Esser. Milano: Giuffrè, 1984.

ZACCARIA, G. Introduzione. In: HRUSCHKA, J. *Die Konstitution des Rechtsfalles, Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1965. (Trad. it. de CARLIZZI, G. *La costituzione del caso giuridico*. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica. Bologna: Il Mulino, 2009.

Sobre o autor:

Gaetano Carlizzi | *E-mail:* gaetano_carlizzi@libero.it

“Abilitado como professor de primeira fascia” de Filosofia do direito. Professor de Teoria da Argumentação Jurídica na Universidade “Suor Orsola Benincasa” de Nápoles, Itália. Juiz do Tribunal Militar de Nápoles, Itália. Presidente da Seção da “Corte di Giustizia Tributaria” de Primeira Instância de Florença, Itália. Publicou vários artigos e monografias sobre interpretação (*Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino 2010, com Vincenzo Omaggio) e prova jurídica (*Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia teoria prassi*, Bonomo, Bologna 2018; *La valutazione della prova scientifica*, Giuffrè, Milano 2019), bem como numerosas traduções de obras de filósofos jurídicos alemães (cfr. *Infra neste ensaio*).

Sobre a tradutora e o revisor:

Natalina Stamile | *E-mail:* natalinastamile@yahoo.it

“Assegnistadicerca” em Filosofia do Direito pela Universidade de Brescia (Itália). Professora de “Espanhol Jurídico” da Universidade Carlo Bo de Urbino (Itália). Foi Professora das Disciplinas de “Teoria da argumentação jurídica” e de “Ragionevolezza, Uguaglianza e giustizia costituzionale” no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Pós-Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Doutora em “Teoria del diritto ed ordine giuridico europeo” pela Università degli Studi “Magna Graecia” di Catanzaro (Itália).

Nestor Castilho Gomes | *E-mail:* nestorcastilho@bh.adv.br

Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor de Direito Constitucional e Processo Constitucional da Universidade da Região de Joinville (Univille).

Artigo convidado.